

POTESTADES NORMATIVAS DEL EJECUTIVO. LA “ZONA GRIS” ENTRE LOS DECRETOS AUTÓNOMOS Y LAS FACULTADES DEL CONGRESO

LUIS ESTEBAN VIVACQUA

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene como objeto delinear las distintas facultades normativas del Presidente de la Nación a la luz de nuestra Constitución nacional, como también distinguir la competencia¹ de este órgano de Estado con el Congreso nacional.

Analizaremos estas atribuciones normativas del Poder Ejecutivo desde un punto de vista dinámico del accionar de este órgano; siendo que, por estos tiempos, el Ejecutivo es un gran propulsor de normas que instrumentan reformas integrales a cuestiones de fondo y forma².

Es precisamente este caudal de normas que nos invitan a reflexionar sobre el papel del Presidente en la dinámica actual de la sociedad, sin dejar de vincular este accionar con la doctrina de la división de poderes, pilar inquebrantable de la República.

¹ Dentro de la voz “competencia” se encuentran aquellas atribuciones que la Constitución nacional le otorga a los distintos órganos del Estado para poder desarrollar las funciones que le son propias. Entendiendo por propias las funciones que la Carta Magna le asigna a cada uno de estos poderes.

² Existe innumerables ejemplos, sólo citaremos algunos casos, como ser los decretos dictados en el marco de la ley 23.696 –Reforma del Estado–, de la ley 25.414 –Delegación del ejercicio de atribuciones legislativas–, de la ley 25.561 –Ley de delegación legislativa–, la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional a que se refiere el artículo transitorio 8, los decretos 618/97 –Régimen de actuación de la AFIP–, 842/97 –Procedimiento licitatorio para el concesionamiento de la explotación, administración y funcionamiento de un conjunto de aeropuertos–, 1599/05 –Modificación de la carta orgánica del BCRA a efectos de permitir realizar pagos a organismos financieros internacionales – FMI–, entre otros muchos más.

Esta dinámica de la realidad ha transformando el alcance de lo que se entiende por división de poderes³. Haciéndose eco de esta tendencia nuestra Constitución nacional lo plasmó en su cuerpo normativo⁴.

Son precisamente la doctrina y la jurisprudencia a la luz de la realidad quienes han contribuido a esta evolución que, posteriormente, se plasmó en el texto constitucional.

En este sentido CASSAGNE ha expresado “¿Qué ocurre en la realidad? ¿Cuál es el sentido actual de la teoría? Aparte de la función gubernativa (que reviste un carácter superior y excepcional), las funciones del Estado pueden clasificarse desde un punto de vista material en: administrativa (actividad permanente, concreta, práctica e inmediata); legislativa (actividad que consiste en el dictado de normas generales obligatorias) y jurisprudencial (actividad que se traduce en la decisión de controversias con fuerza de verdad legal). Las tres funciones deben perseguir, primordialmente, en su orientación teológica, la realización del bien común, ya sea en forma inmediata o mediata.

En orden de la realidad lo que acontece es que cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas sin que ello obste a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materiales distintas (v. gr. el Órgano Ejecutivo acumula a la actividad administrativa en sentido material, la actividad reglamentaria, que materialmente es legislativa)”⁵.

En el presente trabajo nos ceñiremos a analizar solamente las potestades normativas del Poder Ejecutivo nacional, específicamente las atribuciones normativas del Presidente de la Nación, que han sido consagradas por nuestra Carta Magna.

³ La Corte empezó a delinear el concepto al sostener: “...siendo un principio fundamental de nuestro sistema político de la división del Gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno” (Fallos 1:32).

Esto puede también vislumbrarse por las causas que la doctrina enuncia al expresar que a partir del siglo XX existe una “devaluación política” de los parlamentos en todo el mundo; ampliar en: PEDRO J. SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. I, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 353.

⁴ La reforma a nuestra Carta Magna de 1994 ha venido a incluir tres instituciones que no se encontraban previstas originalmente. Es así, que por los arts. 76, 80 y 99 inc. 3 se le otorgan al Ejecutivo facultades que acentúan su poder en detrimento de los otros órganos del Estado.

⁵ JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. I, 6ª ed. actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, p. 78.

La Corte Suprema ha venido delineando a lo largo de nuestra historia distintas facultades legislativas en cabeza del Ejecutivo, pero siempre bajo rigurosas exigencias jurisprudenciales, que posteriormente fueron plasmadas en la reforma a la Constitución nacional de 1994.

En este sentido, cabe recordar la existencia de los decretos-leyes dictados durante gobiernos de facto, por medio de los cuales el Presidente de facto se abrogaba facultades propias del Congreso dictando normas de carácter general, que por atribución expresa de la Constitución nacional le correspondían al segundo que durante estos periodos de anormalidad constitucional se encontraba disuelto⁶.

Por otro lado, cabe destacar que el Tribunal Cívero admitió la validez del dictado de decretos delegados⁷, de decretos de necesidad y urgencia⁸, y decretos de promulgación parcial de leyes⁹.

II. DELIMITACIÓN DE ATRIBUCIONES NORMATIVAS DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL

a) Tipos de potestades normativas del Ejecutivo

Para una mejor delimitación de las atribuciones del Presidente de la Nación consideramos necesario distinguir los tipos de decretos, que puede emitir conforme a las facultades que le otorga la Constitución nacional. En este sentido calificada doctrina¹⁰ expresa que existen cinco clases de decretos que detallaremos a continuación:

⁶ Los decretos-leyes detentaron esta denominación desde 1930 hasta 1958 durante los gobiernos “de facto” que se desarrollaron dentro de este lapso de tiempo. Ampliar esta temática en: CARLOS MARÍA BIDEAIN, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1995, ps. 239 a 244.

⁷ Fallos 148:430 (“Delfino”), 237: 636 (“Mouviel”), 246:345 (“Prattico”), 316:2624 (“Cocchia”), 326: 4251 (“Selcro”), 331: 2406 (“Colegio Público de Abogados de Capital Federal”), entre otros.

⁸ Fallos 313:1513 (“Peralta”), 322:1726 (“Verrocchi”), 323:1566 (“Guida”), 323: 1934 (“Risolia de Ocampos”), 326: 1138 (“Müller”), 326:417 (“San Luis”), 327: 4495 (“Bustos”), 329:5913 (“Massa”), 333: 633 (“Consumidores Argentinos”), entre otros.

⁹ Fallos 189:156 (“Guillitta”); 268:352 (“Colella”), 323:2256 (“Famyl”), entre otros.

¹⁰ GERMÁN J. BIDART CAMPOS - PABLO L. MANILI, “La jerarquía normativa de las distintas clases de decretos del Poder Ejecutivo. A propósito de la moderna ‘decretocracia’ argentina”, LL, 2003-C, 1359.

– Los *decretos autónomos* (99 inc. 1 CN) dictados por el Presidente de la Nación en ejercicio de funciones propias conforme atribución otorgadas por la Carta Magna en forma expresa¹¹.

– Los *decretos reglamentarios* –o también llamados *ejecutivos*– (99 inc. 2 CN) que son emitidos con el objeto de hacer efectivos los fines de las leyes dictadas por el Congreso nacional que reglamenten, sin alterar el espíritu de las mismas.

– Los *decretos de necesidad y urgencia* (99 inc. 3 CN) que se encuentran *a priori* prohibidos expresamente por la Constitución nacional salvo que existan circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir el trámite ordinario de las leyes, y que además, no versen sobre determinadas materias (penal, tributaria, electoral y de partidos políticos).

– Los *decretos delegados* (76 CN) son dictados por el Presidente de la Nación en razón de la delegación expresa de competencias que realiza el Congreso nacional mediante una ley con plazo fijado para su duración, que podrán recaer sobre materia de administración o de emergencia pública.

– Los *decretos de promulgación parcial de leyes* (80 CN) son los que dicta el Presidente de la Nación por medio del cual veta –u observa– parcialmente leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, y además por el mismo acto, promulga el resto del cuerpo normativo que no observó. Es requisito necesario para su validez, que la parte promulgada tenga autonomía normativa y no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Poder Legislativo.

Los últimos tres decretos son de naturaleza legislativa por ende una vez dictados por el Presidente de la Nación están sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente Trámite Legislativo de la ley 26.122¹².

¹¹ En esta línea entiende ALFONSO SANTIAGO (h) que estos decretos son normas de alcance general dictadas por el Presidente en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 99 inc. 1 de la Carta Magna en su calidad de Jefe Supremo de la Nación, Jefe del Gobierno y responsable político de la Administración Pública en las materias relativas el ámbito de su zona de reserva o atribuciones propias. La problemática se suscita para el autor en determinar las materias que abarca la zona de reserva de la Administración (cfr. Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos, I.E.D.A., *Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. XIII: Fuentes del Derecho Administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, 2007).

¹² La Constitución nacional (arts. 76, 80, 99 inc. 3 y 100 inc. 12 y 13) y la ley 26.122 establecen la competencia de la Comisión Bicameral Permanente para dictaminar sobre la aprobación o el rechazo de los decretos de naturaleza legislativa, elevando posteriormente los dictámenes a la Cámaras de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación con objeto de que determinen la suerte final de las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo. A efectos de ampliar la información sobre el trámite y funcionamiento de la Comisión Bicameral se puede consultar: ALFONSO SANTIAGO (H) - ENRIQUE VERAMENDI, “Una norma decisiva en la configuración de nuestro sistema jurídico e institucional. Comentarios iniciales a la ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, JA 2006-IV-1358;

Los decretos autónomos son emitidos por el Presidente de la Nación versando sobre materias propias de la “zona de reserva de la Administración” que no pueden ser reguladas por ley¹³.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo nacional al emitir decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados está ejerciendo funcionales legislativas que son propias del Congreso nacional –en el primer supuesto el Ejecutivo se abroga las atribuciones legislativas y en el segundo ejerce tal facultad por una delegación expresa del órgano competente–. Es por estas consideraciones que estos instrumentos tienen “cuerpo de decretos pero alma de ley”¹⁴.

En consecuencia, ambas clases de decretos regulan materias que se encuentran dentro de la “zona de reserva de la ley”, o sea, que debieran ser dictados por una ley del Congreso de la Nación. Sin embargo, el Constituyente de 1994, habilitó para supuestos excepcionales estos remedios legales bajo estricto cumplimiento de requisitos de fondo y forma que establece la Constitución nacional.

En función, de esta naturaleza legislativa que se le asigna a los tres últimos decretos que mencionamos precedentemente, existe una estrecha simetría entre una ley del Congreso nacional y estos decretos de naturaleza legislativa¹⁵. La diferencia esencial es que los decretos de naturaleza legislativa son

Gregorio BADENI, “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, LL 2006-D, 1229; MARÍA ANGÉLICA GELLI, “De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa. Acerca de la reforma a la ley de administración financiera”, LL 2006-E, 868; ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional”, LL 2006-F, 877; FÉLIX LOÑ, “Decretos de necesidad y urgencia”, LL 2010-B, 826; y LUIS E. VIVACQUA, “Decretos de necesidad y urgencia. Algunas críticas y propuestas en torno a la ley 26.122”, EDCO, 4/6/10, p. 5.

¹³ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, ps. 262 a 264, GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, T. III, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 246.

En contra: EDUARDO GARCÍA DE ENTRERRÍA - TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, expresan estos autores “... No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al Reglamento y en que este pueda actuar al margen o prescindiendo (no ya contradiciendo, por supuesto) de la ley; incluso el ámbito organizativo interno de la Administración, que es el más propio de la potestad reglamentaria, como ya hemos visto, puede ser total o parcialmente regulado por la ley de modo que restrinjan o incluso que excluyan totalmente las posibilidades dejadas al Reglamento... La superioridad de la ley sobre el Reglamento es una superioridad vertical, piramidal, de modo que abarca la totalidad de las posibilidades de actuación del Reglamento, como el oficial se supraordena a toda posible actuación militar del soldado”. (*Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Lima - Bogotá, Palestra - Temis, 2006, ps. 254 y ss).

¹⁴ GERMÁN J. BIDART CAMPOS - PABLO L. MANILI, op. cit., LL, 2003-C, 1359; MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 255 y ss.

¹⁵ Esta simetría se plasma en dos posible situaciones jurídicas, que detallamos a continuación:

leyes en sentido material pero no formal en tanto que las leyes del Congreso de la Nación son leyes en sentido formal y material.

Asimismo, la doctrina entiende, viéndolo desde una faz operativa, que los decretos de promulgación parcial de las leyes constituyen una atribución propia del Ejecutivo que influye sobre la voluntad del Congreso nacional al sancionar leyes¹⁶.

Por otro lado, los decretos reglamentarios son dictados por el Poder Ejecutivo con la finalidad de ejecutar la ley que reglamentan sin alterar el espíritu de la misma (art. 99 inc. 2 CN), siendo estos jerárquicamente inferior a las leyes que ejecutan.

Una vez realizadas estas aclaraciones previas, corresponde que profundicemos sobre la jerarquía normativa de los distintos decretos y deslindemos la competencia del Ejecutivo para dictar decretos autónomos por un lado, y decretos de carácter legislativos –decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados– por el otro.

En primer término debe afirmarse que los decretos autónomos tienen la misma jerarquía normativa que los decretos de carácter legislativos, sin que prevalezca un sobre el otro, esta interpretación se asienta en que ambos instrumentos regulan materias distintas¹⁷. En tanto que los decretos reglamentarios son de rango inferior a las leyes que reglamentan precisamente por la naturaleza de estos¹⁸.

En segundo término debemos analizar la competencia del Poder Ejecutivo para emitir los decretos autónomos o de carácter legislativos.

Conforme hemos venido expresando los decretos autónomos recaen sobre materias que se encuentran dentro de la “zona de reserva de la Administración”.

a) Que los decretos con naturaleza legislativa (DNU y delegados) modifiquen, deroguen o reformen decretos de tal naturaleza, o leyes dictadas por el Congreso nacional.

b) y que las leyes dictadas por el Congreso nacional modifiquen, deroguen o reformen decretos con naturaleza legislativa (DNU y delegados), o leyes dictadas por el Congreso nacional.

¹⁶ Cfr. GERMÁN J. BIDART CAMPOS - PABLO L. MANILI, op. cit., LL, 2003-C, 1359.

¹⁷ En tal sentido calificada doctrina expresa que: “...Respecto de la relación entre un decreto de necesidad y urgencia y uno autónomo creemos que: si bien ninguna norma emanada del Poder Ejecutivo puede ir en contra de una ley, el decreto de necesidad y urgencia regula materias propias de la zona de reserva del Poder Legislativo, mientras que el decreto autónomo regula materias propias de la zona de reserva del Ejecutivo, por lo cual no debería plantearse el caso de contradicción entre ellos ya que cada uno cuenta con su ámbito propio: el decreto autónomo no puede transgredir la legalidad, pero el de necesidad y urgencia tampoco puede cercenar el espacio dentro del cual se sitúa el decreto autónomo. De producirse contradicciones inconstitucionales, son los jueces los convocados a resolverlas...” (GERMÁN J. BIDART CAMPOS - PABLO L. MANILI, op. cit., LL, 2003-C, 1359).

¹⁸ GERMÁN J. BIDART CAMPOS - PABLO L. MANILI, op. cit., LL, 2003-C, 1359.

En tanto que los otros decretos versan sobre materias propias de la “zona de reserva de la ley”.

En conclusión, los decretos autónomos sólo pueden ser modificados, reformados o derogados por otros de la misma especie con las salvedades de las ideas que expondremos en el apartado II. Otro tanto acontece con las leyes y los decretos de carácter legislativo que sólo pueden ser modificados, reformados o derogados por otra norma de la misma naturaleza y por leyes sancionadas por el órgano constitucionalmente competente¹⁹. Estas consideraciones se apoyan en el “principio de paralelismo de las competencias”, que pregona que “el órgano que tiene competencia para emitir un acto o una norma es el que dispone competencia “paralela” para dejarlos sin efectos”²⁰.

b) Delimitación de las competencias del Congreso nacional y el Poder Ejecutivo nacional

Ahora bien, es preciso delinear la frontera entre la competencia legislativa del Congreso nacional y la facultad del Poder Ejecutivo de emitir decretos autónomos.

La importancia práctica de esta delimitación radica en poder determinar el campo de acción de los órganos Ejecutivo o Legislativo. La competencia de estos poderes deberá estar ceñida a las atribuciones que le otorgue la norma fundamental a estos, para lo cual no podemos más que remitirnos a la parte orgánica de la Constitución nacional.

¹⁹ Este tema ha sido tratado claramente por GERMÁN J. BIDART CAMPOS - PABLO L. MANILLI, al expresar que: “... c) [con] Respecto a la cuestión referida a si un decreto autónomo podría derogar o modificar a uno de necesidad y urgencia, creemos que en el marco de la ortodoxia esto no habría de ocurrir ya que uno tiene un ámbito de aplicación y el otro uno distinto. Pero puede darse, en los casos donde se mezclan distintas categorías de decretos, que uno autónomo (art. 99 inc. 1) modifique a uno en cuyo dictado se superpusieron los caracteres de: autónomo, delegado, reglamentario y de necesidad y urgencia (arts. 76 y 99 incs. 1, 2 y 3). En ese caso, nuestra respuesta es que el autónomo sólo podrá modificar la parte del primer decreto que se había dictado en ejercicio de facultades propias del Poder Ejecutivo, pero no las otras partes, porque la competencia legislativa no puede ser asumida por el Poder Ejecutivo sino por medio de un decreto de necesidad y urgencia, en el marco y con el mecanismo de control establecidos en el art. 99 inc. 3.

d) Entre un decreto delegado y uno autónomo caben las mismas reflexiones expresadas en el punto “b)”, ya que en el primero el Poder Ejecutivo ejerce facultades legislativas... (el agregado nos pertenece)”, op. cit., LL, 2003-C, 1359.

²⁰ GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, T. III, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 20.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo precedente, existe una zona no muy delimitada entre la facultad de dictar decretos autónomos por el Ejecutivo y la zona de reserva de la ley²¹.

Ante la dificultosa delimitación de la frontera entre la competencia de los poderes ejecutivo y legislativo MARIENHOFF²² expreso que debe analizarse el rango o plano entre los reglamentos y la leyes del Congreso, y se manifestó en contra de la posición de D'ALESSIO y FORSTHOFF que expresaban que el reglamento debe hallarse subordinado a la ley; el tratadista, entiende, que no es posible dar una regla fija, pues, existen situaciones en donde la ley ocupará un rango o plano preeminente con relación a las del reglamento, y otras veces, el reglamento lo ocupará respecto de la ley.

Es necesario para entender la extensión de la competencia del Presidente de la Nación de emitir decretos autónomos conceptualizar con mayor precisión la zona de reserva de la Administración.

Es así, que debemos destacar que los decretos autónomos son aquellos que puede emitir el Presidente, que versan sobre la materia que este poder tiene competencia otorgada expresamente por la Constitucional nacional y que surge implícitamente de la normas constitucionales²³.

²¹ Cfr. JUAN FRANCISCO LINARES, “Los reglamentos autónomos en el orden federal”, LL 1981-D, ps. 1220 y ss; y MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 262 a 267 –específicamente ver p. 266–.

Con un posición crítica respecto a la zona de reserva de la Administración, encontramos al Dr. AGUSTÍN GORDILLO, que expresa: “...tampoco (se puede) sostener, desde luego, que pertenece a una esotérica ‘zona de reserva de la Administración’ que no existe en ninguna parte de nuestro sistema constitucional. Uno de los supuestos del reglamento autónomo que excede los límites antes expuestos se da en aquellas relaciones que la doctrina alemana llamaba ‘especiales de sujeción’, cuando determinados grupos de personas se encuentran, voluntariamente o no, sometidas a un sistema administrativo y normativo a la vez: los presos en la cárcel, los funcionarios en la Administración (y por ende los militares en las fuerzas armadas, los policías y gendarmes en las de seguridad, etc.), los alumnos en una escuela o universidad. ¿Cabe también limitar de tal modo los derechos de un enfermo en un hospital? En la práctica ciertamente ocurre, incluso sin norma alguna; pero a medida que avancen los juicios de mala praxis es posible que la vieja fórmula reglamentarista, que prevé todo a favor de la Administración y casi nada como derecho del particular, reasuma allí también el incierto rostro de sus mil cabezas de medusa. Los ejemplos sirven para demostrar el dramatismo que supone admitir con extensión esta potestad reglamentaria “autónoma,” o con delegaciones en blanco que para el caso es lo mismo” (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1 – Parte General, 10ª ed., Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, ps. VII-39 –el agregado me pertenece–; disponible en www.gordillo.com).

²² MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 253 y ss.

²³ Ver en: JUAN FRANCISCO LINARES, op. cit., LL 1981-D, p. 1220; MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 264 y ss.; GERMÁN J. BIDART CAMPOS – PABLO L. MANILI, cit.

Por otro lado, los decretos reglamentarios y autónomos comparten el carácter administrativo en cuanto su aspecto formal y sustancial; respondiendo, en el primero de estos a potestades normativas de asegurar la ejecución de leyes, y en el segundo caso, a la potestad gubernamental del Jefe de Estado²⁴.

MARIENHOFF expresa que la “zona de reserva de la Administración” se fundamenta en el principio de separación de poderes o división de las funciones estatales, al serle asignadas por la Carta Magna competencias propias y exclusivas a cada poder. Estas facultades se encuentran delimitadas en forma precisa a cada poder del Estado²⁵. Sin embargo, no podemos pasar por alto, que existen zonas grises que son precisamente el objeto del presente análisis.

Hemos expresado que el dictado de decretos autónomos, en el marco de la zona de reserva de la Administración, puede tratar sobre materias expresamente previstas en Constitución nacional como también materias implícitas.

Las materias expresas que pueden ser reguladas mediante los decretos autónomos son aquellas que surgen de las facultades expresamente previstas en el art. 99 de la Constitución nacional y que no están subordinadas a una ley del Congreso nacional conforme la interpretación sistemática y armónica de los arts. 99 y 75 de la Carta Magna²⁶. Así, el Presidente tiene facultades de conmutar e indultar penas (art. 99 inc. 5 de la CN), nombra y remueve por sí solo al Jefe de Gabinete de Ministros y a los demás ministros, los oficiales de su secretaria, los agentes consulares y los demás empleados cuyo nombramiento no este reglado por la Constitución nacional (art. 99 inc. 7 de la CN), hace la apertura de las sesiones del Congreso nacional (art. 99 inc. 8 de la CN), prorroga sesiones ordinarias del Congreso nacional o lo convoca a sesiones extraordinarias (art. 99 inc. 9 de la CN), celebra tratados internacionales (art. 99 inc. 11 de la CN), etc.

En tanto, que las facultades “implícitas” que permiten al Presidente dictar decretos autónomos, son aquellas que tácitamente se encuentran incluidas en las facultades expresas previstas por la constitución. Esta competencia tácita deriva de los arts. 99 incs. 1, 12, 13 y 17 de la Constitución nacional²⁷ y concordantes, que permitan dictar estos reglamentos autónomos en ausencia de ley formal, siempre que:

- 1) se trate de policía de seguridad y de salubridad;

²⁴ MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 257 y ss.

²⁵ Ampliar: MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 262 y ss.

²⁶ En este sentido: JUAN FRANCISCO LINARES, op. cit., p. 1220.

²⁷ La doctrina sustentaba esta posición en los arts. 86 incs. 1, 3, 15, 16, 20 y conc. de la Constitución nacional previo a la reforma constitucional de 1994. Ampliar en: JUAN FRANCISCO LINARES, op. cit., p. 1221.

- 2) se trate de organización interna de la Administración (funcionamiento, deberes de los órganos, atribuciones, etc.);
- 3) no altere sustancialmente los derechos individuales;
- 4) no establezca sanciones, ni caducidades de derechos por el transcurso del tiempo;
- 5) no implique restricciones o modificaciones al dominio, e intervenciones administrativas en empresas privadas;
- 6) no trate cuestiones que se refieran a competencia institucional de los otros poderes;
- 7) no se trate de materias propias de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo que surjan de la legislación que sólo define los fines prescindiendo de los medios para lograr aquellos;
- 8) no se trate de materias determinadas de Administración que expresa el art. 76 de la Constitución nacional.

Con la enumeración precedente no entendemos agotado un tema tan vidrioso como es el presente, sino que, solo recolectamos algunas ideas de la doctrina²⁸.

Habiendo esbozado la competencia material del Presidente de dictar decretos autónomos, debemos ahora, pasar a analizar algunas posibles situaciones jurídicas.

1) Los decretos autónomos dictados bajo el paraguas de la competencia expresa, al ser una facultad privativa del Poder Ejecutivo, no pueden ser objeto de una ley del Congreso de la Nación, si esto aconteciera, el Legislativo, estaría violando el principio de división de poderes²⁹.

2) Si no existe una ley en sentido formal el Ejecutivo podrá dictar decretos autónomos³⁰.

²⁸ Ampliar en: JUAN FRANCISCO LINARES, op. cit., p. 1221 y nota 10; MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., p. 262; ALFONSO SANTIAGO (H), "Régimen...", ya citada. En una posición más estricta respecto a los decretos autónomos encontramos a AGUSTÍN GORDILLO. Dicho autor expresa que: "...Puede admitírselos para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la Administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta inconstitucional, en cambio, que se pretenda limitar los derechos de los particulares o la potestad del Congreso sobre la Administración, por cuanto la administración el art. 14 de la Constitución establece claramente que la regulación y por ende restricción de los derechos individuales solo puede hacerse "por las leyes," esto es, por las leyes del Congreso y no por actos de la Administración. Con todo, procediendo con la debida prudencia es posible utilizar este medio reglamentario dentro de sus límites; habrá de cuidarse de no fijar obligaciones de los particulares hacia la Administración, que no tengan sustento legal específico..." (AGUSTÍN GORDILLO, op. cit., ps. VII-38 y ss).

²⁹ Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., ps. 262 a 264.

³⁰ En contra: JUAN FRANCISCO LINARES, op. cit., ps. 1221 y 1222.

3. En caso de duda sobre las competencias para regular determinada materia, deberá decidirse a favor del Congreso de la Nación³¹.

Por otro lado, sin lograr desentrañar la profundidad de zona de reserva de la Administración, entendemos que lo expresado precedentemente, puede servir al lector como pauta orientativa.

Debemos aclarar también que algunos de los trabajos analizados para poder llegar a estas ideas básicas sobre la temática son de fecha anterior a la reforma constitucional del año 1994, pero que han sido adecuados a los parámetros actuales. Sin embargo, debemos tener presente que de la mano de la nueva normativa constitucional, nos encontramos con los decretos de necesidad y urgencia y delegados que han alterado la utilización de los decretos autónomos. Como expresamos más arriba, las materias determinadas de Administración a las que se refiere el art. 76 de la Constitución nacional³² limitan el campo de acción de los decretos autónomos, pues dicha materia de administración no estaría incluida en estos decretos.

Por otro lado, la utilización indiscriminada de decretos de necesidad y urgencia, sumada a la de los decretos delegados, genera en la práctica actual que la utilización de los decretos autónomos decrezca, pero no debemos engañarnos, no ha sido eliminada de práctica de la Administración, y también debemos alertar que puede acontecer que se dicten decretos de naturaleza legislativa bajo la forma de un decreto autónomo o un decreto reglamentario, con el fin de evitar poca o escasa discusión política que se puede dar en el seno de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo –ley 26.122– o en el pleno de las Cámaras del Congreso nacional³³.

³¹ Cabe recordar que el art. 75 inc. 30 de la CN establece que:

“Corresponde al Congreso: ...Hacer 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”.

De la norma transcrita se desprende que el Poder Legislativo goza de poderes implícitos que puede ejercer a fin de hacer efectivos otras atribuciones previstas en forma expresa en la Carta Magna. Ver MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 735 y 736.

³² Tema ampliamente desarrollado y sistematizado en: *Informe Final de la Comisión Bicameral para el Cumplimiento de la Cláusula Transitoria Octava de la Constitución nacional –ley 26.519–*, Ciudad de Buenos Aires, julio 2010, Imprenta del Congreso, ENRIQUE PAIXAO - ALBERTO GARCÍA LEMA - LUIS LOZANO - SANTIAGO ALFONSO, p. 34; ALFONSO SANTIAGO (H) - VALENTÍN THURY CORNEJO, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2003; y ALFONSO SANTIAGO (H), “Régimen...”, ya citado.

³³ Tema que lo hemos tratado en: LUIS E. VIVACQUA, op. cit., ver específicamente apartado 2 punto b) “Tratamiento de oficio de un decreto de naturaleza legislativa”.

III. COLOFÓN

Es importante destacar que las afirmaciones hechas en este ensayo, de ningún modo agotan la cuestión que tratamos, sino que responden a una necesidad de discernir que dentro de la praxis constitucional argentina actual la existencia de una línea no muy clara entre las facultades del Ejecutivo de emitir decretos autónomos y propias del Congreso nacional.

Por otro lado, no debemos olvidar que la realidad, que es de innegable naturaleza dinámica, no puede ser vista estáticamente.

En consecuencia, el análisis debe realizarse siempre teniendo en vista el bien común de la sociedad, pero sin perder la óptica de que el Ejecutivo debe tener un margen para poder gobernar, sin que el Congreso entorpezca su gestión. En este sentido, cabe preguntarse si el Estado argentino está preparado para el bien común³⁴, y relacionarlo con la idea, siempre abstracta, de que el Presidente debe tener todo el poder posible pero dentro del marco constitucional, para garantizarnos a todos los ciudadanos soluciones efectivas a las necesidades que se generen sin afectar el Estado de Derecho.

³⁴ Se puede ver una respuesta en: PEDRO J. FRÍAS, “El Estado argentino, ¿está preparado para el bien común?”, EDCO, 23/4/2007.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

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

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

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

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