

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN REGLAMENTARIA. ANÁLISIS DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN *ETCHEVERRY* Y PROPUESTA DE LEY SOBRE LA REGLAMENTACIÓN DE LAS LEYES

María Verónica Nolazco

Universidad Austral
vnolazco@austral.edu.ar

Resumen

El presente trabajo intenta profundizar acerca de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional a partir del análisis del fallo dictado en la causa *Etcheverry Juan Bautista c/Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986* (2021). Del análisis de los fundamentos de la sentencia se extraerán las pautas que constituyen la doctrina del tribunal en la materia. Asimismo, se analizarán la omisión como vicio de la potestad reglamentaria y el tratamiento del problema a nivel provincial y en el derecho comparado. Por último, se propone un proyecto de ley sobre la reglamentación de las leyes a fin de resolver la controvertida determinación del plazo razonable para el dictado de los reglamentos ejecutivos (artículo 99, inciso 2° de la Constitución nacional) y mejorar el control que el Congreso realiza de ellos.

Palabras clave: inconstitucionalidad por omisión, omisión reglamentaria, reglamentos ejecutivos, normas programáticas, clínica jurídica.

Unconstitutionality Due to Regulatory Omission. An Analysis of the Supreme Court Ruling in *Etcheverry* and a Bill on the Regulation of the Laws

Abstract

This article analyzes the unconstitutionality due to regulatory omission of the National Executive Power based on the ruling issued in *Etcheverry Juan Bautista c/Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986* (2021). Based on a detailed analysis of the grounds contained in such ruling, the jurisprudential guidelines and principles of the Supreme Court are discussed. Additionally,

this paper includes a study of the omission as a vice of the regulatory power and the treatment of the problem at the provincial level and in comparative law. Finally, a bill on the regulation of laws is proposed, both to sort out the debate around setting a reasonable term for issuing executive regulatory orders (as prescribed by Section 99(2) of the Argentine Constitution) and to improve Congress review of such orders.

Key words: unconstitutionality by omission, regulatory omission, executive regulations, programmatic norms, legal clinic.

1. Introducción

En octubre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), de manera unánime, confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACont. Adm. Fed.), en la que se le ordenó al Poder Ejecutivo reglamentar, en el plazo de 90 días hábiles, el artículo 179 de la Ley 20744 de Contrato de Trabajo (LCT) referido a las salas maternas y guarderías. Dicha reglamentación estaba pendiente desde la sanción de la LCT en 1974, es decir, desde hacía 47 años.

Encontrándose vencido el plazo impuesto por la CSJN, finalmente, por medio del Decreto 144/2022 de fecha 22 de marzo de 2022, el Poder Ejecutivo reglamentó el artículo 179 de la LCT, estableciendo, entre otras cosas, que en los establecimientos donde presten tareas cien personas o más, independientemente de la modalidad de contratación,¹ los empleadores deberán habilitar espacios de cuidado para niños y niñas de entre 45 días y 3 años de edad que estén bajo el cuidado de sus trabajadores y trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo. De acuerdo con lo establecido en el decreto, la obligación será exigible a partir del 22 de marzo de 2023.

El fallo de la CSJN en la causa *Etcheverry* constituye un hito fundamental en la construcción de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en nuestro país, por ello, la sentencia merece un análisis en profundidad. En los tres votos que componen el fallo, se advierten importantes pautas que deben ser tenidas en cuenta para la resolución judicial de casos actuales y futuros.

La paradoja del caso es que en este *leading case* no se buscaba en sí la reglamen-

1 Quedan comprendidos no solo los dependientes del establecimiento principal, sino también los trabajadores dentro del régimen de teletrabajo y aquellos dependientes de otras empresas, en tanto presten servicios en el establecimiento principal. Se contempla la posibilidad de subcontratar un espacio de cuidado que cumpla esta función, siempre y cuando esté a menos de 2 kilómetros de distancia del establecimiento. Asimismo, cabe la posibilidad de abonarle al empleado un reintegro no remunerativo, ya sea para contratar una guardería o a una persona que cuide al niño. En ambos casos, debe plasmarse en el recibo de sueldo.

tación de la ley, sino que la acción se inició en el marco de los trabajos que realiza la Clínica Jurídica de la Universidad Austral como parte de la formación de los estudiantes de la carrera de Abogacía. No caben dudas de que si no fuera por el móvil pedagógico, no solo ese artículo de la LCT estaría hoy sin reglamentar, sino que tendríamos un Poder Ejecutivo más omnímodo y con menos controles.

A modo de valoración personal, parecería que la decisión adoptada por el tribunal cimero fue acertada y efectiva para el caso concreto. Sin embargo, ello no les da solución a los reclamos por otras omisiones reglamentarias ni resuelve la controvertida determinación del plazo razonable para el dictado de los reglamentos ejecutivos del artículo 99, inciso 2° de la Constitución nacional (CN). Por ello, al final de este trabajo se postula un proyecto de ley nacional sobre la reglamentación de las leyes.

2. Plataforma fáctica, *iter* procesal y cuestión jurídica planteada

El caso se origina en el año 2015 a raíz de un amparo preparado por la Clínica Jurídica de la Universidad Austral. Se presentaron como actores el Sr. Juan Bautista Etcheverry y la Sra. Ximena Liggerini, en su condición de trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías y cuyos lugares de trabajo no contaban con ellas, junto con la ONG Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Allí se pidió que se subsane la omisión reglamentaria del artículo 179 de la LCT en cuanto establece que “(e)n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

En cuanto al *iter* procesal, luego de una controversia en torno a la competencia del caso, la CNACont. Adm. Fed. resolvió que la causa debía ser resuelta en ese fuero. En primera instancia, la jueza subrogante del Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 7 rechazó la acción incoada sobre la base de considerar (con remisión al dictamen de la fiscal general) que no se encontraban acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de la acción de amparo que, por su naturaleza, es expedita y rápida. Asimismo, consideró que de las constancias obrantes en autos no surgía que a las partes se les hubiera negado una retribución en concepto de sala maternal o guardería a causa de la falta de reglamentación de la LCT.

Ante esta decisión, la sentencia fue apelada por la parte actora y el 14 de febrero de 2017, la Sala I de la CNACont. Adm. Fed. revocó el pronuncia-

miento de primera instancia, ordenándole al Poder Ejecutivo reglamentar el artículo 179 de la LCT dentro del plazo de 90 días hábiles. Para así decidir, la Cámara tuvo en cuenta el dictamen del fiscal general, en el que se sostuvo que la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar (derivada de la atribución conferida por el artículo 99, inciso 2 de la CN), durante un tiempo prolongado, constituía una ilegalidad manifiesta, porque importaba anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protegía intereses consagrados en instrumentos internacionales. A su vez, se dijo que los cuarenta años transcurridos entre la sanción de la ley y el inicio de la causa no resultaba óbice para el tratamiento del amparo, en virtud de que la pretensión tenía como fin tutelar una omisión de los órganos estatales.

Por último, se tuvo presente que el hecho de que los actores pudieran solicitar el reintegro de gastos de guardería o sala maternal por el artículo 103 bis, inciso f de la LCT no impedía el progreso de la acción en tanto la previsión fue establecida para los casos de los empleadores que quedaban por fuera de la reglamentación por no superar el número mínimo de trabajadores.

Contra dicha sentencia de segunda instancia, el Poder Ejecutivo (a través de la oficina legal del Ministerio de Trabajo) interpuso un recurso extraordinario federal, el cual –denegado– motivó la queja. Por encontrarse en juego la determinación del alcance de cláusulas constitucionales y la decisión recurrida contraria al derecho que el Estado nacional fundaba en ellas, el recurso extraordinario fue admitido por la CSJN en virtud de lo establecido en el artículo 14, inciso 3 de la Ley 48. Por decisión unánime, pero sin un voto de mayoría, el 21 de octubre de 2021 la CSJN hizo lugar a la queja y confirmó la sentencia apelada ordenándole al Poder Ejecutivo reglamentar el artículo 179 de la LCT en el plazo de 90 días hábiles.

3. Fundamentos de la sentencia

El fallo es el resultado de tres votos concurrentes: el de los ministros Highton de Nolasco y Rosenkrantz, el de los ministros Maqueda y Lorenzetti y el del ministro Rosatti. Si bien no hay un voto que pueda identificarse como “de mayoría”, se advierte la presencia de una mayoría fracturada, pasible de ser reconstruida luego de un análisis comparativo y en profundidad (Legarre, 2021).²

2 El profesor de Derecho Constitucional afirma que cuatro son las situaciones que pueden encontrarse comúnmente en una sentencia no unánime de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: mayoría propiamente dicha, mayoría fracturada, falta de mayoría en lo que hace a los fundamentos

En cuanto al voto de los ministros Highton de Nolasco y Rosenkrantz, el argumento principal surge del propio texto del artículo 179 de la LCT. En una interpretación literal, entendieron que la letra de la ley condicionaba la exigibilidad de las salas maternas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determinara el número de trabajadoras por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. Por lo tanto, la omisión del Poder Ejecutivo frente a un claro mandato legislativo, por un tiempo irrazonable, conducía en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por lo tanto, violaba el deber establecido en el artículo 99, inciso 2 de la CN. Por consiguiente, entendieron que correspondía ordenarle al Poder Ejecutivo que subsanara esa omisión en un plazo razonable.

Por su parte, los ministros Maqueda y Lorenzetti examinaron los dos agravios planteados por el Estado nacional. En cuanto al primero, referido a la acción de amparo para el trámite de omisiones reglamentarias, los jueces del máximo tribunal recordaron que, aun antes de la reforma constitucional de 1994, el amparo fue reconocido de manera pretoriana en los casos *Siri* (1957) y *Kot* (1958) como vía procesal expedita para la tutela de derechos fundamentales y la efectividad de la CN. Asimismo, citaron los casos *Ekmekdjian* (1992), *Badaro I* (2006), *Badaro II* (2007), *Halabi* (2009) y *Villarreal* (2014),³ entre otros, como parte de la evolución en la jurisprudencia de la CSJN en materia de inconstitucionalidad por omisión,⁴ a fin de desacreditar lo alegado por el Estado nacional

y falta de mayoría en lo que hace a la resolución.

- 3 En este caso también se trató de una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, pero puede distinguirse del fallo *Etcheverry* al menos por dos motivos. En *Villarreal* se trató de la falta de reglamentación del artículo 6 de la Ley 26425, que establecía el modo en el que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio. Allí, la CSJN remedió directamente la omisión, ordenando la devolución de los fondos oportunamente depositados como única manera de enmendar la situación. En *Etcheverry*, por el contrario, la CSJN le estableció un plazo al Poder Ejecutivo para reglamentar el artículo 179 de la LCT. Por otra parte, en *Villarreal*, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 26425 en razón de su inoperatividad por falta de reglamentación, mientras que, en *Etcheverry*, la Corte Suprema no se refirió a la inconstitucionalidad de la norma sin reglamentar, sino que indicó que la inconstitucionalidad radicaba en la falta de reglamentación. Al analizar la sentencia en el caso *Villarreal*, Piaggio (2015) sostiene que se trata de un caso de inconstitucionalidad “sobreviniente”, en cuanto a que en el fallo de la Corte no se advierte ninguna crítica puntual dirigida a la medida adoptada originalmente por el legislador, sino que, por el transcurso del tiempo (más de 6 años), la norma devino inconstitucional. Si bien la CSJN quiso solucionar el conflicto para el caso concreto, no parece razonable la declaración de inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Congreso por falta de reglamentación del Poder Ejecutivo.
- 4 En relación con la operatividad de los derechos en Argentina, además del caso *Ekmekdjian* (1992) y *Urteaga* (1998), son de obligada referencia los fallos de la CSJN *Hotel Internacional Iguazú* (1987) y *Ramos* (2002) (Sacristán, 2017, pp. 79-94).

y la sentencia de primera instancia en cuanto a que el tiempo transcurrido impediría tener por acreditada la urgencia que requiere el amparo previsto en el artículo 43 de la CN. Toda esta línea jurisprudencial, y puntualmente la doctrina del precedente *Villarreal*, sirvieron de fundamento para afirmar la procedencia del amparo por omisión ante la falta de reglamentación.

Teniendo en cuenta que se trataba de una ley sin reglamentar desde hacía 47 años, los lineamientos dados en este voto con relación al tiempo son interesantes de remarcar. Al respecto, afirmaron entre otras cosas que:

- La propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable, por lo que mal podría esgrimirse ese lapso para inhibir la habilitación de la vía de amparo.
- El tiempo, en sí mismo considerado, lejos de obstaculizar la admisibilidad de la acción de amparo, agrava la lesión que esta acción debe resguardar.
- La inmediatez procesalmente requerida se refiere a la satisfacción del acceso a justicia por parte del titular de un derecho vulnerado.
- El tiempo final de la materialización siempre está sometido a una serie de variables no judiciales.⁵
- Es irrelevante para la admisibilidad argumentar que llevará tiempo cumplir con una eventual reglamentación.

En este contexto, los ministros sostuvieron que una eventual exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 de la Constitución nacional en la medida en que no aseguraría el cese de la omisión advertida. Por el contrario, encontraron que solo era posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en la que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el artículo 179 de la LCT e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación.

En cuanto al segundo aspecto de la cuestión referido al control jurisdiccional sobre las omisiones reglamentarias en un Estado republicano, los ministros analizaron el artículo 179 de la LCT en armonía con lo previsto en los artículos 14 bis y 75, inciso 23 la CN, los tratados internacionales con jerarquía

5 Puede distinguirse aquí la reglamentación de una ley de su ejecución o materialización. Claramente, los tiempos de una y otra son distintos, pero ni en la Constitución nacional ni en una previsión legal se encuentra esta diferencia.

constitucional (artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5, incisos a y b y artículo 11, inciso 2°, ap. c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 18, inciso 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En línea con lo argumentado por los ministros Highton de Nolasco y Rosenkrantz, sostuvieron que el Poder Ejecutivo había desoído un claro mandato legislativo y que la falta de reglamentación durante 47 años planteaba un problema de operatividad del derecho. Por lo tanto, correspondía ordenarle al Poder Ejecutivo que dictara la reglamentación correspondiente. Al respecto, sostuvieron que no había una intromisión indebida cuando lo único que hace el Poder Judicial es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.⁶ En la misma línea se expresó el ministro Rosatti al afirmar que, en este tipo de omisiones inconstitucionales, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino también el deber de controlar.

En cuanto a la naturaleza de los decretos reglamentarios, afirmaron que si bien no caben dudas de que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de reglamentar las leyes según lo establecido en el artículo 99, inciso 2 de la CN, existe un límite en este ámbito de discrecionalidad sujeto a escrutinio judicial. Este límite, a su juicio, se configuraría cuando: a) hay una omisión reglamentaria; b) durante un tiempo irrazonable; c) se torna ilusoria alguna cláusula de la Constitución; d) dicha omisión es causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva. Ello, en el entendimiento de que se vulnera la Constitución nacional tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda.

Por último, cabe destacar del voto concurrente de los ministros Maqueda y Lorenzetti que, en una interpretación armónica de la LCT con el Convenio

6 En el considerando 11° de su voto, los ministros Maqueda y Lorenzetti citan los precedentes *Verbitsky* (2015) y *Saavedra* (2018). En el primer caso, la CSJN se expidió en un *habeas corpus* respecto al estado de las cárceles penitenciarias. Allí, al referirse al rol del Poder Judicial, sostuvo que, a diferencia de la evaluación de políticas -cuestión claramente no judicial-, le corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la nación garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. En el segundo caso, la CSJN sostuvo que le corresponde al Poder Judicial de la nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, y no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

156 de la OIT y el precedente en *Puig* (2020), sostuvieron que la reglamentación no solo debería tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares, sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades. De este modo, se le da un alcance mayor al derecho reconocido en la norma.

Finalmente, se destaca del voto concurrente del Dr. Rosatti el análisis en torno a la protección integral de la familia, prevista en el artículo 14 bis de la CN, la que no solo debe considerar a la familia tradicional, sino también a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, conforme a ponderaciones sociales que se expresan históricamente en criterios legislativos y jurisprudenciales.

En los tres votos se comparte con la segunda instancia el criterio de interpretación sistemática del artículo 103 bis y del artículo 179 de la LCT, del cual se deriva que el legislador tuvo en cuenta prestaciones diversas y complementarias y, por lo tanto, la existencia de convenciones colectivas de trabajo que prevean la prestación de servicios de guardería y salas maternas no obstaculizarían la reglamentación. Respecto a este punto, se advierte que el artículo 4 del Decreto 144/2022 que reglamentó el artículo 179 de la LCT se apartó de lo considerado por la CSJN y contempló la posibilidad de que en los convenios colectivos de trabajo se prevea el reemplazo de la obligación de espacios de cuidado mediante el pago de una suma dineraria no remunerativa en concepto de reintegro de gastos debidamente documentados.

4. Algunas consideraciones en torno al fallo *Etcheverry*

Sin dudas, el caso *Etcheverry* entra en la categoría de los llamados “fallos institucionales” y es un *leading case* en materia de inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Se trata de un fallo muy importante desde el punto de vista jurídico y político.

Al declarar la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria y establecer un plazo para la reglamentación del artículo 179 de la LCT, puede afirmarse que la CSJN ha tomado la postura de un poder moderador del Estado con alguna dosis de activismo judicial. En el ejercicio de su función de control político, el máximo tribunal asumió la iniciativa política y estableció las directrices políticas en materia de inconstitucionalidad por omisión (Santiago, 1999, p. 140).

Asimismo, en el mentado pronunciamiento, se advierte el análisis de importantes cuestiones de derecho constitucional relacionadas con las doctrinas expansivas e intensivas del control de constitucionalidad: la necesidad de pre-

servar la división de poderes, el carácter operativo de los derechos humanos, la utilización del análisis intensivo de razonabilidad, la legitimación amplia y el *certiorari* positivo (Santiago, 1999, pp. 190-198).

Más allá de los correspondientes ámbitos de discrecionalidad, la CSJN ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al alcance del control jurisdiccional en materia de omisión reglamentaria. En nuestro diseño constitucional de separación de poderes con frenos y contrapesos, la falta de reglamentación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión, donde el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino también el deber controlar dicha omisión. A su vez, la omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de control jurisdiccional cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional.

En síntesis, la omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo puede ser controlada judicialmente y originar, incluso, un mandato judicial en ese sentido porque la discrecionalidad se torna, en este caso, arbitrariedad cuando la inercia administrativa conduce a enervar la aplicación de la ley y, con ello, a desconocer el mandato del legislador (Comadira, 2002, p. 124).

Si bien no hay dudas de que la obligación a cargo del empleador y la operatividad del derecho de la trabajadora requerían de una reglamentación posterior, no parece que pueda derivarse de la letra de la LCT ni del artículo 99, inciso 2 de la CN una obligación expresa de reglamentar. En este sentido, el artículo 179 de la LCT en su parte pertinente dice “en las condiciones que oportunamente se establezcan”, y la cláusula constitucional se ubica dentro de las atribuciones del presidente de la nación.

Vemos que no surge con claridad de la norma cuál era el plazo razonable para su reglamentación porque la razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado. Dependerá de la prudencia del juez que resuelva el amparo y de la temática reglada por la norma la definición de aquel plazo irrazonable cuyo incumplimiento deriva en omisión. En *Villareal*, 6 años desde la sanción de la ley fueron suficientes para la CSJN para declarar la inconstitucionalidad, mientras que, en el caso en comentario, habían transcurrido 47. Por ello, a fin de evitar este tipo de conflictos, es fundamental que en los casos en los que es necesaria una reglamentación posterior para completar los pormenores y detalles de una ley el Congreso fije el plazo para reglamentar.

En cuanto a la vía intentada para remediar la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, parecería que luego del fallo comentado queda suprimido el

“cono de sombra” que Bidart Campos (2019) señalaba respecto del alcance de la acción de amparo incorporada en la reforma de 1994 en el artículo 43 de la CN.

(N)o es novedoso que el amparo regulado por el art. 43 mantenga su procedencia contra omisiones, y que haya agregado que el juez se encuentra habilitado para declarar inconstitucional la norma en la que se “funda” la omisión lesiva. Lo que permanece en un cono de sombra es otra cosa parcialmente distinta: ¿También la omisión de dictar leyes o normas cuya ausencia traba o bloquea la efectividad de una norma superior es susceptible de impugnación a través del amparo? Si contestamos afirmativamente, queda expedita la vía para remediar la inconstitucionalidad por omisiones normativas. (p. 379)

Queda claro entonces, luego de la sentencia, que el amparo es la vía procesal adecuada para el control de constitucionalidad de las omisiones reglamentarias, a pesar del tiempo que pueda haber transcurrido y del tiempo que requiera la ejecución de la ley.

Sin embargo, lamentablemente, no puede afirmarse con el mismo ímpetu que el amparo sea la vía rápida y expedita para darles solución a los casos de omisión reglamentaria. Para los actores, fue necesario el transcurso de 8 años de litigio para lograr una sentencia favorable. Es decir que cuando se logró ponerle fin al litigio, los hijos menores ya no tenían edad de concurrir a salas maternales y guarderías.

A pesar del avance que supone la sentencia para la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, podría cuestionarse si al momento de dictar el fallo la cuestión no era abstracta por la edad de los hijos de los actores.

Además, si bien parece adecuada la extensión que se le ha dado al referido artículo 179 de la LCT a fin de que la regulación de las salas maternales y las guarderías contemple también la responsabilidad de los trabajadores en el cuidado de los hijos menores, quizás se debería haber exhortado al Congreso a adecuar el texto del artículo 179 de la LCT que se refiere a trabajadoras únicamente. Esto, en virtud de los tratados internacionales que reconocen la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en materia laboral.

En línea con lo prescripto por los distintos tratados de derechos humanos, la sentencia busca de algún modo revalorizar a la familia e intenta poner en pie de igualdad las condiciones laborales de hombres y mujeres. Sin embargo, la reglamentación no ha contemplado beneficios fiscales para los empleadores obligados a habilitar guarderías y salas maternales a fin de que la contratación de hombres y mujeres con hijos menores a cargo no sea discriminada.

Con algunos días de demora, el presidente finalmente reglamentó el artículo en discusión con vigencia a partir del año 2023. En los establecimientos donde presten tareas cien personas o más, independientemente de la modalidad de contratación, los empleadores deberán habilitar espacios de cuidado para niños y niñas de entre 45 días y 3 años que estén bajo el cuidado de sus trabajadores y trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, puede predicarse que si bien la decisión adoptada por el máximo tribunal fue adecuada y efectiva para el caso concreto, es necesario que el propio Poder Legislativo reasuma su función y atribuciones constitucionales a través de un mayor control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Solo así se logrará equilibrar el sistema institucional en un Estado de derecho constitucional.

Es evidente la dificultad que acarrea para el justiciable el tener que recurrir a la justicia para que se le reconozca la operatividad de un derecho no reglamentado. Al mismo tiempo, resulta clara la dificultad que significa para el juez la determinación del plazo razonable cuando en la norma el Congreso no lo fijó de antemano. Sin dudas, sería conveniente que el plazo para reglamentar estuviera fijado por el Poder Legislativo al momento de aprobarse un proyecto de ley. Esta es la idea principal que se intenta esbozar en este acotado marco de análisis y para lo cual se propicia en la tercera parte de este trabajo un proyecto de ley.

5. La omisión como vicio de la potestad reglamentaria

Las leyes, por lo menos en su inmensa mayoría, son normas pensadas para ser aplicadas a la población en general, pero solo resultarán eficaces en la medida en que puedan aplicarse a cada una de las personas. Para ello, nuestro sistema constitucional prevé el dictado de reglamentos dentro de las atribuciones conferidas al presidente de la nación (artículo 99, inciso 2 de la CN). Este difícil equilibrio en cuanto al grado de generalidad o minuciosidad de la ley es uno de los déficits habituales en el producto legislativo (Pérez Bourbon, 2011, pp. 86-91).

Sobre este punto, no caben dudas de que la potestad reglamentaria se encuentra dentro de la esfera de competencias del Poder Ejecutivo. Pero cuando la operatividad de un derecho consagrado en una norma depende de la reglamentación, el Poder Ejecutivo tiene el deber de reglamentar en un plazo razonable. Este límite a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo se fundamenta en el carácter accesorio y subordinado de este tipo de reglamentos.

A esta altura, es una verdad de Perogrullo afirmar que en el proceso de for-

mación y sanción de las leyes participan necesariamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (artículos 78 y 80 de la CN). Empero, la función legislativa no se agota con la sanción y promulgación de un proyecto de ley. En múltiples casos, es necesario el ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo a fin de definir los pormenores y detalles de la ley (CSJN, *Cocchia*, 1993), los que por el artículo 99, inciso 2° de la CN están expresamente encomendados al presidente de la nación⁷.

Este tipo de reglamentos “ejecutivos” (también llamados, cuando los dicta el presidente, “decretos reglamentarios”),⁸ se distinguen de los autónomos (artículo 99, inciso 1°), de los delegados (artículo 76)⁹ y de los de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3°) previstos también en nuestra CN.¹⁰

Si bien existen autores que afirman que la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo fue tomada por nuestros constituyentes de la Constitución de Cádiz apartándose del modelo estadounidense (Bianchi, 2019; Santiago et al., 2019), hay quienes sostienen que la influencia de la constitución gaditana no puede tomarse seriamente como antecedente de nuestra disposición constitucional (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2006, pp. 118-122). Esta postura sostiene que la referida atribución del presidente argentino es muy similar a la que el artículo II, sección 3 de la Constitución de Estados Unidos le otorga al Poder Ejecutivo de la Unión para cuidar que las leyes “sean fielmente ejecutadas”. Esta es la llamada *take care clause*, por medio de la cual aquel debe cuidar (*take care*) que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración.

7 Si bien el presidente puede delegar esta facultad reglamentaria en algún área de la Administración pública, a nuestro entender es incorrecto que sea el Congreso quien designe directamente a los sujetos inferiores al presidente, situación que en la práctica ocurre. Nuestra CN expresamente le atribuye al Poder Ejecutivo esta facultad a través del artículo 99, inciso 2. En una interpretación flexible del artículo referido, no solo el Poder Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar, ejecutivamente, una ley (Bianchi, 1990, p. 135). Si se admite que sujetos inferiores al presidente pueden ser sujetos de delegaciones más importantes que las que tienen lugar con los reglamentos ejecutivos, no se puede negar que también pueden ser destinatarios de estas. Naturalmente que ello no los exime del cumplimiento estricto de las limitaciones constitucionales que emanan del artículo 99, inciso 2.

8 Existen reglamentos ejecutivos dictados por entes y órganos distintos del presidente y, aunque no es una cuestión unánime, existen fundamentos constitucionales y jurisprudenciales que validan dicha práctica. (Castro Videla, y Maqueda Fourcade, 2020).

9 La distinción teórica entre los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos se ha dado en la Argentina de manera jurisprudencial y doctrinaria, hasta que, en la reforma constitucional de 1994, los primeros se constitucionalizaron en el artículo 76 de la CN. Sin embargo, en la práctica constitucional aún puede resultar una tarea difícil su distinción.

10 Respecto al régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos y su distinción con los otros tipos de reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, puede verse la obra de Santiago (2007).

Estos autores afirman que, en ambos casos, las dos constituciones hacen referencia a la “ejecución de las leyes”, concepto este que excluye toda discrecionalidad de parte del presidente. Más aún, sostienen que, en el caso de la Constitución de 1853/60, la atribución concedida al Poder Ejecutivo es todavía más restringida que en los Estados Unidos, ya que se agregan dos importantes limitaciones: los decretos que emita el presidente deben ser “necesarios” para poner en ejecución las leyes, y los reglamentos del presidente no pueden alterar la letra y el espíritu de las leyes que ponen en ejecución.

Estas “instrucciones y reglamentos” son “necesarios”, en general, cuando la ley no resulta totalmente operativa y exige, para su puesta en práctica por el Poder Ejecutivo, que este establezca precisiones, detalles técnicos, formas o procedimientos razonables para que lo dispuesto por el Congreso, al sancionar la ley, sea aplicable (Castro Videla, y Maqueda Fourcade, 2020).

Más allá de la discusión respecto al origen histórico de dicha cláusula constitucional, cabe destacar que, en nuestro país, desde el punto de vista constitucional, el presidente es el principal órgano de emisión de reglamentos. En los Estados Unidos, por el contrario, esa función les corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen del presidente (Bianchi, 2019, p. 271).

En Argentina, desde el punto de vista cuantitativo, la legislación que produce la Administración –a la que genéricamente se la denomina “reglamentos”– es notablemente más abundante que la del Congreso y, por lo general, incide en forma mucho más directa en la esfera de los derechos individuales de aquella. Ello, por cuanto los órganos administrativos se hallan mejor capacitados para reglamentar cuestiones que requieren una preparación técnica y jurídica, y que proveen a ello con rapidez, máxime en materias que requieren permanente actualización (Sacristán, 2014, p. 391).

Si bien la CSJN tiene dicho que “la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación de la ley cuya operatividad no ofrece duda”,¹¹ en la actualidad existe una gran cantidad de leyes vigentes cuya reglamentación es necesaria para que puedan ser plenamente operativas. Por citar algunos ejemplos, a nivel nacional puede mencionarse la Ley 26123 de Promoción del Hidrógeno (sancionada en el año 2006) y la Ley 26842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (sancionada en el año 2012).

11 Se trata aquí de Fallos: 262:468 del 10/09/65.

A su vez, existen casos en los que si bien se ha reglamentado, esto sucedió luego de varios años de espera injustificada, con la consecuente violación de los derechos y garantías legalmente reconocidos. A modo de ejemplo, cabe referirse a la Ley 26281 de Prevención y Control de todas las formas de Transmisión de la Enfermedad de Chagas, la que fue reglamentada en el año 2022 luego de 14 años de sancionada.¹²

Un caso muy reciente que vale la pena mencionar es el de la reglamentación de la Ley de 27159 de Muerte Súbita del año 2015. Nuevamente, a impulsos de la Clínica Jurídica de la Universidad Austral, con fecha 11 de noviembre del año 2021, una jueza de primera instancia del fuero contencioso administrativo federal hizo lugar a un amparo presentado (en los términos del artículo 43 de la CN y la Ley 16986) por la Sociedad Argentina de Cardiología, el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y el Sr. Pablo María Carcavallo, con el objeto de que se le ordenara al Poder Ejecutivo Nacional reglamentar la ley.

Para fundar su decisión, la magistrada utilizó el precedente del caso *Etcheverry* y le ordenó al Gobierno nacional para que en el término de 30 días hábiles administrativos dictara la reglamentación de la Ley 27159 y designara su autoridad de aplicación. Dicha sentencia no fue apelada por el Poder Ejecutivo y 8 meses más tarde, finalmente, con fecha 15 de julio de 2022, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto 402/2022 con la reglamentación pretendida.

Cabe admitir que la falta de reglamentación de las leyes se traduce en la práctica en un doble derecho de veto, sin posibilidad de insistencia por parte del Poder Legislativo (artículo 83 de la CN). A pesar de que el constituyente nacional ha querido darle al Poder Ejecutivo la posibilidad de vetar un proyecto de ley en el plazo de 10 días (artículo 80 de la CN), no existe ningún plazo legal predeterminado para la reglamentación y ejecución de las leyes a nivel nacional, siendo esto parte del ámbito de discrecionalidad del presidente cuando el Congreso no lo haya fijado en el texto de la norma. Ni aun ejerciendo su potestad propia, el Poder Ejecutivo, en el caso de veto parcial, puede desnaturalizar el espíritu de la ley. Esto es así porque la participación del Poder Ejecutivo en la función legislativa es secundaria y subordinada a lo que fije el Poder Legislativo. O veta totalmente o desecha una parte, sin que ello altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

En los últimos años, la tendencia jurisprudencial ha estado más orientada a limitar la función legislativa del Poder Ejecutivo que a diseñar herramientas

12 También, Ley 27118 de Agricultura Familiar, sancionada en diciembre de 2014 y reglamentada en junio de 2022.

legales para hacerle frente a la omisión reglamentaria. Se dice que mientras el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo como representante inmediato del nuevo principio legitimador de la soberanía popular y como autor de las leyes y los códigos, el siglo XX se caracteriza por un rol preponderante del Poder Ejecutivo bajo el modelo de Estado intervencionista. A través de los decretos de necesidad y urgencia (DNU) y decretos delegados en materia de emergencia pública, en nuestro país se ha configurado un Poder Ejecutivo con una intensa actividad normativa (Santiago et al., 2019, Presentación).

Sin perjuicio de que la reforma constitucional de 1994 perseguía como principal objetivo la atenuación del sistema presidencialista, luego de los 28 años transcurridos desde la reforma, cabe afirmar que la actividad normativa del Poder Ejecutivo ha sido cada vez más creciente. Como contrapartida, las tareas de control del Poder Ejecutivo por parte del Congreso no se cumplieron del modo en el que fueron diseñadas por los constituyentes: desde hace 16 años que está pendiente la designación del Defensor del Pueblo (artículo 86 de la CN) y la Comisión Bicameral Permanente fue diseñada por la Ley 26122, de modo tal que es necesario el rechazo de las dos cámaras del Congreso para desechar un DNU, un decreto delegado o un decreto de promulgación parcial de leyes.

En efecto, las reformas introducidas por el Constituyente de 1994 y la posterior práctica institucional han derivado en un creciente aumento de la importancia del presidente como colegislador, debido a la destacada participación que tiene el Poder Ejecutivo en la celebración de los tratados internacionales y en el dictado de los reglamentos. El presidente ha aumentado considerablemente a nivel normativo su “cuota de participación” en la función legislativa dentro de nuestro sistema constitucional (Santiago et al., 2019).

Al decir de Nino (2021), la formación de una presidencia hipertrofiada en la Argentina tuvo como *pendant* la formación de un Congreso débil y disminuido en sus funciones, ya que prácticamente todo lo que el presidente ganó en poder se lo extrajo al Congreso. Este desequilibrio institucional ha conducido al filósofo argentino a afirmar que el subdesarrollo existente en el país es causado por la tendencia a la ilegalidad fruto de una “anomia boba” (p. 78).

6. El tratamiento de la omisión reglamentaria en el derecho constitucional provincial y comparado

A diferencia de algunas constituciones provinciales y extranjeras, en la CN no existe una previsión constitucional que contemple un remedio específico para los casos de omisión reglamentaria, solo se prevé la acción de amparo en el artículo 43. Es interesante conocer cómo algunas provincias y países se han ocupado del problema de la omisión reglamentaria ya que, de algún modo, pueden iluminar la regulación de la omisión reglamentaria en Argentina a nivel federal.

6.1. Derecho público provincial

La constitución actual de la provincia de Río Negro, sancionada el 3 de junio de 1988, contempla en el artículo 14 una cláusula específica para la operatividad de los derechos ante la falta de reglamentación:

(L)os derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación.

En el artículo 15, bajo el título “Reglamentación – Facultades implícitas”, tiene una cláusula tipo amalgama de los artículos 28 y 33 de la CN:

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, ni serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

También el artículo 44 consagra expresamente el mandamiento de ejecución en los siguientes términos:

Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.

Asimismo, la constitución provincial dispone una particular acción de in-

constitucionalidad por omisión en el artículo 207, inciso 2, apartado b. Allí se establece, dentro de la competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia (STJ), que:

(E)n las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales– por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

De este modo, se le otorga la facultad al Superior Tribunal de Justicia provincial para que, como primera medida, fije un plazo para que se subsane la omisión. Recién en caso de incumplimiento se le otorga al STJ la facultad de integrar la norma para el caso concreto y, de no ser posible, puede fijar el monto del resarcimiento a cargo del Estado. En cuanto a la provincia de Jujuy, el artículo 137, inciso 4 de la Constitución provincial establece un plazo determinado para la reglamentación de las leyes, del mismo modo que lo hace el proyecto de ley redactado en la tercera parte de este trabajo:

Las leyes deben ser reglamentadas en el plazo que ellas establezcan y si no lo hubieren fijado, dentro de los ciento ochenta días de promulgadas. Si vencido ese plazo, no se las hubiere reglamentado, deberá hacerlo la Legislatura por el procedimiento para la formación de las leyes y no podrán ser vetadas ni reglamentadas nuevamente. En ningún caso la falta de reglamentación de las leyes podrá privar a los habitantes del ejercicio de los derechos que en ellas se consagran.

Por su parte, en el artículo 16 de la Constitución de la provincia de Jujuy se establece que todos los habitantes de la provincia gozan, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, de los derechos y garantías declarados por la Constitución nacional y por la provincial, y que estos derechos y garantías no pueden ser alterados por las leyes que los reglamentan.

Es idéntica la previsión constitucional de la provincia de San Luis en relación con su par jujeña. En oportunidad de enumerar las atribuciones del Poder Ejecutivo, establece un plazo por *default* para la reglamentación de las leyes y un remedio específico para la omisión reglamentaria. En su parte pertinente, en el artículo 168 se señala:

El gobernador es el jefe de la Administración General de la Provincia, representa a ésta, ante los poderes nacionales y provinciales, y tiene las siguientes atribuciones y deberes: 1) Promulga y ejecuta las leyes de la Provincia, dictando al efecto decretos, reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu. Las leyes son reglamentadas si corresponde, en el plazo que ellas establecen y si no lo han fijado dentro de los ciento ochenta días de promulgada.

Si vencido ese plazo no se las ha reglamentado debe hacerlo la Legislatura si corresponde por el procedimiento para la formación de las leyes y no pueden ser vetadas ni reglamentadas nuevamente.

En ningún caso la falta de reglamentación de las leyes pueden privar a los habitantes de los derechos que en ellas se consagran.

Asimismo, el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza establece en el artículo 219 la acción de amparo por ausencia de reglamentación:

Será igualmente procedente la acción de amparo contra la omisión del Poder Ejecutivo Provincial en reglamentar las leyes dentro de los plazos que éstas determinen.

En el mismo orden de ideas, el artículo 58 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos tiene previsto el *writ of mandamus* para los casos de incumplimiento de deberes de funcionarios públicos y una cláusula específica en el artículo 62 para los casos de omisión reglamentaria. Allí se le otorgan de manera excepcional facultades reglamentarias al STJ.

Artículo 58: Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.

Artículo 62: Si esta Constitución, una ley o una ordenanza dictadas en su consecuencia, otorgasen algún derecho que dependiera para su concreción de una ulterior reglamentación y ésta no se dictara dentro del año de la sanción de la norma que la impone, el interesado podrá demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la condena de la autoridad renuente, a dictar la norma omitida. Ante el incumplimiento del obligado, el Tribunal integrará la misma o, de ser esto im-

posible ordenará, si correspondiere, la indemnización al demandante del daño resarcible que sumariamente acredite.

La provincia de Chubut tiene en su constitución provincial una cláusula específica para la operatividad de los derechos ante omisiones reglamentarias. Sin embargo, es interesante el límite que se impone al reclamo de los derechos sociales. La norma indica que deben tenerse en cuenta las “prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas”.

Art. 21: Operatividad. Reglamentación. Los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario.

Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas.

Por último, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCA-BA) establece en el artículo 10 que: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”.

Ante todo, cabe destacar que esta norma constitucional de elevado valor republicano no posee una equivalente en la CN. El artículo 10 de la CCABA parecería encontrar su fuente de inspiración en las constituciones paraguaya y alemana (Sacristán, 2017, pp. 79-94), las cuales serán detalladas, en lo pertinente, en el apartado siguiente.

Sin embargo, puede encontrarse en el artículo 102 de la Constitución local el equivalente al artículo 99, inciso 2 de la CN. En ambas normas se le atribuye al Poder Ejecutivo la potestad reglamentaria de las leyes con el límite expreso de que no pueden alterar su espíritu. Al respecto, también puede mencionarse el artículo 104 de la Constitución local, que, al enumerar las atribuciones y facultades del jefe de Gobierno, establece en el inciso 2 que este “formula y dirige las políticas públicas y ejecuta las leyes”.

7. Proyecto de ley

Partiendo de la base de que en nuestro diseño constitucional el proceso de formación y sanción de las leyes está fundamentalmente encomendado al Poder Legislativo, la pregunta central gira en torno a determinar si, además del remedio del amparo previsto en el artículo 43 de la CN, reforzado ahora con el pronunciamiento de la CSJN en *Etcheverry*, puede pensarse en alguna otra herramienta legal que coadyuve en el control de la reglamentación de las normas, a fin de que una vez que entran en vigencia, cuando fuese necesario, puedan continuar el camino de su reglamentación y no queden en letra muerta.

En la actualidad, frente a una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, no existe otro remedio procesal que el amparo y muchas veces no queda claro cuál es el tiempo que puede tomarse el Poder Ejecutivo para reglamentar una ley. Si hasta la fecha no se había logrado una sentencia del estilo de *Etcheverry*, es tal vez porque no hay aliento para reclamar la operatividad de los derechos no reglamentados en el Poder Judicial, fundamentalmente por los costos y por el tiempo. Máxime cuando se trata de derechos limitados en su duración, como es el caso de las salas maternas y guarderías.

Da la impresión que, además de la vía judicial, podría existir un control institucional previo que favorezca la reglamentación de las leyes. El análisis del fallo *Etcheverry*, el estudio del derecho público provincial, el derecho comparado y los antecedentes parlamentarios presentados en los últimos años en el Congreso permiten concluir que sería aconsejable y viable el dictado de una ley que regule a nivel nacional el plazo en el que las leyes deben ser reglamentadas. En caso de que el Poder Ejecutivo no cumpla con su obligación, queda abierta la vía del amparo, pero con un plazo establecido de antemano por el Congreso, facilitando y limitando el alcance del control jurisdiccional.

De algún modo, el proyecto de ley que aquí se expone intenta enmarcar las fronteras de ese límite, resignificando la tarea del Congreso en el control de la omisión reglamentaria.¹³ Para ello, se han tenido en cuenta los proyectos legislativos presentados tanto a nivel nacional¹⁴ como a nivel local en la Ciudad

13 La Ley 22269 que regula el régimen legal de las obras sociales brinda una solución alternativa para el impulso de la reglamentación. Es importante la “voluntad previsor” del Congreso a fin de que incorpore en el texto de la ley qué es lo que debe hacerse hasta que la reglamentación suceda. En el artículo 72 se establece: “Esta ley regirá a partir de la fecha de su promulgación. Hasta tanto se dicte su reglamentación, el Instituto Nacional de Obras Sociales mantendrá las facultades y atribuciones establecidas en la Ley N° 18.610, en todo lo que no se oponga a la presente ley”.

14 Expedientes 6772-D-2006, 207-D-08, 43-D-10, 29-D-2012 y 320-D-2014 de autoría de la diputada Alicia Comelli, expediente 1074-S-2009 del senador Samuel Manuel Cabanchik, expedientes 1192-

Autónoma de Buenos Aires.¹⁵ Siendo que ninguno prosperó, con este trabajo se pretende preparar el insumo necesario para que cualquiera de los sujetos con iniciativa legislativa pueda volver a presentarlo.

Todos ellos contemplaban la regulación de una acción de *hábeas norma* a efectos de proteger los derechos constitucionales o legales frustrados a causa de la falta de una norma reglamentaria que los tornara operativos. De algún modo, cumplen con lo propiciado por Bidart Campos (2019, p. 380) al sugerir que es necesaria una legislación reglamentaria del amparo para prever su uso para atacar omisiones normativas inconstitucionales.

Empero, tal como se verá a continuación, el proyecto de ley que aquí se propicia no contempla dicha vía judicial. Ello, en virtud de que, a partir de la reciente jurisprudencia de la CSJN, ha quedado en claro de que el amparo resulta ser la vía idónea para lograr que se reglamente una ley, por lo que no parece necesario la creación de una vía específica.

El proyecto de ley pretende utilizar algunos de los instrumentos de control del Poder Legislativo respecto al Poder Ejecutivo previstos en la Constitución, a fin de remediar de modo general la patología constitucional que representa la omisión reglamentaria de las leyes en el marco de un Estado constitucional de derecho. Esos remedios son, entre otros, la fijación de plazos, dar visibilidad y publicidad a las omisiones reglamentarias y responsabilizar y dar intervención al jefe de Gabinete y a la Comisión Bicameral Permanente para remediar las omisiones legislativas.

Artículo 1°.- Plazo. Las leyes deben ser reglamentadas en el plazo que ellas establezcan. Si no lo hubieran fijado y la reglamentación fuera necesaria para su ejecución, se entenderá que deben ser reglamentadas dentro de los 120 días corridos contados desde su promulgación, ya sea expresa o tácita.

Tomando como modelo lo previsto en el artículo 137, inciso 4 de la Constitución de la provincia de Jujuy y el artículo 168 de la Constitución de la

D-2018 y 3547-D- 2020 de autoría de la diputada Carla Carrizo.

15 Expedientes 4454-D-2001 y 168-D-2003 de autoría de la legisladora Silvia Gottero, 224-D-2002 de la diputada Alicia Pierini, 2016-D-2002 de autoría del legislador Guillermo Olivieri, expedientes 1352-D-2009 y 1353-D-2009 de la legisladora Diana Maffía, expedientes 2485-D-2010 y 706-D-2012 del legislador Julio César Antonio Raffo, expediente 2849-D-2014 de autoría del legislador Gabriel Fucks y expedientes 2016-D-849 y 2018-D-311 del diputado Maximiliano Ferraro.

provincia de San Luis, se prevé en el proyecto un plazo para la reglamentación de las leyes.

A su vez, teniendo en cuenta el plazo ordenado por la CSJN en *Etcheverry* (90 días hábiles), se optó por un plazo de 120 días. Sin dudas, el plazo que aquí se propone podría ser ampliado o reducido en oportunidad de tratarse en la comisión respectiva el proyecto de ley.

Además, se aclara que el plazo será en días corridos a fin de evitar la confusión habitual en el cómputo de los plazos cuando no está específicamente aclarado en la norma o cuando se trata de días hábiles. Parece más sencillo y claro el cómputo del plazo en días corridos, ya que los días hábiles pueden variar en cada órgano de poder y por circunstancias excepcionales. Así las cosas, confiamos en que el límite expreso del plazo contribuirá al fortalecimiento de la voluntad legislativa para que las leyes no queden dormidas. A diferencia de lo previsto en las constituciones de Jujuy y San Luis, no se ha querido replicar en este proyecto de ley la posibilidad de que la Legislatura, a través del procedimiento previsto para la formación de las leyes, pueda dictar el reglamento que no haya dictado el Poder Ejecutivo. Ello, por cuanto su inclusión a nivel federal podría ser tachada de inconstitucional por violación al principio de separación de poderes. Parece que tal remedio exige un debate más profundo y, quizás, este no sea el momento político ni institucional para afrontarlo. Lo que se pretende en este escueto proyecto es dar un primer paso sobre la reglamentación de las leyes.

Art. 2°.- Identificación del plazo. En la publicación en el Boletín Oficial, cuando se trate de leyes cuya reglamentación sea necesaria, debe además identificarse la fecha en la que vence el plazo para reglamentar.

La publicación no solo debe contener la ley promulgada, sino que además debe indicar la fecha del plazo que fije el Congreso para la reglamentación, en caso de que esta sea necesaria para su ejecución.

Art. 3°.- Informe del jefe de Gabinete. El jefe de Gabinete de ministros debe presentar un informe trimestral ante cada una de las Cámaras del Congreso acerca de la totalidad de las leyes vigentes cuya reglamentación está aún pendiente. Dicho informe debe contener el motivo de la demora y ser publicado en el sitio de internet de cada cámara para el acceso público.

En este punto vale recordar que, conforme lo establecido en el artículo 100, inciso 8 de la CN, los decretos de promulgación de leyes deben contar con el refrendo del jefe de gabinete de ministros. Él es responsable político ante el Congreso de la Nación y, por ello, debería llevar un registro de las leyes vigentes cuya reglamentación estuviera pendiente.

Para una mayor publicidad de los actos de gobierno y mejorar el acceso a la información pública, se prevé además que el informe trimestral que el jefe de Gabinete presente debe ser publicado en el sitio de internet de cada cámara.

Artículo 4°.- Registro actualizado de leyes. La Comisión Bicameral Permanente llevará adelante un registro actualizado de las leyes vigentes cuya reglamentación esté pendiente. Dicho registro debe ser publicado en el sitio de internet de cada cámara para el acceso público.

A fin de contar con un doble control, puede pensarse en un registro público a cargo de la Comisión Bicameral Permanente (creada por la Ley 26122) que se nutra de los informes del jefe de Gabinete y además lleve un control más estricto de los decretos reglamentarios. La Constitución nacional prevé de modo explícito la actuación de la Comisión Bicameral Permanente en el control de los reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3), de los delegados (artículo 100, inciso 2) y de los decretos del presidente que disponen la promulgación parcial de las leyes que han sido vetadas parcialmente (artículo 80). Nada se señala, en cambio, respecto del control de los reglamentos ejecutivos por parte de esa Comisión ni del Congreso.

Como antecedente de este control legislativo de los reglamentos ejecutivos, Santiago recuerda que el proyecto de constitución de 1813, elaborado por la Comisión *ad hoc*, señalaba en el artículo 5 del cap. XVIII que el Poder Ejecutivo “tiene derecho para formar los reglamentos y ordenanzas que crea más convenientes a la mejor administración y a la ejecución de las leyes, y sólo podrán ser suspendidos por el Senado por razón de inconstitucionalidad” (Santiago, 2007, p. 58).

Artículo 5°.- Disposición transitoria. Para las leyes promulgadas con anterioridad, el plazo del artículo 1° debe contarse desde la entrada en vigencia de la presente.

8. Conclusiones finales

Como señala Sagüés (1997), en toda sociedad, desde luego, existe una brecha entre norma y realidad, de tal modo que nunca la constitución retrata exactamente la vida política como efectivamente es. Siempre hay, por supuesto, una cuota de incumplimiento, de infracción, de omisión o de desnaturalización de la constitución. La extensión y profundidad de esa grieta en algunos casos se agiganta hasta arribar a situaciones donde la constitución formal poco o nada tiene que ver con la dimensión fáctica.

En materia de inconstitucionalidad, es cierto que resulta técnicamente más fácil nulificar la ley o la actividad que positivamente trasgreden la constitución que subsanar la similar trasgresión operada por omisiones inconstitucionales. Pero lo que hay que reivindicar con ahínco es el principio de que se vulnera la constitución tanto cuando se hace lo que ella manda como cuando se hace lo que ella veda (Bidart Campos, 2019, p. 785-789).

La inconstitucionalidad por omisión, en su variante de mora en la emisión de normas subconstitucionales generales, es uno de los temas más interesantes y, a la vez, más polémicos del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional (Sagüés, 1997, pp. 179-201).

Hace algunos años, al analizar la problemática constitucional que plantean los reglamentos ejecutivos, Santiago (2007) anticipaba que sería deber de los jueces, en particular de la CSJN, terminar de perfilar jurisprudencialmente los remedios posibles ante la omisión reglamentaria. Parecería que así lo hizo la CSJN con el pronunciamiento en la causa *Etcheverry* y, por ello, es importante su estudio y análisis en particular. Será interesante seguir el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en los próximos años.

Empero, parece más saludable un sistema en el que el Congreso (no los jueces) sea el que fije en cada caso el plazo para reglamentar una ley al momento de aprobarla.¹⁶

No es posible que el Congreso sancione leyes y que no exista un mínimo de control. Recordemos que estamos frente al órgano con mayor legitimidad democrática. Estamos hablando de políticas públicas que los legisladores, representantes de las provincias y del pueblo de la nación, decidieron formular para resolver una situación que consideraron como un problema que requería una respuesta del Estado en ese determinado momento. Estas decisiones se

16 Podría encontrarse algún paralelismo con el plazo determinado que exige la CN para la delegación legislativa prevista en su artículo 76.

toman después de un largo proceso de búsqueda de consensos en las comisiones de cada cámara, algunas veces con participación de la sociedad civil y la aprobación por mayoría de cada cámara. La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo deja el proceso trunco, ya que, al no completar los pormenores y detalles, la ley queda incompleta en su formulación, sin vigencia práctica y sin posibilidades de ser implementada.

Es tiempo de que el Congreso reasuma su función y atribuciones constitucionales a través de un mayor control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Solo así se logrará equilibrar el sistema institucional en un Estado de derecho constitucional. El Legislativo ejerce una función fundamental; sin él no existe gobierno legalmente establecido ni legitimado. De acuerdo con lo postulado por Cafferata (1996, p. 37), creemos que es necesario incrementar su influencia mejorando las formas de selección y elección de los representantes, modernizando su estructura y fundamentalmente otorgándole facultades de control más amplias, siendo esta la única forma de que este poder logre detener el avance y la actual preponderancia del Ejecutivo.

Las normas están para ser cumplidas no solo por los individuos, sino también por las autoridades. Si quienes ejercen una función pública no cumplen con su deber, poco podemos pretender que el resto de la sociedad lo haga. Que el jefe haga lo que le plazca con las leyes es propio de un régimen autoritario, inconstitucional y, por cierto, obsoleto. Necesitamos salir de la “anomia boba” que denunciaba tan tristemente Carlos Nino (2021).

Tal como se mencionó en este trabajo, a modo descriptivo se dice que el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo; el siglo XX, el siglo del Poder Ejecutivo; y el siglo XXI, el siglo del Poder Judicial. Sin embargo, nuestro diseño constitucional fue pensado de modo tal que los tres poderes tengan el mismo nivel a fin de mantener un sano equilibrio. En un sistema donde uno de ellos está por encima de los otros o hay alguno de los tres que no cumple con la función que le ha sido atribuida en la constitución, no es posible una república próspera y democrática.

Bibliografía

- Bianchi, A. (1990). *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Depalma.
- Bianchi, A. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cátedra Jurídica.
- Bidart Campos, G. (2019). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo II). Ediar.
- Cafferata, F. (1996). *Nuevas instituciones en la Constitución Nacional*. Marcos Lerner Editora.
- Castro Videla, S. y Maqueda Fourcade, S. (2020). Los reglamentos del Poder Ejecutivo. Propuesta de guía para su estudio y el análisis de casos (segunda parte: los reglamentos ejecutivos). En Balbín, C. (Dir.), *Temas de Derecho Administrativo* (pp. 1191-1215). Erreius.
- Comadira, J. R. (2020). *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*. La Ley.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional*. Lexis Nexis.
- Legarre, S. (2021). Votos, mayorías y nulidades en la Corte Suprema. La Ley, TR LALEY AR/DOC/3527/2021.
- Nino, C. (2021). *Un país al margen de la ley* (4ª ed., 9ª reimp.). Ariel.
- Pérez Bourbon, H. (2011). *Para entender al Congreso* (2ª ed.). Dunken.
- Piaggio, L. (2015). *La falta de reglamentación de leyes como causal de su inconstitucionalidad sobreviniente*. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, Derecho laboral y seguridad social N° 23. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/falta-reglamentacion-leyes-piaggio.pdf>.
- Sacristán, E. B. (2014). La administración legisladora (y dos saludables recaudos). En Cassagne, J. C. (Dir.), *Derecho Procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, (Tomo I, pp. 391-437). Hammurabi.
- Sacristán, E. B. (2017). Derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En Basterra, B. (Dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada* (pp. 79-94). Editorial Jusbaire.
- Sagüés, N. P. (1997). La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro (Argentina). *Revista Ius et Veritas*, (15), 151-156.
- Santiago, A. (h) (1999). *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Santiago, A. (2007). Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos. *I.E.D.A. Estudios de Derecho Administrativo*, XIII.
- Santiago, A. (h), Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*. La Ley.

Legislación citada

- Constitución de la Nación Argentina, 14 bis y 75, inc. 23.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 5, inc. a y b, y art. 11, inc. 2°, ap. c).
- Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18, inc. 3°.
- Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo.

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 144/2022, 22/03/2022.
 Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 402/2022, 15/07/2022.
 Ley 26122.
 Ley 27159.
 Ley de Contrato de Trabajo, arts. 179 y 103 bis, inc. f.
 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, art. 10.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Badaro Adolfo Valentín c/ANSES s/Reajustes varios*, 08/08/2006, Fallos: 329:3089.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Badaro Adolfo Valentín c/ANSES s/Reajustes varios*, 26/11/2007, Fallos: 330:4866.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/apelación multa 20.680*, 01/12/1988, Fallos: 311:2453.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cocchia Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo*, 02/12/1993, Fallos: 316:2624.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*, 07/07/1992, Fallos: 315:1492.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/amparo ley 16.986*, 21/10/21, Fallos: 344:3011.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Halabi, Ernesto c/P.E.N.-Ley 25873-DTO. 1563/04 s/Amparo Ley 16.986*, 24/02/2009, Fallos: 332:111.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Hotel Internacional Iguazú c/Estado Nacional*, 10/12/1987, Fallos: 310:2653.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Kot Samuel S.R.L. s/recurso de hábeas corpus*, 05/09/1958, Fallos: 241:291.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Puig, Fernando Rodolfo c/Minera Santa Cruz S.A. s/despido*, 24/09/2020, Fallos: 343:1037.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ramos c/Prov. De Buenos Aires y otro s/amparo*, 12/03/2002, Fallos: 325:396.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Saavedra, Silvia Graciela y otro c/Administración Nacional de Parques Nacionales, Estado Nacional y otros s/amparo ambiental*, 06/02/2018, Fallos: 341:39.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Siri, Ángel, s/interpone recurso de hábeas corpus*, 27/12/1957, Fallos: 239:459.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Urteaga Facundo Raul c/EN- Estado Mayor Conjunto de la FFAA s/Amparo Ley*, 15/10/1998, Fallos: 321:2767.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky Horacio s/hábeas corpus*, 03/05/2005, Fallos: 328:1146.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villareal Mario Jesús c/PEN-PLN y Máxima AFJP s/Amparo*, 30/12/2014, Fallos: 337:1564.

