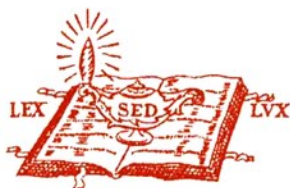


BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

AÑO 2010



BUENOS AIRES

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**ESTUDIOS DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

AÑO 2010



BUENOS AIRES

Aguirre Lanari, Juan R.

Estudios de derecho constitucional año 2010. - 1ª ed. - Buenos Aires : Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2011.

160 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-26863-8-3

1. Derecho Constitucional. I. Título.

CDD 342

Fecha de catalogación: 14/07/2011

Copyright © 2011 by ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES
Avda. Alvear 1711 1er. Piso - C1014AAQ Ciudad Autónoma de Buenos Aires
e-mail: academiadederecho@fibertel.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

Tirada: 150 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-26863-8-3

PUBLICACIONES
DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO - 1908 - 7 de octubre - 2008*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, Nº 1 (1915) – Segunda época, Nº 1 a 48

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Ricstra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925*.
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.

- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frias*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – Nº 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

Vicepresidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Secretarios

Académico Dr. Jorge H. Alterini
Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia

Tesorero

Académico Dr. Roberto E. Luqui

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 setiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain

10 setiembre 2009

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Díez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo

Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz

Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Franciscó Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)

Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El Instituto de Derecho Constitucional se enorgullece de tener como Director Honorario al maestro y académico Segundo V. Linares Quintana

Director

Juan R. Aguirre Lanari

Subdirector

Gregorio Badeni

Secretaria

Beatriz Alice

Miembros

Alberto Rodríguez Varela	Alfonso Santiago
Alberto Rodríguez Galán	Germán González Campaña
Juan Carlos Cassagne	Douglas Elespe
Jorge R. Vanossi	Martin Farrell
Carlos M. Bidegain	Ricardo M. Rojas
Fernando N. Barrancos y Vedia	Enrique Zuleta Puceiro
Gerardo Ancarola	Marcos A. Grabivker
Alberto Dalla Via	Alejandra Rodríguez Galán de Lagorio
Ricardo Haro	María Cristina Serrano
Dardo Pérez Guilhou	Alfredo M. Vitolo
Horacio J. Sanguinetti	Alfredo S. Gusman
Mario Serrafro	Pablo María Garat
Juan Vicente Sola	Carlos José Laplacette
Alberto García Lema	Jorge Alberto Diégues
María Angélica Gelli	Pablo Luis Manili
Miguel M. Padilla	Susana Graciela Cayuso
Eugenio L. Palazzo	Alberto José Egües
Néstor Pedro Sagüés	Raúl Gustavo Ferreira
Alberto Bianchi	Orlando Juan Gallo
Antonio Castagno	Emilio Armando Ibarlucía
Félix Roberto Loñ	Guillermo Carlos Schinelli
Antonio A. Martino	Guillermo F. Treacy
Rodolfo A. Díaz	María Gabriela Ábalos
Gustavo M. Hornos	

PRÓLOGO

Por JUAN R. AGUIRRE LANARI*

A través de esta publicación el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, se propone exteriorizar la labor desarrollada durante el año 2010 y compartir con los lectores los trabajos de doctrina elaborados por los distintos autores. Es grato difundir el pensamiento de quienes han profundizado una temática que siempre exhibe rigor científico.

Es importante destacar que el Instituto de Derecho Constitucional no es sólo un espacio que reúne a personas que trabajan con ahínco en torno a diversos aspectos del Derecho Constitucional, logrando aportes doctrinarios significativos, sino que también ha procurado la permanente participación de sus miembros abriendo el debate de temas de interés institucional en un marco de plena libertad, pluralismo y respeto, bases esenciales para toda labor académica seria y trascendente.

Como los años anteriores las reuniones del Instituto se llevaron a cabo el tercer martes de cada mes, iniciando sus actividades en abril y culminándolas en noviembre. En la primera reunión se fijaron los temas de las exposiciones, que luego se abrieron al debate de los miembros, así como quiénes serían los expositores. El día 18 de mayo de 2010, el Prof. Dr. Alfonso Santiago (h) efectuó una extensa y fundada exposición sobre “El control de constitucionalidad de algunos actos normativos del Poder Ejecutivo por parte del Congreso previsto en la Constitución Argentina”. El 15 de junio, el Prof. Dr. Pablo Garat expuso con solvencia sobre “¿La Presidencia termina con el federalismo?”. El 20 de julio, el Prof. Antonio Martino desarrolló en profundidad la temática referida al “Bicentenario: Reflexiones sobre el nacimiento, desarrollo y muerte de un sistema político”. El 17 de agosto, el Prof. Dr. Jorge Diégues abordó un tema de su especial preferencia y estudio “La Corte de Bermejo”. El 21 de septiembre, el Prof. Dr. Carlos José Laplacette expuso en forma muy clara sobre “El control político de las decisiones judiciales”. El 19 de octubre, la Prof. Dra. Alejandra Rodríguez Galán, en forma pormenorizada desarrolló el tema “Control de constitucionalidad. Alcances. Límites”. El 16 de noviembre, el

* Académico Director del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Prof. Dr. Enrique Zuleta Puceiro brindó un muy interesante enfoque sobre “El sistema político de la Constitución y el futuro de la división de poderes”.

La pluralidad temática y el óptimo nivel de las exposiciones motivaron el interés de los miembros del Instituto, quienes participaron en forma muy activa, originándose un intercambio de ideas muy valioso. Como es ya una tradición existió entre los miembros del Instituto un profundo respeto por las opiniones vertidas, por los aportes efectuados y también por las discrepancias o divergencias puntuales. Asimismo, cabe destacar como una nota característica permanente que en todas las reuniones, en las exposiciones y debates se ha advertido un afianzado apego a la Constitución Nacional, al estado de derecho, a la defensa del sistema democrático y republicano con la sana intención de contribuir al rescate de los valores tradicionales de nuestra convivencia con pleno respeto de las libertades, derechos y garantías.

¿LA PRESIDENCIA TERMINARÁ CON EL FEDERALISMO?

Consideraciones sobre ciertos desequilibrios del régimen constitucional argentino y la función del Senado de la Nación ante la cuestión

Por PABLO MARÍA GARAT

I. NOTA INTRODUCTORIA

El texto que sigue pretende presentar en el ámbito académico una línea de investigación en curso –a cargo del autor– cuyo objeto se ordena a intentar aportar una respuesta a ciertos desequilibrios del régimen constitucional argentino que se dan por verificados a partir de determinados supuestos que abajo se enuncian.

La refutación de los mismos –si fuera el caso intentarla– lejos de invalidar la línea de investigación en torno a tal objeto, no aparece como un problema en opinión anticipada del autor, puesto que, en todo caso, podrá enriquecer el desarrollo de la investigación misma salvo –de manera obvia– que se pretenda como carente de toda certeza el afirmar que el régimen constitucional argentino padece, de algún modo –y de algún modo suficiente para afectar su plena vigencia– de cierto desequilibrio interno.

II. PLANTEO DEL PROBLEMA

El régimen político constitucional argentino, establecido bajo la forma representativa, republicana, presidencialista y federal, se encuentra en crisis desde –según los hitos histórico causales que se consideren conforme a ópticas plurales– los sucesos de 1890/91; la interrupción del orden constitucional en 1930 y la reiteración del facto a partir de dicho año, o la convalidación del llamado “hiperpresidencialismo” con especial agravio de la Constitución Nacional (CN) hacia fines de los años 80 en el siglo XX en un proceso sin interrupciones de más de cien años.

Tales hitos aparecen relacionados si se los analiza desde la perspectiva de la falta de vigencia plena de la organización constitucional del poder diseñada-

da en 1853/60, con más evidencia al contrastar el último de tales fenómenos mencionados con la voluntad manifiesta de los constituyentes en 1994 por morigerar tal exceso en el ejercicio del poder presidencial.

Se plantea el problema partiendo del supuesto –poco discutido en la doctrina política y jurídica– que considera a la presidencia argentina como una presidencia “fuerte” y entendiendo además que ello no fue modificado sino parcialmente en la constitución formal con la reforma de Santa Fe-Paraná en 1994.

El segundo de los supuestos para el planteo del problema dice que tal diseño constitucional del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) se ha visto alterado por el ejercicio histórico de la Presidencia –considerando siempre los períodos de estricta vigencia del orden constitucional– de tres maneras:

- a) Afectando el equilibrio en las atribuciones asignadas al PEN y el Congreso de la Nación;
- b) Afectando el equilibrio en la distribución de las competencias (como “poderes” en la terminología del actual artículo 121, ex 104 de la CN) entre el Gobierno Federal y las Provincias, y
- c) Afectando la independencia del Poder Judicial de la Nación.

Al analizar esta situación, históricamente agravada, aparece claramente la incidencia que en todo ello ha tenido la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a la denominada “doctrina de la emergencia”. Ello nos aparece como incuestionable pero –adelantamos– no será sino tangencialmente un tópico a investigar: más bien se tomará también como un supuesto del estudio.

Por otra parte, aparecen recurrentemente propuestas para modificar el diseño constitucional y adoptar un régimen de gobierno parlamentario en la inteligencia de que ello revertiría la tendencia verificada de la Presidencia argentina a desbordar los límites constitucionales. Dicho tópico tampoco no será sino indirectamente considerado. Partiremos también del supuesto –el cuarto, entonces– que tiene al régimen presidencial argentino como el propio de nuestra organización constitucional material conforme al ciclo preconstituyente pactista; la adopción del federalismo como forma de estado íntimamente vinculada a la adopción del presidencialismo en orden a un recíproco equilibrio y, sin agotar la argumentación, en razón de la idiosincrasia socio-cultural que así lo ha confirmado.

Con dicho marco, la pregunta que expresa el planteo del problema inquiera acerca de si esta desfiguración en la constitución material del modelo original se debe –primariamente– a causas exógenas o endógenas al diseño mismo; si lo que ha fallado es tal diseño –por las razones que fuere– o debemos indagar en la sociedad misma al respecto o, finalmente, si tiene esto que ver con el modelo constitucional, con los comportamientos ciudadanos frente al mismo o con su funcionamiento o –más específicamente– con las conductas públicas.

Tales interrogantes se orientan especialmente a la consideración del ejercicio –históricamente consolidado– del poder presidencial en exceso de sus atribuciones, tanto material como formalmente, bajo gobiernos constitucionales ya que tampoco nos referiremos a la cuestión en relación con los gobiernos surgidos de reiterados golpes de estado y la incidencia que ello podría haber tenido en el problema planteado.

Ensayamos algunas respuestas posibles a los interrogantes anteriores:

- 1) El ejercicio de las atribuciones del Presidente en exceso de lo establecido por la Constitución Nacional es causa directa de los desequilibrios en la organización constitucional del poder –en el orden de la realidad o material– y requiere de una limitación o moderación de **ejercicio** antes que teórica o formal.
- 2) No se trata de la típica acción de “control” parlamentario o judicial sobre el PEN sino de limitación y/o moderación de ejercicio.
- 3) Tal limitación y/o moderación, para ser conforme a la CN, solamente puede ser ejercida por los órganos constitucionales del poder, integrantes del Gobierno Federal.
- 4) Atendiendo a la naturaleza de los desequilibrios: pérdida de atribuciones de ejercicio del Congreso de la Nación; crisis del federalismo; afectación de la independencia del Poder Judicial; los órganos del poder que deben establecer los límites y/o ejercer la moderación son, al mismo tiempo, los afectados por el exceso del PEN.
- 5) Una economía de la dinámica constitucional y la acción consecuente por parte de los órganos del poder en relación con el PEN muestra que el Senado de la Nación se encontraría en la mejor condición institucional para concretar una limitación de ejercicio y/o moderación del PEN que pueda revertir el triple desequilibrio señalado, y esto porque:
 - a) Representa –en el mismo nivel institucional– a los titulares de las competencias (poderes) reservadas por las Provincias, sobre las que avanza el Gobierno Federal a través del exceso de ejercicio del PEN.
 - b) Es el juez político del Presidente y de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que disuade a uno y garantiza a otros en el ejercicio de sus respectivas atribuciones o poderes.
 - c) Por sus atribuciones explícitas e implícitas, se encuentra en la mejor posición para establecer y/o concretar tal limitación y/o moderación de ejercicio al poder presidencial.

Estas posibles respuestas al problema planteado son las que nos interesan como motivo de la investigación.

III. MARCO TEÓRICO DEL PROBLEMA

Tanto desde el enfoque del derecho comparado, cotejando especialmente los sistemas presidencialistas y parlamentarios y tomando a los Estados

Unidos y las democracias europeas más desarrolladas como referencias respectivas, como desde nuestro propio diseño constitucional y su génesis histórica, podemos señalar la íntima vinculación entre presidencialismo y federalismo. En tal perspectiva, como veremos, el Senado cumple un rol de articulación sustantivo. Es el federalismo moderando, limitando y controlando el presidencialismo.

Las funciones del Senado de la Nación en nuestra organización constitucional

Desde el punto de vista constitucional (e histórico) podemos agrupar las funciones atribuidas al Senado de la Nación teniendo en cuenta el texto original y todas las reformas posteriores, en las siguientes:

A. Explícitas:

- a) Representación de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- b) Órgano de instancia definitiva para la designación y remoción, mediante el juicio político, de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- c) Órgano de instancia definitiva para la designación de los cuadros de conducción profesional de la Defensa y la Política Exterior.
- d) Órgano de instancia definitiva para la remoción, mediante el juicio político, del Presidente de la Nación, el Vicepresidente, el Jefe de Gabinete y los Ministros del Poder Ejecutivo Nacional.
- e) Cámara de origen para la definición de la distribución de la renta tributaria federal y la sanción de leyes que promuevan un desarrollo equilibrado y equitativo de Provincias y Regiones.
- f) Partícipe obligado en la declaración del estado de sitio por ataque exterior a la Nación.

B. Implícitas:

- a) Órgano de control para la sanción del Presupuesto Nacional cuando la ley no cumpliera con lo establecido por el artículo 75, inciso 8, de la Constitución Nacional.
- b) Órgano de control y limitación para el ejercicio por el Congreso de la atribución establecida por el artículo 75, inciso 3, en materia de “asignaciones específicas” de recursos coparticipables.
- c) Órgano de tutela de los intereses provinciales y de la CABA en las competencias reservadas o atribuidas –respectivamente– y respecto del ejercicio abusivo de las concurrentes por parte del Poder Ejecutivo Nacional.
- d) Garante de la correcta aplicación de lo dispuesto por los artículos 5 y 123 (garantía federal) y 6 (intervención federal).

Cabe destacar muy especialmente que –por lo antedicho– la misma integración e independencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación depende en última instancia de la integración e independencia del Senado de la Nación.

Pero volvamos sobre los supuestos de esta línea de investigación:

- a) La presidencia argentina ha sido diseñada constitucionalmente como una presidencia “fuerte” y ello no fue modificado sino parcialmente en la constitución formal con la reforma de Santa Fe-Paraná en 1994.
- b) La presidencia argentina expresa una genética histórico-política caracterizada por una legitimidad de origen y de ejercicio material que evidencia la figura del “primus inter pares” donde los “pares” han sido –conjunta o alternativamente– los líderes políticos circunstanciales y/o los gobernadores en funciones.
- c) El diseño constitucional del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) se ha manifestado en el ejercicio histórico de la Presidencia –considerando siempre los períodos de estricta vigencia del orden constitucional– alterando el modelo original de organización del poder de tres maneras: c.1. afectando el equilibrio en las atribuciones asignadas al PEN y el Congreso de la Nación; c.2. afectando el equilibrio en la distribución de las competencias (como “poderes” en la terminología del actual artículo 121, ex 104 de la CN) entre el Gobierno Federal y las Provincias y c.3. afectando la independencia del Poder Judicial de la Nación.
- d) En todo ello ha tenido importante influencia la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a la denominada “doctrina de la emergencia”.
- e) En quinto lugar, se ha desarrollado una importante corriente doctrinaria y de opinión pública –minoritaria por el momento– que postula como remedio para lo anterior modificar el diseño constitucional y adoptar un régimen de gobierno parlamentario en la inteligencia de que ello revertiría la tendencia verificada de la presidencia argentina a desbordar los límites constitucionales. Al respecto tenemos como supuesto que el régimen presidencial argentino es el propio de nuestra organización constitucional material conforme al ciclo preconstituyente pactista; la adopción del federalismo como forma de estado íntimamente vinculada a la adopción del presidencialismo en orden a un recíproco equilibrio y, sin agotar la argumentación, en razón de la idiosincrasia socio-cultural que así lo ha confirmado.
- f) Finalmente, y pese a la obvia incidencia de los recurrentes golpes de estado y sus gobiernos “de facto” consecuentes, con su lógica concentración del poder en la “presidencia” por inexistencia de toda representación constitucional parlamentaria en la deformación de nuestra cultura política, se considera que en ello no radica un elemento causal determinante para el objeto de la investigación. En todo caso, habrá que verificar en otro estudio si los agravios del facto a la Constitución son

causa o efecto —o ambas cosas al mismo tiempo— de los desequilibrios de nuestro régimen político.

El marco circunstancial para la justificación de la investigación se caracteriza en primer lugar por el hecho de que nuestro presidencialismo es tan fuerte y se encuentra tan arraigado, que del desempeño efectivo del Congreso de la Nación, y especialmente del Senado por lo dicho, dependerá de cómo se ejerce la Presidencia.

Vinculado con ello, la integración de las mayorías parlamentarias, en relación con la orientación política presidencial, marca, en otro sentido, los límites más o menos amplios al ejercicio del poder presidencial.

Finalmente, las decisiones en nuestro Estado Federal pasarán por el Congreso o el Ejecutivo en la medida de la relación política efectiva de fuerzas antes que por lo establecido en el marco institucional.

Y este es el problema.

Porque si lo propiamente institucional es imaginar un Poder Ejecutivo y un Congreso ejerciendo a pleno sus respectivas atribuciones constitucionales sin invasión o delegación grosera de las mismas, lo contrario es exactamente lo que vivimos desde, prácticamente, la crisis de 1890.

Es decir, desde que el “estado de emergencia” sustituyó a la república federal.

Porque la “emergencia” ha tornado lo excepcional en permanente; ha alterado el equilibrio entre los órganos constitucionales del Gobierno Federal y ha desmoronado la arquitectura de la relación Gobierno Federal - Gobiernos de Provincia diseñada en 1853/60.

Y así, nuestro Estado Nacional sin equilibrio entre el ejercicio del poder presidencial y las facultades del Congreso de la Nación inevitablemente comprometerá su misma “institucionalidad representativa, republicana y federal”.

Si, además, el contrapeso efectivo ya no es el Senado de la Nación sino los líderes políticos circunstanciales y/o los gobernadores en ejercicio —como sostendremos descriptivamente— la institucionalidad, en su aspecto “federal”, ya no depende del marco jurídico fundacional sino del marco político real.

En este punto es necesaria también una referencia sobre la cuestión de los partidos políticos en la Argentina en relación con el problema planteado.

En efecto, nuestro sistema de partidos políticos puede ser considerado desde —por lo menos— dos posiciones distintas: o los partidos políticos han nacido como consecuencia y al servicio de grandes liderazgos que los han engendrado y sostenido mientras ellos mismos perduraban, o bien se han constituido sobre la base de esos mismos liderazgos pero encarnando un programa o ideario nacional que los trascendía.

El enfoque de la investigación —obviamente polémico, no se nos escapa— supone también que nuestra institucionalidad no se ha sostenido tanto en los grandes partidos políticos —cuya existencia nadie puede negar— **como en los liderazgos que representaban**. Mitre, Sarmiento, Avellaneda, Roca, Yrigoyen, Perón y Frondizi —las grandes presidencias que marcaron nuestra historia po-

lítica— no responden en modo alguno al modelo “demócrata”-“republicano” de los EE.UU., o a cualquier modelo “conservador”-“liberal”; o “centro derecha”-“centro izquierda” expresado partidariamente con suficiente estabilidad institucional.

En esta misma línea de razonamiento, cuando se afirma hoy —con indubitable aserto— que asistimos a la “implosión” de nuestro sistema de partidos políticos nacionales y que la política partidaria se ha “territorializado” crecientemente, entiendo que simplemente asistimos a una nueva etapa, como tantas otras en la vida política nacional, donde tenemos por delante la puja por la primacía de un nuevo “primus inter pares” notable que asegure —como lo han hecho otras presidencias— un cierto período de paz y desarrollo nacional.

Mientras ello no ocurra lo que creo veremos es una simple puja entre “pares” con ocasionales preeminencias de un falso “primus” quien —carente de aquella notabilidad— solo puede asegurar la estabilidad presidencial por cortos períodos.

Cualquier análisis objetivo de nuestra historia política debería admitir al menos que, más allá del agravio a la Constitución como consecuencia del “facto” y de la violación de la misma desde dentro mismo de los intervalos de retorno al orden constitucional, la falta de consolidación institucional encuentra una de sus causas en la lucha constante por la primacía entre pares, antes que por el enfrentamiento entre partidos políticos como tales.

Pero entonces: ¿debemos renunciar a toda posibilidad de institucionalidad permanente; de vigencia de la Constitución; de verdadero orden y organización constitucional con vocación de perdurabilidad; de sistema programático de partidos con la posibilidad de acuerdos trascendentes sobre cuestiones de Estado y someternos a los vaivenes de los liderazgos de turno sostenidos por el clientelismo partidario y el control de los medios de manipulación de la opinión pública?

Creemos firmemente que no. Pero también que si no aceptamos la naturaleza del problema; si seguimos simplemente declamando idearios desencarnados y entregando la política real a la ocasional aparición o reorganización de fuerzas partidarias electorales de características “carismáticas”, nada cambiará en pro de una verdadera consolidación institucional con la vigencia de la Constitución como marco.

Es en esta perspectiva que presentamos el problema y sus posibles líneas de desarrollo para la investigación.

En verdad, planteamos solo un aspecto del problema o uno de los grandes problemas que convergen en la situación descrita en la inteligencia de que ello podría contribuir a echar las bases de una real institucionalidad.

La pregunta consiste entonces en indagar acerca del **¿cómo evitar el riesgo de que el presidencialismo acabe con la república representativa federal argentina, sin que la solución a ello acabe con la Presidencia?**

Adelantamos que no creemos que esto pase por limitar de otro modo que no sea el previsto por la Constitución Nacional el poder presidencial. Y, en todo

caso, efectuar los ajustes que correspondan –y en la oportunidad adecuada– al mismo texto fundamental.

Sobre todo ello nos extenderemos desde un enfoque crítico del antes y después de la reforma de 1994 en relación con el Senado de la Nación como órgano moderador del poder presidencial.

Una aclaración más: pareciera inevitable referirnos, simultáneamente y para una visión completa del problema, al rol de la Corte Suprema en relación con la vigencia de la Constitución respecto del ejercicio del poder presidencial. Sin embargo –desde la perspectiva elegida– esto mismo se encuentra comprometido de no resolverse la cuestión central que planteamos como objeto de la investigación.

Para ser más precisos: sin un Senado independiente no habrá Corte Suprema independiente, sencillamente por ausencia de justo juez.

Evolución del Senado en relación con sus funciones

La importancia destacada del Senado de la Nación –conforme a sus atribuciones explícitas e implícitas– en el diseño de nuestra organización y equilibrio constitucional, a nuestro entender se había visto disminuida y oscurecida en la práctica institucional hasta 1994 como consecuencia de:

- g) La elección de los senadores de modo indirecto y por acuerdo normalmente de “reparto” entre las dos primeras minorías de cada Legislatura Provincial, previo acuerdo de “mesa chica” intrapartidaria o, en el mejor de los casos, la correspondiente elección interna. Queda de lado el caso de la elección de los senadores por la Capital Federal mediante el Colegio Electoral, lo que merecería un análisis en particular.
- h) La integración del Senado conforme a “mayoría” y “minorías” partidarias en función de lo anterior que –en el caso de representar al mismo partido del Presidente de turno– se utilizaban respectivamente para ratificar o impugnar la previa voluntad presidencial. En ambos casos, y con contadas y honrosas excepciones, todo muy lejos de atender o priorizar el interés provincial, regional o –aún– el del federalismo mismo.

En definitiva: antes de 1994 la constitución material respecto del Senado exhibía una fuerte partidocratización y una marcada dependencia del mismo de la mayoría que ocasionalmente se integrase, dependiente a su vez del Presidente o del líder de la oposición, según el caso. Todo por sobre el ejercicio prioritario de la función representativa de los intereses provinciales y regionales y de moderación del poder presidencial respecto de la vigencia del federalismo.

Aquí podría ensayarse una digresión para distinguir la cuestión tomando como modelos comparados los distintos países con organización federal y considerando también diferenciadamente el caso de aquellos que tienen –además– una forma de gobierno parlamentaria. Sin embargo, del repaso de los más representativos no observamos nada determinante que invalide lo afirmado

arriba. En todo caso tales ejemplos, nos parece, ratificarían las razones para sostener la inconveniencia de la reforma de 1994 en la materia.

La reforma del Senado en 1994

Frente a todo ello, la reforma constitucional de 1994, a pesar del loable propósito de incorporar la elección directa de los senadores, acentuó el sesgo descripto (Frías, 1997).

Y lo hizo de manera agravada: no solamente formalizó la representación partidaria por sobre la provincial sino que –concordantemente– le otorgó por el artículo 54 a los partidos políticos el monopolio de las candidaturas a dicho cargo, apartándose con ello inevitablemente del principio consagrado en el artículo 38 por la misma reforma conforme a cuya interpretación auténtica, que obra en el diario de sesiones de la Asamblea, se difiere a la legislación inferior el establecer tal privilegio.

Y aquí debemos volver al punto: esta “partidocratización” del Senado, fáctica antes de 1994 y formal después de la reforma, ni siquiera exhibe la dosis de institucionalidad de los sistemas federales con grandes partidos nacionales consolidados, cuyos líderes en el Senado responden al programa e ideario del partido tanto como al interés de la Presidencia de turno, aun cuando fuere de su mismo signo partidario.

Se trata de una “partidocratización” que esconde la utilización de las mayorías electorales formales para consolidar los liderazgos territoriales en juego, fortaleciendo primero el liderazgo provincial o el de la oposición al mismo, y disputar –desde su representación en el escenario del Senado de la Nación– la lucha por la “primacía” entre los “pares”.

La historia, por tomar solo el último período –de las presidencias de 1983 a 2007– muestra hasta 1994 un Senado que –por mandato de los pares– limitaba el poder presidencial o le otorgaba un “cheque en blanco”. Y después de la reforma, la formalización de dicho esquema de poder con el agravante de introducir la ficción de la representación partidaria de “mayorías” y “minorías”, *ajena a la naturaleza constitucional del cuerpo como participación y representación de las Provincias en el Gobierno Federal*.

Pero, además, el escenario constitucional al respecto se torna más complejo en orden a la preservación del federalismo en este punto en razón de otras normas que, lejos de modificarse, se han consolidado más allá de la propia reforma:

- a) El procedimiento electoral de la “lista sábana” en las elecciones para cargos nacionales.
- b) El Reglamento de la Cámara que no contempla en absoluto la posibilidad de constituir bloques “regionales” por intereses territoriales o de origen de la producción de bienes o servicios, limitándose el funcionamiento de la Cámara a la interacción de mayoría y minorías partidarias, con sus bloques respectivos. Nada impide que uno o varios senadores

se aparten del modelo, pero esto no modifica el funcionamiento general en absoluto.

El Senado de la Nación como órgano moderador del Presidente visto como "primus inter pares"

Desde la perspectiva que sostenemos, entonces, y a la luz de nuestra historia política y constitucional parece razonable afirmar que el poder presidencial, en cuanto a su origen y ejercicio pero especialmente en orden a su estabilidad no ha tenido tanto que ver con el orden jurídico vigente –constitucional o de "facto"– como con la capacidad de imponerse su titular a sus pares en el sentido clásico del "primus inter pares".

Cuando ello no ha sido así los Presidentes han caído.

En el marco de la vigencia del orden constitucional, los pares son quienes disputan primero la candidatura partidaria o de facción, pero especialmente los gobernadores.

Sostenemos hace tiempo que el Presidente de la Nación Argentina carece de estabilidad cuando no cuenta con el consenso de la mayoría de los gobernadores provinciales, supuesto que podamos dar definitiva y felizmente por agotada toda posibilidad del "facto" entre nosotros.

Si esto es así, cabe preguntarse: ¿cómo mantiene la preeminencia sobre sus pares el Presidente electo?

Esto ha ocurrido (y ocurre) de dos maneras antes y después de 1994:

- a) Por la mutación constitucional, legal y de "facto" (obteniendo luego la "legitimación" vía Congreso de la Nación) de la integración del Tesoro Nacional, incrementándose notablemente el mismo, el que es utilizado para someter la voluntad de los gobernadores.
- b) Por el sometimiento del Senado, logrado –a su vez– mediante dos procedimientos:
 - b.1) Por la amenaza de quitar apoyo financiero a las Provincias concretada directamente sobre los senadores (presión preelectoral) o indirectamente a través de los gobernadores (presión política local).
 - b.2) También directamente a través del partido o facción, particularmente a partir de la partidocratización del cuerpo y la presión sobre el futuro político de los senadores que aspiran a su reelección absolutamente dependiente de la decisión de las cúpulas partidarias en el actual esquema constitucional con el monopolio de las candidaturas en cabeza de los partidos políticos y sin suficientes reaseguros que garanticen su plena democracia interna.

Resulta evidente que, frente a ello, debemos mirar además los comportamientos presidenciales para verificar el aserto.

Al respecto corresponde resaltar que –en nuestra opinión– esto es antes un abandono del Congreso que un avance del PEN. Hay decenas de ejemplos

atribuibles a la oposición de turno desde 1983 hasta aquí para demostrar que el Congreso no ha estado a la altura de lo que se espera de él, salvo voces aisladas. La ley 24.156 de Administración Financiera que delega en el PEN el arreglo de la deuda externa; la aceptación continua de la emergencia como justificativo para la delegación legislativa; la mora en la aprobación de la Cuenta de Inversión; la aprobación por el Senado de las leyes de Presupuesto casi a libro cerrado son algunas de la evidencias de lo anterior.

Desde una mirada más abarcativa, el reconocimiento constitucional del voto obligatorio en un marco de acentuado “clientelismo” por ausencia de normas del mismo rango que lo prevengan; la supresión del Colegio Electoral; la permisón encubierta de mayores atribuciones legislativas en cabeza del Presidente de la Nación, sumado todo a lo antedicho, explica no solamente la vigencia histórica de nuestra visión del mismo como un “primus inter pares” sino –particularmente y lo que es grave– la falta de moderación o posibilidad de temperar constitucional y fácticamente su poder.

En este marco de análisis es que parece justificado indagar acerca de la necesidad –al menos– de recuperar plenamente al Senado de la Nación no solamente como el órgano rector del federalismo sino como la garantía de independencia del Poder Judicial al preservarse su cabeza de todo vejamen vía juicio político y, muy especialmente, como moderador del poder presidencial.

Finalmente, no está demás recordar –atendiendo a la naturaleza de la investigación– que la Universidad está para ir delante de la norma, indagando, reflexionando y debatiendo acerca de sus consecuencias en el orden de la realidad. De otro modo devendríamos en simples exégetas.

IV. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Nos planteamos, en el marco teórico desarrollado y sobre la base de los antecedentes del problema las siguientes hipótesis de investigación:

1) El Senado de la Nación es el órgano constitucional del Gobierno Federal en mejor condición institucional para limitar y/o moderar –según el caso– el ejercicio del poder presidencial en razón de representar: a) a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para asegurar el equilibrio en la relación federal; b) los intereses políticos territoriales locales como expresión del elemento que ha equilibrado históricamente el liderazgo político presidencial y c) el tribunal político institucional para el juzgamiento del Presidente y los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que asegura el equilibrio para garantizar a su vez la independencia del Poder Judicial.

2) El Senado de la Nación no ha ejercido –salvo el testimonio de honrosas excepciones de algunos de sus miembros en diversos períodos– ni ejerce plena y eficazmente sus atribuciones constitucionales explícitas e implícitas y ello ha contribuido en grado causal primario al exceso del ejercicio de sus

propias atribuciones constitucionales por parte del Poder Ejecutivo Nacional al no representar adecuadamente la triple función descripta.

3) Las causas primarias de lo afirmado en 1) radicarían en el sistema electoral y de integración del cuerpo; las causales de remoción de sus miembros; el régimen interno de funcionamiento; el sometimiento al interés de partido por sobre el interés provincial; regional y federal y final –pero no taxativamente– el modo de ejercicio de su función como tribunal de juicio político.

V. REFLEXIÓN FINAL

Antes de concluir quisiéramos ensayar una autoobjeción a este análisis:

Si quiere repararse el agravio al federalismo que la “partidocratización” del Senado descripta le habría ocasionado, y la consecuente utilización del cuerpo por la Presidencia de turno para someter al federalismo, ¿cómo se evitará el efecto contrario, es decir que la política “territorial” o localista agravie a la Presidencia, particularmente en el marco de situación actual de los partidos políticos nacionales?

Creo que esta es la objeción más fuerte –obviamente no la única– al planteo y también que ella tiene respuesta posible a considerar.

En efecto, se trata de reconocer que nuestro régimen político de “primus inter pares” no parece modificable puesto que procede de nuestra tradición histórica y política más arraigada. Y se trata de darle a dicho régimen la necesaria institucionalidad. Para ello, debería profundizarse la hipótesis que considera al Senado como órgano de limitación y/o moderación y preservación del poder presidencial **al mismo tiempo**.

Que la Presidencia no acabe con la República Federal ni el Congreso o las Provincias con la Presidencia.

Aquí conviene también introducir otro supuesto historiográfico: el régimen político de una Nación es el de su tradición histórica. Y nuestra tradición histórica dice que tal régimen es la república presidencialista federal.

En 1816, junto con la declaración de la Independencia dudamos sobre esto; en 1819 y 1826 fracasaron los intentos contrarios a ello; entre 1820 y 1853 una larga guerra civil se libró para resolver esta cuestión.

Entre 1853 y 1860 la decisión se consolidó.

Entre 1860 y 2009 el modelo originario ha sido cuestionado en el orden de las conductas, con diversa intensidad y gravedad según los períodos, quizá porque no hemos sido capaces de asumir con constancia suficientemente extendida en el tiempo que una república exige ciudadanos; un régimen presidencial estadistas y el federalismo libertades concretas asumidas con responsabilidad.

CONTROL POLÍTICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Por CARLOS JOSÉ LAPLACETTE

1. INTRODUCCIÓN

En 1988, el profesor Ronald Rotunda afirmó que ese era un momento particularmente apropiado para discutir acerca del *impeachment*, ya que el mismo no formaba parte de la dieta diaria de noticias, lo que permitía analizar la cuestión con calma, y sin la presión, consciente o inconsciente, que puede generar el resultado concreto del análisis¹.

Me estoy apartando de su consejo, ya que uno de los temas recurrentes en este 2010 es, precisamente, el cuestionamiento de distintos sectores de la política a diversos pronunciamientos judiciales, cuestionamientos que, por lo general, concluyen con concretos pedidos de destitución.

Tan sólo por recordar un caso, días atrás un diputado nacional, integrante del Consejo de la Magistratura, presentó una denuncia contra un juez federal de primera instancia por haber dispuesto cautelarmente la suspensión de la ley 26.522, denominada ley de servicios de comunicación audiovisual.

En esta última semana nos encontramos con la novedad de que una Provincia, el Poder Ejecutivo de la Nación y una parte importante de los legisladores, deciden abiertamente incumplir una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación².

Dentro de ese contexto es que hoy voy a hablar del control político de las decisiones judiciales.

Sabemos que el principio de la división de poderes gubernativos requiere la independencia entre éstos, sobre la base de su coordinación, equilibrio y control recíproco. Si uno de los órganos estatales cae en subordinación o dependencia de otro, el sistema falla por su mismo eje, desapareciendo la esencial y característica función de fiscalización que incumbe a cada uno de ellos con respecto a los otros³.

¹ "An Essay on the Constitutional Parameters of Federal Impeachment", 76 Ky. L.J. 707.

² Novedad que ya fue esbozada con el caso del diputado Luis Patti y la situación generada por la falta de colaboración de parte de la Policía Federal con un juez del trabajo para llevar adelante un allanamiento a un gremio afín al Poder Ejecutivo.

³ Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 9, p. 749.

También sabemos que si recurrimos al texto constitucional, la necesidad de ese equilibrio se ha intentado lograr a través de determinadas garantías otorgadas al Poder Judicial, con la finalidad de asegurar su independencia de los otros dos órganos de gobierno⁴.

Entre esas garantías se encuentran, principalmente, la intangibilidad de las remuneraciones y la inamovilidad en el cargo; respecto de esta última, Linares Quintana señaló que ella es condición esencialísima de la forma republicana de gobierno⁵.

Pero decir que el Poder Judicial es el más débil de los tres poderes del Estado, no implica que carezca de poder. Por el contrario, la fuerza e importancia de nuestro Poder Judicial se agiganta en cuanto se la compara con aquellos sistemas políticos de origen monárquico, donde la judicatura no es mucho más que un apéndice de la administración pública⁶.

En nuestro sistema constitucional, el *judicial review*, unido a la inamovilidad en el cargo, otorga a los jueces un poder nada despreciable. Tanto que desde el dictado de “Madbury vs. Madison” hasta nuestros días, ha existido una corriente doctrinaria, más o menos importante, que ha cuestionado esta facultad judicial de dejar de aplicar, por razones constitucionales, las decisiones de los restantes poderes del gobierno⁷.

Este problema permitió que Hugo Black, en su disidencia al caso “Griswold v. Connecticut”⁸, y sin encontrarse en los extremos de la disputa

⁴ Hamilton pondría el acento en señalar que “el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquéllos. Prueba igualmente que aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección; quiero decir, mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo. Porque estoy conforme con que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo. Y prueba, finalmente, que como la libertad no puede tener nada que temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos; que como todos los efectos de la unión que suponemos procederían de la sumisión del primero a los segundos, a pesar de una separación nominal y aparente; que como, por la natural debilidad del departamento judicial, se encuentra en peligro constante de ser dominado, atemorizado o influido por los demás sectores, y que como nada puede contribuir tan eficazmente a su firmeza e independencia como la estabilidad en el cargo, esta cualidad ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y asimismo, en gran parte, como la ciudadela de la justicia y la seguridad públicas” (*El Federalista*, LXXVIII).

⁵ *Tratado...*, t. 9, p. 755.

⁶ Dalla Via, Alberto R., *Teoría política y constitucional*, UNAM, México, 2006, p. 208.

⁷ Para un breve y completo repaso de la polémica en castellano, resulta de interés el trabajo “Estado actual del debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos”, de Manuel José García-Mansilla, exposición brindada en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 20 de agosto de 2008, publicado en los *Anales* de la Academia y disponible en su página web.

⁸ 381 U.S. 479.

doctrinaria, haya afirmado que “la adopción de un estándar suelto, flexible y sin control, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, si es que finalmente se logra adoptar, implicará una gran transferencia inconstitucional de poder hacia los tribunales, el cual, creo y me veo obligado a decirlo, será malo para los tribunales y peor para el país”.

Aun sin llegar al extremo de negar la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, los restantes departamentos, ya sea que se trate del Poder Ejecutivo o del Congreso, han intentado ejercer distintos tipos de control sobre las decisiones del Poder Judicial. Muchos de esos intentos por controlar o dirigir las decisiones judiciales son claramente inconstitucionales y, en muchos casos, configuran delitos penales. Otras situaciones, en cambio, transitan por senderos limítrofes, donde puede ponerse en duda qué es aceptable y qué no es aceptable en términos jurídicos.

En el esquema de frenos y contrapesos adoptado por nuestra Constitución, es posible advertir distintos mecanismos de control político de las decisiones judiciales. A fin de limitar el campo de análisis de este trabajo, debo realizar ciertas precisiones. En primer lugar, cuando me refiero a decisiones judiciales, lo hago teniendo particularmente en cuenta a las resoluciones judiciales sobre cuestiones constitucionales.

Si bien los conflictos entre el Poder Judicial y los poderes políticos pueden surgir a partir de cualquier tipo de sentencia⁹, la resolución de cuestiones constitucionales, principalmente por la Corte Suprema de Justicia, tiene –para los demás poderes– el inconveniente de impedir cualquier solución relativamente sencilla, como podría serlo el dictado de una ley que modifique aquella cuya interpretación judicial no se comparte.

Por otro lado, cuando me refiero a mecanismos de control político, lo hago considerando los órganos que lo llevan a cabo, es decir, el Poder Ejecutivo o el Congreso de la Nación, pero siempre dentro las alternativas de carácter jurídico y no meramente de hecho.

También limito el campo de análisis al control realizado por los sujetos mencionados –Presidente y Congreso¹⁰–, y prescindo de las distintas formas de control o presión que pueden existir de parte de la sociedad civil o de otras autoridades por medio de carriles formales o informales¹¹.

Por otra parte, también voy a circunscribir esta exposición a los controles *directos* sobre el sentido de las decisiones judiciales; es decir, aquellos mecanismos utilizados *ex profeso* para controlar el sentido de una decisión consti-

⁹ Las causas penales son una buena muestra de ello.

¹⁰ Ya sea directamente o a través del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento.

¹¹ Entre los formales pienso en los pedidos de audiencia con los ministros de la Corte Suprema a fin de exponer la problemática de un sector, la intervención como *amicus curiae* en causas concretas, los pedidos y análisis de información, etc.; entre los informales, pienso en el control que de las decisiones judiciales realiza la opinión pública, la prensa, distintas agrupaciones a través de manifestaciones de distinto alcance, etc.

tucional. No me referiré a controles indirectos o situaciones que resultan claros desvíos de poder, como podría serlo la promoción de un juicio político por motivos aparentes, distintos a la decisión judicial concreta que incomoda al Congreso o al Ejecutivo.

En definitiva, del amplísimo universo de controles políticos que podrían existir –y de hecho existen– sobre las decisiones judiciales, voy a concentrarme en aquellos controles ejercidos por el Congreso o por el Poder Ejecutivo, que tienden, en forma directa y visible, a imponer o controlar el sentido de las decisiones judiciales en materia constitucional.

Dentro de este universo, advierto la presencia de dos tipos de controles bien diferenciados:

- (i) Un grupo que podríamos denominar *previos* o *preventivos*. En ellos el Congreso y el Poder Ejecutivo imponen o escogen por adelantado un determinado resultado en las decisiones judiciales. Dentro de este grupo podemos encontrar distintas situaciones:
 - a. Control directo a través de la imposición de una regla de resolución de los casos concretos, o a través de la reducción de la competencia de un tribunal.
 - b. Control indirecto a través de la elección del juez.
- (ii) Por otro lado, también podemos ver controles que operan con posterioridad a la decisión judicial. Entre ellos merecen destacarse los siguientes:
 - a. Reforma Constitucional.
 - b. Destitución por juicio político motivado en la resolución judicial.
 - c. Incumplimiento material de la resolución judicial.

Comenzaré haciendo una referencia a los controles previos, para luego continuar nuestro análisis en los segundos.

2. CONTROLES PREVIOS

La elección de los jueces, principalmente de los jueces de la Corte Suprema, es una forma clara de controlar la decisión judicial. El Presidente designa o deja de designar a una persona, en virtud a la posición que espera que asuma respecto de determinados temas, y lo propio puede hacer el Senado a la hora de prestar o no su acuerdo¹².

Ello no parece tan conflictivo. Sí lo es, en cambio, la imposición a los jueces de determinados criterios para la resolución los casos constitucionales. Y de manera muy cercana a ello, la modificación de las reglas de competen-

¹² Desde luego que la posibilidad de controlar la decisión judicial no es la única finalidad que pueden tener en cuenta el Presidente o el Senado a la hora de designar a un juez o prestar su acuerdo. Por ejemplo, la voluntad de obtener la aprobación de la opinión pública también puede ser un motivo determinante.

cias de los tribunales, especialmente de la Corte Suprema, también puede ser utilizada como una forma de controlar las decisiones judiciales.

Se trata de una posibilidad poco utilizada por los poderes políticos y, en general, cuenta con el rechazo de la doctrina y la jurisprudencia. De todas formas, es posible ubicar antecedentes lejanos y no tan lejanos en el tiempo, que justifican el análisis de esta alternativa.

2.1. Antecedentes de los Estados Unidos

Si bien en el año 1869 la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró constitucional una ley del Congreso que limitaba su competencia en el caso de los *hábeas corpus* denegados¹³, dos años después, en 1871, nos encontramos con un precedente de gran interés, brindado por el caso “United States v. Klein”¹⁴.

En esta ocasión, Klein demandaba la restitución del valor de bienes abandonados durante la guerra civil, que habían sido tomados por el ejército de la Unión, luego vendidos y su producido ingresado al tesoro de los Estados Unidos. El reclamo era efectuado en virtud de una ley que reconocía ese derecho a quienes no hubiesen participado en la rebelión o apoyado a los confederados.

Klein había sido indultado por el Presidente de la Nación y existía un precedente de la Corte Suprema, según el cual, el indulto presidencial confirmaba, de manera concluyente, que el indultado no había tomado parte de la rebelión. Con ese argumento Klein triunfó en primera instancia.

Mientras la causa se encontraba apelada ante la Corte Suprema, el Congreso sancionó una ley, tornando improcedentes los reclamos como el de Klein, ya que consideraba, sin admitir prueba en contrario, que haber aceptado el indulto presidencial implicaba haber participado en la rebelión. Asimismo, se impedía a la Corte entender en este tipo de reclamos.

En esa situación, la Corte Suprema resolvió de todas formas el recurso, y consideró que lo que la legislatura estaba haciendo era “negar a los indultos otorgados por el Presidente, los efectos que este tribunal entiende que tienen” y que, al hacerlo, el Congreso no estaba ejerciendo su facultad de regular y establecer excepciones a la competencia de la Corte, sino que, en realidad, “el Congreso traspasó inadvertidamente el límite que separa la atribución legislativa de la judicial”.

De allí que se acepte que el Congreso no puede imponer a la Corte Suprema, ni a los tribunales inferiores, reglas de interpretación en materia constitucional. Incluso autores provenientes del denominado “constitucionalismo popular” como Mark Tushnet señalan que a partir de ese precedente “el Congreso no puede dictar una ‘regla de decisión’ acerca del sentido de una previsión de la Constitución”, agregando entonces que “la elección de los métodos

¹³ “Ex Parte McCordle” (74 US 506).

¹⁴ 80 U.S. 128.

de interpretación constitucional, se encuentra en el corazón de la labor judicial”¹⁵.

Por otra parte, la causa “Klein” también implica un límite al ejercicio de la facultad del Congreso de limitar la competencia de la Corte Suprema¹⁶.

Aun cuando esto no parezca ser objeto de grandes controversias desde un punto de vista doctrinario, en los años 2004 y 2005, fue presentada ante el Congreso de los Estados Unidos una serie de proyectos de ley, prácticamente idénticos, denominados en todos los casos “Ley de Restauración Constitucional”¹⁷.

Estos proyectos de ley, que finalmente no fueron sancionados, preveían que ni la Corte Suprema ni ningún tribunal federal tendrían jurisdicción en ningún proceso en el cual se demandara a una entidad federal, estadual o local o a sus funcionarios, por haber reconocido a Dios como la fuente soberana del derecho, la libertad o el gobierno. De esa forma, más allá de su virtud o defecto, lo que la ley estaba haciendo era dar una interpretación concreta a la primera enmienda, y aspiraba a imponérsela a los jueces, al privarlos de jurisdicción en tales casos.

Para nuestra temática, el aspecto más interesante del proyecto de ley lo encontramos en su segunda parte, donde tomando decididamente partido en la discusión entre Scalia y Breyer, el proyecto de ley disponía que en la interpretación y aplicación de la Constitución de los Estados Unidos, los tribunales de justicia no se fundarán en ninguna Constitución, ley, decreto, norma administrativa, orden ejecutiva, decisión judicial, o cualquier otra acción de cualquier Estado extranjero u organismo internacional, distintos del derecho constitucional y del *common law* vigente en Inglaterra al momento de la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos¹⁸.

Si un juez de la Corte Suprema o de un tribunal inferior fundara sus decisiones en normas o prácticas extranjeras distintas de las permitidas, ello constituiría un delito y una violación al estándar de buena conducta requerido por el artículo III de la Constitución, lo cual posibilitaría el sometimiento del juez a un *impeachment*.

Las críticas a estos proyectos de ley no fueron pocas. Por ejemplo, en el marco de las audiencias celebradas en el Comité de asuntos judiciales de la

¹⁵ “The ‘Constitutional Restoration Act’ and Judicial Independence: Some Observation”, 56 Case W. Res. L. Rev., 1071 (2006).

¹⁶ Se trata, de todos modos, de una hipótesis excepcional, ya que, en principio, la Suprema Corte de los Estados Unidos entendió en “Ex Parte MacCardle” (74 US 506).

¹⁷ “Constitution Restoration Act”.

¹⁸ SEC 201 INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION. In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States.

Cámara de Representantes, el profesor Michel J. Gerhardt¹⁹ señaló que el núcleo de la función judicial es la de decir el derecho, y la facultad de decir el derecho incluye la de determinar las fuentes apropiadas en las cuales apoyarse, y entre ellas eventualmente se encuentra el derecho extranjero.

El caso no pasó de ser un intento frustrado por imponer reglas de decisión a los jueces en materias constitucionales, pero es de utilidad para advertir tanto el rechazo generalizado del mundo académico y judicial a esa posibilidad, como la voluntad de ciertos sectores de los departamentos políticos por controlar las decisiones constitucionales.

2. 2. Antecedentes nacionales

Si vemos el caso de nuestro país, la pretensión de los órganos políticos por controlar el sentido de las resoluciones judiciales nace concomitantemente con el intento de contar con un Poder Judicial independiente.

Si bien existía un importante movimiento que reconocía la importancia de la independencia del Poder Judicial, pero ello era contrastado con una gran desconfianza a los jueces existentes. En el primer sentido podemos citar al propio José de San Martín, quien en el Preámbulo del Estatuto Provisional del Perú, de 1821, afirmó: “Me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única verdadera garantía de la libertad de un pueblo”²⁰.

Ello también es lo establecido en el Reglamento de División de Poderes de 1811 donde se dispone que “*El poder judicial es independiente, y a él solo toca juzgar á los ciudadanos*”²¹.

Luego de ese principio, el Reglamento estableció reglas para determinar la forma en la cual se dictarían las sentencias judiciales. El artículo siguiente previó que las leyes generales, las municipales y los bandos de buen gobierno eran las reglas de sus resoluciones, y, en el artículo III de esa misma sección, podemos ver ya una importante advertencia hacia los jueces, al preverse que “*El poder judicial será responsable del menor atentado, que cometa en la sustancia ó en el modo, contra la libertad, y seguridad de los súbditos*”.

Resulta sugestivo que este Reglamento, al mencionar tanto a la “Junta Conservadora” como al “Poder Ejecutivo” lo hace con mayúsculas, no así cuando se refiere al “poder judicial”.

¹⁹ Hearing Before The Subcommittee On Courts, The Internet, And Intellectual Property, Committee on the Judiciary, House Of Representatives, One Hundred Eighth Congress, September 13, 2004 Serial No. 105 (http://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju95803.000/hju95803_of.htm).

²⁰ Ramella, Pablo A., *Derecho constitucional*, 2ª Ed., Depalma, 1982, p. 791.

²¹ Sección tercera, artículo I.

El Reglamento de Administración de Justicia de 1812, luego de expresar sus quejas acerca de tribunales vigentes hasta ese momento²², preveía un control político estricto de las resoluciones de los jueces, estableciendo que sus decisiones eran objeto de recursos ante tribunales conformados por funcionarios políticos o designados libremente por éstos.

El Proyecto de Constitución del 27 enero de 1813, en su artículo 125, disponía que “*En las causas Criminales los Jueces deben juzgar por el texto expreso de la ley. Toda interpretación es un Crimen de que serán responsables*”.

Similar era el proyecto de Constitución de la Comisión Ad-Hoc de 1813, el cual en el artículo 1 de su Capítulo 21 (*Del Poder Judicial*) reconocía que “*el orden judicial es independiente*”, que “*la facultad de juzgar y de aplicar las leyes pertenece exclusivamente á los jueces y tribunales según las formas que ellas establezcan*”, para agregar, a renglón siguiente que “*Los jueces deben juzgar por el testo espreso de la lei. Toda interpretación ó arbitrariedad es un crimen de que responderán personalmente*”.

El Proyecto de Constitución Monárquica de 1815 preveía en su artículo 12 un Poder Judicial compuesto por jueces “*perpetuos é independientes*”, sólo destituibles por la alta Sala “*quien los juzgará con independencia del Rey*”, en casos de “*injusticia notoria o colusión*”.

Otro antecedente de interés encontramos aún en el Proyecto de Constitución de Pedro De Angelis, el que preveía como competencia de la Corte el declarar el sentido literal de las leyes cuando son oscuras, y pedir “*su explicación al Congreso si son ambiguas, ó su reforma si le parecen injustas*”.

Luego del dictado de la Constitución Nacional de 1853/60, la Corte Suprema ha afirmado y reiterado, desde 1864 a la fecha, que es ella “*el intérprete final de la Constitución*”²³, agregando, casi como fórmula de estilo, que “*planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí*”²⁴.

A pesar de ello, en el año 2003 la ley 25.779 declaró “*insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521*”, denominadas de “*punto final*” y “*de obediencia debida*”.

Por ese entonces existían distintos procesos judiciales en los cuales se encontraba planteada la inconstitucionalidad de esas leyes, de modo tal que la decisión del Congreso se asemejaba mucho a un intento, más o menos directo, de imponer, por vía legislativa, una determinada interpretación constitucional a los tribunales judiciales.

²² “*Tribunales numerosos, complicados é instituidos para colocar y sostener en la mayor elevación á los agentes del despotismo, y á las Provincias en una gravosa dependencia, no son ya los que convienen á unos pueblos libres y virtuosos*” (exposición de motivos del reglamento).

²³ Fallos 1:340.

²⁴ Fallos 316:2940, 318:1967, 322:1616, 324:3358, 330:2222, etc.

Es curioso advertir que entre los fundamentos del ese proyecto de ley, para justificar la declaración de la nulidad de la ley de obediencia debida, se sostuvo que "...si se concluye que la ley de obediencia debida no es una amnistía... la norma infringe el principio de división de poderes en la medida en que no establece regla aplicable alguna a hechos futuros y no cumple con el requisito de generalidad propio de la función legislativa". Y con cita de la disidencia de Bacqué en "Camps"²⁵, se agregó que el Congreso carece de facultades, dentro de nuestro sistema institucional, para imponer a los jueces y especialmente a esta Corte una interpretación determinada de los hechos sometidos a su conocimiento en una "causa" o "controversia" preexistente a la ley en cuestión, ya que de otra forma el Poder Legislativo se estaría arrogando la facultad —privativa de los jueces— de resolver definitivamente respecto de las "causas" o "controversias" mencionadas.

En cuanto al establecimiento de reglas relativas a la competencia apelada de la Corte Suprema, merece ser destacado el caso "Itzcovich"²⁶, donde el Tribunal sostuvo que el acatamiento por parte de la Corte Suprema de la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le asignó, no la inhabilita para declarar que ella, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible.

Como primera conclusión, podemos ver que tanto en nuestro país como en los Estados Unidos, existe un consenso generalizado en el sentido de que la imposición de límites a las decisiones constitucionales del Poder Judicial por parte del Congreso de la Nación, configura una violación al principio de división de poderes. También vemos, asimismo, que la facultad del Congreso de fijar reglas y excepciones a la competencia apelada de la Corte Suprema de Justicia, no puede ser empleada de modo tal que, en la práctica, sea utilizada como una forma de darle un sentido determinado al resultado de la causa.

Sin embargo, más allá de ese consenso, también ha sido posible identificar intentos de poner en práctica normativas en sentido precisamente inverso.

3. CONTROLES POSTERIORES

3. 1. Marco general

La inexistencia de controles previos a las decisiones judiciales, con la sola excepción del ejercicio a la hora de designar a los jueces, nos lleva a considerar la existencia de controles posteriores al dictado de la decisión judicial.

²⁵ Fallos 310:1220.

²⁶ Fallos 328.566.

Uno de esos controles está dado, claramente, por la posibilidad de recurrir a una reforma constitucional. Si el Congreso no está de acuerdo con la interpretación constitucional realizada por un tribunal inferior, en caso de ser parte, puede llevar la causa ante Corte Suprema por las vías procesales establecidas para ello; y de no poder hacerlo o si tampoco concuerda con lo decidido por el Máximo Tribunal, tiene a su alcance la posibilidad de poner en marcha el mecanismo de reforma constitucional²⁷.

Asimismo, el Poder Ejecutivo o el Congreso pueden, en cualquier momento y a través de la promoción de un nuevo proceso –sin afectar la cosa juzgada y de acuerdo a las reglas procesales vigentes–, intentar que la Corte Suprema modifique la doctrina sentada en fallos anteriores.

Otra hipótesis que este año 2010 nos ha presentado, está dada por la desobediencia lisa y llana a los mandatos de la Corte, como una forma de “enmendar el error” de sus decisiones, tal como lo han sostenido distintas autoridades y legisladores del oficialismo. No se trata de un mecanismo de control jurídicamente admisible, sino una violación al artículo 116 de la Constitución Nacional. Pero como nada nuevo parece haber bajo el sol, no podemos dejar de recordar el caso del Presidente Andrew Jackson, quien –según afirma la tradición– ante una decisión de la Corte que no era de su agrado, habría reaccionado con el siguiente comentario: “Bueno, John Marshall ha tomado su decisión; ahora dejémoslo que la haga cumplir”²⁸.

3. 2. La responsabilidad política del juez

Sabemos que la inamovilidad en el cargo no ha trocado en irresponsabilidad judicial. Por el contrario, en ese delicado engranaje de controles interórganos, la Constitución establece los mecanismos y las causales de destitución de los magistrados. De esta forma se ha considerado, reiteradamente, que la responsabilidad política de los jueces no sería otra cosa que la contracara necesaria de la inamovilidad en su cargo²⁹.

²⁷ Esta solución es de aplicación también para el Poder Ejecutivo, quien cuenta con la posibilidad de instar al Congreso para dar inicio al trámite de reforma. El inconveniente que podría presentarse es, claro está, que los jueces consideren que existen contenidos pétreos en la Carta Magna y que ellos han sido afectados por la reforma. En ese caso, la reforma constitucional no sería una válvula de escape, por lo que de existir suficiente presión de parte de los sectores políticos y un importante apoyo en la opinión pública, la decisión judicial difícilmente pueda ser sostenida en la práctica.

²⁸ Redlich, Norman – Schwartz, Bernard – Attanasio, John, *Understanding Constitutional Law*, Matthew Bender/Irwin, EE.UU., 1995, p. 6.

²⁹ Entre otros, Couture interrelacionaba estrechamente independencia-autoridad y responsabilidad, considerando que en el caso de la judicatura, ellas constituyen un celoso engranaje. Defienden, sucesivamente, a los jueces de los gobernantes, de la demagogia y de los clamores populares; pero al mismo tiempo defienden a los justiciables del orgullo y de la soberbia de los jueces. “En un delicadísimo juego de fuerzas, la independencia asegura la justicia; la autoridad refrenda la independencia, y la responsabilidad contiene dentro de sus límites propios a la independencia y a la autoridad” (cit. por Linares Quintana, *Tratado...*, tomo 9, p. 750).

De las distintas causales previstas en la Constitución para habilitar la destitución de los magistrados, la de mal desempeño es la que reviste mayor interés a los efectos de este trabajo, ya que es la que podría permitir, con mayor amplitud, llevar a cabo un control político de decisiones judiciales.

En 1970, en el marco del ataque de la mayoría republicana a lo que quedaba de la Corte Warren, tras haber forzado la renuncia de Fortas, se pretendía someter a juicio político al juez William O. Douglas. Ante la defensa de los demócratas que afirmaban que el juez no había cometido ninguna falta susceptible de poner en funcionamiento el proceso de remoción, Gerald Ford, por entonces legislador, sostuvo una posición de suma crudeza. Afirmó que la causal para promover el juicio político es cualquier cosa que una mayoría de la Cámara de Representantes considere que lo sea en un momento dado de la historia, y la condena resulta de cualquier ofensa u ofensas que al menos dos terceras partes del Senado consideren suficientemente serias para merecer la remoción del acusado.

Esta posición fue luego sostenida por otros legisladores republicanos en el *impeachment* al presidente William Clinton.

Si ésa es la conclusión, la responsabilidad política de los magistrados sólo revestiría interés jurídico en sus aspectos formales y procedimentales, únicos límites para que los poderes políticos procedan a la destitución de un juez.

Sin embargo, si el texto de la Constitución será considerado algo más que una declaración de máximas políticas, debemos darle algún tipo de contenido y alcance a las causales de destitución, pues si otro hubiera sido el criterio de los constituyentes, se habría omitido dicha calificación, delegando en el órgano legislativo la ilimitada valoración de las causas del juicio³⁰.

Con todo, podemos reconocer que la frase “mal desempeño” revela el designio constitucional de entregar al Congreso la apreciación discrecional (en el sentido de ilimitación, dentro de lo razonable y conveniente) de las circunstancias que pueden caracterizar semejante conducta³¹ y que, quizás, dentro de ese mal desempeño podríamos incorporar al control político de las resoluciones judiciales.

³⁰ Linares Quintana, *Tratado...*, t. 9, p. 454. Como bien lo explica Santiago Finn, “los procesos de remoción no deben confundirse con la búsqueda de un consenso para la separación del juez, como si fueran una moción de censura. Debe procederse sobre la base de hechos corroborados que configuren algunas de las causales del artículo 53 de la Constitución Nacional” (“Responsabilidad política del juez por el contenido de sus sentencias”, en la obra colectiva *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Santiago, Alfonso (h) (Dir.), Ábaco, Buenos Aires., 2006, t. I, p. 385).

³¹ González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, tomo II, p. 362. En forma similar, Hamilton, en el *Federalista* n° 65, había señalado que la jurisdicción del senado en materia de juicio político “comprende aquellos delitos que proceden de la conducta indebida de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación de un cargo público. Poseen una naturaleza que puede correctamente denominarse *política*, ya que se relacionan sobre todo con daños causados de manera inmediata a la sociedad”. Siguiendo a Hamilton, Joseph Story observó tiempo después que los hechos que dan lugar al juicio político son de naturaleza política y desafían la clasificación hecha por una ley.

Sobre la causal de mal desempeño, Alfonso Santiago (h), en palabras que comparto, ha afirmado que “es la clave de bóveda de todo el proceso de responsabilidad político”, agregando que debe interpretarse de modo que sea un adecuado contrapeso a las amplias prerrogativas y graves responsabilidades de las que gozan los magistrados³². Y posiblemente, me atrevo a agregar, en un sistema de control de constitucionalidad difuso, la responsabilidad política de los jueces sea la clave de bóveda del sistema de separación de poderes, al menos en lo que al Poder Judicial respecta.

En lo que aquí nos interesa, debemos analizar a la causal de mal desempeño como una posibilidad de control político de las decisiones judiciales.

3. 3. El mal desempeño como forma de control de los pronunciamientos judiciales

En el caso concreto de los jueces, doctrinariamente se reitera que el marco de discrecionalidad en el juzgamiento de los funcionarios ajenos al Poder Judicial resulta mucho mayor, ya que los primeros pueden ser destituidos por los actos que suscriban; en cambio, los jueces no pueden ser objeto de destitución por el contenido de sus sentencias, aun cuando las mismas impliquen un grave perjuicio para las arcas públicas, salvo que la sentencia misma constituya un delito o una muestra palmaria de incapacidad.

En cuanto al procedimiento del juicio político a los jueces, afirma Fayt, lo que se juzga es la conducta o la capacidad de los jueces y no el criterio ni la interpretación que hicieran de la ley, porque el Senado no es tribunal de Alzada, ni tiene competencia para ello³³.

La Corte Suprema sostiene, de manera constante, que “el posible desacierto o error de aquellas resoluciones del magistrado no puede, obviamente, constituir razón para su enjuiciamiento”³⁴. O con palabras de Adolpho Birch, *chief justice* de la Corte Suprema de Tennessee hasta el año 2006, “*la independencia judicial es el derecho del juez a resolver en forma correcta o, creyendo hacer lo correcto, equivocarse*”³⁵.

Buena parte de la doctrina está de acuerdo en que no es posible someter a juicio político a un magistrado por el contenido de sus sentencias

En el marco del caso “Apitz Barbera”³⁶, la Comisión Interamericana afirmó que “la destitución por error judicial inexcusable... resulta contraria al prin-

³² Santiago, Alfonso (h), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, t. I, p. 146.

³³ Fayt, Carlos Santiago, *Nuevas fronteras del Derecho Constitucional. La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 317.

³⁴ Fallos 268:203. En sentido similar, Fallos 271:175, 274:415, 305:1983, etc.

³⁵ Geyh, Charles Gardner, “Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric”, 56 Case W. Res. L. Rev., 911, 925.

³⁶ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, 5 de agosto de 2008.

cipio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho³⁷.

En sentido similar, aunque pareciendo admitir un margen un poco más amplio a los poderes políticos, la Corte Interamericana afirmó que “los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior”³⁸; sin embargo, llegó a considerar que era necesario el análisis del error judicial inexcusable como ilícito disciplinario, lo cual exigía una motivación relacionada con la idoneidad de las presuntas víctimas para el ejercicio del cargo. De esa manera, la Corte Interamericana parece estar reconociendo que el error judicial inexcusable podría eventualmente justificar la destitución de un juez.

La imposibilidad de someter a juicio político a los jueces por el contenido de sus sentencias, en nuestra opinión resulta principio acertado, que permite la existencia de un Poder Judicial con la capacidad de resolver, de manera definitiva, las causas que se presentan ante sus estrados.

Sin embargo, no creo que todo error judicial pueda ser eximido de responsabilidad. Tomando aquí la posición de Charles G. Geyh³⁹, es posible distinguir entre el error judicial sin intención o de buena fe, el cual no puede generar responsabilidad política del juez, y el error intencional, el cual constituye base suficiente para el enjuiciamiento y destitución.

Esta distinción, entre error intencional y no intencional, habría estado presente en el juicio político a Samuel Chase. Ante el tribunal del Senado, este juez afirmó que “la ignorancia o el error en el juzgamiento, puede motivar el juicio político sólo si proviene de una perversión del corazón o de cualquier otro motivo indigno”, por ello si el Senado encontraba que él “había actuado como juez con injusticia o parcialidad intencional, él no requeriría ningún tipo de favor, y esperaría que le impusieran toda la extensión de la pena”; de lo contrario, Chase estaba confiado en que el Senado “haría concesiones a las imperfecciones y debilidades propias de la naturaleza humana”.

Por su parte, los representantes que ejercían la acusación estaban de acuerdo con la defensa de Chase en los postulados generales, la discusión residía en la prueba del dolo en el proceder del juez; argumentaban que era, precisamente, a partir de los propios errores del juez que el Senado debía presumir la existencia de intencionalidad en los mismos⁴⁰.

³⁷ V. párraf. 79 de la sentencia de Corte.

³⁸ Párraf. 84.

³⁹ Geyh, cit.

⁴⁰ “The judge insists, if he was mistaken, it was an error of judgment. This cannot be presumed. Ignorance of the law is no excuse in any man; but in a character of such high legal standing and known abilities as that of the accused, it is totally inadmissible and not to be presumed. How could any judge with upright intentions commit so many errors, or hit upon so many mistakes in the course of one trial. ... They must have been the result of design...” (citado por Geyh, cit., p. 930).

En cambio, el abogado de Chase defendía la presunción contraria, insistiendo en que una decisión errónea puede ser realizada por cualquier persona, y agregaba que por grande que fuese el error judicial, éste no puede ser, en sí mismo, suficiente para presumir la existencia de un fraude. Esa fue, en definitiva, la posición que parece haber triunfado en su caso.

Creo que la solución resulta razonable. El error judicial no puede, sin la concurrencia de otras pruebas, ser suficiente motivo para proceder a la destitución del magistrado. Sé que se trata de una posición que limita notablemente la posibilidad de enjuiciar políticamente a los jueces, pero la solución contraria no parece más adecuada.

Sólo como ejemplo, meses atrás un integrante de la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura, denunció al juez federal de Salta, Dr. Miguel Antonio Medina, por haber dictado una medida cautelar, a pedido de una legisladora nacional, disponiendo la suspensión de la ley 26.522 (Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual). Como fundamentos de su denuncia, afirmó que “o bien el magistrado no conoce el principio de división de poderes establecidos por la ley Fundamental, o bien lo conoce pero, alejándose de la esfera de sus facultades jurisdiccionales, sentencia con claro apartamiento del derecho vigente, debiendo en esta instancia develar los fines perseguidos”.

Frente a una afirmación de esa naturaleza, se comprende que el juez no tenga absolutamente ninguna posibilidad de defenderse; el órgano político asume que la decisión judicial es notoriamente errónea, y le basta con esa sola decisión para disponer la destitución. En esos términos, cualquier defensa parece fútil.

Señala Geyh que si la independencia judicial significa algo, es que aquellos jueces que hacen su mejor esfuerzo para aplicar el derecho, no deben temer el castigo, incluso si se equivocan, y ello requiere la presunción de que los jueces han actuado de buena fe, a falta de pruebas en contrario. Esta presunción podrá imponer una pesada carga para quienes aspiran a responsabilizar a un magistrado por decisiones que consideran manifiestamente erróneas. Sin embargo, la carga de la prueba no sería menos compleja, ni presunción menos difícil de superar, si fuesen los jueces quienes debieran demostrar que los errores en los cuales han incurrido no están originados en una finalidad aviesa⁴¹.

4. ¿CONTROL JUDICIAL AL CONTROL POLÍTICO DE LA DECISIÓN JUDICIAL?

Si bien el título parece casi un juego de palabras, dentro de un estudio del control político de las decisiones judiciales, no podemos dejar de abordar la posibilidad, y en su caso el alcance, de un eventual control judicial de las de-

⁴¹ Conf., op. cit., ps. 928/929.

cisiones de los órganos políticos cuando éstos están efectuando un control de las decisiones judiciales.

En lo que respecta a los controles previos a través de la imposición de una determinada interpretación constitucional al Poder Judicial, la solución no reviste mayor complejidad, ya que se limita a la eventual declaración de inconstitucionalidad de esa hipotética ley.

La repuesta es más compleja si se analiza la posibilidad de controlar judicialmente la destitución de un magistrado por la causal de mal desempeño.

Durante mucho tiempo, el juicio político fue considerado un ejemplo de cuestión política no justiciable. Diversos motivos históricos abonaban esta tesis; entre ellos, la circunstancia de que los convencionales de Filadelfia explícitamente rechazaran la moción de otorgar a la Suprema Corte la facultad de juzgar los *impeachments*. De esta manera, se ha sostenido que ningún área del derecho constitucional necesita, más que el juicio político, ser una cuestión política no justiciable⁴².

La jurisprudencia de nuestro país, tradicionalmente consideró que el juicio político era una materia propia y excluyente de los órganos asignados constitucionalmente a ese efecto. Así se resolvió con la destitución de un gobernador en el caso "Joaquín Castellano"⁴³, y lo sostuvo luego invariablemente durante décadas⁴⁴.

La doctrina de la judiciabilidad de los procesos de remoción de los magistrados, recién fue aceptada por la mayoría de la Corte Suprema en la década de 1980, a través de una serie de fallos dictados con referencia a destituciones producidas en el ámbito provincial⁴⁵.

En "Graffigna Latino"⁴⁶, la Corte Suprema rechazó un amparo promovido por los miembros del Superior Tribunal de la Provincia de San Juan que habían sido suspendidos por la Cámara de Diputados en el marco de un proceso de destitución, pero *obiter* dejó abierta la posibilidad de ingresar al análisis de la cuestión en el marco de su competencia apelada.

Posteriormente, en el caso "Nicosia"⁴⁷, cuya doctrina se extendió a las decisiones del Jurado de Enjuiciamiento en "Brusa"⁴⁸, precisó que quien pretenda que la Corte controle lo decidido en un juicio político "*ha de demostrar—recurso extraordinario mediante— en forma nítida, inequívoca y concluyente, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso, que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa*".

⁴² Gerhardt, Michel K., "Rediscovering Nonjusticiability, Judicial Review of Impeachments after Nixon", 44 Duke L.J. 231 y sgtes.

⁴³ Fallos 136:147.

⁴⁴ Fallos 238:58; 270:240; 271:69; 277:23; 285:43; 300:488; 301:1226, etc.

⁴⁵ Antes de estos fallos, es posible encontrar la disidencia de Boffi Boggero en Fallos 264:7, donde afirmando la judiciabilidad de la cuestión, sostuvo que "*la Constitución exige que también el juicio político se atenga a las 'declaraciones, derechos y garantías' categóricamente establecidas por ella*" (cons. 8).

⁴⁶ Fallos 308:961 (1986).

⁴⁷ Fallos 316:2940.

⁴⁸ Fallos 326:4816.

En “Nicosia” se agregó también que “*lo atinente a la interpretación de la Constitución en orden a las causales de destitución por juicio político y, desde luego, la apreciación de los hechos materia de acusación a la luz de dicha exégesis, conforman ámbitos depositados por la Ley Fundamental en el exclusivo y definitivo juicio del Senado, y, por lo tanto, no revisable judicialmente*”.

Esas premisas han sido reiteradas hasta la actualidad por la Corte Suprema, como mayor o menos alcances según los jueces. De esta manera, para la actual doctrina de la Corte Suprema:

- (i) el Senado de la Nación, en materia de juicio político, es considerado un tribunal de justicia a los efectos del recurso extraordinario;
- (ii) el control del respeto al derecho de defensa del magistrado es una cuestión justiciable;
- (iii) se trata de un control excepcional e incumbe al afectado demostrar claramente la trasgresión y su relevancia;
- (iv) finalmente, la configuración de la causal de destitución no es revisable judicialmente.

Muchos autores han mostrados su conformidad con esta doctrina. Tal es el caso de Bidart Campos, quien sostenía que en todo cuanto puede comprometer derechos y garantías constitucionales del enjuiciado durante el procedimiento aplicable para su remoción, la decisión del órgano competente queda sujeta al control judicial. Pero la subsunción de los hechos imputados en las causales previstas para su destitución, y la valoración de las circunstancias de la causa (de hecho y de derecho), quedan reservadas a la decisión definitiva del órgano que dispone la remoción⁴⁹.

La Corte Interamericana en el caso del Tribunal Constitucional del Perú (2001), pareció haber asumido una posición no muy distinta, al afirmar que los actos del proceso de destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional seguido ante el Congreso, que se hallan sometidos a normas legales que deben ser puntualmente observadas, pueden, por eso mismo, ser objeto de una acción o recurso judiciales en lo que concierne al debido proceso legal. Este control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo⁵⁰.

Estimo que aun cuando indudablemente representa un avance frente a posiciones anteriores, la actual doctrina de la Corte Suprema parece insuficiente. Si “*lo atinente a... las causales de destitución de los magistrados y la apreciación de los hechos materia de acusación a la luz de dicha inteligencia, conforman ámbitos depositados por la Ley Fundamental en el exclusivo y definitivo juicio del Senado*”⁵¹, en definitiva estamos diciendo lo mismo que Gerald Ford, sólo que con palabras más elegantes.

⁴⁹ Bidart Campos, Germán J., “Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable”, *La Ley*, 1996-C, 535.

⁵⁰ Párr. 94.

⁵¹ Fallos 330:4826.

Para esa postura, mal desempeño sería absolutamente cualquier hecho que el Senado considere que lo es, y se tendrá por acreditado a través de cualquier prueba que el Senado valore como suficiente.

De esta manera, toda la importancia del proceso de control político de las decisiones judiciales vuelve a trasladar su centro de gravedad, desde la causal a los aspectos procedimentales. No es que estos últimos carezcan de importancia, pero ¿de qué puede servirle a alguien que le den todas las posibilidades de defensa, si la decisión del Senado se basará en criterios políticos que nunca podrán ser revisados?

Citando a Sagüés, puede decirse que resulta curioso que la Corte Suprema argentina haya admitido en miles de casos que el debido proceso constitucional y la defensa en juicio exigen una sentencia razonable, que no sea arbitraria, para luego concluir en que la razonabilidad intrínseca del veredicto destitutorio vertido en el juicio político no puede ser objeto de revisión judicial⁵².

Aun cuando es cierto que el Senado tiene en su favor un margen amplio de discrecionalidad para decidir qué hechos pueden llegar a configurar mal desempeño, esa discrecionalidad no es absoluta y el Poder Judicial, como intérprete último de la Constitución y garante de los derechos de los individuos frente a los poderes políticos, está facultado para controlar y corregir aquellas situaciones que, escapando a lo opinable, van mucho más allá de los límites fijados por la Constitución.

En cuanto al caso argentino, la actual doctrina de la Corte requiere sólo de una pequeña corrección. Bastaría con recordar que el derecho de defensa en juicio se integra con el dictado de una sentencia razonable, y no podrá considerarse respetado el derecho de defensa cuando se advierta que la destitución se funda en circunstancias que claramente no pueden ser consideradas mal desempeño. La amplitud que puede tener la causal de mal desempeño, no puede implicar que la causal se satisfaga con absolutamente cualquier hecho.

En resumen, considero que si el Poder Judicial habrá de controlar el respeto de las formas esenciales del procedimiento de destitución, lo mismo debe hacer con las causales de destitución.

Mucho más en nuestro país, donde el juicio político ha demostrado ser una herramienta de política agonal, muy distinta del juicio público previsto por la Constitución Nacional.

5. NOTAS DESDE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

Tomando como referencia los casos de Samuel Chase en 1805 y Andrew Johnson en 1868, William H. Rehnquist consideró que el juicio político era

⁵² Sagüés, Néstor Pedro, "Revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el juicio político", *La Ley*, 2006-C, 1335.

“una especie de *wild card* que pudo haber derribado los frenos y contrapesos establecidos por la Constitución”⁵³.

También se ha sostenido que la “única barrera histórica que ha tenido real aplicación a la hora de limitar el alcance de faltas susceptibles de dar lugar al juicio político, ha sido el clima político en cada momento de la historia”⁵⁴.

Asimismo, se ha considerado que la táctica de someter a juicio político a los jueces que se consideran oponentes, puede ser utilizada como una especie de “hardball” constitucional, con el objetivo de apartar a los oponentes y cohesionar a los aliados, o directamente para imponer una disciplina de temor sobre oponentes y aliados, al tiempo que también puede ser usado como un mecanismo para establecer, al menos en la opinión pública, que los principios constitucionales sostenidos por los acusadores son los correctos⁵⁵.

Precisamente, la posible amplitud del texto constitucional ha llevado a Charles Geyh a afirmar que el equilibrio tradicional entre el Poder Judicial y los restantes poderes, en el sistema presidencial estadounidense, más allá del texto constitucional, reside principalmente en el respeto a costumbres y normas no escritas⁵⁶.

Una de esas normas no escritas, sería la imposibilidad de utilizar el juicio político como respuesta a decisiones impopulares; y cita en apoyo de su tesis el caso de Samuel Chase, y el intento frustrado de *impeachment* a William Douglas.

La otra norma no escrita, surgida a partir del conflicto de 1937 entre la mayoría de la Corte Suprema y el presidente Roosevelt, establecería la imposibilidad de recurrir a la modificación de los miembros del tribunal como forma de obtener decisiones judiciales acordes con las preferencias de la coalición dominante.

Resulta sugestivo comprobar que ninguna de esas prácticas han sido respetadas en nuestro país, donde la Corte ha sido objeto de todo tipo de modificaciones para amoldarla al paladar del gobernante de turno, y donde muchos de sus ministros han sido objeto de juicio y destitución, única y exclusivamente por el contenido jurídico de sus sentencias.

Posiblemente sea esa, también, una buena forma de medir las dificultades a las cuales se ha enfrentado por estas tierras la división de poderes y la independencia del Poder Judicial.

⁵³ “The Impeachment Clause: A Wild Card in the Constitution”, 85 Nw. U. L. Rev. 903.

⁵⁴ Weeden, L. Darnell, “Essay: The Clinton Impeachment Indicates a Presidential Impeachment Offense is Only Limited by Constitutional Process and Congress’ Political Compass Directive”, 27 Wm. Mitchell L. Rev. 2499.

⁵⁵ Samahon, Tuan, “Impeachment as Judicial Selection”, 18 Wm. & Mary Bill Rts. J. 595 (2010).

⁵⁶ Geyh, Charles Garner, *When Courts & Congress Collide: The Struggle For Control of America’s Judicial System* (2006), cit. por Burbank, Stephen B., “Judicial Independence, Judicial Accountability, and Interbranch Relations” (95 Geo. L. J. 909, 913).

6. CONCLUSIONES

La existencia de un control político de las decisiones judiciales es un elemento indispensable del sistema de división de poderes; pero, al mismo tiempo, es uno de los riesgos más graves que afecta a la independencia del Poder Judicial y, por lo tanto, la vigencia efectiva del sistema de frenos y contrapesos. Así, de la amplitud de su ejercicio dependerán en buena medida las características concretas del sistema constitucional.

La causal de mal desempeño es, efectivamente, uno de los cimientos sobre los que afinará luego el equilibrio de poderes en un determinado sistema constitucional. Se trata de un terreno donde el texto constitucional no permitirá comprender las características del sistema, si no es analizado conjuntamente con la práctica constitucional.

Un sistema de responsabilidad política de los jueces acorde con el sistema republicano, obliga a aceptar la posibilidad, excepcional, de que los jueces puedan ser destituidos por el contenido de sus sentencias, siempre que existan elementos objetivos, externos al propio fallo, que permitan tener por acreditada la existencia de un error intencional en el decisorio judicial.

Aun dentro de esos términos, el inmenso poder que supone la facultad de los órganos políticos de juzgar sobre la existencia de la causal de mal desempeño, necesita, a su vez, de un control judicial posterior que limite la arbitrariedad. Y para ello, la actual doctrina de la Corte Suprema, en cuanto al control judicial de las decisiones de destitución, es insuficiente ya que convierte todo el proceso de destitución de los magistrados en un mero problema de mayorías y procedimiento.

La solución propuesta implica una pesada carga para los órganos políticos que pretendan destituir a los jueces por el contenido de sus sentencias. Pero no menos grande sería la carga para el juez, si bastara el error judicial para tener por acreditada la mala fe del juzgador. Y, en última instancia, los errores judiciales en materia constitucional pueden ser objeto de suficiente control a través de las vías recursivas o, tratándose de la Corte Suprema, existe la posibilidad de recurrir a una constitucional o, en muchos casos, efectuar nuevamente el planteo ante un caso similar, brindando nuevos o mejores argumentos.

Finalmente, parece claro que la vigencia efectiva de la división de poderes no puede lograrse solamente con salvaguardas jurídicas, sino con un compromiso de moralidad republicana de parte de los dirigentes.

BICENTENARIO: REFLEXIONES SOBRE NACIMIENTO, DESARROLLO Y MUERTE DE UN SISTEMA POLÍTICO

Por ANTONIO A. MARTINO*

Propósito de este trabajo. Quiero llamar la atención sobre el hecho de que, hace más de cincuenta años que mostramos algunos defectos de funcionamiento del sistema que no se han podido corregir hasta ahora y que llevan la marca del relajamiento de las relaciones interpersonales e institucionales, conforme el proceso indicado al final del capítulo I: “para comprender los vínculos que mantienen un sistema unido es necesario comprender cuáles pueden ser las causas de su disolución”¹.

I. NACIMIENTO

El hacer partir la historia del sistema político argentino desde la celebración de los 200 años del Cabildo abierto del 25 de Mayo, es una buena ocasión para algunas reflexiones.

Estas reflexiones serán encaradas desde una perspectiva que contenga un modelo cibernético en el cual la Argentina, en cuanto sistema político, tiene las propiedades de: nacimiento, desarrollo y muerte, como todo sistema.

Urge reconocer que la Argentina no se agota en un sistema político, sería necio reducir Argentina a un sistema político, pero hay que reconocer que ese es su meollo.

El presupuesto de que un sistema político pasa por los tres estadios mencionados (nacimiento...) no es un enfoque habitual en las ciencias sociales. Salvo los historiadores que se ocupan de la disolución de imperios, como el romano, o antropólogos que tratan la desaparición de otro imperio como el maya, los cultores de ciencias sociales trabajan con datos más o menos cercanos, más o menos lejanos pero difícilmente con la noción de descomposición de un sistema.

* Profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Pisa. Director del Máster en Ciencia de la Legislación de la Universidad del Salvador.

¹ Según Charles François, 1997, *Enciclopedia internacional de sistemas y de la cibernética*, corregido por Charles François, München, K. G. Saur, los conceptos cibernéticos nos permiten hacer un nuevo comienzo en entender sistemas humanos.

Y esto es un grave error pues luego cuando estos hechos acaecen no hay ni teorías serias que los expliquen y mucho menos previsiones que los anuncien: la disolución del sistema soviético luego de 70 años de intensa vida y protagonismo internacional puede ser un ejemplo².

En otras disciplinas esto no sucede, sino que se estudia y se acepta la descomposición de los sistemas y de este modo, resulta accesible, la comprensión de ciertos fenómenos³.

Los físicos, los químicos y los ingenieros han estudiado en profundidad los procesos de extinción, tales como la ionización, la fisión nuclear, la disociación química y la descomposición de sólidos. Los biólogos han comenzado recientemente a profundizar su comprensión de los mecanismos de envejecimiento y muerte, tales como la oxidación, el acortamiento de telómeros, el daño no reparado y la muerte celular programada⁴.

El estudio del debilitamiento de un sistema es sumamente útil para entender los fenómenos que se verifican en él y poder ofrecer explicaciones aceptables. Hay muchas maneras en las cuales un sistema se debilita. Una de las más conocidas es la presencia de un agente externo.

“El caso del jabón merece nuestra atención a causa de su familiaridad, simpleza y generalidad. Es difícil penetrar la superficie del agua pura, a causa de la fortaleza de los enlaces de hidrógeno que mantienen unidas las moléculas de hidrógeno del agua: este es el origen de la tensión superficial que permite a ciertos insectos deslizarse sobre las superficies de agua. El efecto del jabón es el de debilitar los enlaces de hidrógeno y, de este modo, hacer ‘más íntimo’ el contacto entre las partes del cuerpo y el agua. El mecanismo es el siguiente. El jabón contiene moléculas de ácido esteárico; éstas son, esquemáticamente, bastoncillos con dos extremos: uno hidrofílico, es decir que es atraído por el agua, y el otro hidrofóbico, es decir que es rechazado por el agua.

² Charles François, *El mundo real es una complejidad organizada que demanda una visión sistémica*. ¿Cuál es la organización interna del sistema? ¿Cuáles son sus estructuras y subestructuras? ¿Cuáles son sus funciones principales y subordinadas? ¿A qué función corresponde cada estructura?

Estas preguntas constituyen un desarrollo del clásico problema cibernético de la “caja negra”. Se trata de observar las reacciones del sistema a los estímulos que recibe del exterior, pero cuidándose bien de la introducción de razonamientos abusivamente simplificadores. Por ejemplo, el sistema puede llegar a reaccionar en forma distinta ante dos estímulos sucesivos iguales, por diferencias en algunos de sus estados internos. En consecuencia, hay que desconfiar de las generalizaciones y conclusiones apresuradas. http://www.tendencias21.net/El-mundo-real-es-una-complejidad-organizada-que-demanda-una-vision-sistemica_a1007.html.

³ “Puede denominarse extinción la pérdida de propiedades de niveles superiores. Habida cuenta de que las propiedades no tienen existencia independiente, sino que son poseídas por las cosas, la extinción de propiedades es una característica de la descomposición (total o parcial) de sistemas de cualquier clase. Por ejemplo, tiene lugar cuando una molécula se disocia en sus precursores atómicos y cuando los miembros de una familia o de un partido político se dispersan”. Mario Bunge, *Emergencia y convergencia. Novedad cualitativa y unidad del conocimiento*, Gedisa, p. 52.

⁴ *Ibidem*.

Cuando se halla en el agua, el extremo hidrofílico de la molécula se sumerge en el líquido, entre las moléculas de agua, debilitando o incluso rompiendo los enlaces de hidrógeno. En conclusión, resulta irónico que para comprender la descomposición de un sistema debamos comprender los vínculos que lo hicieron”⁵.

Dando vuelta la última frase citada, podemos decir que para comprender los vínculos que mantienen un sistema unido es necesario comprender cuáles pueden ser las causas de su disolución, en los sistemas políticos. Esto es lo que queremos tratar.

II. LA NOCIÓN DE SISTEMA POLÍTICO

Un sistema es un objeto complejo estructurado, cuyas partes están relacionadas entre sí por medio de vínculos (estructura) pertenecientes a un nivel determinado. Además, los sistemas se caracterizan por poseer propiedades globales (emergentes o sistémicas) que sus partes componentes no poseen. Una sociedad humana es un sistema *compuesto* por personas y diversos subsistemas sociales unidos entre sí por *vínculos* de varios tipos: biológicos, políticos, económicos, etc. Para estudiarlo requiere la construcción de un modelo que consiste en la descripción de la composición (*C*), el entorno (*E*), la estructura (*S*) y el mecanismo (*M*) del sistema. El mecanismo es la *colección de procesos* que se dan dentro de un sistema y que lo hacen cambiar en algún aspecto. Más precisamente, si bien el conocimiento de un sistema concreto radica en la descripción de los cuatro aspectos mencionados, la explicación científica del comportamiento del mismo la brinda la descripción de su(s) mecanismo(s), es decir de los procesos de los cuales resultan la emergencia, la estabilidad, el cambio y la desintegración de un sistema⁶.

Un sistema político es un conjunto de individuos que están unidos por lazos parentales, un sistema jurídico, normas sociales de convivencia, unidades productivas, costumbres, una o más lenguas comunes y en general valores compartidos con respecto a muchas cosas comenzando por la noción de sucesión en el poder⁷.

Un **sistema político** es la plasmación organizativa de un conjunto de interacciones dinámicas a través de las cuales se ejerce la política en un contexto limitado. Este sistema viene formado por agentes, instituciones, organizaciones, comportamientos, creencias, normas, actitudes, ideales, valores y sus respectivas interacciones, que mantienen o modifican el orden del que resulta una determinada distribución de utilidades, conllevando a distintos proce-

⁵ Siempre Bunge, op. cit., p. 53.

⁶ Mario Bunge, pasim.

⁷ Esto último puede obtenerse de la noción de “legitimidad” de Guglielmo Ferrero, el politólogo más famoso que se ocupó de este tema.

sos de decisión de los actores, que modifican la utilización del poder por parte de lo político a fin de obtener el objetivo deseado.

III. ELEMENTOS DEL SISTEMA POLÍTICO

El sistema político debe tener, como dijimos antes: la descripción de la composición (*C*), el entorno (*E*), la estructura (*S*) y el mecanismo (*M*) del sistema.

Además:

- La adaptación, que se configura por la relación del sistema con el medio exterior, dentro del cual se encuentra y con el que, a su vez, interactúa.
- La persecución de objetivos, que consiste en la movilización de las energías del sistema hacia las metas que se han propuesto.
- La de integración, que se define por las acciones que permiten mantener la coherencia del sistema.

Como todo sistema, el sistema político está constituido por elementos y subsistemas conectados pero con sus propias características: sin querer entrar en discusiones sobre cuáles son éstos todos estos elementos y subsistemas nosotros analizaremos: el territorio, la historia, la constitución, el federalismo, el conjunto de normas (o sistema jurídico), el sistema de partidos, la sociedad, la economía, la identidad y la cultura⁸.

Si siguiésemos al autor que ha inaugurado esta noción, David Easton⁹, podríamos decir que los elementos del sistema político se pueden reducir a cuatro, que operan en distintos niveles dentro del sistema:

- Elementos institucionales. Son los órganos e instrumentos que dirigen el sistema y cumplen la función de asignar valores a la sociedad.
- Actores institucionalizados, en que la sociedad se organiza para transmitir sus demandas o influir o modificar las decisiones de la autoridad.
- Los valores de los individuos y grupos sociales. Viene a ser la cultura política.
- Otros sistemas políticos de carácter nacional. El escenario internacional.

⁸ En este primer acercamiento, permítasenos cierta libertad en no ser exhaustivos y ni siquiera del todo excluyentes en la clasificación de los elementos.

⁹ *The Analysis of Political Structure*, 1990. Los **sistemas políticos** están constituidos por aquellas interacciones por medio de las cuales se asignan *autoritativamente* (en el sentido de que provienen de una autoridad) valores a una sociedad. Hay, según Easton, la adaptación, que se configura por la relación del sistema con el medio exterior, dentro del cual se encuentra y con el que, a su vez, interactúa.

- La persecución de objetivos, que consiste en la movilización de las energías del sistema hacia las metas que se han propuesto.
- La de integración, que se define por las acciones que permiten mantener la coherencia del sistema.
- Lo que denomina "latencia", que es la capacidad de motivación del sistema para alcanzar los objetivos señalados.

Los especialistas hacen problemas por el **territorio**¹⁰, pues puede haber estados (o sea sistemas políticos) sin él, pero el territorio generalmente forma parte de éste y en muchos sentidos es determinante: por sus dimensiones, por dónde está colocado, por sus accidentes geográficos, etc. Paraguay y Bolivia, sin salida al mar tienen problemas con su territorio. Chile, siendo una larga costa, también. Israel rodeado de países islámicos, éstos con Israel en Palestina desde 1948. Finlandia dependiendo de su proximidad a Suecia, primero y a la Unión Soviética, después. Etcétera.

El territorio argentino es vasto y variado, tiene accidentes geográficos interesantes hasta para el turismo. Se extiende por casi 3 millones de km² desde los 23° hasta casi los 55° de latitud sud y desde los 54° hasta los casi 72° de latitud oeste, en forma de triángulo invertido. Está en el fondo de América del Sud y es un país despoblado pues con sus 40 millones de habitantes concentrados en 3 mega ciudades y el 76 % viviendo en zonas urbanas, es un país vacío de gente. Los dos problemas que puso Alberdi sobre la población no solo no se han resuelto sino que se han agravado. Un país vacío con una capital desproporcionada¹¹.

Además está en Latinoamérica.

La **historia** es importante porque va contando cómo se ha ido desarrollando el sistema político y sin entrar en detalle para historiadores, no caben dudas de que a partir de 1930 hemos tenido mucha injerencia militar en el gobierno y una última dictadura (del 76 hasta el 83) que ha dejado muchos muertos, desaparecidos y heridas que aún no han sido curadas¹². Es más, en Argentina hay una tradición nefasta de "historias oficiales", esto es historias contadas por una parte. Esto atenta a la identidad pues refleja conflictos permanentes no resueltos.

Un **sistema constitucional** presidencialista más o menos adaptado del norteamericano con algunas reformas importantes¹³. Con la última reforma la introducción de instituciones de sistemas parlamentarios como el Jefe de Ga-

¹⁰ Es la delimitación geográfica en la cual se encuentra asentada la población.

Elemento físico del Estado. Existen agrupaciones humanas en las que el territorio no es de importancia primordial, por ejemplo: la iglesia, o las organizaciones internacionales. El territorio es el elemento de primer orden colocado al lado del elemento humano tratándose del Estado. Los hombres llamados a componer el Estado deben estar permanentemente establecidos en su suelo, el cual se llama patria (patria: tierra de los padres). No puede hacerse una igualdad o semejanza del Estado con la iglesia en el aspecto territorial, porque la misión y fines de la iglesia, puramente espirituales, son diferentes de la misión y fines del Estado, en los que se involucran fundamentalmente intereses materiales. Función del Territorio. El territorio tiene dos funciones: 1. Negativa: es una función negativa en virtud de que circunscribe las fronteras, los límites de la actividad estatal y también a la actividad de los Estados extranjeros dentro del territorio nacional. 2. Positiva: consiste en constituir el asiento físico de su población, la fuente fundamental de los recursos naturales que la misma necesita y el espacio geográfico donde tiene vigor el orden jurídico.

¹¹ Un detalle para anotar: el territorio se está desertificando.

¹² Yo diría ni siquiera tratadas, pero evito la polémica sobre el tema.

¹³ La de 1953 fue derogada dos años después. Es decir, no cuenta.

binete¹⁴, el Consejo de la Magistratura y varios medios de democracia semi-directa, hasta ahora muy poco usados. La parte más relevante es la división de poderes, que se está mostrando débil en estos días y un federalismo declarado pero no cumplido.

La Argentina es un estado **federal** constituido por una ciudad autónoma y 23 provincias. El federalismo fue siempre un elemento de discusión durante el nacimiento y formación del país. Parecía que con la Constitución de 1853 el federalismo era consolidado jurídica y políticamente. Pero no fue así: por un lado la Constitución permite la intervención de una o más provincias y eso se realizó varias veces. Por otro lado, el federalismo exige también un federalismo fiscal o respeto por las autonomías económicas provinciales. Esto no se ha logrado y la posibilidad de constituir regiones de la reforma del 94 es la más patente prueba de que se piensa que algunas provincias son inviables. La ley de participación fiscal¹⁵ que muestra cómo la Nación y particularmente el Poder

¹⁴ No usado hasta ahora en su sentido atenuador del presidencialismo, por ninguno de los presidentes posteriores a 1994. Ver A. A. Martino & A. García Lema, *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo?* La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori, Revista *El Derecho*, "Diario de Jurisprudencia y Doctrina, Derecho Constitucional", Año XXXVI, n° 9649, 15 dic.

¹⁵ **LEY N° 23.548.** Régimen Transitorio de Distribución. **Artículo 3°** – El monto total recaudado por los gravámenes a que se refiere la presente ley se distribuirá de la siguiente forma:

- a) El cuarenta y dos con treinta y cuatro centésimos por ciento (42,34 %) en forma automática a la Nación;
- b) El cincuenta y cuatro con sesenta y seis por ciento (54,66 %) en forma automática al conjunto de provincias adheridas;
- c) El dos por ciento (2 %) en forma automática para el recupero del nivel relativo de las siguientes provincias:
 - Buenos Aires 1,5701 %
 - Chubut 0,1433 %
 - Neuquén 0,1433 %
 - Santa Cruz 0,1433 %
- d) El uno por ciento (1 %) para el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias.

Artículo 4° — La distribución del monto que resulte por aplicación del Artículo 3°, inciso b) se efectuará entre las provincias adheridas de acuerdo con los siguientes porcentajes:

- Buenos Aires 19,93 %
- Catamarca 2,86 %
- Córdoba 9,22 %
- Corrientes 3,86 %
- Chaco 5,18 %
- Chubut 1,38 %
- Entre Ríos 5,07 %
- Formosa 3,78 %
- Jujuy 2,95 %
- La Pampa 1,95 %
- La Rioja 2,15 %
- Mendoza 4,33 %
- Misiones 3,43 %
- Neuquén 1,54 %
- Río Negro 2,62 %

Ejecutivo, manejan la mayor parte de los fondos y el presupuesto nacional que permite un uso discrecional de esos fondos y sobre todo de esas ayudas. Si a ello se agrega que el *Indec*¹⁶ desde hace tiempo no refleja los datos reales de la economía, el presupuesto es un dibujo en el aire y los decretos de necesidad y urgencia exclusivos del Ejecutivo (anomalía legal en un sistema con tres poderes) tornan el federalismo un juego de espejos engorroso desde el punto de vista administrativo e inicuo desde el punto de vista económico¹⁷.

Un **cuerpo de normas** heterogéneo, acumulado en el tiempo, con casi $\frac{9}{10}$ de las mismas derogadas por falta de objeto, o por otras norma en forma explícita o implícita y la realización de una obra monumental al respecto: el Digesto Jurídico argentino, que yace inexplicablemente en el Ministerio de Justicia sin aplicarse¹⁸.

Un **sistema de partidos** que hasta hace poco fue bipartidista y hoy es un proliferar increíble hasta llegar a la cifra ridícula de 700, que son los partidos acreditados en las últimas elecciones¹⁹. Generalmente coagulados en torno a personas y muy poco a ideas. Con un hiperpresidencialismo que ha anulado al Poder Legislativo y en cierto modo también al Judicial y perspectiva actual, no sé si no peor: el Ejecutivo ya es débil frente a las oposiciones y parece destinado a seguirlo siendo, vistas las previsiones para el 2011.

La **sociedad** argentina fue sustancialmente el encuentro del criollo y del inmigrante, una fuerte presencia española e italiana forzaron una forma familiar y vecinal colaborativa. Con reglas de comportamiento reconocidas y reconocibles. Hoy predomina la competitividad y su arma más letal: el laurel al vencedor, desalientan la cooperación. Una ley del sálvese quien pueda, no sirve ni siquiera en casos de emergencia, imaginémoslo que vale en tiempos de normalidad: la justificación de todo oportunismo, atropello, violencia, robo, corrupción²⁰.

Salta 3,98 %

San Juan 3,51 %

San Luis 2,37 %

Santa Cruz 1,38 %

Santa Fe 9,28 %

Santiago del Estero 4,29 %

Tucumán 4,94 %.

¹⁶ Ver Gustavo Noriega, *Indec: historia íntima de una estafa*, 2010.

¹⁷ La Corte Suprema convocó para el 28/04/2010 a una audiencia pública al Estado Nacional y a la provincia de Catamarca, por el reclamo de esta provincia por fondos adeudados. Se trata de la segunda audiencia del año para discutir el régimen de coparticipación federal de impuestos, luego del reclamo de Santa Fe por la retención de 15 % de la masa coparticipable sin su consentimiento.

¹⁸ Ver A. A. Martino, "La simplificación legislativa en el derecho comparado", *La Ley*, Año LXX, n° 202, 19 de octubre de 2006.

¹⁹ Es cierto que en verdad solo unos 20 sobreviven en el ámbito nacional, pero aun así es un número desproporcionado y poco eficaz desde el punto de vista político.

²⁰ En comparación con el informe de 2009, la Argentina continúa posicionado en el ranking como país de alto riesgo, a pesar de la nueva fuerza policial metropolitana, informó la consultora FTI en su mapa de seguridad regional.

Sin necesidad de argumentar mucho estos son males sociales que crean recelo, desconfianza y temor. La inseguridad social es una manifestación de la lejanía que van tomando los elementos fundamentales del sistema político, las personas y las instituciones entre sí²¹.

La **economía** produce un producto bruto y un juego de oferta y demanda interno e internacional que, hemos aprendido, está muy lejos de ser perfecto. Por lo tanto hay que intervenir sobre él. Cuanto se interviene es motivo de políticas económicas. Pero además está la división de esa riqueza en los miembros de la sociedad. Cuando aumenta la diferencia entre los más ricos y los más pobres se crea un estado de intranquilidad social que puede degenerar en conflictos y en guerras civiles más o menos encubiertas y rencor social.

Puede decirse que la economía argentina fue dirigista a partir de 1946 y luego del 1955 se debatió entre un liberalismo desenfrenado y una intervención controlada del Estado.

Pero además los resultados económicos crean o no confianza externa: no se olvide que crédito viene de creer (*credere*) y la economía argentina es poco creíble por las faltas de pago públicos y por los incumplimientos privados²².

La **identidad** es uno de los temas más difíciles que aquejan hoy a las naciones. Argentina logró con la ley 1420 de enseñanza primaria obligatoria a fines del siglo XIX formar un argentino en una generación. Educando —además— a los hijos se incorporaba, por añadidura, a la familia. El sistema es aún válido, pero se han relajado mucho los lazos de responsabilidad de los padres y hay lugares alejados o villas de emergencia, donde los controles casi no existen y la integración de los nuevos inmigrantes (países limítrofes, chinos) es más difícil que en el pasado.

La **cultura** argentina fue forjada en Córdoba y las provincias del noroeste antes de 1810, luego una serie de medidas inteligentes crearon universidades prestigiosas, una emisora que cubría todo el espacio de Latinoamérica (Radio Nacional), escuelas secundarias de gran prestigio como la Escuela Normal de Paraná y en Buenos Aires el Colegio Nacional, la Escuela Normal de Profesores, el Carlos Pellegrini y el Otto Krause. Una intensa vida teatral y artística en general y revistas de prestigio internacional como *Sur*. Radio Municipal se encargaba de transmitir directamente desde el teatro Colón sus funciones. Con estas herramientas ejerció una notable influencia en toda Latinoamérica incluyendo Brasil.

A partir de La Noche de los Bastones Largos (1966), comenzó una sangría de inteligencia que se acrecentó enormemente en la última dictadura (1976/83)

²¹ Importantes al respecto los índices de impopularidad de las instituciones, comenzando por el Congreso Nacional y siguiendo por el sistema judicial, los poderes locales (intendencias).

²² Luego de que el Comité Monetario y Financiero Internacional del FMI pidiera que todos los países cumplan con sus obligaciones, el viceministro de Economía, Roberto Felletti, aseguró que el Gobierno “fue claro” en “no aceptar la revisión de sus cuentas ni que se ponga en duda la robustez de nuestras estadísticas”.

y que es difícil decir que se ha parado. La cultura ha perdido prestigio para sobrevivir, para destacarse y no hay fondos para investigar²³.

IV. EL MECANISMO DEL SISTEMA

Habíamos establecido que cualquier sistema debe tener, además de sus elementos, un mecanismo que consiste sustancialmente en:

- La adaptación, que se configura por la relación del sistema con el medio exterior, dentro del cual se encuentra y con el que, a su vez, interactúa.
- La persecución de objetivos, que consiste en la movilización de las energías del sistema hacia las metas que se han propuesto.
- La integración, que se define por las acciones que permiten mantener la coherencia del sistema.

Desde el punto de vista de la adaptación habría que hacer un análisis minucioso de las tentativas de participación en un sistema regional supra nacional como el Mercosur, la OEA, la ONU y actualmente el G20. Ha habido períodos de expansión, de afirmación de una tercera posición frente a las dos grandes potencias, mientras que la situación actual es de difícil encuadramiento en pocas palabras. En definitiva se trata de saber cuál es la política exterior argentina y cómo los otros nos perciben²⁴.

La persecución de objetivos parece el punto más controvertido de toda la historia de los últimos años, con cambios tan notables en los objetivos que parecería contrastan con la más elemental norma de coherencia. Hemos perdido el hábito de discutir sobre programas y nos acostumbramos a funcionarios que forman parte de un gobierno, como de otro, cuando parecería que los objetivos son incompatibles.

La integración está fuertemente amenazada con un país que no logra definir objetivos claros en materia de política interna e internacional, donde se han relajado las nociones de identidad, donde el federalismo es una materia pendiente, donde es difícil pedir coherencia a quienes se pasan de un partido a otro con la misma frescura que se cambia de perfume, donde los índices de aceptación de la población de las autoridades en cualquiera de los poderes es

²³ “La literatura tiene un lugar muy marginal en nuestro país”. En una entrevista con lanacion.com, el multipremiado escritor Ernesto Sábato dice que, para la Argentina, “casi todas son cuentas pendientes”; le preocupa la desigualdad en la distribución cultural.

²⁴ Reconozco no conocer suficientemente las relaciones exteriores argentinas, pero encuentro trabajoso ver dónde vamos, qué queremos y cómo pensamos hacerlo. De un punto de vista ingenuo diría que estamos peleados con demasiados países y no se entiende por qué no terminamos de nombrar un embajador en Italia desde hace más de dos años y otro en Inglaterra desde más de tres años. Sé que los embajadores fueron nombrados en diciembre pero todavía no llegaron los pliegos al Senado porque el Ejecutivo tiene la facultad de nombrar hasta 25 embajadores no de carrera (políticos) y ya hay 24 y habría que introducir tres más: el de Italia, Di Tella; el de Inglaterra, Nun, y el de México, Vaca Narvaja.

baja, donde ha crecido la inseguridad, donde la desconfianza gana a la colaboración, donde seguimos con los mismos problemas de (des)población que hace un siglo y medio, donde se ha agrandado la brecha entre los que más tienen y los que están debajo de la línea de pobreza, donde hemos desmantelado una clase media, puntal de nuestro desarrollo.

No quiero decir con esto, ni que estemos en descomposición, ni que nos acerquemos a nuestro final. Un sistema político sano se adapta al mundo que le toca vivir, tiene objetivos compartidos que persigue porque hay una política de Estado que puede ir variando, pero es reconocible. Sobre todo compartidos entre generaciones pues los más jóvenes podrán terminar lo que los contemporáneos han perseguido de lo que sus padres han comenzado y sobre todo tiene una integración que permite que los individuos se reconozcan como compatriotas, cooperan más que compiten y forman sociedades y empresas que tienen de vista sus propios intereses, pero no están directamente enfrentados con los intereses generales, sino en casos extremos.

Eso hace que las partes del sistema tiendan a juntarse y a estar más cerca. Una seria reflexión de cómo estamos en cada uno de los puntos tratados nos acercará a ver qué festejamos en el Bicentenario

Esto sea entendido para bien de todos y para mal de ninguno.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS ACTOS NORMATIVOS DEL PODER EJECUTIVO POR PARTE DEL CONGRESO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Por ALFONSO SANTIAGO (h)¹

PRESENTACIÓN

Mucho se debatió en las primeras décadas del siglo XX en la doctrina constitucional alemana, principalmente entre Kelsen y Schmidt, acerca de qué poder, si el Judicial o el Legislativo, debía tener a su cargo el control de constitucionalidad. La balanza se inclinó mayoritariamente hacia el Poder Judicial, especialmente en las constituciones europeas dictadas luego de la Segunda Guerra Mundial que crearon una jurisdicción especial para esa tarea y la asignaron a los tribunales constitucionales. Las constituciones inspiradas en el modelo norteamericano ya se habían inclinado con antelación en esa misma dirección, reconociendo esa facultad a todos los jueces. Sin embargo, cabe recordar que en muchas de las constituciones del siglo XX, especialmente en los países comunistas, se estableció un sistema legislativo o político de control de constitucionalidad.

A la hora de examinar el control de constitucionalidad vigente en la Argentina, Sagüés distingue con acierto el judicial del no judicial. Efectivamente, más allá de que el modelo judicial es el predominante y preponderante en nuestro medio, también los otros poderes tienen encomendada y realizan limitadamente la función de control de constitucionalidad². Baste pensar para ello, en el supuesto de que una de las Cámaras del Congreso no aprueba un proyecto de ley fundado en su invalidez constitucional o cuando por las mismas razones el Presidente veta una ley dictada por el Poder Legislativo, o que ambos poderes decidan dictar una ley que deroga a otra por considerarla inconstitucional³.

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral.

² Afirma Néstor P. Sagüés que "el sistema de vigilancia, en la Argentina, no está monopolizado por el Poder Judicial. También lo ejercen, en distinta medida, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y otros órganos extrapoder", *Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1989, Tomo I, pág. 198.

³ En el derecho norteamericano, se ha formulado una propuesta de enmienda constitucional para que mediante el voto de las dos terceras partes de las legislaturas estatales se pue-

Por otra parte, la práctica constitucional argentina muestra dos casos interesantes sobre el control de constitucionalidad de leyes vigentes realizado por el propio Congreso. El primero de ellos sucedió a fines de 1983, cuando, en uno de sus primeros actos luego del retorno a la democracia, el Congreso mediante la ley 23.040 derogó por “inconstitucional” e “insanablemente” nula la ley 22.924 de autoamnistía que había dictado el gobierno de facto saliente. La Corte Suprema confirmó expresamente la constitucionalidad de la ley 23.040⁴. En su fallo señaló que la validez de toda la legislación de facto depende de su ratificación explícita o implícita por parte de las autoridades *de iure* que le suceden. Habiendo el Congreso rechazado expresamente la ley de autoamnistía corresponde declarar su invalidez⁵.

El otro caso, aún más complejo, tuvo lugar en septiembre del año 2003 cuando el Congreso mediante la ley 25.779 declaró “insanablemente nulas” las leyes 23.492 de punto final y 23.521 de obediencia debida. Esas leyes habían sido dictadas por el propio Congreso a fines de 1986 y mediados de 1987, respectivamente. La Corte Suprema en el caso Camps⁶ y posteriormente en muchos otros casos⁷ se pronunció explícitamente a favor de la validez constitucional de esas normas. Sin embargo, cuando la Corte Suprema, en junio de 2005, resolvió el caso Simón⁸ convalidó expresamente la declaración de nulidad realizada por el propio Congreso mediante la ley 25.779.

No obstante lo ya dicho, en nuestro trabajo no pretendemos examinar la compleja cuestión de la posibilidad de que el Poder Legislativo puede realizar el control de constitucionalidad de las leyes⁹, sino analizar las facultades que expresamente le otorga la Constitución argentina al Congreso, luego de la reforma constitucional de 1994, para controlar la validez de algunas clases de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, en concreto, los decretos delegados, de necesidad y urgencia y de los que promulgan parcialmente leyes que han sido vetadas parcialmente¹⁰.

dan dejar sin efecto leyes federales que se consideren contrarias a la Constitución: cfr. Barnett, Randy, “The Case for a Federalism Amendment”, *The Wall Street Journal*, 23-IV-09. De ese modo, también las legislaturas locales ejercerían el control de constitucionalidad.

⁴ *Fallos*, 306:174 (1984).

⁵ Otro interesante antecedente a tener en cuenta respecto al control de constitucionalidad de la legislación de facto llevada a cabo por el Congreso es la ley 23.062, llamada de “reparación histórica”, que establece específicamente que “mediante esa ley se ejercen en la instancia legislativa un acto de contralor de constitucionalidad respecto de normas y actos” dictados por el gobierno de facto mediante los cuales se impusieron sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales que habían sido destituidos por el golpe de Estado de 1976.

⁶ *Fallos*, 310:1162, 1987

⁷ Cfr. *Fallos*, 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 315:2988; 316:532, 609 y 2171 y 321:2031, entre otros.

⁸ *Fallos*, 328:2056 (2005).

⁹ En relación con este punto, recomendamos la lectura del trabajo de García Mansilla, Manuel José, “¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes”, *ED*, 204-622.

¹⁰ Cfr. arts. 76 y 100, inc. 12, 99, inc. 3, y 80, respectivamente.

Uno de los propósitos generales que se propuso la reforma constitucional de 1994 fue atenuar el presidencialismo y reforzar la función de control del Congreso respecto del Presidente. Para ello, entre otras medidas, incorporó a la estructura constitucional del Poder Legislativo tres organismos para ayudar al Congreso en esas tareas de control del Poder Ejecutivo: la Auditoría General de la Nación (art. 85), que colabora con el Congreso en el control de la actividad financiera, presupuestaria y de gestión de la Administración Pública; el Defensor del Pueblo (art. 86), quien vela para que la Administración Pública respete en toda su actuación los derechos humanos¹¹; y, finalmente, la Comisión Bicameral Permanente (arts. 99, inc. 3, 100, inc. 12, y 80) que colabora con el Congreso en el control de la validez de las tres clases de actos normativos del Presidente ya señalados.

La tesis que intentaremos mostrar es que al controlar la validez de esos actos normativos del Poder Ejecutivo, el Congreso realiza un control legislativo de constitucionalidad referido a la legitimidad de origen de esos tipos de normas, que tiene característica propias y es complementario del control de constitucionalidad que realizan los jueces. Consideramos que también bajo este prisma puede ser analizada la acción que despliega el Congreso cuando controla la actividad normativa del Presidente.

Para ello, en primer lugar, explicaremos detenidamente el régimen constitucional y legal de este sistema de control normativo tal como ha sido establecido en la Constitución argentina en la reforma constitucional 1994 y luego reglamentado por la ley 26.122 en el año 2006¹². Esta ley regula la integración y funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente y establece el procedimiento de control legislativo para cada una de las especies normativas ya mencionadas. Luego de exponer cómo funciona este sistema de control normativo, desarrollaremos sus principales características en comparación con el control judicial de constitucionalidad tal como se desarrolla en nuestro país.

I. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL CONTROL LEGISLATIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

El tema que vamos a abordar guarda estrecha relación con el nuevo régimen constitucional establecido en la reforma constitucional de 1994 respecto de los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa y la promul-

¹¹ Señala el art. 86 que misión del Defensor del Pueblo “es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

¹² Esta primera parte del trabajo coincide con el artículo ya publicado en coautoría con Enrique Veramendi, “Comentarios iniciales a la ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, *JA*, diario del 1-XI-06.

gación parcial de leyes y, particularmente, con la función de control normativo que allí se encomienda al Congreso. Comencemos por transcribir el texto de algunas disposiciones constitucionales, remarcando en ellas los párrafos que establecen el mencionado control legislativo.

Establece el art. 99, inc. 3, en relación a los reglamentos de necesidad y urgencia:

“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de los ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

Por su parte, los art. 76 y 100, inc. 12, señalan respecto de los reglamentos delegados lo siguiente:

Art. 76: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

Art. 100, inc. 12: Le corresponde al Jefe de Gabinete: “Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, **los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.**

Por último, sobre la promulgación parcial de leyes, el art. 80 estatuye lo siguiente:

“Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. **En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”.**

Como puede observarse, el régimen constitucional de esto tres institutos tienen algunas características en común: como principio general aparecen inicialmente prohibidos; luego se establecen, de modo bastante amplio e indeter-

minado¹³, las condiciones en las cuales ellas están excepcionalmente habilitadas; y, finalmente, se establece un procedimiento de control legislativo en el que se prevé la intervención de la Comisión Bicameral Permanente¹⁴.

Cabe también señalar que la regulación constitucional de este procedimiento de control legislativo es incompleto y requería de la sanción de una ley complementaria que lo precise y le dé operatividad. La sanción de esta ley recién tuvo lugar en el año 2006, doce años después de la reforma constitucional de 1994.

A. La trascendencia jurídica e institucional de la ley 26.122

Algunos autores han señalado que una de las notas de nuestro texto constitucional, en particular luego de la reforma de 1994, es su carácter incompleto¹⁵. Para su efectiva vigencia requiere de la sanción de un número importante de leyes que desarrollen y concreten el régimen constitucional de algunas de las instituciones fundamentales de nuestra Carta Magna. Esto se debe a que el Poder Constituyente optó por delegar en el Legislador ordinario la regulación de aspectos importantes de nuestra organización política. A lo largo de los años transcurridos desde la sanción del nuevo texto constitucional, se han ido aprobando un número importante de leyes que han instrumentado las decisiones del Constituyente¹⁶.

¹³ Señala Gil Domínguez que “uno de los regalos del Pacto de Olivos consagrado luego en la reforma constitucional de 1994, fueron las potestades legislativas del Poder Ejecutivo, incorporadas mediante fórmulas normativas con serias deficiencias estructurales –a la luz del derecho comparado y del derecho constitucional provincial– y peligrosas indeterminaciones en aspectos básicos de la habilitación de su dictado y del control político ulterior”, “Decretos de necesidad y urgencia, control político ulterior y control de constitucionalidad”, *LL*, 1-II-10.

¹⁴ La CIDH en la OC/86, que consagra el principio de legalidad en la reglamentación de los derechos humanos, y sólo admite como excepción las delegaciones legislativas en esta materia sujeta a una serie de condiciones: “que estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que *el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces*, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”. Estos principios también pueden ser trasladados analógicamente a los decretos de necesidad y urgencia y a la promulgación parcial de leyes.

¹⁵ Cfr. Néstor Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo I, pág. 214.

¹⁶ Entre ellas, cabe mencionar las siguientes: la ley 24.444 que modificó el Código Electoral adaptándolo al nuevo esquema de elección de los integrantes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; la ley 24.588 que define los intereses federales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la ley 24.747 sobre iniciativa popular; la ley 24.937, sobre Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento; la ley 24.946 sobre organización del Ministerio Público; la ley 25.148 que ratificó las delegaciones legislativas y la legislación delegada preexistentes a la reforma de 1994; la ley 25.188 de Ética Pública prevista en el art. 36 de la Constitución; la ley 25.326 sobre protección de datos personales en relación con la garantía del *habeas data* incorporada en el art. 43, tercer párrafo, de la Constitución; la ley 25.432 sobre consulta popular vinculante y no vinculante. Entre las leyes aún pendientes de sanción, sobresale, por su importancia y el complejo mecanismo establecido para su aprobación, la ley de co-

Bajo la denominación de “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de las Leyes”, la ley establece, en rigor, el “régimen de control legislativo” de esos instrumentos. Así se sigue del art. 1º de la ley 26.122, que dispone que su objeto es “regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: (a) De necesidad y urgencia; (b) Por delegación legislativa; (c) De promulgación parcial de leyes”.

En todos los casos, se trata de instrumentos normativos cuya existencia en nuestra práctica institucional data de una época muy anterior a 1994, pero que, como hemos visto, adquirieron carta de ciudadanía formal en el texto de la Constitución en oportunidad de su última reforma en 1994. La decisión del Constituyente de incorporar los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa en la letra constitucional importó en buena medida asumir una realidad presente tanto en nuestro país como en muchos otros, por la cual el funcionamiento del sistema político requiere cada vez con mayor frecuencia que el Poder Ejecutivo dicte disposiciones de sustancia legislativa¹⁷. En algunos casos, en ejercicio de una previa habilitación por parte del Poder Legislativo; en otros, directamente sancionadas por él y luego sometidas a la consideración del Congreso. Asimismo, la reforma de 1994 introdujo expresamente la posibilidad de la promulgación parcial de las leyes, que había sido admitida con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁸.

El Constituyente de 1994 se hizo eco de esa realidad preexistente e intentó encauzarla mediante el establecimiento de mecanismos de control a cargo del Poder Legislativo. Ello expresaba una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista y el fortalecimiento del rol del Congreso, según lo establecido por el art. 2º de la ley 24.309 y lo que ha interpretado posteriormente la Corte Suprema¹⁹. Uno de esos mecanismos fue el régimen de control de la actividad legislativa del Presidente, mediante la intervención de la Comisión Bicameral Permanente, cuya implementación fue delegada por el Constituyente al Congreso, en una decisión que juzgamos desacertada²⁰.

participación federal de impuestos que, de acuerdo a la cláusula transitoria sexta, debió haber sido sancionada antes de que finalizara el año 1996.

¹⁷ Las causas de este fenómeno son múltiples y variadas. Puede verse un análisis de esa cuestión en los Caps. I y II de la obra *Tratado de la Delegación Legislativa*, Alfonso Santiago (h) – Valentín Thury Cornejo, Ábaco, Buenos Aires, 2002, adonde remitimos.

¹⁸ *Fallos*, 268:352. En ese pronunciamiento el Alto Tribunal sostuvo que cuando el proyecto constituye un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no puedan separarse del texto legal sin detrimento de la unidad de éste, el Poder Ejecutivo no puede promulgar parcialmente el proyecto de ley sin invadir atribuciones propias del Congreso Nacional y sin asumir la calidad de legislador (considerando 7º). La doctrina interpretó, a *contrario sensu*, que si las partes promulgadas tienen autonomía, esto es, si pueden separarse del texto original sin detrimento de la unidad de éste, la promulgación parcial era válida.

¹⁹ *Fallos*, 325:2394, considerando 4º.

²⁰ Como ha señalado Héctor Mairal, “el límite entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, uno de los principales aspectos que una Constitución debe regular, ha sido desconstitu-

Lamentablemente, debieron transcurrir doce años para se alcanzaran los consensos requeridos por la Carta Magna. Durante todo ese lapso, prevaleció una dinámica política según la cual, mientras las fuerzas que se encontraban en la oposición impulsaban la sanción de esta ley, aquellas que representaban al oficialismo la resistieron –eficazmente, por cierto– de modo de no ver limitado el ejercicio de estas atribuciones presidenciales. El debate que precedió a la sanción de la ley 26.122 también estuvo signado por una lógica de confrontación, aunque ahora la imputación hacia el oficialismo consistió, no ya en obstaculizar la regulación de esta cuestión, sino en hacerlo de un modo dirigido a favorecer y consolidar la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, en clara oposición al propósito básico que informó el diseño de la reforma constitucional de 1994.

Se trata de acuerdo con los propios términos del art. 99, inc. 3, de una “ley especial”, sancionada y reformada sólo mediante una mayoría calificada. En ese sentido, como bien señala Pérez Hualde, “la especialidad otorga a la ley un relevante papel en cuanto a que su contenido es específico del instituto que regula y, en caso de antinomias con otras normas, se convierte en criterio para resolver dándole preferencia tal como ocurre con otros criterios como el jerárquico normativo o el cronológico”²¹.

Ya concretada la promulgación de esta ley, se impone analizar su contenido, que excede la problemática de los decretos de necesidad y urgencia, para abarcar también aspectos importantes del régimen jurídico de la delegación legislativa y de la promulgación parcial de las leyes. Es imprescindible reconocer, además, su relevancia jurídica e institucional.

La relevancia jurídica de la ley 26.122 finca en que sus disposiciones tienen impacto en todas las ramas del derecho. Si bien la temática que involucra ha sido analizada, por lo general, desde la óptica del derecho constitucional y el derecho administrativo, la incidencia de esta norma trasciende el ámbito del derecho público, ya que precisa los mecanismos de creación legislativa aplicables a una parte considerable de las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

La nueva ley establece criterios para juzgar la legitimidad de origen de las principales disposiciones de sustancia legislativa que dicta el Poder Ejecutivo, las cuales tienen una importancia creciente en la configuración del sistema jurídico de nuestro país.

Desde una perspectiva político-institucional, la trascendencia de la ley 26.122 se deriva de su objeto, que es principalmente regular las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso en materia de potestades normativas.

cionalizado y puesto a nivel de ley”. Ver “La degradación del derecho público argentino”, en *El derecho administrativo de la emergencia IV*, AA.VV., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, pág. 17 (esp. pág. 21).

²¹ Alejandro Pérez Hualde, “Decretos de Necesidad y Urgencia: su ley especial”, en *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, Tomo II, pág. 226 y ss.

Es evidente que el contenido de la ley reglamentaria del art. 99, inc. 3º, y concordantes de la Constitución habría de traducir, inexorablemente, una toma de posición respecto de los alcances y límites de las potestades legislativas del Presidente, que difícilmente podía resultar neutra en términos políticos.

El modo de regulación del poder normativo no es ajeno a la forma en que se distribuye el poder político entre los distintos sujetos que integran la estructura de gobierno de un Estado. Al contrario, entre poder político y poder normativo existen estrechas relaciones: quien tiene y ejerce “poder normativo” —es decir, la facultad de crear normas y regular las conductas—, tiene y ejerce “poder político”. Ello explica la trascendencia que, tanto desde el oficialismo como desde la oposición, se le asignó al tratamiento de esta ley.

De todo lo anterior resulta que la ley 26.122 tiene una marcada relevancia no tan sólo para la configuración del sistema jurídico normativo, sino fundamentalmente para el diseño político-institucional vigente en nuestro país, lo cual permite considerarla como una de las leyes más importantes aprobadas por el Congreso en los últimos años²².

La ley 26.122 consta de tres Títulos: el primero de ellos define el objeto de la ley (art. 1); el segundo reglamenta la constitución y funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente (arts. 2-9); el tercero, que es el más extenso y decisivo, regula la actuación tanto de la Comisión Bicameral Permanente como del pleno de las Cámaras del Congreso, en el control los actos legislativos del Presidente (arts. 10-28).

B. Ámbito de aplicación de la ley

§ 1. Decretos alcanzados por el nuevo régimen de control

Un primer interrogante que plantea la ley 26.122 es si sólo resultará aplicable a los decretos dictados a partir de la fecha de su entrada en vigencia o si, en cambio, el régimen también se aplica a los decretos emitidos con anterioridad. El art. 1º no resulta concluyente, ya que declara que el objeto de la ley es regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de “los decretos que dicta el Poder Ejecutivo”, y a continuación enuncia las tres categorías de decretos que resultan comprendidos.

En nuestra opinión, todos los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes dictados desde la entrada en vigencia de la reforma de 1994, que no hayan sido objeto de ratificación o rechazo por parte del Congreso, resultan alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo. El texto del art. 99, inc. 3º, de la Constitución (al cual remiten, indirectamente, los arts. 100, incs. 12 y 13) establece que “una ley especial sancionada

²² En el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente en relación al decreto 2010/09 suscripto por algunos legisladores integrantes de la oposición se afirma que “la propia Ley 26.122 debe caer bajo el análisis cuidadoso de los magistrados, por tratarse de una norma que afecta delicados equilibrios de poder y regula trascendentes disposiciones constitucionales”.

con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”, sin ninguna otra distinción o especificación de orden temporal. Si bien es probable que el Constituyente no haya imaginado que esa ley iba a ser promulgada recién doce años después de la reforma, esta circunstancia no parece suficiente para excluir a todos los decretos dictados en ese período del mecanismo de control previsto en el texto constitucional. Sin embargo, no resulta claro que la interpretación que sugerimos sea la que tuvo en miras el Congreso al sancionar la ley 26.122, ya que esta norma no contempla previsiones de las cuales se desprenda una clara voluntad del Poder Legislativo de revisar los decretos emitidos con anterioridad²³. En la práctica, desde su instalación a fines del año 2006, la Comisión Bicameral Permanente ha comenzado a revisar los decretos sancionados en los últimos años y desde ahí se ha retrotraído muy de a poco a los sancionados en los años anteriores²⁴.

De todos modos, corresponde hacer una importante salvedad respecto de los decretos delegados que fueron dictados, con carácter previo a la entrada en vigencia de la ley 26.122, como consecuencia de las leyes de delegación anteriores a la última reforma constitucional. Mediante las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, el Congreso ha venido ratificando, en forma periódica, la “legislación delegada” dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a 1994²⁵. Esas leyes fueron sancionadas en virtud de la cláusula

²³ De hecho, en el texto de la ley no se fija un plazo especial en el cual la Comisión Bicameral debería expedirse sobre todos estos instrumentos. Tengamos en cuenta que, de considerarse aplicable la ley 26.122 a los decretos dictados con anterioridad a su entrada en vigencia, parece poco realista imponerle a la Comisión que emita dictamen sobre todos esos decretos en el plazo de diez días establecido en el art. 18 de la ley. Estamos hablando de cientos o incluso miles de decretos (de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes). Aunque, por otra parte, reiteramos que el hecho de que desde 1994 hasta ahora se haya acumulado un enorme número de decretos que no fueron controlados por la Comisión Bicameral Permanente (como consecuencia de la falta de integración de este cuerpo), no resulta un argumento válido para excluir a todos esos instrumentos del control legislativo previsto en la ley 26.122 en cumplimiento del mandato constitucional, si el Congreso decidiera hacerlo en todos o en algunos casos.

²⁴ Esta línea de acción tiene un claro significado político. Aprovechando la mayoría que desde el año 2005 el oficialismo tiene en ambas Cámaras y en la Comisión Bicameral Permanente su primera intención fue validar todas las normas dictadas por el Presidente Kirchner y quien le sucediera en el cargo a fin de dar legitimidad política y jurídica a esos actos. En segundo lugar, se pretendía revisar los actos de los Presidentes anteriores y dejar sin efecto aquellos que sean opuestos a las líneas políticas del oficialismo. Tras las elecciones de renovación legislativa del año 2009, el escenario del Congreso ha cambiado y hay un completo equilibrio entre el oficialismo y la oposición en la composición de la Comisión Bicameral Permanente.

²⁵ El art. 3° de la ley 25.148 dispuso: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”. Este texto fue reiterado por el art. 3° de la ley 25.645. El art. 3° de la ley 25.918 estableció: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada, al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, desde el 24 de agosto de 2002 hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley”. El art. 3° de la ley 26.135, en tanto, dispone: “Apruébase

la transitoria octava de la Constitución y, además de ratificar (en rigor, prorrogar) la vigencia de las leyes de delegación previas a la última reforma constitucional por los plazos fijados en cada una de ellas, también ratificaron expresamente la legislación dictada en consecuencia de esas delegaciones legislativas²⁶. Naturalmente, es innecesario someter al nuevo régimen de control los decretos delegados que fueron alcanzados por esas ratificaciones genéricas.

En tales condiciones, los únicos decretos delegados emitidos con fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 26.122 que son alcanzados por el nuevo régimen de control son los decretos que fueron dictados en consecuencia de leyes de delegación aprobadas por el Congreso con posterioridad a la última reforma constitucional²⁷, siempre que no hayan sido hasta ahora ya objeto de ratificación o rechazo por parte del Congreso²⁸.

Desde ya que los nuevos decretos delegados que se emitan al amparo de las leyes de delegación preexistentes a 1994 con posterioridad al 24 de agosto de 2006 (fecha hasta la cual llega la ratificación genérica dispuesta por el art. 3° de la ley 26.135) sí deberán ser sometidos al régimen de la ley 26.122²⁹. Es por ello que la ley 26.519 de renovación de las delegaciones legislativas preexistentes, dictada en agosto del 2009, ya no incluye en su articulado ninguna ratificación general de la normativa dictada como consecuencias de esas delegaciones legislativas.

§ 2. Identificación de los decretos sometidos al control legislativo

En relación con la aplicación del nuevo régimen hacia el futuro, debe advertirse que si bien la ley determina claramente cuáles son los tipos de decretos alcanzados, no previó un modo de identificarlos en forma diferenciada de los otras clases de decretos (ejecutivo y autónomos) que dicta el Poder

la totalidad de la legislación delegada dictada, al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, desde el 24 de agosto de 2004 hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley”.

²⁶ Cfr., p. ej., art. 3° de la ley 25.148.

²⁷ Así por ejemplo, los decretos dictados con fundamento en las leyes 25.414 o 25.561, por mencionar las leyes de delegación más importantes de los últimos años.

²⁸ Cabe recordar que los arts. 4° y 5° de la ley 25.414 y los arts. 20 y 21 de la ley 25.561 crearon sendas comisiones bicamerales para el contralor de los decretos delegados que dictase el Poder Ejecutivo en virtud de las delegaciones que allí se establecían. Creemos que todos los decretos sometidos a consideración de éstas u otras comisiones creadas por el Congreso para controlar el ejercicio de facultades delegadas, sobre los cuales no se haya emitido aún dictamen, deberían ser girados a la Comisión Bicameral Permanente. Si ya existe dictamen, en cambio, correspondería su elevación al plenario de las Cámaras, de conformidad con lo establecido en el Título III, Capítulo IV, de la ley 26.122, al que nos referiremos más adelante.

²⁹ Ello debería dar lugar, de acuerdo con el nuevo procedimiento fijado en la ley 26.122, a un análisis particular de cada uno de ellos, a ser efectuado en forma inmediatamente posterior a su emisión, en lugar de la práctica de ratificación “en bloque” de toda esta legislación delegada que ha dispuesto el Congreso a través de las sucesivas leyes sancionadas con fundamento en la cláusula transitoria octava.

Ejecutivo, o incluso para distinguir entre decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados³⁰.

Esa tarea de identificación y distinción no siempre resulta sencilla. Como veremos más adelante, algunas disposiciones de la ley 26.122 pueden contribuir a una mayor claridad en este sentido, pero habría sido conveniente simplificar esta cuestión. Así por ejemplo, mediante el establecimiento de la exigencia de que los decretos comprendidos en el nuevo régimen de control legislativo, o al menos algunos de ellos, tengan una numeración autónoma respecto de los demás decretos, como se propuso en varias de las iniciativas que fueron analizadas con motivo de la sanción de esta ley³¹.

Tampoco se contempló adecuadamente en la ley 26.122 la recurrente práctica del Poder Ejecutivo de invocar en forma simultánea, en oportunidad del dictado de decretos, distintas atribuciones constitucionales e incluso leyes de delegación legislativa³². Esta modalidad responde a la coexistencia, en algunos decretos, de (i) disposiciones que el Presidente pudo sancionar a título propio (decretos ejecutivos o autónomos), y (ii) disposiciones que responden al ejercicio de atribuciones legislativas delegadas o que reconocen fundamento en la potestad de dictar reglamentos de necesidad y urgencia³³.

Desde un punto de vista teórico resulta claro que sólo estas últimas disposiciones son las alcanzadas por el nuevo régimen de control legislativo, pero en la práctica se torna muy complejo parcializar el análisis de un decreto, que constituya un único cuerpo normativo. Tal vez habría sido oportuno prohibir el dictado de esta suerte de decretos “ómnibus” –o “multidecretos”, como se los ha llamado en algún caso³⁴–, de modo que el Poder Ejecutivo deba sancionar me-

³⁰ Tal vez alguien pueda argumentar que la distinción entre los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados ha perdido relevancia a los fines de la ley 26.122, toda vez que se encuentran sometidos al mismo mecanismo de control legislativo. Pero ese razonamiento no nos convence, ya que las condiciones de validez formal y sustancial son distintas en uno y otro caso.

³¹ El proyecto presentado por el senador Ernesto Sanz y otros, por ejemplo, preveía que “los decretos previstos en esta ley deberán ser identificados y numerados por el Poder Ejecutivo Nacional en forma autónoma del resto” (art. 28); el proyecto del senador Jorge Yoma, en tanto, requería una numeración autónoma solamente para los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados (art. 28) (Ver, en ambos casos, Orden del Día N° 509/06 de la Cámara de Senadores); el dictamen de minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados suscripto por Pablo Tonelli, a su vez, limitaba esta exigencia solamente al caso de los decretos de necesidad y urgencia (art. 13) (Ver Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

³² Puede verse una reseña de varios casos en los cuales se verificó esta práctica en el trabajo de Pablo Manili y Germán Bidart Campos titulado “La jerarquía normativa de las distintas clases de decretos del Poder Ejecutivo. A propósito de la moderna ‘decretocracia’ argentina”, *LL*, 2003-C-1359.

³³ Un cierto avance se ha realizado en el art. 1° de la ley 26.519 que establece que “en cada caso, deberá citarse la norma jurídica en la cual se enmarca la delegación legislativa, determinando número de ley y artículo”.

³⁴ Rodolfo Barra denominó de ese modo al decreto 1387/01, que reguló, entre otras muchas cuestiones, el canje de títulos de deuda pública implementado a finales de 2001. Ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, T. I, pág. 462.

dian­te decretos separados aquellas disposiciones que revisten distinto carácter, o por lo menos imponerle la obligación de indicar cuál es el fundamento constitucional específico de las diferentes disposiciones contenidas en cada decreto.

C. Constitución de la Comisión Bicameral Permanente – Integración y funcionamiento

La Comisión Bicameral Permanente fue una de las instituciones constitucionales creadas en 1994 a fin de atenuar la forma de gobierno presidencialista acentuada en el período anterior y hacer más fluidas las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En el nuevo diseño constitucional, el Jefe de Gabinete y la Comisión Bicameral Permanente actúan a modo de puente entre ambos órganos de gobierno en el procedimiento de control normativo a cargo del Congreso.

Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo a quiénes sean sus integrantes y cuál sea la práctica política que finalmente se siga, esta Comisión, además de las atribuciones que expresamente le acuerda la Constitución para el control de los actos legislativos del Poder Ejecutivo, podría asumir informalmente una función de negociación e instrumentación de acuerdos políticos entre el Presidente y el Congreso³⁵. Corresponde aclarar, sin embargo, que la Comisión Bicameral Permanente carece, de acuerdo con el texto constitucional y ahora de la ley 26.122, de facultades decisorias: su función se reduce a la elaboración de dictámenes, correspondiendo al pleno de cada una de las Cámaras del Congreso la adopción de las decisiones finales.

Por otra parte, cabe recordar que en la opinión de importantes doctrinarios³⁶ y de un integrante de la Corte Suprema³⁷ la constitución de la Comisión

³⁵ Señala Alberto García Lema, uno de los constituyentes que tuvo más participación en el diseño de las nuevas instituciones constitucionales, que la Comisión Bicameral Permanente “fue concebida como una suerte de ‘miniparlamento’ por su composición multipartidaria, destinada a ser el complemento parlamentario de la institución del Jefe de Gabinete. Si se conformara en los hechos, del modo proyectado, debería estar integrada por los líderes parlamentarios de los partidos. Su función habría de ser, más que un organismo de control del ejercicio de las facultades citadas, un cuerpo de consulta del Presidente, a través de su Jefe de Gabinete, para cuando momentos críticos obligaran al uso de los decretos de necesidad y urgencia, al dictado de reglamentos delegados o al veto parcial. Si los líderes parlamentarios admitiesen la existencia de una crisis y de la urgencia en resolverla, podrían proponer al ejecutivo el dictado de leyes para hacerle frente, en vez del uso de aquel tipo de decretos, resistidos en nuestra doctrina”, en “La reforma de 1994. Una valoración crítica diez años después”, *LL*, diario del 13 de septiembre de 2004.

³⁶ Puede mencionarse especialmente la opinión de Germán Bidart Campos. Sostenía este autor que los decretos de necesidad y urgencia no podían dictarse “mientras no exista la Comisión Bicameral Permanente y (...) se dicte la ley reglamentaria que defina la intervención final del Congreso” (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2005, T. II-B, pág. 313).

³⁷ Esta posición fue mantenida por el ministro Enrique Petracchi, en varios pronunciamientos. Ver, en ese sentido, sus votos en los precedentes de *Fallos*, 320:2851; 322:1726 y 323:1566, entre otros.

Bicameral Permanente era una condición *sine qua non* para que el Poder Ejecutivo pudiera dictar decretos de necesidad y urgencia. Por ende, su establecimiento mediante la ley 26.122 importa la remoción de lo que, desde la perspectiva mencionada, aparecía como un impedimento para el ejercicio de esta atribución presidencial.

La ley 26.122 no “crea” la Comisión Bicameral Permanente, sino que directamente regula su conformación y funcionamiento.

Una particularidad que presenta esta ley y especialmente su Título II es la existencia de disposiciones que, por lo general, son propias de los Reglamentos de las Cámaras. Si bien es usual la creación de comisiones, especialmente bicamerales, por medio de la sanción de una ley —en la que a veces se predetermina incluso su integración—, todo lo relativo al funcionamiento de las comisiones legislativas es una materia que por principio queda comprendida dentro de las atribuciones reglamentarias de las respectivas Cámaras. En este caso, seguramente a partir de la trascendencia de la Comisión Bicameral Permanente y su jerarquía constitucional, su funcionamiento es regulado, en los aspectos centrales, por una disposición legal³⁸.

El cometido específico de la Comisión Bicameral Permanente está previsto por el art. 2° de la ley, que en forma algo redundante dispone que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: (a) De necesidad y urgencia; (b) Delegados; y (c) De promulgación parcial de leyes.

La expresión “tiene competencia para pronunciarse” puede aparecer algo ambigua. No es lo mismo tener competencia para pronunciarse que estar obligado a hacerlo. No obstante, de otros artículos de la ley 26.122, como así también del propio texto constitucional, se desprende que esta competencia de la Comisión no resulta facultativa: en todos los casos debe expedirse acerca de los decretos, dentro del plazo de diez días.

Se trata de una Comisión muy particular del Congreso, ya que sus funciones están previstas en la Constitución Nacional y su integración y funcionamiento están reguladas por ley. Lo habitual es que las Comisiones, tanto las de cada una de las Cámaras como las bicamerales, sean creadas y organizadas por resolución individual o conjunta de ambas Cámaras. Por otra, parte la designación de los integrantes de la Comisión es una facultad del pleno de cada Cámara, mientras que aquí corresponde al Presidente de ellas.

§ 3. Integración de la Comisión – Autoridades

De acuerdo con el art. 3° de la ley, la Comisión estará integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el Presidente de las respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción

³⁸ Esto implica, por el principio del paralelismo de las formas, que cualquier modificación al régimen aquí establecido deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la sanción de las leyes, con la necesaria intervención del Poder Ejecutivo.

de las representaciones políticas. En este punto la ley reitera casi a la letra el texto constitucional, según el cual la composición de esta Comisión “deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara”³⁹.

Durante el debate que precedió a la sanción de la ley 26.122 se plantearon fuertes objeciones en relación con el número de legisladores que integrarían la Comisión. Desde los partidos de la oposición se señaló que la cantidad de miembros fijada en el proyecto del oficialismo impediría la presencia en la Comisión de legisladores pertenecientes a bancadas que, sin ser las principales, cuentan con cierta representatividad, especialmente en la Cámara de Diputados.

Es claro que un número mayor de integrantes habría asegurado la presencia, en la Comisión, de representantes de distintas fuerzas políticas, lo cual contribuiría a una perspectiva más plural y abarcativa de los diferentes sectores de la sociedad. Puede sostenerse, también, que de la exigencia constitucional de permitir una participación proporcional de “las representaciones políticas” de cada Cámara (y no de “las principales representaciones políticas”) se sigue la obligación del legislador de asegurar la mayor representatividad posible, que en la actualidad se habría logrado mediante un incremento del número de miembros de la Comisión.

No obstante, debe admitirse que el texto de la Carta Magna resulta indeterminado en este aspecto y no puede derivarse de él la exigencia de que la Comisión cuente con un determinado número de miembros, ni mucho menos que la ley 26.122 sea inconstitucional por haber fijado en dieciséis (y no en veinticuatro, o en treinta, o en una cifra superior) el número de integrantes de la Comisión⁴⁰. El nivel de fragmentación de la representación política de las Cámaras es una variable que se modifica de acuerdo con criterios que trascienden la regulación jurídica. Así como una Comisión de treinta miembros se presenta, en el escenario actual, como más susceptible de representar a las distintas fuerzas existentes en las Cámaras que una de dieciséis integrantes, no es posible descartar que, en un futuro, pudiere argüirse que ni siquiera con una Comisión de treinta legisladores se garantiza esa representatividad. También puede argumentarse, en defensa de la constitucionalidad de la opción seguida en este punto por la ley 26.122, que el dictamen de la Comisión no resulta vinculante y, sea cual fuere su contenido, las Cámaras siempre estarán obligadas a proceder al tratamiento del decreto de que se trate, con la participación de todas las fuerzas políticas con representación en el cuerpo.

El mayor problema hermenéutico, nos parece, está dado por la falta de determinación de cómo se distribuyen las bancas en esta Comisión entre las distintas fuerzas políticas representadas en cada Cámara. Es decir, cómo se traduce

³⁹ Art. 99, inc. 3°, Constitución Nacional.

⁴⁰ Antes de la sanción de la ley 26.122, María Angélica Gelli sostuvo que el número de miembros de la Comisión debía “ser lo suficientemente reducido como para posibilitar su actuación con la agilidad necesaria” (*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 698).

en concreto la “proporción” de la representación política que tiene cada una de ellas en el respectivo cuerpo. La ley 26.122 no prevé un criterio concreto de distribución, a diferencia, por ejemplo, de la ley 24.937 –ahora modificada por la ley 26.080–, de Consejo de la Magistratura. Allí el Congreso optó por definir expresamente cómo se distribuirían las bancas correspondientes a cada una de las Cámaras. Nos parece que, de seguirse un criterio de interpretación estricto acerca de la exigencia constitucional de “proporcionalidad” en la representación de cada fuerza, la distribución de los asientos en la Comisión Bicameral debería regirse por el sistema “D’Hont”, consagrado en la legislación electoral federal para la elección de diputados nacionales⁴¹.

Una interpretación amplia de la exigencia de “proporcionalidad”, en cambio, podría permitir la introducción de un criterio distinto. Según este enfoque, y dadas las funciones de control que corresponden a la Comisión, las Cámaras podrían adoptar una pauta similar a la prevista en el art. 2º, inc. 3º, de la ley 24.937 en su redacción originaria, y establecer que el bloque con mayor representación legislativa no podrá contar con más de la mitad de los miembros.

A quien le corresponde definir con razonabilidad esta cuestión exegética es a los Presidentes de ambas Cámaras del Congreso ya que es a ellos a quienes la ley les otorga la facultad de designar a los miembros de la Comisión Bicameral Permanente.

Tras la renovación parcial de las Cámaras luego de las elecciones legislativas del año 2009, al existir en ambas Cámaras, un escenario de paridad entre las fuerzas del oficialismo y del amplio espectro de la oposición, se planteó la cuestión de cómo debería ser la integración. Los presidentes de ambas Cámaras establecieron el criterio de que la mitad de los integrantes de la Comisión Bicameral serían del oficialismo y la mitad de los distintos partidos de la oposición. A diferencia de la integración del resto de las Comisiones que son aprobadas por el pleno de cada Cámara, la designación de los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente son designados por el Presidente de cada Cámara según lo dispuesto en la ley 26.122.

El art. 4º de la ley 26.122 dispone que los miembros de la Comisión duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos. A su vez, el art. 5º establece que la propia Comisión Bicameral Permanente elige anualmente sus autoridades, que serán un presidente, un vicepresidente y un secretario, que también pueden ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponde un año a cada Cámara.

§ 4. Funcionamiento de la Comisión

Una regulación novedosa de la nueva ley es que la Comisión Bicameral, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6º, cumple funciones aun durante el receso del Poder Legislativo. Esta determinación resulta correcta, toda vez que los decretos con relación a los cuales debe emitir despacho pueden ser dictados en cualquier época del año y no solamente en el período de sesiones ordi-

narias del Congreso, que va del 1º de marzo al 30 de noviembre de cada año⁴². Además, es coherente con la propia denominación de este cuerpo: Comisión Bicameral “Permanente”.

El inconveniente es que la ley 26.122 no prevé el supuesto de que las Cámaras se encuentren en receso al momento del dictado de uno de estos decretos. Varios de los proyectos que fueron considerados contemplaban distintos mecanismos para evitar este desfase y disponían que, en esos casos, en el decreto el Poder Ejecutivo debía convocar de inmediato a las Cámaras –como por cierto se prevé en algunas constituciones provinciales⁴³–, pero esa alternativa no fue recogida por la norma finalmente aprobada.

Entendemos que el funcionamiento ininterrumpido de la Comisión Bicameral, sin la correlativa actuación simultánea de las Cámaras, puede no ser suficiente para colmar los requerimientos constitucionales⁴⁴. El art. 99, inc. 3º, de la Constitución dispone –con relación a los decretos de necesidad y urgencia– que las Cámaras “de inmediato” considerarán el despacho de la Comisión. Y la única forma de permitir que esa “inmediatez” no se dilate por espacio de varias semanas o meses (como probablemente ocurrirá en las situaciones de receso congresional) habría sido la exigencia de la simultánea convocatoria a las Cámaras del Congreso. A la luz del texto constitucional podría incluso sostenerse que, ante el dictado de estos decretos, es la propia Constitución la que habilita implícitamente la posibilidad de una autoconvocatoria de las Cámaras⁴⁵. Sin perjuicio de esa posible interpretación, entendemos que el Presidente deberá convocar a sesiones extraordinarias a las Cámaras cada vez que el dictado de cualquiera de los decretos alcanzados por el nuevo régimen de control concite “un grave interés de orden o de progreso”, ya que en tales casos ello viene impuesto por el art. 99, inc. 9º, de la Constitución.

En cuanto al quórum, el art. 7º de la ley 26.122 exige la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros. Existieron iniciativas tendientes a permitir que un número menor de legisladores pudiera sesionar en los supuestos en

⁴¹ Art. 161, ley 19.945 (Código Electoral Nacional).

⁴² Art. 63, Constitución Nacional.

⁴³ El art. 161 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero establece que el Poder Ejecutivo “debe remitir el decreto a la Legislatura dentro de los cinco días de dictado, convocando de inmediato a sesión extraordinaria si estuviere en receso”.

⁴⁴ Una situación de este tipo se planteó a fines del año 2009 y principios del 2010 cuando la Presidente Kirchner dictó dos DNU en relación al Banco Central, pero no convocó a sesiones extraordinaria para tratarlos. Ello originó que se presentaran varios proyectos por parte de legisladores de la oposición tendientes a modificar la ley 26.122 y establecer que la sanción de un DNU durante el receso del Congreso implicaba la automática convocatoria a sesiones extraordinarias y fijaba un plazo de diez días para el pronunciamiento de ambas Cámaras en relación a la norma dictada por el Presidente.

⁴⁵ No es posible soslayar, de todos modos, que el establecimiento de estos mecanismos de convocatoria o autoconvocatoria, dada la frecuencia con la cual estos decretos son emitidos en la actualidad, muy probablemente conduciría a que el Congreso se encuentre en permanente actividad, desnaturalizándose las disposiciones constitucionales que fijan límites al período de sesiones ordinarias.

los cuales mediante inasistencia reiterada de la mayoría de los miembros de la Comisión⁴⁶, pero no fueron receptadas en el texto legal. Consideramos que esa alternativa podría haber sido útil para neutralizar estrategias de “bloqueo” del funcionamiento de la Comisión por parte de la mayoría de sus integrantes⁴⁷.

También es de lamentar que la nueva ley no haya consagrado el carácter público de las sesiones de la Comisión, al menos como principio. En este punto tampoco se aceptaron las propuestas de varios legisladores, que lo establecían expresamente⁴⁸. No deja de llamar la atención esta negativa del oficialismo, ya que pocos meses atrás, en oportunidad de reformarse la ley del Consejo de la Magistratura, el principio de publicidad de las sesiones fue establecido tanto respecto de las sesiones plenarias de ese cuerpo como de las reuniones de sus comisiones⁴⁹.

De todos modos, la falta de previsión expresa de esta cuestión en el texto de la ley 26.122 no debería ser interpretada como una prohibición al libre acceso de los ciudadanos (y de los medios de comunicación, claro está) a las reuniones de la Comisión. Ante la inexistencia de una prohibición legal en ese sentido, debe regir el principio de publicidad de los actos de Gobierno. Con menor razón podría impedirse el acceso y la participación en las reuniones de la Comisión Bicameral de los legisladores que no sean miembros de ese cuerpo, con la única limitación de que no tendrán derecho a voto⁵⁰.

El art. 8° de la ley 26.122 establece que “los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros”. De esta exigencia se sigue, por razones lógicas, que sólo podrá ha-

⁴⁶ Así, por ejemplo, el proyecto del senador Ramón Saadi preveía que “si no se obtuviera el quórum necesario luego de dos convocatorias, pasados treinta minutos de la hora indicada en la citación, podrá sesionar y despachar válidamente con los miembros presentes” (art. 9°, segundo párrafo) (Ver Orden del Día N° 509/06 de la Cámara de Senadores).

⁴⁷ Es cierto que la falta de dictamen de la Comisión no constituye un impedimento para la consideración del decreto por las Cámaras. Como veremos más adelante, vencido el plazo de diez días con el que la Comisión cuenta para expedirse, éstas deben abocarse directamente al tratamiento del decreto de que se trate. El problema reside en que, como la ley 26.122 no fija plazo para que las Cámaras lo hagan, podría ocurrir que, con relación a algunos decretos, no exista pronunciamiento alguno (ni de la Comisión ni de las Cámaras) en forma indefinida, lo cual implicaría la inexistencia de control legislativo sobre ese instrumento. Ésta sería, por cierto, la consecuencia práctica de la negativa de las fuerzas políticas que tengan mayoría tanto en la Comisión como en las Cámaras a facilitar la formación de quórum.

⁴⁸ Ver, por ejemplo, el dictamen de minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados suscripto por Mario Negri y otros (art. 6°) (Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

⁴⁹ Arts. 4° y 8°, ley 26.080.

⁵⁰ El silencio de la ley 26.122 no puede ser interpretado como una negativa a esta posibilidad, máxime cuando el derecho de los legisladores a participar de la deliberación de las comisiones legislativas aun cuando no las integren tiene recepción en los reglamentos de ambas Cámaras. Se trata del derecho a intervenir, como se lo denomina habitualmente, “con voz, pero sin voto”. Una posibilidad para solucionar este problema es establecer que el Presidente de la Comisión será del partido de la oposición con mayor número de legisladores en una o las dos Cámaras, criterio que se ha ya seguido en el art. 2° de la ley 26.519 de renovación de delegaciones legislativas.

ber un dictamen de la Comisión, propiamente dicho. La utilización del plural (“dictámenes”) en este artículo de la ley parecería presuponer la intención del legislador de admitir que, como ocurre en el trámite ante las Comisiones del Congreso, puedan emitirse dictámenes de minoría. Sin embargo, esas propuestas no serían dictámenes propiamente dichos, en los términos de la ley 26.122, por no haber reunido el apoyo de la mayoría absoluta de los miembros del cuerpo. Además, la posibilidad de que exista más de un dictamen parece incompatible con el propio texto constitucional, ya que el art. 99, inc. 3º, prevé que esta Comisión elevará “su despacho” al plenario de cada Cámara. Otras disposiciones de la ley 26.122 también se refieren al “dictamen”⁵¹ o “despacho”⁵² de la Comisión, en forma singular.

También prevé el art. 8º de la ley 26.122 que “en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente”. En rigor, la ley contempla el supuesto de que exista más de un “proyecto de dictamen” con igual número de firmas (si no hay mayoría, no hay dictamen, en sentido propio). En ese caso, el titular de la Comisión cuenta con doble voto y define la cuestión⁵³.

Coincidimos con Gelli⁵⁴ y Badeni⁵⁵ cuando señalan que el dictamen de la Comisión no es vinculante para el Congreso. Las Cámaras pueden o no compartir su contenido, en forma total o parcial.

Para la determinación de los restantes aspectos del funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente, la ley 26.122 reenvía al reglamento interno que la propia Comisión se dicte, en virtud de la facultad que le atribuye el art. 9º. Allí se dispone también que serán de aplicación supletoria los reglamentos de la Cámara de Senadores o de la Cámara de Diputados, según que la presidencia sea ejercida por un miembro de uno u otro cuerpo.

D. Los distintos controles que realizará la Comisión Bicameral Permanente sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo – Su contenido y alcance

En los tres primeros capítulos de su Título III, la ley 26.122 regula el alcance del control a cargo de la Comisión Bicameral Permanente sobre las

⁵¹ Arts. 10, 13, 14, 19 y 21, ley 26.122.

⁵² Art. 20, ley 26.122.

⁵³ Una curiosa situación se presentó en enero del 2010 en relación a los DNU 2010/09 y 18/10 dictados por la Presidente en relación al Banco Central. En ese momento la Comisión tenía dieciséis integrantes, ocho pertenecían al oficialismo y ocho a los partidos de oposición y no se había logrado un acuerdo para la designación del Presidente de la Comisión. Debido a ello, los ocho integrantes pertenecientes al bloque oficialista emitieron un dictamen a favor de la validación del DNU, mientras que los ocho de la oposición emitieron otro opuesto a ello. No se cumplió con el requisito legal que exige que el dictamen sea aprobado por la mayoría de sus integrantes o que en caso de empate desempate el Presidente de la Comisión.

⁵⁴ María Angélica Gelli, *Constitución...*, cit., pág. 698.

⁵⁵ Gregorio Badeni, “Reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente”, *LL*, diario del 21 de julio de 2006, pág. 3.

distintas clases de decretos sometidos al nuevo régimen. Se establecen disposiciones específicas en relación con cada uno de esos instrumentos y se precisa el contenido que deberá tener el respectivo dictamen de la Comisión.

Como luego veremos, el control que se encomienda a la Comisión Bicameral Permanente es exclusivamente de tipo procedimental o formal, tendiente a dar una opinión fundada sobre la legitimidad de origen, pero no acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que examina. Adelantamos, sin embargo, que en nuestra opinión esa limitación no rige para el pleno de las Cámaras en el supuesto de los decretos de necesidad y urgencia.

§ 5. *Decretos de necesidad y urgencia*

Según el art. 10 de la ley, el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse sobre la validez o invalidez del decreto y ser elevado al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. A tales fines, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia⁵⁶.

El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos: (a) “formales” y (b) “sustanciales”, establecidos constitucionalmente para su dictado. Ahora bien, ¿cuáles son esos requisitos “formales” y “sustanciales”?

En nuestra opinión, cabe reputar como requisitos “formales”, a los siguientes: (i) que el decreto haya sido dictado en acuerdo general de ministros; (ii) que el decreto haya sido refrendado por el Jefe de Gabinete y los demás Ministros; y (iii) que el Jefe de Gabinete lo haya sometido dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Sin embargo, el incumplimiento de esas exigencias podría no tener, en todos los casos, un efecto idéntico. Mientras la inexistencia de refrendo de alguno de los Ministros o del Jefe de Gabinete será causal de nulidad del decreto, la falta de elevación a la Comisión Bicameral en el plazo de diez días no debería generar esa consecuencia, sin perjuicio de la eventual responsabilidad política o de otra índole que le corresponda del Jefe de Gabinete por esa omisión. Cabe tener presente que el art. 18 de la ley 26.122 prevé que, en caso de que el Jefe de Gabinete no remita el decreto, la Comisión “se abocará de oficio a su tratamiento”. Una vez cumplido este paso, nos parece que resultaría un exceso de rigor formal que la Comisión se pronuncie por el rechazo del decreto por no haber sido oportunamente elevado.

Entre los requisitos “sustanciales” deben incluirse los siguientes: (i) que al momento del dictado del decreto mediaren circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución

⁵⁶ Nos parece que esta última previsión –también contemplada respecto de los decretos delegados– resulta en cierto modo contradictoria con el carácter limitado que tiene el análisis de la Comisión Bicameral Permanente y que no comprende los aspectos de oportunidad, mérito y conveniencia.

para la sanción de las leyes⁵⁷, y (ii) que el decreto no regule materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Algunas iniciativas optaban por definir o precisar el concepto de “imposibilidad” de seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes⁵⁸. La ley 26.122, en cambio, ha optado por referirse simplemente a los requisitos formales y sustanciales. Corresponderá entonces al Poder Judicial, y al propio Congreso, avanzar en la determinación de cuáles son las circunstancias excepcionales a que refiere el art. 99, inc. 3º, de la Constitución.

La Corte Suprema ya brindó una primera definición en el caso “Verrocchi”, cuando en el voto principal se sostuvo: “...ese estado se presenta únicamente ‘cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes’ (art. 99, inc. 3, Constitución Nacional). Por tanto, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”⁵⁹.

El Alto Tribunal también aportó otros elementos que pueden contribuir a la apreciación práctica de este concepto constitucional genérico e indeterminado, al sostener que el dictado de decretos de necesidad y urgencia no resulta procedente cuando se encuentra en vigencia una delegación legislativa sobre la misma materia⁶⁰, cuestión que no aparece regulada en la nueva ley⁶¹.

⁵⁷ Gelli define este requisito como una “condición sustantiva” de validez del decreto de necesidad y urgencia. Ver *Constitución...*, cit., pág. 696.

⁵⁸ Así por ejemplo, en el proyecto de la senadora Liliana Negre de Alonso se establecía que: “A los fines de dar por configurados los supuestos que habilitan la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia se considerará que hay circunstancias excepcionales cuando: a) i) exista una situación de grave trastorno social que amenace la seguridad o el orden público en grado tal que estén en peligro la subsistencia de la Nación y los derechos de los ciudadanos o ii) cuando el descalabro económico generalizado imposibilite el aseguramiento de la continuidad y la supervivencia de la Unión Nacional, y amenace los bienes de las personas; b) dichas circunstancias deban ser conjuradas sin dilaciones, y c) sea imposible al Poder Legislativo dar respuesta efectiva y oportuna a las circunstancias de excepción” (art. 6º) (Ver Orden del Día N° 509/06 de la Cámara de Senadores).

⁵⁹ *Fallos*, 322:1726, considerando 9º, primer párrafo, del voto de los ministros Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Gustavo Bossert.

⁶⁰ *Fallos*, 326:417, considerando 30 del voto principal (suscripto por los ministros Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo López) y considerando 28 del voto del ministro Julio Nazareno.

⁶¹ Puede verse un análisis al respecto en Alfonso Santiago (h), “La delegación legislativa en el caso ‘San Luis’”, *JA*, 2003-II-1236.

Es probable que los criterios que la Comisión y el propio Congreso adopten en oportunidad de ejercer el control regulado por la ley 26.122 influyan en la evolución del significado concreto de la “imposibilidad” de seguir el trámite normal de sanción de las leyes a la que se refiere el art. 99, inc. 3º, de la Constitución. Estos criterios surgirán de la casuística asociada al hecho de que cada decreto regulará situaciones diferentes y habrá sido emitido en un contexto específico, lo cual dificultará la sistematización de los pronunciamientos de las Cámaras. Pero si, por ejemplo, se verifica una reiterada práctica del Congreso de considerar satisfecha esta exigencia constitucional cuando los decretos tratan sobre una determinada materia, por considerarse que en ese campo la regulación requiere medidas de carácter súbito o sorpresivo, cabe presumir que los tribunales se sentirán más inclinados a sostener que los decretos de necesidad y urgencia que traten sobre esa misma materia cumplen con dicho requisito, aun cuando todavía no hayan sido aprobados por el Congreso.

§ 6. *El control de los decretos delegados y de la delegación legislativa*

El art. 100, inc. 12, de la Constitución señala que los decretos por los cuales se ejercen facultades delegadas por el Congreso “estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”. Nada aclara el texto constitucional acerca del contenido y alcance de este control, y si el titular último de esta facultad es la Comisión Bicameral Permanente o el propio Congreso⁶².

La ley que comentamos viene a aclarar y solucionar estos y otros interrogantes que planteaba la interpretación del escueto texto constitucional⁶³, al establecer que son las Cámaras del Congreso las que titularizan el control legislativo de los decretos delegados. El control no se agota, pues, con la actuación de la Comisión Bicameral Permanente.

La ley 26.122, además de precisar el alcance del control de los decretos delegados, fija pautas sobre el funcionamiento de la delegación legislativa en sí misma considerada. Es por eso que a continuación analizaremos separadamente estos dos aspectos.

a) El control sobre los decretos delegados

En cuanto al dictamen de la Comisión Bicameral sobre los decretos delegados, el art. 13 de la ley prevé –al igual que en el caso de los decretos de necesidad y urgencia– que ésta deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. También se faculta a la Comisión para consultar a las comisiones

⁶² Sostuvo Barra, al respecto, que “nuestra Constitución, a diferencia del caso de los decretos de necesidad y urgencia, no exige la intervención de las Cámaras luego de sancionado el decreto delegado, sino sólo su valoración por una Comisión Bicameral –que podría iniciar, nada lo impide, un proceso legislativo de derogación de la norma delegada– amén del control político ejercido sobre el Jefe de Gabinete” (ob. cit., T. I, pág. 542).

⁶³ Puede verse una reseña de los numerosos interrogantes que planteaba esta cuestión en Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 456.

permanentes que tengan competencia en función de la materia regulada por el decreto.

El dictamen, establece la norma, debe pronunciarse expresamente sobre “la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio”.

La redacción no resulta del todo clara, ya que no se entiende bien cuál es el contenido concreto del examen sobre “la procedencia formal” del decreto delegado. Recordemos que el art. 10 de la ley, referido al control de los decretos de necesidad y urgencia, habla de los “requisitos formales”. Cabría interpretar, pues, que éste es el significado de la expresión “procedencia formal” contenida en el art. 13. Ese examen comprendería, a nuestro juicio, la verificación de los siguientes aspectos: (i) refrendo del Jefe de Gabinete y (ii) elevación a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días de su dictado. Reiteramos nuevamente que la falta de elevación del decreto delegado no debería ser determinante de la nulidad de ese instrumento. Corresponderá, en ese caso, que la Comisión se aboque directamente a su consideración⁶⁴.

Según el citado art. 13 de la ley 26.122, el examen de la Comisión también abarcará la verificación de si el decreto delegado: (i) regula una materia que fue objeto de delegación; (ii) se adecua a las “bases” de la delegación, y (iii) fue emitido dentro del plazo fijado para la delegación. Con relación a esos tres puntos es posible efectuar algunas consideraciones.

En cuanto a la materia, ésta deberá ser en principio una “materia determinada de administración” –concepto sobre cuyo alcance todavía no existe una noción definitiva ni en la doctrina ni en la jurisprudencia⁶⁵–, salvo que la delegación legislativa haya sido efectuada con fundamento en una situación de emergencia pública, supuesto en el cual la delegación podría extenderse a temáticas que no constituyan necesariamente una “materia determinada de administración”⁶⁶. No existe pleno consenso doctrinario respecto de cuáles son las materias sobre las que en ningún caso el Congreso podría delegar sus facultades⁶⁷.

De la ley 26.122 se desprende que la Comisión debe controlar que el decreto delegado trate sobre una de las materias comprendidas en la delegación, de modo tal que sería inválido si regula otra cuestión. Ahora bien, ¿qué ocurre si la Comisión concluye que la materia que fue objeto de delegación era

⁶⁴ El art. 18 de la ley 26.122 prevé esa alternativa cuando el Jefe de Gabinete no haya remitido los decretos alcanzados por el nuevo régimen de control, sin advertirse que, en el caso de los decretos delegados, es el Poder Ejecutivo el que tiene a su cargo la elevación (art. 12). De todos modos, no vemos inconvenientes para interpretar que, también en este caso, el vencimiento del plazo fijado habilita a la Comisión a proceder directamente a la consideración del decreto.

⁶⁵ Puede verse una reseña de las distintas posiciones doctrinarias y la práctica legislativa en torno de este concepto en Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., págs. 376-86.

⁶⁶ Julio R. Comadira, “Los reglamentos delegados”, en *Acto administrativo y reglamento - Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 679 (esp. pág. 689).

⁶⁷ Ver Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., págs. 395-407.

indelegable?⁶⁸ En este caso nos encontraríamos ante un vicio de la propia ley de delegación, que se trasladaría al decreto delegado. No vemos inconvenientes para que esa circunstancia sea advertida por la Comisión y, además de dictaminar en favor del rechazo del decreto delegado, recomiende la derogación o modificación de la ley de delegación, si bien esta cuestión estará sujeta al trámite de sanción de las leyes previsto en los arts. 77 a 84 de la Constitución.

El control de la compatibilidad del decreto delegado con las “bases” de la delegación, en tanto, será probablemente el aspecto más complejo de la misión de la Comisión y, luego, de las Cámaras, en relación con estos instrumentos. Corresponderá determinar si el decreto delegado se ajusta al marco en el cual debía ser ejercida la delegación, es decir a los límites fijados por el Poder Legislativo en la norma delegante. Las “bases” son los criterios, objetivos, fines, sentidos o metas que debe seguir el órgano delegado⁶⁹, que podrán ser más o menos determinados según lo haya dispuesto el propio Congreso, en la respectiva ley de delegación, aunque obviamente no podrán habilitar una total discrecionalidad⁷⁰.

Una situación particular que podría plantearse es el supuesto en el cual la Comisión considere que la ley delegante carece de “bases” adecuadas. En otras palabras, que entienda que la delegación ha sido efectuada en términos demasiado amplios, y que ello implica un incumplimiento del art. 76 de la Constitución. Esta situación podría presentarse en los supuestos mencionados anteriormente⁷¹ y, en especial, con motivo del ejercicio de atribuciones delegadas con anterioridad a 1994. Muchas de las leyes de delegación preexistentes a la última reforma constitucional, que han sido sucesivamente prorrogadas “con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo”⁷², pueden, en los hechos, carecer de tales “bases”⁷³.

⁶⁸ Es poco probable que se verifique ese supuesto, ya que implicaría una contradicción con la propia conducta anterior del Congreso, que dispuso una delegación sobre esa materia. Sin embargo, no es posible descartar que ante un cambio en la representación política de las Cámaras (como consecuencia de un resultado electoral posterior a la ley de delegación pero anterior al vencimiento del plazo fijado para su vigencia) se planteen esta clase de observaciones. También podría ocurrir que hayan mediado pronunciamientos judiciales declarativos de la invalidez de la delegación en este aspecto y que igualmente el Poder Ejecutivo insista con el dictado de un decreto en consecuencia de esa delegación.

⁶⁹ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 416.

⁷⁰ Como ha señalado Pablo Perrino, “la Constitución no admite la posibilidad de delegaciones en blanco” y, en concordancia con ello, el establecimiento de “bases” aparece como “un límite necesario para evitar los desbordes del Poder Ejecutivo”. (“Los reglamentos delegados en la reforma constitucional”, en *Derecho Administrativo (obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff)*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 982).

⁷¹ Cambios en la conformación política de las Cámaras o pronunciamientos judiciales contrarios a la validez de la ley de delegación.

⁷² Esta expresión se encuentra incluida en el art. 1º de las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, mediante las cuales el Congreso ha venido implementando la cláusula transitoria octava de la Constitución.

⁷³ Enrique Veramendi, “Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa”, *ED, Supl. de Derecho Constitucional*, 18 de noviembre de 2004, pág. 17 (esp. pág. 18).

También en estos casos el vicio se alojará en la ley de delegación, y se trasladará, por lógica implicancia, al decreto delegado. En forma concordante con lo señalado anteriormente, creemos que la Comisión podría advertir esa circunstancia, conjuntamente con su eventual despacho desfavorable a la aprobación o ratificación del decreto delegado, e impulsar –por el trámite parlamentario correspondiente– la derogación o adecuación de la respectiva ley de delegación.

Por último, aparece la cuestión del plazo, que no debería presentar mayores dificultades: sólo deberá verificarse si el decreto fue dictado dentro del plazo establecido en su delegación.

Es posible imaginar alguna dificultad, sin embargo, si el decreto ha sido dictado antes del vencimiento del plazo de la delegación, pero publicado con posterioridad. Nos inclinamos por considerar que, en esa situación, el decreto delegado resulta válido⁷⁴; aunque debe advertirse acerca del riesgo que la admisión de esa práctica podría presentar, en caso de que se falsee la fecha de dictado del decreto delegado al solo efecto de ejercer una delegación que ya habría expirado (por el vencimiento del plazo fijado por el Congreso, o bien por su derogación)⁷⁵.

Más problemático sería el supuesto de que ley de delegación no haya previsto un plazo. Dicha exigencia constitucional, prevista en forma general por el art. 76 de la Constitución, evidencia cierta falta de realismo e imprevisión del Constituyente, ya que en muchos supuestos la delegación legislativa responde a una necesidad de carácter permanente y no transitorio⁷⁶, lo cual obligará al Congreso a una periódica renovación. Este inconveniente podría haberse evitado mediante el establecimiento de un régimen distinto para la delegación “en materias determinadas de administración” y aquella que se efectúa en situaciones de “emergencia pública”⁷⁷, pero el Constituyente no

⁷⁴ Sin perjuicio de lo que expondremos más adelante en cuanto a la naturaleza legislativa, y no administrativa, de los decretos delegados, podría considerarse aplicable analógicamente a la situación que analizamos la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha admitido la validez de los actos administrativos notificados con posterioridad a la pérdida de vigencia de la ley en que se fundaron, pero emitidos con anterioridad (*Fallos*, 298:172, JA, 1979-II-541, con cita de *Fallos*, 291:591)

⁷⁵ Cabe recordar que en virtud del art. 76 de la Constitución, la delegación legislativa debe encontrarse sujeta a un plazo, pero los decretos delegados no tienen, por principio, vigencia transitoria (salvo, claro está, que expresamente lo prevea el propio decreto, o que así hubiere sido predeterminado en la propia ley de delegación). En consecuencia, el decreto delegado se mantiene en vigencia hasta tanto se produzca su derogación. Esa derogación, habiendo expirado el plazo de la delegación, sólo podrá ser dispuesta por una ley o, en su caso, por un decreto de necesidad y urgencia.

⁷⁶ Alberto Bianchi explicó en su momento que la técnica de la delegación legislativa “no supone, como justificativo, suplir una carencia momentánea del Parlamento, sino una carencia permanente, o dicho en otras palabras, su fundamento proviene del intento de hacer más eficiente la marcha del Estado, pero frente a contingencias normales” (*La delegación legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1990, pág. 57).

⁷⁷ En el primer caso, es decir en la delegación sobre “materias determinadas de administración”, la fijación de un plazo y su renovación periódica parecen poco justificadas. Se trata

realizó esa distinción y el art. 76 no diferencia entre uno y otro supuesto. Lo cierto es que, también en este supuesto, el vicio (falta de plazo) no provendría del decreto delegado, sino de la ley de delegación.

b) Algunas precisiones contenidas en la ley 26.122 sobre la regulación de la delegación legislativa – Cuestiones omitidas

El objeto de la ley 26.122 es, como ya vimos, reglamentar el control legislativo de determinadas especies de decretos, entre ellos los decretos delegados. Sin embargo, el Congreso ha considerado oportuno incorporar también en esta norma algunas disposiciones que se relacionan con el modo de ejercicio de la delegación legislativa.

En ese sentido, el art. 11 de la ley establece que “las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo”. Esta previsión también aparecía en algunas iniciativas anteriores y estaba presente en varios de los proyectos que fueron considerados durante el tratamiento de esta ley. Su objetivo, a primera vista, sería evitar que el Poder Ejecutivo, a través de su potestad de reglamentación de las leyes, desnaturalice o de algún modo altere el marco de la delegación, intención que por cierto resulta valorable.

No obstante, el texto de la disposición es confuso y su eficacia práctica bastante dudosa. Veamos lo primero. El artículo dice que no podrán ser objeto de reglamentación las bases a las que debe sujetarse el “poder delegado”. ¿A qué se refiere la ley cuando habla de “poder delegado”? ¿Se refiere al órgano delegado, es decir el “sujeto” pasivo de la delegación? ¿O se refiere a las atribuciones legislativas que son objeto de la delegación? Nos inclinamos por la primera de las opciones. Es el órgano delegado el que debe sujetarse a las “bases” fijadas por el Congreso, al ejercer las atribuciones delegadas. No son las atribuciones legislativas delegadas las que están sujetas a las “bases” fijadas en la ley de delegación⁷⁸.

Más allá de esa disquisición interpretativa, lo que se desprende de esta disposición es la prohibición de reglamentar las “bases” de la delegación, mandato sobre cuyos beneficios concretos albergamos muchas dudas. En primer lugar, la situación que presupone este precepto no se ha verificado en nuestra práctica institucional posterior a 1994. No conocemos ningún caso de leyes de delegación legislativa aprobadas luego de la reforma constitucional que hayan

de delegaciones ordinarias, que deberían tener un carácter permanente y estar vigentes hasta que el Congreso, en cualquier momento y por propia voluntad, decida retomarlas. En cambio, en el supuesto de “emergencia pública” la fijación del plazo parece algo esencial. Transitoriamente y por razones de una situación coyuntural el Congreso delega en el Poder Ejecutivo facultades que ordinariamente ejerce el Poder Legislativo. Aquí la fijación del plazo aparece como una exigencia lógica y razonable (Ver Santiago [h] – Thury Cornejo, ob. cit., págs. 484-485).

⁷⁸ Las “bases”, en rigor, delimitan el marco en que esas atribuciones pueden ser ejercidas, pero no las “sujetan”.

sido objeto de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo. Las atribuciones delegadas al Poder Ejecutivo han sido ejercidas mediante el dictado de decretos delegados (o, en los casos en que medió subdelegación, a través de disposiciones emitidas por órganos inferiores, que constituyeron reglamentos delegados), pero no fueron reglamentadas con arreglo al art. 99, inc. 2º, de la Constitución.

En segundo lugar, la eventual reglamentación de las “bases” de la delegación, plantearía la particularidad de que, mientras el decreto ejecutivo o reglamentario es una norma de jerarquía inferior a las leyes, los decretos delegados tienen jerarquía normativa propia de la ley⁷⁹. ¿Cómo podría el decreto reglamentario de las “bases” de la delegación predeterminar el contenido de los decretos que serán emitidos en consecuencia de la delegación legislativa, cuando estos últimos decretos (delegados) revisten un rango normativo superior?

Además, la reglamentación que el Poder Ejecutivo pudiere haber efectuado –de no mediar esta prohibición legal– de las “bases” de la delegación debería haber respetado lo dispuesto en el art. 99, inc. 2º, de la Constitución Nacional. Y, aunque esa pauta no hubiese sido cumplida, el decreto delegado no podría, so pretexto de cumplir con la “reglamentación”, violar las “bases” establecidas en la ley de delegación.

Esta prohibición de reglamentación no representa, por ende, un avance tangible en el control del ejercicio de las atribuciones delegadas. Al contrario, podría resultar antifuncional en los supuestos en los cuales se verifique una subdelegación del Poder Ejecutivo en favor de órganos que actúen en su ámbito de competencia, hipótesis que mencionaremos más adelante. En esos casos puede ser conveniente que, en el mismo acto de la subdelegación, el Poder Ejecutivo precise al órgano inferior el marco en el cual la facultad subdelegada debe ser ejercida. El problema es que, frente al texto del art. 11 de la ley 26.122, esa práctica podría considerarse inviable, en la medida que se considere que, de este modo, se están “reglamentando” las “bases” de la delegación.

Nos parece que habría sido más significativo incorporar expresamente la prohibición contemplada en el art. 83 de la Constitución española, en cuanto a que “las leyes de bases no podrán en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases”. Ese precepto resulta plenamente compatible con nuestro régimen constitucional de la delegación legislativa⁸⁰, ya que, como bien señala Barra, de admitirse lo contrario el Congreso estaría burlando la intención del Constituyente de sujetar al Poder Ejecutivo a la voluntad expresada en la norma delegante⁸¹.

No fue establecida en la ley 26.122 una prohibición al Presidente de vetar las “bases” de la delegación, que había sido prevista en iniciativas anterior-

⁷⁹ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 473.

⁸⁰ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 407.

⁸¹ Ob. cit., pág. 541. En la opinión de este autor, admitir esa posibilidad “sería como otorgar una delegación en blanco”.

res sobre esta materia⁸². Creemos, sin embargo, que esa cláusula no habría representado un aporte efectivo, pues resulta inviable limitar, por vía legal, una atribución que la propia Carta Magna le asigna al Poder Ejecutivo. Debe tenerse en cuenta, además, que el veto total de las “bases” legislativas privaría a la ley de delegación de un requisito constitucional de validez y, en consecuencia, todos los decretos emitidos en su consecuencia quedarían expuestos a un planteo de inconstitucionalidad. Sólo es posible imaginar un veto parcial del Poder Ejecutivo, que altere parcialmente el contenido de las “bases” fijadas por el Congreso, pero sin llegar al extremo de eliminarlas⁸³.

La ley 26.122 también desechó otras propuestas dirigidas a establecer más límites a la delegación legislativa, y que regulaban cuestiones tales como: (i) la determinación de las materias excluidas de la delegación⁸⁴; (ii) la necesidad de que la delegación tenga carácter expreso⁸⁵; (iii) la exigencia de que los decretos delegados sean decididos en acuerdo general de ministros⁸⁶, y (iv) la imposibilidad de que el plazo de la delegación exceda la fecha fijada para la renovación de autoridades en las Cámaras del Congreso⁸⁷.

No obstante, algunos de estos límites pueden considerarse vigentes en la actualidad. Así por ejemplo, la exclusión de ciertas materias de la posibilidad de delegación legislativa, que ha sido declarada por la Corte Suprema en relación con los aspectos sustantivos del derecho tributario⁸⁸, o la exigencia de que la delegación surja en forma expresa, reiteradamente señalada por la doc-

⁸² Así por ejemplo, en el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado emitido con fecha 20 de julio de 1999 se disponía que “las bases legislativas que dicte el Congreso de la Nación no podrán ser objeto de reglamentación ni de veto por el Poder Ejecutivo” (art. 19). Ver Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 466.

⁸³ En ese supuesto se presentaría, sin dudas, una situación de conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Congreso. Sin perjuicio del control al que estará previsto el decreto de promulgación parcial, según se indicará en el apartado siguiente, es claro que el Congreso sólo podría insistir con el texto original de las “bases” en caso de reunir el voto de los dos tercios de los miembros de cada Cámara. De no hacerlo, el Poder Ejecutivo terminaría disponiendo de una delegación distinta o más amplia que la prevista en la delegación, lo cual significaría una cierta tergiversación de la voluntad del Congreso. Pero no parece factible prevenir la ocurrencia de esa hipótesis mediante la prohibición “legal” de las facultades de veto que constitucionalmente asisten al Presidente.

⁸⁴ Se incorporaban limitaciones en este aspecto en los dictámenes de minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados suscriptos por Mario Negri y otros (art. 19); Pablo Tonelli (art. 14), y Elisa Carrió y otros (art. 20) (Ver, Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

⁸⁵ Esta exigencia fue planteada, por ejemplo, en el proyecto del senador Sanz y otros (art. 14) (Ver Orden del Día N° 509/06 de la Cámara de Senadores) y en el dictamen de minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados suscripto por la diputada Elisa Carrió y otros (art. 17) (Ver Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

⁸⁶ Así lo propuso el dictamen firmado por el diputado Pablo Tonelli (art. 15) (Ver Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

⁸⁷ Dictamen suscripto por la diputada Elisa Carrió y otros (art. 18, segundo párrafo) (Ver Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

⁸⁸ Fallos, 326:4251, considerando 8°.

trina de la Procuración del Tesoro de la Nación —incluso desde antes de 1994—⁸⁹ y por destacada doctrina⁹⁰.

Por otra parte, vale la pena interrogarse (sobre todo de cara a futuras reformas a la ley 26.122) acerca de la efectividad de la inclusión de esta clase de límites a la delegación legislativa. En otras palabras, ¿tales restricciones serían vinculantes para el propio Congreso, en oportunidad de dictar leyes de delegación específicas? Nos inclinamos a pensar que no, al menos frente a la actual doctrina de la Corte Suprema, según la cual “el Poder Legislativo no se halla vinculado indefectiblemente hacia el futuro por sus propias autorrestricciones”⁹¹.

El art. 12 de la ley 26.122 dispone que el Poder Ejecutivo deberá someter los decretos delegados a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, dentro de los diez días de su dictado. La ley ha subsanado así una omisión del texto constitucional. Recordemos que la Carta Magna obliga en forma expresa al Jefe de Gabinete a someter a la Comisión los decretos de necesidad y urgencia y los decretos de promulgación parcial de las leyes (art. 100, inc. 13). Pero, respecto de los decretos delegados, el art. 100, inc. 12, sólo dispone que deberán ser refrendados por el Jefe de Gabinete y que “estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”, sin identificar al responsable de su efectiva elevación, que a partir de esta ley pasa a ser el Poder Ejecutivo.

A su vez, y esto es muy importante, esta disposición de la ley obliga al Poder Ejecutivo a distinguir claramente a los decretos delegados de los decretos ejecutivos. Sólo los primeros deberán ser sometidos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. Por ende, la elevación del decreto a dicha Comisión importará la declaración del Poder Ejecutivo, hacia todos los operadores jurídicos, de que se trata de un decreto emitido en ejercicio de una delegación legislativa (que deberá identificar en la motivación de ese instrumento), con la consecuente necesidad de examinar desde esa óptica sus condiciones de validez y vigencia. Éste es un muy buen aporte de la ley, que compensa al menos parcialmente la omisión de incluir un sistema de identificación específico con relación a todos los decretos alcanzados por este nuevo régimen de control legislativo.

Esta determinación del legislador conlleva, además, una ratificación de la distinta naturaleza jurídica de los decretos delegados y de los decretos ejecutivos. Si bien destacada doctrina se ha pronunciado a favor de una asimilación

⁸⁹ La Procuración del Tesoro ha sostenido reiteradamente que “la delegación de facultades del Poder Legislativo al Ejecutivo resulta de interpretación restrictiva, debiendo surgir en forma expresa de la ley” (*Dictámenes*, 206:148; 207:118 y 213:45, entre muchos otros).

⁹⁰ Juan Carlos Cassagne, “El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su posterior evolución hasta la reforma constitucional de 1994”, en *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 273 (esp. pág. 296).

⁹¹ *Fallos*, 325:2394.

de esos instrumentos, con el argumento de que ambos tendrían la misión de llenar los contenidos de la ley y ponerla en ejecución⁹², entendemos que se trata de dos especies normativas diferentes que, a partir de la reforma de 1994, no pueden ser asimiladas. Son muchas las diferencias entre el régimen de los decretos delegados y los decretos ejecutivos⁹³ y ello impone un tratamiento diferenciado. La Corte Suprema ha efectuado una nítida distinción entre ambas clases de decretos en el caso “Cámara Argentina del Libro”⁹⁴. Ahora el Congreso también ha contribuido a la clarificación de esta problemática⁹⁵.

⁹² Así lo postula Alberto Bianchi. Ver “Dimensión actual de la delegación legislativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, n° 12, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pág. 746 y ss.

⁹³ Algunas de las diferencias que podemos mencionar, son las siguientes: a) La delegación implica la transferencia al Poder Ejecutivo de facultades legislativas pertenecientes al Congreso, mientras que en la reglamentación el Presidente ejerce facultades propias, otorgadas a él directamente por la Constitución en el art. 99, inc. 2°; b) Un decreto delegado puede tratar sobre aspectos sustantivos o esenciales de las relaciones jurídicas de los particulares entre sí o en sus relaciones con los órganos de gobierno o la Administración Pública, mientras que la reglamentación sólo puede versar sobre aspectos menores, “pormenores o detalles”, de esas relaciones jurídicas; c) La delegación es una habilitación para que el Poder Ejecutivo ejerza o no, de acuerdo a su libre criterio y decisión, las facultades que le delega el Congreso, mientras que la reglamentación de las leyes tiene carácter obligatorio para el Poder Ejecutivo cuando su intervención es necesaria para llevar a cabo lo decidido por el Congreso; d) La delegación legislativa tiene en el régimen constitucional carácter transitorio ya que en principio está sujeta a plazo, mientras que la reglamentación es una facultad de carácter permanente; e) La ley que habilita una delegación legislativa tiene que declararla expresamente y tiene que delimitar la materia que se delega, fijar el plazo y establecer las bases de la delegación (art. 76, Constitución Nacional), mientras que una ley que requiere ser reglamentada no hace falta que expresamente lo diga ni que incorpore ningún otro elemento orientado a regir la actuación del Poder Ejecutivo; e) Un decreto delegado tiene rango legislativo y, por lo tanto, puede modificar o derogar otra ley, en cambio ello no podría hacerlo un reglamento ejecutivo que siempre tiene rango sublegal.

⁹⁴ *Fallos*, 326:3168. En ese pronunciamiento, la Corte Suprema se remitió al dictamen del Procurador General, quien refiriéndose al decreto 616/01 (decreto ejecutivo del decreto delegado 615/01, este último dictado en ejercicio de las facultades delegadas por la ley 25.414), sostuvo: “Si bien tanto la norma reglamentaria como la reglamentada fueron dictadas –aunque en ejercicio de funciones estatales diferentes– por un mismo órgano de gobierno, lo cual podría conducir igualmente a suponer que promedió un criterio único en cuanto al sentido y alcances verdaderos de la franquicia en debate, la delegación legislativa operada a través de la ley 25.414 rodea a la norma emitida en su consecuencia de una serie de formalidades especiales, tales como los informes que –sobre su uso– debe brindar el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso (art. 4°) y el seguimiento por parte de la Comisión Bicameral creada al efecto (art. 5°). Prescindir de esta diferenciación y permitir el empleo de facultades delegadas a través de un instrumento que no cumple los recaudos para ello, implica –además de la violación del principio de legalidad– desconocer la letra de la ley 25.414 y burlar el sistema de control establecido por el Congreso, en ejercicio de las potestades que le confiere el art. 76 de la Constitución Nacional, con grave menoscabo del principio republicano de división de poderes”.

⁹⁵ Cabe recordar que también en el art. 4° de la ley 25.148 y de las demás normas que renovaron las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma de 1994 se distingue entre una y otra clase de decretos. Allí se prevé que “las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, no se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la presente ley”.

No es posible descartar totalmente la hipótesis de que el Presidente decida, al momento del dictado del decreto, caracterizarlo como un decreto ejecutivo, a fin de sortear el necesario control del Congreso. Pero ese mecanismo podría resultar ineficaz e incluso contraproducente para el propio Poder Ejecutivo. Podría resultar ineficaz porque la falta de elevación del decreto no impediría que la Comisión Bicameral Permanente, primero, y las Cámaras, posteriormente, se aboquen a su consideración en caso de considerar que ese decreto “ejecutivo” fue en verdad emitido en consecuencia de una delegación⁹⁶. Y podría ser contraproducente porque una maniobra de este tipo dejaría expuesto al decreto a un escrutinio judicial mucho más exigente, por haber sido dictado en ejercicio de una potestad más acotada, como es la que se funda en el art. 99, inc. 2º, de la Constitución. Por otra parte, como hemos ya dicho, ese decreto supuestamente “ejecutivo” no podría modificar una ley, por tener un rango normativo inferior a ella.

Una cuestión de suma trascendencia que la nueva ley no prevé es qué ocurrirá con los reglamentos delegados que no sean emitidos por el Presidente. Sólo se contempla la elevación a la Comisión Bicameral Permanente y el consecuente control respecto de los “decretos” delegados, no así de otros instrumentos normativos dictados en consecuencia de una delegación legislativa.

Esta última variante puede presentarse como consecuencia de una “subdelegación” dispuesta por el Presidente, o bien en virtud de una “delegación de segundo grado”, que se presenta cuando el Congreso, en lugar de delegar facultades legislativas en el Presidente, directamente transfiere atribuciones legislativas a un organismo centralizado o descentralizado que actúe en el ámbito del propio Poder Ejecutivo, como por ejemplo el Jefe de Gabinete, los ministros o las entidades autárquicas (como la Administración Federal de Ingresos Públicos, el Banco Central o los entes reguladores de servicios públicos).

En la actualidad no existe consenso respecto de la admisibilidad de esos mecanismos frente a lo dispuesto por el art. 76 de la Constitución⁹⁷, sin que la Corte haya aún dictado un pronunciamiento específico sobre este punto con posterioridad a la reforma de 1994. En ese estado de cosas, creemos que la omisión de la ley 26.122 en cuanto al control de la legislación delegada resultante de la subdelegación y de la delegación de segundo grado puede ser invocada como punto de partida por dos líneas opuestas de interpretación.

Desde una visión estricta del texto constitucional, podría sostenerse que la ley 26.122 confirma que cuando el art. 76 de la Constitución alude al Poder

⁹⁶ Si bien el art. 18 de la ley 26.122 sólo contempla la omisión del Jefe de Gabinete de elevar el decreto y en el caso de los decretos delegados es el Poder Ejecutivo el responsable de la remisión, del art. 19, parte final, se desprende la facultad de la Comisión de proceder por sí a la consideración de los decretos delegados si éste no le fue remitido. Esta norma dispone que el dictamen de la comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II, III (sic) del presente Título. El capítulo II se refiere, justamente, a la delegación legislativa y al control de los decretos delegados.

⁹⁷ Puede verse una reseña de las distintas posiciones doctrinarias al respecto en Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., págs. 425-455.

Ejecutivo se refiere sólo al Presidente y, en consecuencia, el régimen de la delegación legislativa excluye tanto la subdelegación como la delegación legislativa de segundo grado.

En nuestra opinión, no es ése el sentido que cabe asignar a la ley 26.122. La validez de la subdelegación fue admitida por la Corte Suprema con anterioridad a 1994, siempre que estuviere prevista en la ley⁹⁸, por lo que también cabría aceptarla a la luz del nuevo texto constitucional, en esas mismas condiciones. En cuanto a la delegación de segundo grado, puede mencionarse que en varias leyes promulgadas con posterioridad a la última reforma constitucional el sujeto pasivo de la delegación no ha sido siempre el Presidente, sino también organismos centralizados y descentralizados. Esta circunstancia ha persuadido a autores como Bianchi de la necesidad de modificar su interpretación inicial⁹⁹ y propiciar un criterio más flexible respecto de esta cuestión¹⁰⁰.

En tales condiciones, no parece razonable interpretar la falta de previsión de estos supuestos por la ley 26.122 como la prohibición de prácticas convalidadas por el propio Congreso y la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema, y que contribuyen a una mayor funcionalidad en la gestión de gobierno evitando la sobrecarga de tareas en cabeza del Presidente. No debe olvidarse que otra de las finalidades de la reforma constitucional fue la desconcentración de las funciones administrativas a su cargo¹⁰¹.

Sí nos parece conveniente introducir adecuaciones en el texto legal, dirigidas a regular el control por parte del Congreso de los reglamentos delegados emitidos en consecuencia de una subdelegación. De otro modo, le bastaría al Presidente recurrir a este mecanismo para evitar el control legislativo del ejercicio de las facultades delegadas.

⁹⁸ *Fallos*, 310:2193; 311:1617 y 2339.

⁹⁹ En sus primeros trabajos posteriores a la reforma de 1994, este autor afirmó: "...ofrece dudas (...) la alusión al Poder Ejecutivo. La Constitución, en el art. 87 (...) define a este último como el órgano desempeñado por un ciudadano con el título de 'Presidente de la Nación Argentina'. (...) Se podría decir que la alusión al Poder Ejecutivo aquí es lata y comprensiva de la Administración Pública, pero parece más ajustado reservarla a la figura del Presidente de la Nación, en el sentido del art. 87. De lo contrario se establecería una especie de contradicción entre este último y el art. 76". Ver "Horizontes de la Delegación Legislativa luego de la reforma constitucional", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Año 6, N° 15 a 17 (1994), págs. 417 y 425, y "Los reglamentos delegados luego de la reforma constitucional de 1994", en *Derecho Administrativo (obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff)*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 95 y 102.

¹⁰⁰ En su última opinión sobre este tema, Bianchi sostuvo: "Parecería así que el art. 76 no aludiría solamente al presidente de la Nación sino también a otros órganos y entes integrantes de la Administración Pública. Por mi parte, a la luz de esta legislación, coincido en no extremar la rigidez interpretativa de esta norma (...) Me permito así, hacer extensivo a toda la administración el criterio expuesto por Gordillo en relación con los entes reguladores de servicios públicos" ("Dimensión actual de la delegación legislativa", cit., págs. 736-737).

¹⁰¹ Cabe remitirse a las palabras del ex Presidente Raúl Alfonsín, uno de los líderes políticos que impulsó la reforma constitucional, quien sostuvo: "En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente" ("Núcleo de coincidencias básicas", *LL*, 1994-D-824, especialmente pág. 843).

En cuanto a la delegación de segundo grado, su omisión en el texto de la ley 26.122 podría ser indicativa de la no aplicación a este supuesto del régimen del art. 76 y concordantes de la Constitución —al menos no en forma directa—, sobre todo cuando la delegación es realizada a favor de organismos descentralizados¹⁰². Somos conscientes de que este razonamiento podría generar abusos, por lo que debería analizarse la necesidad de establecer mecanismos de control específicos (en ésta o en otras leyes) que neutralicen ese riesgo.

§ 7. *Decretos de promulgación parcial de leyes*

Al igual que se prevé respecto de los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados, la ley 26.122 dispone que la Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto de promulgación parcial y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. Sólo que en este caso no se faculta a la Comisión para consultar a otras comisiones legislativas.

El dictamen de la Comisión debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia “formal” y “sustancial” del decreto de promulgación parcial. El primero de los aspectos estaría dado por la verificación de que el decreto haya sido (i) refrendado por el Jefe de Gabinete y los demás Ministros, y (ii) sometido dentro de los diez días a la propia Comisión.

El examen de la procedencia “sustancial” consiste en determinar, según se indica en la ley 26.122, si se dan cita los dos requisitos a que alude el art. 80 de la Constitución: (i) que las partes promulgadas parcialmente tengan autonomía normativa, y (ii) que la aprobación parcial no altere el espíritu o la unidad del proyecto de ley sancionado originalmente por el Congreso.

La ley deja a salvo expresamente la facultad de “insistencia” del Congreso. Cabe recordar que según el art. 83 de la Constitución las Cámaras se encuentran facultadas para insistir en la aprobación de un proyecto de ley desechado en todo o en parte por el Presidente; y que, en caso de obtenerse el voto de los dos tercios de cada Cámara, el proyecto se transforma en ley y pasa al Poder Ejecutivo directamente para su promulgación. Al respecto, el art. 15 de la ley 26.122 dispone: “Las disposiciones de esta ley y el curso de sus procedimientos no obstan al ejercicio por el Congreso de sus potestades ordinarias relativas a la insistencia respecto de normas legales total o parcialmente vetadas”.

Cabe interpretar, entonces, que la falta de rechazo o incluso la aprobación por las Cámaras del decreto de promulgación parcial no impide al propio Con-

¹⁰² El ex convencional Humberto Quiroga Lavié sostiene que las reglas del art. 76 de la Constitución sólo son aplicables respecto de la delegación en favor del Presidente, pudiendo el Congreso disponer otro tipo de control sobre las delegaciones que otorgue a, entre otros sujetos, “entes públicos creados al efecto”, que tengan a su cargo funciones de regulación. Destaca que ello es una práctica usual en los Estados Unidos, con relación a “las agencias independientes (...) que gestionan numerosas actividades” (*Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 2ª edición, Zavallía, Buenos Aires, 1997, pág. 511).

greso –aunque a primera vista parezca contradictorio– insistir posteriormente con el texto originario del proyecto promulgado sólo en parte por el Poder Ejecutivo. No podría argüirse que en esos supuestos existe un “acto propio” del Poder Legislativo equivalente a una renuncia al ejercicio de sus atribuciones constitucionales en esta materia.

§ 8. *Exclusión del control de oportunidad, mérito o conveniencia*

Como ya adelantamos, se advierte en la ley 26.122 la voluntad de excluir en la actuación de la Comisión Bicameral Permanente el control de la oportunidad, el mérito o la conveniencia de la decisión adoptada por el Presidente. Las disposiciones anteriormente reseñadas delimitan el alcance del control a la verificación de los requisitos constitucionales que habilitan el dictado de cada uno de los decretos alcanzados por el nuevo régimen.

Sin embargo, la exclusión del control de oportunidad puede no ser absoluta en el caso los decretos delegados, en cuanto se trate de determinar su adecuación a las “bases” fijadas en la ley de delegación. Este examen, en principio formal, puede aproximarse bastante a un control de mérito cuando las “bases” de la delegación remiten a criterios extra-jurídicos (por ejemplo, económicos), como con frecuencia ocurre.

Cabe reparar en algunas de las bases establecidas en las últimas leyes de delegación. En la ley 25.561, por ejemplo, la delegación de facultades dispuesta con invocación del art. 76 de la Constitución fue efectuada con arreglo a las siguientes “bases”: “1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales; 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública; 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2°”. Es evidente que, frente a una delegación efectuada en estos términos, el juicio acerca de si el decreto delegado contribuye a “reactivar el funcionamiento de la economía” o a “crear condiciones para el crecimiento económico sustentable”, etc., conlleva una valoración que parece exceder el análisis meramente formal que en principio corresponde a la Comisión según la ley 26.122.

Creemos, por eso, que el juicio de la compatibilidad entre el decreto delegado y los objetivos, finalidades o metas trazadas por el Congreso en la delegación encerrará, en muchos casos, un juicio esencialmente político, que se aproxima bastante en la práctica a un pronunciamiento sobre el mérito, la oportunidad o la conveniencia de ese instrumento.

Sin perjuicio de ello, entendemos que la exclusión del control de oportunidad, mérito y conveniencia se refiere exclusivamente a la actuación de la Comisión Bicameral Permanente, pero no se extiende al plenario de las Cámaras en el caso de los decretos de necesidad y urgencia. Más adelante fundamentaremos esta afirmación.

E. Trámite Parlamentario previsto para el control de los decretos: los alcances y efectos de la intervención del Congreso

El Capítulo IV del Título III de la norma que estamos analizando es el más extenso y se ocupa de regular, principalmente, la intervención de las Cámaras del Congreso en el procedimiento de control establecido respecto de los decretos que, por tercera vez, identifica la ley en su art. 16. Decimos “principalmente” porque este capítulo contiene disposiciones que exceden la temática a la cual remite su denominación y abarcan otros aspectos.

Es en la regulación de algunos de los aspectos correspondientes a este Capítulo, particularmente lo relativo a la falta de fijación de un plazo para el pronunciamiento de las Cámaras y el efecto jurídico que se le atribuye a su silencio, donde ha predominado un criterio permisivo que desnaturaliza en parte la razón de ser de la propia ley.

§ 9. Entrada en vigencia de los decretos

El art. 17 de la ley establece un principio claro, aplicable a todos los decretos alcanzados por este régimen de control: tienen plena vigencia desde su dictado, de conformidad con lo establecido en el art. 2º del Código Civil¹⁰³. El pronunciamiento favorable por parte del Congreso no resulta, entonces, condición necesaria para la entrada en vigor de ninguno de estos decretos.

La remisión al art. 2º del Código Civil, que regula la entrada en vigencia de las “leyes”, puede interpretarse como un reconocimiento de la naturaleza “legislativa”, y no “administrativa”, de todos los instrumentos¹⁰⁴. En el caso de los decretos de necesidad y urgencia, esa naturaleza ya había sido reconocida por la Procuración del Tesoro¹⁰⁵ y por la jurisprudencia¹⁰⁶, al excluirlos del régimen impugnatorio previsto en la ley de Procedimientos Administrativos 19.549 y su reglamento.

Entendemos que la referencia al art. 2º del Código Civil no excluye necesariamente la posibilidad de que estos decretos tengan un efecto retroactivo, cuestión que deberá regirse por el art. 3º del mismo Código¹⁰⁷, con las salve-

¹⁰³ Art. 2º, Código Civil: “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”.

¹⁰⁴ Si el legislador hubiese considerado que estos decretos son actos administrativos, su entrada en vigencia se habría regido por las previsiones de la Ley 19.549 y el Decreto 1759/72 (t.o. 1883/91).

¹⁰⁵ *Dictámenes*, 231:332, 232:252, 236:273, entre otros.

¹⁰⁶ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Fernández, Horacio Esequiel v. PEN (Decreto 290/1995) s/ empleo público”, sentencia de fecha 9 de febrero de 2000; “Luaces, Roberto Jorge v. PEN (Decreto 290/1995) s/ empleo público”, sentencia de fecha 3 de mayo de 2000, *LL*, 2000-F-235.

¹⁰⁷ Art. 3º, Código Civil: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retro-

dades adicionales que se desprendan del régimen particular aplicable a cada uno de estos instrumentos.

§ 10. *Dictamen de la Comisión Bicameral Permanente y elevación a las Cámaras – El caso de los decretos dictados con anterioridad a la ley 26.122*

El art. 19 de la ley reitera el plazo constitucional de diez días para que la Comisión Bicameral Permanente emita su dictamen y lo eleve al plenario de las Cámaras, a fin de que éstas le den inmediato y expreso tratamiento. Este plazo se cuenta, dice la ley, “desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete” (o, agregamos nosotros, por el Poder Ejecutivo, en el caso de los decretos delegados). En caso de no ser remitido el decreto a la Comisión, el art. 18 precisa que el plazo comienza a correr desde el vencimiento del término de diez días establecido para la elevación.

¿Puede prorrogarse el plazo de diez días con que cuenta la Comisión para expedirse? La ley 26.122 no lo aclara. No obstante, al tratarse de un plazo que viene impuesto por la propia Constitución, nos inclinamos por una respuesta negativa. Lo propio cabe inferir del texto del art. 20. Allí se establece que, vencido el plazo establecido por el art. 19, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, sin que exista previsión o aclaración de la cual pueda desprenderse la posibilidad de arbitrar una prórroga.

Ahora bien, en caso de considerarse aplicable el régimen de la ley 26.122 a los decretos dictados con anterioridad a su entrada en vigencia, no parece realista exigirle a la Comisión Bicameral que se expida sobre todos esos decretos en un plazo de diez días, a contarse en principio desde su efectiva integración.

Reiteramos que, frente a las dudas que plantea el art. 1º de la ley, en cuanto al ámbito temporal de aplicación de la norma, nos inclinamos por considerar que el nuevo régimen de control legislativo resulta aplicable también a los decretos de fecha anterior a la entrada en vigor a la ley 26.122 sobre los cuales el Congreso no se haya pronunciado hasta ahora. La demora del Poder Legislativo en poner en marcha la Comisión Bicameral Permanente y reglamentar el alcance de la intervención de las Cámaras no constituye una causa suficiente para excluir a esos instrumentos del control previsto por el Constituyente.

Sin embargo, para tornar factible la tarea de revisión y control que le corresponde a la Comisión, consideramos que debería fijarse (en la propia ley 26.122 o en una norma complementaria) un plazo específico en relación con esos instrumentos¹⁰⁸. Esa alternativa nos parece preferible a que, frente a las

activo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

¹⁰⁸ En principio, y dada la cantidad de decretos comprendidos en la situación que comentamos, nos parece que ese plazo no podría ser inferior a un año, a contar desde la integración de la Comisión.

dudas que podría plantear esta cuestión y la necesidad de brindar seguridad jurídica, el Congreso resuelva disponer una aprobación genérica o “en bloque” de todos los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes dictados desde 1994 hasta la promulgación de la ley 26.122, en forma similar a lo que ha ocurrido con las leyes sancionadas en virtud de lo previsto en la cláusula transitoria octava de la Constitución¹⁰⁹.

§ 11. *Inexistencia de plazo para el pronunciamiento de las Cámaras*

Elevado el dictamen de la Comisión o vencido el plazo para que ello ocurra, las Cámaras deben proceder al “inmediato y expreso tratamiento” del dictamen, en el primer caso¹¹⁰, o directamente de los decretos, en el segundo supuesto¹¹¹. En rigor, como el dictamen de la Comisión no resulta vinculante, el pronunciamiento de las Cámaras se referirá, en definitiva, a la aprobación o al rechazo del decreto de que se trate.

La ley 26.122 reitera en varias disposiciones la exigencia constitucional de que las Cámaras procedan al “inmediato”¹¹² y “expreso”¹¹³ tratamiento de la cuestión. Sin embargo, no fija un plazo para que las Cámaras efectivamente cumplan con esa obligación.

Tampoco se estableció ningún mecanismo tendiente a hacer efectivo el mandato del Constituyente, como podría haber sido la obligatoriedad de la inclusión del tema en el Plan de Labor Parlamentaria de las Cámaras, correspondiente a la primera sesión posterior a la emisión del dictamen de la Comisión Bicameral (o, en su defecto, a la sesión posterior al vencimiento del plazo con que contaba la Comisión para expedirse). Ésta era la solución prevista en varias iniciativas¹¹⁴.

Aquí reside uno de los aspectos más fuertemente impugnados por la oposición durante el debate del proyecto en el Congreso. Sostuvo el senador Gerardo Morales, en ese sentido, que “la no definición del plazo para que el Congreso se expida consagra (...) la institucionalización de la ineficacia del control parlamentario (...) Por vía de reglamentación constitucional –que es lo que se pretende a través del dictado de esta ley– se permite a las Cámaras sor-

¹⁰⁹ Nos referimos a las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135.

¹¹⁰ Art. 21, ley 26.122.

¹¹¹ Art. 20, ley 26.122.

¹¹² El carácter “inmediato” del tratamiento es exigido por los arts. 20 y 21 de la ley 26.122.

¹¹³ El carácter “expreso” del tratamiento es impuesto por los arts. 20, 21 y 22 de la ley 26.122, con cita, en el primero y el último de ellos, de los arts. 99, inc. 3, y 82 de la Constitución.

¹¹⁴ Así por ejemplo, en el proyecto del senador Ramón Saadi se establecía, con relación a las tres especies de decretos alcanzados por el régimen de control legislativo, que “el dictamen de la Comisión será elevado al plenario de ambas Cámaras, las que deberán incluirlo de inmediato en el plan de labor parlamentaria, a fin de iniciar su tratamiento expreso en la sesión más próxima” (arts. 17, 27 y 32, referidos respectivamente a los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes) (Ver Orden del Día N° 509/06 de la Cámara de Senadores).

tear sin dificultades el cumplimiento de sus facultades de control e innovar de extraordinaria en ordinaria la emisión de los decretos de necesidad y urgencia”¹¹⁵. Desde el oficialismo, en cambio, se insistió en que establecer un plazo carecía de virtualidad, ya que ningún efecto correspondería asignar al eventual silencio del Congreso.

Al respecto, puede admitirse que la fijación de un plazo, por sí sola, no sería suficiente para garantizar que las Cámaras se aboquen al tratamiento de los decretos alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo. El incumplimiento por parte del Congreso de varios de los plazos fijados en la Constitución de 1994 es un buen ejemplo de la escasa utilidad de esa técnica legislativa¹¹⁶, si no existe una voluntad política de cumplir con el mandato constitucional¹¹⁷. Además, la obligación de las Cámaras de proceder al tratamiento de esta cuestión no es susceptible de ejecución forzosa. Como bien lo reconoció el senador Ricardo Gómez Díez, “no se puede compeler a los legisladores a legislar. No los podemos obligar a sentarse en sus bancas y apretar el botón de positivo o negativo”¹¹⁸.

Pero esa circunstancia no impedía que la ley fijara un plazo, o una fecha cierta, para el tratamiento de esta cuestión por las Cámaras, y estableciera una consecuencia jurídica concreta para el supuesto de incumplirse esa obligación. Como explicó el mismo Gómez Díez, “la cuestión consiste en determinar qué se hace si no se cumple con lo que debe cumplirse”¹¹⁹. La ley 26.122 optó en cambio por no resolver expresamente ese punto. Esa decisión se encuentra íntimamente relacionada con los efectos del eventual silencio de las Cámaras sobre la validez y vigencia de los decretos, que analizaremos más adelante.

§ 12. La modalidad del pronunciamiento de las Cámaras

Las Cámaras deberán pronunciarse, dice el art. 22 de la ley, “mediante sendas resoluciones”, y cada una de ellas “comunicará a la otra su pronuncia-

¹¹⁵ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, pág. 42.

¹¹⁶ Basta recordar, como muestra, el incumplimiento del mandato previsto en la cláusula transitoria sexta de la Constitución. Allí se establece que “un régimen de coparticipación conforme a lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996...”. Sin embargo, a la fecha esta ley todavía no ha sido sancionada.

¹¹⁷ Incluso en Italia, donde la propia Constitución establece un plazo para la ratificación expresa del decreto de necesidad y urgencia por parte del Parlamento bajo pena de pérdida de eficacia en forma retroactiva (art. 77, Constitución italiana), ha ocurrido que el Gobierno, frente al vencimiento del plazo sin que se haya producido un pronunciamiento favorable Parlamento, dicta un nuevo e idéntico decreto de necesidad y urgencia que reemplaza al anterior. Mediante este sistema, la norma dictada por el Gobierno continúa vigente en la práctica, no obstante el silencio parlamentario.

¹¹⁸ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, pág. 54.

¹¹⁹ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, pág. 54.

miento de forma inmediata”¹²⁰. Se advierte aquí un cambio significativo respecto de la práctica constitucional seguida en los últimos años respecto de decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados.

Hasta ahora, cuando el Poder Legislativo decidió ratificar algunos de esos decretos, en forma total o parcial, lo hizo mediante el dictado de una ley, ya fuere una ley específica para ese fin¹²¹ o una ley con un contenido determinado que, entre otras disposiciones, incluía la ratificación del decreto¹²². En muchos casos –especialmente respecto de decretos de necesidad y urgencia–, la ratificación fue concretada a través de la ley de Presupuesto¹²³; práctica que, a pesar de ser objetada por la doctrina¹²⁴ y contraria a la prohibición establecida en el art. 20 de la Ley de Administración Financiera 24.156¹²⁵, ha sido convalidada por la Corte Suprema¹²⁶. También se recurrió a la sanción de leyes para derogar decretos de necesidad y urgencia¹²⁷ o decretos delegados¹²⁸.

En lo sucesivo, en cambio, las Cámaras se expresarán mediante resoluciones independientes, alternativa que presenta algunas ventajas respecto de la modalidad seguida hasta la sanción de la ley 26.122.

La principal de ellas es que las resoluciones de las Cámaras por las cuales se rechacen algunos de los decretos alcanzados por el nuevo régimen no podrán ser vetadas por el Poder Ejecutivo, como sí podría haber ocurrido en caso de que el rechazo hubiera sido dispuesto por ley. Esta interpretación resulta corroborada por lo dispuesto en el art. 26 de la ley que comentamos, según el cual “las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el

¹²⁰ Art. 22, primer párrafo, ley 26.122.

¹²¹ Así por ejemplo, la reciente ley 26.100, que ratificó los decretos de necesidad y urgencia 304/06 y 373/06, en virtud de los cuales fue constituida la sociedad “Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima” (“AySA”).

¹²² Así ocurrió en oportunidad de la ley 25.414, de delegación de facultades legislativas, cuyo art. 8º ratificó el decreto de necesidad y urgencia 1299/00.

¹²³ Esto fue lo que sucedió con la mayoría de los decretos referidos a la pesificación y reprogramación de depósitos bancarios y otras obligaciones, por ejemplo: los decretos de necesidad y urgencia o delegados (es dudosa su naturaleza) 905/02, 1836/02, 2167/02 y 739/03 fueron ratificados por el art. 71 de la ley 25.827 (de Presupuesto para el ejercicio 2004), mientras que los decretos de necesidad y urgencia o delegados 214/02, 320/02, 410/02 y 70/03, y sus modificatorios, fueron ratificados por el art. 64 de la ley 25.967 (de Presupuesto para el ejercicio 2005).

¹²⁴ Germán Bidart Campos, “Una grave irregularidad constitucional: la ley de presupuesto no puede convalidar decretos de necesidad y urgencia”, *LL*, Suplemento de Derecho Constitucional del 4 de agosto de 2000.

¹²⁵ Art. 20, primer párrafo, ley 24.156: “Las disposiciones generales constituyen las normas complementarias a la presente ley que regirán para cada ejercicio financiero. Contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”.

¹²⁶ *Fallos*, 323:1566, entre otros.

¹²⁷ Así por ejemplo, la ley 24.714, que derogó el decreto de necesidad y urgencia 770/96.

¹²⁸ Durante la vigencia de la ley de delegación 25.414, fue dictada la ley 25.468, mediante la cual se derogó el decreto delegado 804/01.

decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial”.

Por otra parte, la alternativa adoptada posibilita el tratamiento paralelo del decreto por parte de cada Cámara, que obviamente no habría sido factible de haberse optado por el procedimiento previsto en la Constitución para la sanción de las leyes. Ello debería permitir una mayor celeridad en el tratamiento de estos decretos, lo cual es consistente con la exigencia constitucional de que las Cámaras consideren esta cuestión “de inmediato”. El sistema de la ley también es coherente con el texto del art. 99, inc. 3º, de la Constitución, que dispone que la Comisión elevará su despacho “al plenario de cada Cámara”, expresión que ciertamente habilita la modalidad del tratamiento simultáneo¹²⁹. Claro está que las ventajas asociadas con esa posibilidad y la consecuente celeridad del trámite se desdibujan por el hecho de que la ley no haya fijado un plazo para la emisión de un pronunciamiento al respecto.

§ 13. *Alcance del control de las Cámaras – Imposibilidad de modificación de los decretos en oportunidad del trámite de control previsto por la ley*

La ley 26.122 ha generado importantes dudas sobre cuál es el alcance del control de las Cámaras sobre los decretos alcanzados por este nuevo régimen. ¿Se trata de un control formal, circunscripto a la verificación de los recaudos constitucionales que habilitan el dictado de cada uno de estos instrumentos? ¿O puede extenderse al mérito, la oportunidad y la conveniencia de la regulación dispuesta por el Poder Ejecutivo? ¿Abarca también el control constitucional sustantivo sobre el contenido de los decretos?

Como señalamos anteriormente, el control del mérito, la oportunidad o la conveniencia del decreto ha sido excluido de la actuación de la Comisión Bicameral Permanente¹³⁰. Algunos autores han entendido que esa exclusión también se extiende a las Cámaras¹³¹, interpretación que fue seguida por algunos legisladores durante el tratamiento del proyecto en el Congreso¹³².

¹²⁹ Sostuvo Gelli, con anterioridad a la sanción de la ley 26.122, que “de la redacción del texto de la Constitución, surge que el tratamiento debe ser simultáneo” (Ver Constitución..., cit., pág. 698).

¹³⁰ Esto sin perjuicio de las salvedades que efectuamos acerca de las particulares características que presenta el control de los decretos delegados, en cuanto a su compatibilidad con las bases de la delegación.

¹³¹ Señaló Badeni, en ese sentido, que “[a]l Congreso, como titular constitucional de la labor legisferante, no sólo le interesa el cumplimiento de los recaudos formales por un decreto de necesidad y urgencia o un acto de legislación delegada, sino también el contenido del documento jurídico en orden a su oportunidad y conveniencia” (ob. cit., pág. 3).

¹³² Así por ejemplo, el diputado Emilio Martínez Garbino sostuvo: “...el control del Congreso no debería limitarse a ser un control de constitucionalidad sino que tendría que examinar la oportunidad, mérito y conveniencia de las medidas adoptadas. Al ser el Congreso un órgano político no rigen los límites establecidos para el control judicial. Si el Poder ejecutivo, al examinar la ley sancionada por el Congreso, puede efectuar además del control de constitucionalidad la evaluación de la conveniencia o eficacia de la norma y vetarla total o parcial-

En nuestra opinión, no es posible brindar una respuesta unívoca en relación con este tema, que sea aplicable a las distintas clases de decretos alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo. Es claro que las Cámaras deben controlar, en todos los casos, que se cumplan los requisitos constitucionales que habilitan su dictado. En cuanto al control del mérito, oportunidad y conveniencia por parte de las Cámaras, creemos que debe considerarse excluido respecto de los decretos de promulgación parcial de leyes y de los decretos delegados¹³³, pero que resulta procedente respecto de los decretos de necesidad y urgencia.

En el primer supuesto, debe tenerse en cuenta que el Congreso ya intervino previamente al sancionar el proyecto parcialmente promulgado por el Poder Ejecutivo. Además, la Constitución habilita al Presidente a ejercer, mediante la promulgación parcial, una potestad colegislativa, cuya validez se encuentra supeditada a las exigencias que prevé el art. 83¹³⁴. Si esos extremos se cumplen, pero el Congreso no comparte el mérito, la oportunidad o la conveniencia del texto legal resultante de la promulgación parcial, la Constitución lo faculta a insistir con el proyecto originario, para lo cual deberá reunir las mayorías especiales requeridas. No parece admisible que recurra a una suerte de “atajo” constitucional y rechace el decreto de promulgación parcial según el trámite de la ley 26.122 con el argumento de que no le satisface su contenido.

En el caso de los decretos delegados, el propio Congreso ha delegado previamente su potestad de regulación en el Poder Ejecutivo. Si éste actúa dentro de las bases oportunamente fijadas, y el decreto cumple con las demás exigencias constitucionales (como así también con las que adicionalmente hubiere establecido el propio Congreso en la ley de delegación), en nuestra opinión las Cámaras no estarían facultadas para rechazarlo según el trámite previsto en la ley 26.122. Si el Congreso no comparte el criterio del Presidente, deberá derogar el decreto mediante el dictado de una ley, e incluso retomar las facultades delegadas (también a través de una nueva ley, derogatoria o modificatoria de la ley de delegación). En ambos casos, el Poder Ejecutivo podrá ejercer su poder de veto.

La situación de los decretos de necesidad y urgencia es diferente, ya que el Congreso no ha tenido intervención anterior en relación con la materia regulada. En efecto, no habrá existido aquí un proyecto de ley aprobado por

mente, corresponde al Poder Legislativo igual facultad en el examen de normas de carácter legislativo emitidas por el Ejecutivo. Este es un concepto que no veo capear en el proyecto de la mayoría que hoy se procura sancionar y que será ley en caso de resultar aprobado” (Transcripción provisional de la Sesión de la Cámara de Diputados correspondiente al 20 de julio de 2006, págs. 64 y 65).

¹³³ Con los matices mencionados en § 8 *in fine*.

¹³⁴ Es decir (i) que las partes promulgadas parcialmente tengan autonomía normativa, y (ii) que la aprobación parcial no altere el espíritu o la unidad del proyecto de ley sancionado originalmente por el Congreso.

ambas Cámaras, como en el caso de la promulgación parcial, ni una previa delegación legislativa, con predeterminación de las “bases” para su ejercicio. El decreto de necesidad y urgencia contendrá una regulación dispuesta por el Presidente a título propio, sin otras limitaciones que las que prevé la propia Constitución. En virtud de esa circunstancia, nos parece que no resulta razonable excluir el control por parte de las Cámaras acerca del mérito, la oportunidad o la conveniencia del decreto. La facultad del Congreso para ejercer ese control fue expresamente reconocida por la Corte Suprema, por cierto, en el caso “Rodríguez”¹³⁵. Una interpretación distinta llevaría al cercenamiento de las atribuciones constitucionales del Congreso, que necesariamente comprende un amplio margen de discrecionalidad en la regulación legislativa de las diversas materias que la Constitución le encomienda.

Desde luego que, con relación a todos los decretos alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo, el Poder Legislativo se encuentra también habilitado para examinar, durante el trámite de la ley 26.122, su constitucionalidad “material”. Es decir, para verificar si el decreto viola derechos o garantías constitucionales. Resultaría irrazonable sostener que si el decreto cumple con las exigencias constitucionales que habilitan su dictado, el Congreso se encuentra obligado a aprobarlo aun cuando ese instrumento se encuentre en pugna con otras disposiciones de la Carta Magna. Bien puede ocurrir, por ejemplo, que un decreto de necesidad y urgencia se adecue a las previsiones del art. 99, inc. 3º, de la Constitución, pero que igualmente resulte violatorio del derecho de propiedad, o del derecho a la igualdad, o de los derechos de los trabajadores. No advertimos limitación alguna para que en ese supuesto las Cámaras resuelvan rechazar el decreto mediante el trámite previsto en la ley 26.122.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento de las Cámaras debe ser único con relación a todo el decreto. El art. 23 de la ley 26.122 prohíbe introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del decreto. Las Cámaras deben circunscribirse, establece la ley, “a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”.

Este impedimento es una consecuencia lógica de que la ley haya adoptado la forma de resolución como modalidad de pronunciamiento de las Cámaras y permita el tratamiento simultáneo de los decretos.

De admitirse la modificación del texto de estos decretos mediante meras resoluciones de las Cámaras, el legislador habría creado una nueva fuente de derechos y obligaciones que la Constitución no prevé. Además, las “enmiendas, agregados o supresiones” implicarían la sanción, por parte del Congreso, de una nueva norma, al menos parcialmente. Como esos aspectos de la norma no podrían ser vetados por el Poder Ejecutivo (por tratarse de una resolución),

¹³⁵ Fallos, 320:2851. Ver considerando 15º, *in fine*. Como explicaremos más adelante, no compartimos lo expuesto en la primera parte de ese considerando.

se alteraría el procedimiento de sanción de las leyes establecido en la Constitución.

Por otro lado, la inexistencia de un orden preestablecido para el tratamiento de los decretos podría dar lugar a que las Cámaras efectúen, cada una de ellas, distintas modificaciones a su texto. Ello obligaría a pasar cada resolución “en revisión” al otro cuerpo, con la dificultad de determinar cuál debe ser considerada la Cámara de origen.

Naturalmente, una vez cumplido el trámite previsto en la ley 26.122, el Congreso podrá efectuar las modificaciones que considere oportunas al decreto de necesidad y urgencia o al decreto delegado o a la ley parcialmente promulgada, en todos los casos según el trámite previsto para la sanción de las leyes (arts. 77 a 84, Constitución Nacional).

El art. 25 corrobora esta posibilidad al establecer que las disposiciones de la ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos “no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo”. Aunque ese precepto sólo se refiere a las potestades de “derogación”, va de suyo que, *a fortiori*, deben considerarse comprendidas las potestades de “modificación” o “sustitución” normativa por parte del Poder Legislativo. Creemos que el Congreso podría incluso introducir modificaciones al decreto de necesidad y urgencia o delegado, o a la ley parcialmente promulgada, aunque las Cámaras todavía no se hayan expedido sobre la validez del respectivo decreto según el trámite previsto en la ley 26.122, si bien sería preferible –por razones de seguridad jurídica– que el tratamiento de esta cuestión fuera previo¹³⁶.

§ 14. *El pronunciamiento de las Cámaras – Sus efectos sobre la vigencia y la validez del decreto*

Este aspecto representa, nos parece, el núcleo de la ley que comentamos, la cuestión más sensible de todas las que introduce esta nueva regulación –dadas sus directas consecuencias sobre la relación entre el Poder Ejecutivo y el Congreso en nuestro sistema de creación legislativa– y, por esas razones, la que generó mayores discusiones en el plano político.

Llamativamente, la ley le dedica un único artículo al tema, el art. 24, que establece que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.

No están expresamente contemplados, en cambio, los otros escenarios posibles. Es obvio que si ambas Cámaras se han pronunciado a favor de la

¹³⁶ ¿Qué efecto tendría, cabe preguntarse, la modificación por ley de un decreto sobre el cual las Cámaras no se pronunciaron? Posiblemente se argumente que ello implica su ratificación tácita por parte del Congreso. Pero también podrá sostenerse que el mecanismo por el cual las Cámaras deben expresar su aprobación del decreto es el que establece la ley 26.122, que en esta hipótesis no habría sido cumplido aún. Frente a las dudas que podrían plantearse, este procedimiento resulta desaconsejable.

aprobación del decreto, no hay margen para dudas en cuanto a la voluntad del Congreso. Pero, ¿qué ocurre cuando las Cámaras no se pronuncian sobre el decreto? ¿O cuando sólo una de las Cámaras se ha pronunciado por el rechazo del decreto?

El oficialismo fundamentó su decisión de no atribuir efectos al silencio de una de las Cámaras, o de ambas, en lo dispuesto por el art. 82 de la Constitución, según el cual “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

A partir de lo establecido en esa cláusula constitucional, la senadora Fernández de Kirchner consideró que el Congreso no se encuentra facultado para asignar al silencio de una o ambas Cámaras efecto aprobatorio del decreto. En ese sentido, sostuvo: “¿Por qué sostengo que lo dicho sobre la sanción ficta del artículo 82 es aplicable? Es decir, ¿por qué jamás por el transcurso del tiempo o del silencio podríamos nosotros determinar que algo se aprueba? Por una cuestión muy simple. Cuando hablamos de la modificación que sufre el capítulo de ‘Formación y sanción de las leyes’, el artículo 82, que no estaba incluido, se incluye expresamente. Fíjese lo que dice: ‘La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente...’. Vuelvo a leer el artículo 99, inciso 3): ‘Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras’. Dice el artículo 82: ‘La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos la sanción tácita o ficta’. El senador Pichetto sostenía, en virtud del derecho público provincial, que podía darse la sanción ficta. Yo sostengo que no porque el derecho público constitucional provincial lo fijan la letra y el texto de las constituciones de las provincias (...) Pero, legal y constitucionalmente, la letra de la Constitución Nacional es la que tenemos, que no es la letra de Salta, Río Negro ni San Juan...”¹³⁷.

Y agregó después: “La regla del artículo 82 antes recordada importa limitaciones (...) a la atribución legislativa de regular los alcances e intervención del Congreso. Éste podrá, como ya se dijo, omitir la fijación de plazos para el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia por las cámaras, establecerlos y no fijar consecuencia alguna a su vencimiento, o bien asignar a su transcurso el significado de rechazo del decreto. No podrá, en cambio, asignar como consecuencia al paso del tiempo la ratificación del decreto porque estaría declarando sancionada una ley con violación de la regla que excluye en todos los casos la sanción tácita o ficta”¹³⁸.

Lo expuesto hasta allí por la senadora Fernández de Kirchner resulta razonable y compartible. Lo cierto es, sin embargo, que la falta de atribución de efectos aprobatorios del silencio de las Cámaras queda relativizada por el he-

¹³⁷ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, pág. 18.

¹³⁸ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, págs. 98-99.

cho de que, del sistema de la ley 26.122, se sigue claramente que el decreto continúa en vigencia aun cuando no haya sido aprobado por el Congreso.

Ya vimos que el art. 17 dispone que el decreto entra en vigor desde la fecha que fije o, en su defecto, después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial, y que el art. 24 establece que la derogación se produce una vez que es rechazado por ambas Cámaras, rechazo que –según el art. 22– debe ser expreso. Por ende, de no mediar una voluntad coincidente de ambas Cámaras en contra del decreto, éste seguirá en vigencia y será plenamente aplicable a las situaciones alcanzadas por la regulación que de él resulte.

El nuevo texto legal no deja espacio para interpretar que el rechazo del decreto puede ser inferido del pronunciamiento adverso de una sola de las Cámaras. Esa posibilidad había sido admitida, con relación a los decretos de necesidad y urgencia, en varios de los votos de la Corte Suprema en el fallo recaído en la causa “Della Blanca” (1998)¹³⁹ –si bien aplicando la doctrina elaborada durante el régimen anterior a la reforma constitucional– y también había sido sugerida por destacada doctrina¹⁴⁰. De acuerdo con la nueva ley, en cambio, para que pierda vigencia el decreto (cualquiera de los decretos alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo) es necesario que sea rechazado por parte de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras.

Por esa razón, desde la oposición se cuestionó que, en la práctica, se estaba consagrando la aprobación “ficta” de estos decretos. Paradójicamente, se invocó la misma cláusula constitucional, el art. 82, para impugnar este aspecto del texto finalmente sancionado.

Esta posición fue expuesta, entre otros, por el senador Rodolfo Terragno, quien impulsaba un proyecto que reproducía, textualmente, uno presentado por Cristina Fernández de Kirchner en 2000, cuando cumplía mandato como diputada nacional¹⁴¹. Ese proyecto establecía la pérdida de vigencia de los de-

¹³⁹ *Fallos*, 321:3123. En este caso se analizó la validez del decreto de necesidad y urgencia 1477/89, por el que se asignó carácter no remunerativo a los tickets canasta que los empleadores entregaren a sus dependientes, modificando así lo dispuesto por la ley de contrato de trabajo 20.744. Si bien el decreto fue juzgado a la luz del régimen constitucional anterior a la reforma de 1994, nos parece oportuno recordar el razonamiento seguido en ese fallo. En cuanto aquí interesa, en el pronunciamiento de la Corte se hizo mérito de que la Comisión de Legislación Laboral de la Cámara de Senadores había emitido un dictamen por el cual aconsejaba rechazar el decreto 1477/89, y de que la Cámara de Diputados había aprobado un proyecto de ley que lo derogaba. Es claro que en ningún momento la voluntad de ambas Cámaras se había integrado en solo acto legislativo que derogara expresamente la norma. A pesar de ello, tres ministros fundaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto impugnado señalando, entre otros motivos, que de la actividad de las Cámaras se desprendía la inexistencia de voluntad ratificatoria por parte del Congreso (Ver los votos de los ministros Carlos Fayt, considerando 5º; Enrique Petracchi, considerando 5º, y Antonio Boggiano, considerando 8º, con sus respectivos matices).

¹⁴⁰ Expresó Gelli, antes de la sanción de esta ley, que “si el decreto de emergencia fuese rechazado por alguna de las Cámaras, se entenderá rechazado por el Congreso pues, de darse la hipótesis de rechazo de alguna de las Cámaras, no existiría voluntad ratificatoria del Congreso” (*Constitución...*, cit., pág. 698).

¹⁴¹ Expte. 6876-D-00.

cretos que no fueran aprobados por las Cámaras dentro de los treinta días siguientes al dictamen de la Comisión Bicameral Permanente.

Sostuvo Terragno, haciendo expresa mención de las diferencias entre el proyecto impulsado por el oficialismo y aquella iniciativa anterior de la entonces diputada Fernández de Kirchner, lo siguiente: “El proyecto de la senadora dice: el rechazo o la aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. ¿Qué quiere decir esto? Que el sí o el no debe ser expreso. ¿Y si el Congreso no dice ni sí ni no? El proyecto de la diputada [Fernández de Kirchner] decía que en este caso, transcurrido un plazo, hay derogación ficta. Si no hay derogación ficta y el proyecto sigue vigente, la falsa discusión entre la senadora Fernández de Kirchner y el senador Pichetto no existe. Si no hay derogación ficta y el decreto sigue vigente hay aprobación ficta, se la llame así o no se la llame así, y esto viola el artículo 82 de la Constitución. (...) Este es un proyecto en el cual, aunque se lo disfrace, se establece la aprobación ficta, porque el silencio hace que el decreto mantenga su vigencia. (...) Entonces, si decimos que este decreto mantiene su vigencia mientras no se lo derogue estamos violando el artículo 82 de la Constitución Nacional”¹⁴².

Es evidente que las tesis transcriptas atribuyen un distinto significado al mismo texto constitucional, en cuanto a su incidencia en esta materia. Para la senadora Fernández de Kirchner, el art. 82 de la Constitución impide al Congreso asignar al silencio de las Cámaras el efecto de una convalidación, por lo que la ley 26.122, al no hacerlo y exigir, en cambio, la aprobación expresa (sin fijar plazos), se ajusta al marco constitucional. Para el senador Terragno, en cambio, la nueva ley se encuentra en pugna con el citado art. 82, ya que el mantenimiento de la vigencia del decreto a pesar de que no exista un pronunciamiento favorable de las Cámaras equivale a consagrar la aprobación tácita de ese instrumento.

Si bien ambas posiciones son claras, entendemos necesario efectuar algunas precisiones al respecto. En primer lugar, no creemos que la aprobación expresa del decreto sea estrictamente asimilable a la situación que Terragno califica como “aprobación ficta”. Si bien la falta de pronunciamiento de las Cámaras, o incluso el rechazo por una sola de ellas, no impedirá que el decreto continúe en vigencia, es probable que el margen de control judicial sobre el decreto pueda variar según éste haya sido aprobado o no por el Congreso.

Además, nos parece que la discusión entre los senadores Fernández de Kirchner y Terragno, como así también el debate en general, se caracterizó por enfocar la cuestión mayormente de cara a la situación de los decretos de necesidad y urgencia, cuando en rigor la ley 26.122 reglamenta el control legislativo sobre tres especies distintas de decretos, cada una de las cuales tiene un régimen constitucional específico.

¹⁴² Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, págs. 36-37.

Resulta conveniente, por ello, analizar separadamente cuál es el impacto de la nueva regulación, y los posibles escenarios que pueden derivarse de su implementación, con relación a cada una de esas clases de decretos.

a) Decretos de necesidad y urgencia

La ley se aparta del saludable criterio que visualiza a la ratificación legislativa como un requisito indispensable para la validez de estos instrumentos. Puede decirse que ésa era la posición tradicional antes de la reforma de 1994, entre los autores que admitían la viabilidad constitucional de los decretos de necesidad y urgencia. Enseñaba Joaquín V. González, con cita de los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema sobre esta cuestión, que la ratificación legislativa era necesaria para que el decreto tuviera “fuerza de ley”¹⁴³.

Es verdad que en el recordado caso “Peralta”¹⁴⁴ el Alto Tribunal admitió la ratificación tácita al entender que el Congreso, al no haber derogado u objetado el decreto de necesidad y urgencia que se cuestionaba en el caso, lo había aprobado. Sin embargo, algunos consideraron que esa doctrina había quedado superada con la reforma constitucional, sobre todo en virtud de lo dispuesto en el art. 82 de la Constitución, y que, en lo sucesivo, el Congreso debería proceder a la expresa ratificación de estos instrumentos como requisito para su validez¹⁴⁵.

Luego de la reforma y ante la falta de sanción de la ley reglamentaria prevista en el art. 99, inc. 3º, de la Constitución, la Corte Suprema tuvo una postura zigzagueante en torno de esta cuestión, caracterizada además por la ausencia de mayorías definidas.

En el caso “Rodríguez” (1997)¹⁴⁶, que fue el primero en el que un decreto de necesidad y urgencia fue juzgado a tenor del nuevo régimen constitucio-

¹⁴³ Sostenía este autor que “...puede el Poder Ejecutivo, al dictar reglamentos o resoluciones generales, invadir la esfera legislativa, o en casos excepcionales o urgentes, crear necesario anticipar la sanción de una ley”, y a continuación agregaba (con cita de los primeros precedentes de la Corte Suprema sobre esta cuestión): “...entonces, la ulterior aprobación de sus decretos por el Congreso da a éstos el carácter y la fuerza de leyes” (*Manual de la Constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1951, pág. 538).

¹⁴⁴ *Fallos*, 313:1513.

¹⁴⁵ Resultan muy gráficas, en ese sentido, las expresiones del constituyente Miguel Ángel Ortiz Pellegrini durante la Convención de 1994, al explicar el sentido del actual art. 82 de la Constitución y su incidencia sobre el régimen de los decretos de necesidad y urgencia: “...derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso ‘Peralta’, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso ‘Peralta’ ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Santa Fe-Paraná 1994, Secretaría Parlamentaria, Dirección Publicaciones, 19ª Reunión, 3ª Sesión ordinaria, del 28 de julio de 1994, T. II, págs. 2452-2453).

¹⁴⁶ *Fallos*, 320:2851. En este caso se analizó la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 842/97, que ratificó dos decretos anteriores (375/97 y 500/97, dictados con in-

nal, la mayoría de la Corte Suprema consideró, en lo que aquí interesa, que el Poder Ejecutivo “cumplimentó su parte” del “trámite constitucional” al poner la medida “a consideración del Congreso Nacional”¹⁴⁷; por lo que el silencio del Poder Legislativo hasta la fecha del pronunciamiento del Alto Tribunal, si bien no importaba ratificación, tampoco afectaba la validez de la norma, que aparecía encuadrada en el marco constitucional¹⁴⁸.

Luego, en “Verrocchi” (1999)¹⁴⁹, el Alto Tribunal descartó que la derogación mediante una ley del decreto analizado en esa causa pudiera implicar una “ratificación” convalidante por parte del Congreso¹⁵⁰, pero en definitiva el decreto fue descalificado por no haberse acreditado la concurrencia de “las circunstancias fácticas” que la norma constitucional requiere para habilitar su dictado¹⁵¹.

En el fallo “Guida” (2000)¹⁵², la ratificación del Congreso aparece, para el voto principal, como el elemento más relevante y definitorio de la validez del decreto¹⁵³. En ese caso, la ratificación había sido efectuada expresamente, mediante la aprobación del decreto cuestionado en la ley de presupuesto¹⁵⁴. Un

vocación de atribuciones propias y delegadas, no de necesidad y urgencia), por los cuales el Poder Ejecutivo había establecido el marco regulatorio y el régimen privatización del servicio aeroportuario.

¹⁴⁷ Considerando 14°.

¹⁴⁸ Considerando 15°.

¹⁴⁹ *Fallos*, 322:1726. En este precedente se juzgó la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 770/97 (reglamentado por el decreto 771/97), que dispuso un nuevo régimen de asignaciones familiares, derogando la ley 18.017.

¹⁵⁰ Considerando 11° del voto de los ministros Carlos Fayt, Augusto Belluscio y Gustavo Bossert; considerando 16° del voto del ministro Petracchi, y considerando 9° del voto del ministro Antonio Boggiano.

¹⁵¹ Considerando 10° del voto de los ministros Carlos Fayt, Augusto Belluscio y Gustavo Bossert, y considerando 7° del voto del ministro Antonio Boggiano. Cabe recordar que el ministro Enrique Petracchi se expidió por la nulidad de los decretos por considerar que el Presidente no podía ejercer la facultad prevista en el art. 99, inc. 3°, de la Constitución hasta tanto fuera dictada la ley dirigida a regular “los alcances de la intervención del Congreso”.

¹⁵² *Fallos*, 323:1566. En este caso se analizó la validez del decreto de necesidad y urgencia 290/95, en cuanto dispuso la reducción de las remuneraciones de los empleados del sector público.

¹⁵³ En el considerando 6° del voto principal (suscripto por los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo López) se sostuvo: “...la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al art. 99 inc. 3°, de la Constitución Nacional, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional al enfrentar la crisis”.

¹⁵⁴ Se trataba de la ley 24.624 (de Presupuesto para el ejercicio 2006), que en su art. 18 había ratificado el decreto 290/95.

par de años después, en el caso “Smith” (2002)¹⁵⁵, la Corte Suprema admitió la procedencia de la ratificación tácita¹⁵⁶, aunque esa circunstancia no fue decisiva en el fallo, que declaró la inconstitucionalidad del decreto por razones sustanciales.

Tal vez sea en la causa “Müller” (2003)¹⁵⁷, donde se observa el pronunciamiento más próximo a la exigencia de la ratificación legislativa como requisito de validez del decreto de necesidad y urgencia. El voto mayoritario, remitiéndose al dictamen del Procurador General, ponderó que en el caso había mediado la “necesaria intervención del Congreso en el trámite de ratificación de los decretos de necesidad y urgencia que exige la Ley Fundamental”¹⁵⁸. Cabe destacar que en este fallo se entendió que la ratificación podía derivarse de la derogación del decreto por medio de una ley de contenido similar, posibilidad que había sido desechada, como ya vimos, en el caso “Verrocchi”.

En el derrotero seguido por la Corte después de la reforma de 1994 también existieron pronunciamientos referidos a decretos de necesidad y urgencia en los cuales el Alto Tribunal no abordó expresamente la actuación de las Cámaras posterior al dictado del decreto. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso “Risolia de Ocampo” (2000)¹⁵⁹, en el cual el voto principal analizó directamente la validez sustancial del decreto, y lo declaró inconstitucional por considerar

¹⁵⁵ *Fallos*, 325:28. En este precedente la Corte Suprema tuvo que analizar, al resolver un recurso “Per Saltum” (previsto en el derogado art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) contra una medida cautelar dispuesta en primera instancia, la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 1570/01, que había establecido fuertes restricciones contra la disponibilidad de los fondos acreditados en cuentas bancarias.

¹⁵⁶ En el considerando 6º del voto de la mayoría en ese precedente se concluyó que “la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (...) tácitamente ratificó el decreto 1570/2001”.

¹⁵⁷ *Fallos*, 326:1138. En este caso se juzgó la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 430/00, que había dispuesto una reducción de las remuneraciones de los empleados del sector público.

¹⁵⁸ En ese pronunciamiento, el voto principal (suscripto por los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo López) adhirió al dictamen del Procurador General, que en su punto IV sostuvo: “Respecto de la necesaria intervención del Congreso en el trámite de ratificación de los decretos de necesidad y urgencia que exige la Ley Fundamental, cabe señalar que, en el caso, ello se verificó mediante la derogación expresa del decreto 430/2000 dispuesta por la ley 25.453 (art. 18, a partir de la vigencia de ésta, de donde surge de modo inequívoco que lo tuvo por válido hasta ese momento, sin que obste a ello la circunstancia de que el decreto de necesidad y urgencia 896/2001 también derogó al primero, porque la ley los derogó a ambos. Ésta es la inteligencia que –a mi modo de ver– mejor concilia las facultades-deberes de control del Poder Legislativo con las ejercidas por el Ejecutivo, a la luz de la obligación de pronunciarse en forma expresa que impone al primero el art. 82, CN, y el modo efectivo en que se manifestó su voluntad”.

¹⁵⁹ *Fallos*, 323:1934. En este precedente la Corte Suprema debió expedirse acerca del decreto de necesidad y urgencia 290/97, que declaró en estado de emergencia a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros y a la situación de las empresas prestadoras de ese servicio, autorizándolos a pagar en hasta sesenta cuotas mensuales las obligaciones de dar sumas de dinero resultantes de sentencias judiciales de condena por daños y perjuicios producidos por vehículos afectados y en ocasión de la prestación del servicio.

que no daban cita las exigencias resultantes de la doctrina de la emergencia¹⁶⁰. E incluso en el caso “San Luis” (2003), en el que, como ya mencionamos, el voto principal declaró la invalidez del decreto 214/02, analizado como reglamento de necesidad y urgencia, por considerar que el Poder Ejecutivo no se encontraba habilitado para ejercer esa potestad mientras se encontrara en vigencia una delegación legislativa sobre la misma materia.

En conclusión, si bien la Corte no ha llegado a exigir expresamente, como requisito de validez del decreto de necesidad y urgencia, la actuación aprobatoria posterior del Congreso, a lo largo de sus pronunciamientos dictados con posterioridad a la reforma de 1994 es posible advertir cómo la ratificación fue asumiendo una importancia creciente. Es más, en el fallo “Müller” parecía observarse un avance significativo hacia la exigencia de la ratificación legislativa¹⁶¹.

La ley 26.122 se aleja claramente de esa orientación, ya que no consagra a la aprobación del Congreso como condición de validez del decreto. La decisión del legislador traduce una interpretación según la cual el decreto de necesidad y urgencia sería un acto “simple”, para cuyo perfeccionamiento basta la actuación singular y exclusiva del Poder Ejecutivo.

Cabe tener presente, en ese sentido, que la exigencia o no de la actuación aprobatoria posterior del Poder Legislativo está relacionada con la naturaleza que se le asigne al acto. El criterio según el cual esa aprobación resulta condición necesaria parte de la caracterización del decreto de necesidad y urgencia como acto “complejo”, que exige la voluntad concurrente del Poder Ejecutivo y del Congreso¹⁶². Si, en cambio, se adhiere a un criterio opuesto, según el cual el decreto de necesidad y urgencia constituye un acto “simple”, la actuación ratificatoria posterior del Poder Legislativo no es condición de validez del instrumento.

Durante el tratamiento de la ley 26.122 en las Cámaras, la concepción del acto complejo fue defendida, entre otros, por el senador Ernesto Sanz, quien señaló: “Lo que ha cambiado es que ya no se considera al decreto de necesidad y urgencia como un acto complejo, sino como un acto simple (...) Lo que se pretende consolidar es la doctrina de que el Poder Ejecutivo a partir de 1994 es colegislador. Porque la doctrina del acto complejo establece que el legisla-

¹⁶⁰ Ver considerando 9º del voto de los ministros Carlos Fayt y Adolfo Vázquez.

¹⁶¹ Es verdad que, literalmente interpretado, en este pronunciamiento se afirmarían también que lo necesario es la intervención del Congreso en el trámite de ratificación del decreto de necesidad y urgencia, y no la ratificación propiamente dicha. No obstante, la necesidad de la intervención del Congreso en el trámite de ratificación es obvia, por lo que la doctrina emanada del voto principal emitido en este fallo sería, en rigor, indicativa de la necesidad de la ratificación legislativa como condición de validez del decreto.

¹⁶² Esta concepción fue expuesta claramente por el ministro Enrique Petracchi en su voto concurrente en el caso “Verrocchi”, con cita del debate acerca de esta cuestión en la Convención Constituyente de 1994 y de la doctrina constitucional española sobre el régimen de los “decretos-leyes” en la Constitución de ese país, que identificó como fuente de nuestro texto constitucional en esta materia (ver considerandos 7º a 15).

dor es el Poder Legislativo (...) Solamente por circunstancias excepcionales de necesidad y de urgencia, y siempre que no se puedan seguir los procedimientos ordinarios, esa facultad puede arrogársela el Poder Ejecutivo. Pero tan excepcional es, que necesita la convalidación del Poder Legislativo. Por eso es un acto complejo (...) ¿Cuál es la consecuencia de que sea acto complejo o acto simple? Si es acto complejo, además de la excepcionalidad, el Poder Legislativo debe avocarse de inmediato y la ley reglamentaria debe establecer un mecanismo estricto de plazos y sanciones (...) Por el contrario, si uno considera que esto es un acto simple, la intervención del Congreso es secundaria y, por lo tanto, lo cierto es que da lo mismo que se trate o que no se lo haga”¹⁶³.

Desde el oficialismo, fue el diputado Juan Manuel Urtubey quien sostuvo explícitamente la teoría del acto simple: “...la inacción del Congreso no puede obturar una facultad reconocida por el constituyente en otro poder, que es el Poder Ejecutivo (...) El dictado de un decreto de necesidad y urgencia se perfecciona con la sola firma del presidente y el refrendo del acuerdo general de ministros. Luego tiene lugar la intervención del Congreso de la Nación...”¹⁶⁴.

La postura adoptada en la ley 26.122 también había sido respaldada por la senadora Fernández de Kirchner al expresar: “...en realidad, el decreto de necesidad y urgencia tiene, en vistas del ordenamiento jurídico y el alcance que le estamos dando, plena validez desde el momento de su dictado. ¿Por qué digo esto? Cuando la Constitución ha querido darle consecuencia a los silencios, o ha querido una actitud posterior de la Cámara, en un acto complejo, lo ha hecho expresamente, en la propia reforma constitucional”¹⁶⁵.

En nuestra opinión, habría sido claramente preferible respetar la concepción del decreto de necesidad y urgencia como acto complejo, ya que es la que mejor se ajusta a la intención del Constituyente de admitirlo como un instrumento excepcional, extraordinario, que se desprende claramente de los términos del art. 99, inc. 3º, de la Constitución¹⁶⁶. El mecanismo adoptado por la ley 26.122 permitirá, en cambio, una utilización frecuente de este argumento, convalidándose así una práctica institucional contraria a los objetivos que

¹⁶³ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, págs. 89, 90 y 91.

¹⁶⁴ Transcripción provisional de la Sesión de la Cámara de Diputados correspondiente al 20 de julio de 2006, pág. 21.

¹⁶⁵ Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, pág. 18.

¹⁶⁶ Coincidimos con Guillermo Schinelli, en cuanto a que la interpretación seguida por el oficialismo no era la única posible ni la que necesariamente se seguía de la aplicación del art. 82 de la Constitución. Como señala este autor, el rigor de las expresiones contenidas en el art. 99, inc. 3 (“no podrá en ningún caso”, “nulidad absoluta e insanable”), como así también la continuada vigencia del art. 29 de la Constitución Nacional, permitían al Congreso interpretar que la Carta Magna lo autorizaba a limitar al máximo la utilización de los decretos de necesidad y urgencia, y establecer un plazo al cabo del cual, de no mediar ratificación legislativa, se produjera la caducidad de ese instrumento. Ver “Decisiones expresas del Congreso (el artículo 82 de la Constitución Nacional)”, *ED*, Suplemento de Derecho Constitucional del 22 de agosto de 2006, pág. 1 (esp. pág. 3).

guiaron la última reforma constitucional. Desde esta perspectiva, nos parece que eran superiores al texto finalmente sancionado aquellas propuestas que fijaban un plazo para que las Cámaras se pronuncien, expirado el cual se producía la caducidad del decreto de "necesidad y urgencia"¹⁶⁷.

Sin embargo, no resulta fácil sostener, frente a la indefinición del art. 99, inc. 3º, de la Constitución en cuanto al comportamiento esperado por parte del Congreso, que el criterio adoptado por la ley sea incompatible con la letra del texto constitucional.

La Carta Magna impone, entre otros requisitos, el sometimiento de los decretos de necesidad y urgencia a la consideración de la Comisión Bicameral y el inmediato tratamiento de las Cámaras, pero de su texto no se sigue, como única solución posible, que la falta de aprobación por el Congreso determine la caducidad o invalidez del decreto. El Constituyente, en una decisión desacertada, delegó en el propio Poder Legislativo la determinación "de los alcances de la intervención del Congreso", sin mayores precisiones adicionales. Existía, pues, un margen de discrecionalidad para el legislador, que pudo haber consagrado una u otra solución.

En ese marco, al sancionarse la ley 26.122 el legislador optó por un sistema que, insistimos, no satisface nuestras expectativas, ya que muy probablemente no implicará revertir el actual desequilibrio de fuerzas entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, sino más bien su profundización. Pero ello no alcanza, en nuestra opinión, para considerarlo inconciliable con lo dispuesto en el art. 99, inc. 3º, *in fine*, de la Constitución, que no resolvió esta cuestión en un sentido definido¹⁶⁸. Sobre todo ante la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la tacha de inconstitucionalidad procede únicamente cuando la repugnancia de la norma con la Ley Fundamental es manifiesta, clara e indudable¹⁶⁹.

No obstante, sí se podría sostener que la solución adoptada por la ley, especialmente por las consecuencias que de ella se pueden derivar en la práctica institucional, afecta los principios de división de poderes y de corrección funcional que informan todo el texto constitucional y están particularmente presentes en los arts. 1º, 29, 76 y 99, inc. 3º¹⁷⁰. Asimismo, es abiertamente

¹⁶⁷ El proyecto del senador Rodolfo Terragno, que como vimos reproducía una iniciativa de la entonces diputada Cristina Fernández de Kirchner, establecía que "dentro de los treinta días contados a partir de la fecha del dictamen" de la Comisión Bicameral Permanente "el plenario de cada Cámara deberá tratar el mismo, pronunciándose por su aprobación o rechazo" y que "transcurrido dicho plazo sin que uno o ambos cuerpos se hayan expedido, el decreto de necesidad y urgencia carecerá de vigencia y sus disposiciones no tendrán efectos de ninguna naturaleza" (art. 24) (Ver Orden del Día N° 509/06 de la Cámara de Senadores).

¹⁶⁸ Como señala Mairal, a diferencia de algunos de los textos constitucionales europeos que fueron utilizados como fuente para la regulación de este instituto "nuestros constituyentes de 1994 no fijaron plazo para la ratificación ni privaron de efectos al decreto no ratificado" (ob. cit., pág. 23).

¹⁶⁹ *Fallos*, 314:424, considerando 4º, y sus citas, entre muchos otros.

¹⁷⁰ Ésta parece ser la postura sostenida por Osvaldo Pérez Sanmartino: cfr. "La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad", *LL*, Supl. Actualidad, 17 de agosto de 2006.

contraria a los propósitos de atenuación del presidencialismo y de consolidación del rol institucional del Congreso que persiguió la reforma constitucional de 1994¹⁷¹.

En definitiva, corresponderá a la Corte Suprema, como “intérprete final de la Constitución”, determinar, en algunos de los casos que en el futuro lleguen a su instancia, los efectos del silencio de las Cámaras y la constitucionalidad del criterio adoptado en la nueva ley. Al respecto, cabe puntualizar que si bien, como ya vimos, la actuación ratificatoria posterior del Congreso no ha sido expresamente consagrada por el Alto Tribunal como condición de validez de los decretos de necesidad y urgencia, dos de sus actuales integrantes han emitido votos en ese sentido en pronunciamientos posteriores a la última reforma constitucional¹⁷².

b) Decretos delegados

La valoración del régimen establecido por la ley resulta diferente desde la óptica de los decretos delegados. Era mayormente aceptado que, a la luz del texto constitucional, los decretos delegados tienen validez y vigencia aun an-

¹⁷¹ Como se expresó en el voto principal de la Corte Suprema en el caso “Verrocchi”: “...los constituyentes de 1994 no han eliminado el sistema de separación de las funciones del gobierno, que constituye uno de los contenidos esenciales de la forma republicana prevista en el art. 1º de la Constitución Nacional. En este sentido, los arts. 29, 76 y 99 revelan la preocupación del poder constituyente por mantener intangible como principio un esquema que, si bien completado con la doctrina de los controles recíprocos que los diversos órganos se ejercen, constituye uno de los pilares de la organización de la Nación, por cuanto previene los abusos gestados por la concentración del poder. Considérese que la reforma fue fruto de una voluntad tendiente a lograr, entre otros objetivos, la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial. En este sentido, el art. 99, inc. 3º, segundo párrafo, contiene la regla general que expresa el principio en términos categóricos: ‘El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo’ (...) el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989” (considerandos 8º y 9º del voto de los ministros Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Gustavo Bossert).

¹⁷² Puede verse el voto del ministro Carlos Fayt en el caso “Guida”, especialmente sus considerandos 7º y 9º, en los que sostuvo, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: “...la doctrina elaborada por esta Corte en torno a la nueva previsión constitucional, no difiere en lo sustancial del recordado precedente de *Fallos* 313:1513. Sin embargo, en este último se valoró el silencio del Poder Legislativo como una convalidación tácita con consecuencias positivas (considerando 25). Nada de ello, en cambio, sería en principio posible de afirmar hoy, frente al ineludible quicio constitucional que condiciona estrictamente la existencia misma de la voluntad del Congreso en su manifestación positiva (art. 82 CN) (...) en el caso que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención (...) ha asumido esa intervención legitimadora, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional indicado”. Ver también el voto del ministro Enrique Petracchi en el caso “Verrocchi”, en el que afirma que, según el régimen resultante de la reforma constitucional, “la omisión de pronunciamiento congresual –silencio– es equivalente a un rechazo” (considerando 15º, *in fine*).

tes de ser expresa o implícitamente aprobados por el Congreso, salvo que la propia ley de delegación establezca lo contrario¹⁷³.

Es cierto que también respecto del decreto delegado puede predicarse su carácter de “acto complejo”, pero en este supuesto la intervención del Poder Legislativo se cumple al decidirse previamente la delegación. La Constitución no exige la posterior ratificación por parte del Congreso de los decretos delegados, sino sólo su sometimiento al control de la Comisión Bicameral Permanente (art. 100, inc. 12). Frente a esa realidad, nos parece positivo que la ley 26.122 requiera además, y en todos los casos, el inmediato y expreso tratamiento de los decretos delegados por parte de las Cámaras.

Desde luego que ello no inhibe la facultad del Poder Legislativo de establecer, en cada ley de delegación, mecanismos adicionales de control, antes y después de que el Poder Ejecutivo ejerza las facultades delegadas: pedido obligatorio de dictámenes previos, realización de audiencias públicas, remisión de informes a alguna o varias comisiones legislativas, refrendo por todos o varias de los Ministros, etc.¹⁷⁴. La posibilidad de introducir mecanismos de control de esta índole aparece contemplada, por ejemplo, en la Constitución de España¹⁷⁵, uno de los modelos seguidos más de cerca por el Constituyente de 1994 en relación con la delegación legislativa¹⁷⁶. No obstante, mientras esas alternativas no sean implementadas, nos parece correcto el sistema establecido en la ley, según el cual para que el decreto delegado pierda vigencia se requiere la decisión desaprobatoria expresa de ambas Cámaras. Si sólo una de ellas se pronuncia y la otra guarda silencio, éste continúa en vigencia¹⁷⁷.

c) Decretos de promulgación parcial de leyes

También en este ámbito se advierte un avance respecto del régimen aplicable hasta la actualidad. Hasta ahora, frente a una promulgación parcial, el Congreso sólo contaba con la alternativa que le confiere el art. 83 de la Constitución de insistir con el texto original, para lo cual se necesitan los dos tercios de cada Cámara. En lo sucesivo, el Poder Legislativo tendrá, además, la opción de rechazar el decreto de promulgación parcial, para lo cual se requerirá la mayoría simple en ambas Cámaras.

Desde luego que el procedimiento y las consecuencias no serán iguales en uno y otro caso. La “insistencia” deberá seguir el trámite previsto para la sanción de las leyes y, de alcanzarse las mayorías agravadas que exige la Consti-

¹⁷³ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 470.

¹⁷⁴ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 471.

¹⁷⁵ El art. 82, inc. 6, de la Constitución española establece que “sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”.

¹⁷⁶ Enrique Veramendi, “La delegación legislativa en las Constituciones italiana y española ¿verdaderas fuentes del art. 76 de la Constitución Nacional?”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, abril-junio 2005, pág. 393.

¹⁷⁷ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 471.

tución, ello implicará la promulgación de la ley tal como fue sancionada por el Congreso. El rechazo del decreto de promulgación parcial, en cambio, tramitará según las disposiciones de la ley 26.122 e importará dejar sin efecto esa promulgación, al reconocer el Congreso su irregularidad constitucional.

En los hechos, esta última situación será equivalente a si hubiese mediado un veto total de la ley. En consecuencia, se mantendrá en vigencia la situación normativa anterior al dictado del proyecto de ley cuya promulgación parcial haya sido rechazada por el Congreso.

Esta posición es consistente con el criterio expuesto por la Corte Suprema en el caso "Famyl S.A."¹⁷⁸, en el que se analizó la validez de la promulgación parcial de la ley 25.063, en cuanto a la situación de los servicios de medicina prepaga en relación con el Impuesto al Valor Agregado¹⁷⁹. Allí el Alto Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de la promulgación parcial, consideró que el efecto de esa decisión era el restablecimiento de la vigencia –en lo que fue materia de debate– del régimen anterior a la sanción del proyecto sancionado como ley 25.063¹⁸⁰.

Corresponde interpretar, entonces, que el rechazo del decreto de promulgación parcial por parte de las Cámaras tendrá el mismo efecto que habría tenido un veto total del proyecto sancionado por el Congreso. No significará la vigencia de la ley tal como fue sancionada por el Poder Legislativo. Admitir esta última posibilidad significaría reconocer al legislador la potestad de relajar los recaudos que la Constitución impone al Congreso para prevalecer sobre el veto del Poder Ejecutivo. En efecto, en lugar de los dos tercios, bastaría reunir la mayoría simple de ambas Cámaras para dejar sin efecto la oposición presidencial.

§ 15. Efectos del rechazo del decreto – Posibilidad de insistencia por parte del Poder Ejecutivo

El texto de la ley 26.122 nada dice acerca de si el Poder Ejecutivo puede volver a dictar un decreto de contenido similar a uno que ya fue rechazado por ambas Cámaras del Congreso.

Esta situación no podría presentarse en el caso de los decretos de promulgación parcial de las leyes: el Presidente debe ejercer esa facultad dentro del plazo de diez días previsto en el art. 80 de la Constitución y, al hacerlo, esa potestad precluye con relación al respectivo proyecto de ley. Pero sí podría ocurrir que el Poder Ejecutivo pretenda reiterar un decreto delegado o un decreto de necesidad y urgencia.

¹⁷⁸ *Fallos*, 323:2256.

¹⁷⁹ En el proyecto sancionado por el Congreso, uno de los artículos derogaba la exención existente hasta ese momento respecto de las prestaciones brindadas por sistemas de medicina prepaga, mientras que otro artículo establecía, respecto de esta actividad, una alícuota reducida –equivalente al cincuenta por ciento de la fijada con carácter general–. El Poder Ejecutivo vetó solamente el segundo de esos artículos y promulgó el resto de la ley. Luego pretendió aplicar a esa actividad la alícuota general.

¹⁸⁰ Ver considerando 19°.

Según el régimen constitucional de la delegación legislativa, es posible el ejercicio repetido de la facultad delegada mientras no haya expirado el plazo previsto para la delegación¹⁸¹, salvo que en la propia norma delegante el Congreso haya dispuesto lo contrario. De hecho, nuestra práctica institucional registra algunos ejemplos de ejercicio continuado, y aun contradictorio, de las facultades delegadas¹⁸². A su vez, en la Carta Magna tampoco existe una limitación expresa en cuanto a la posible reiteración de un decreto de necesidad y urgencia.

Sin embargo, en la hipótesis de un rechazo de ambas Cámaras, los principios que enmarcan un adecuado funcionamiento institucional parecen desaconsejar y hasta prohibir la posibilidad de ese tipo de prácticas por parte del Presidente. Así lo establecían expresamente algunos proyectos¹⁸³. Solamente en el caso de que se verificara un agravamiento de la situación de emergencia pública que motivó la delegación legislativa, o si se diera una nueva y claramente distinta “circunstancia extraordinaria” a la que alude el art. 99, inc. 3º, en relación con los decretos de necesidad y urgencia, podría el Presidente volver a dictar un decreto de contenido similar al que ya fue rechazado por el Congreso.

§ 16. *Efectos del pronunciamiento de las Cámaras (aprobación o silencio) sobre el control judicial del decreto*

También con relación a este punto nos parece conveniente analizar separadamente lo que ocurre respecto de cada especie de decretos. Es posible, de todos modos, partir de un principio común: a la aprobación por parte de las Cámaras (mucho menos a su silencio) no puede adjudicarse el efecto de excluir el control judicial sobre el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales constitucionalmente establecidos respecto de cada uno de instrumentos, ni tampoco, por supuesto, sobre el examen de la razonabilidad del decreto en cuanto a la reglamentación de los derechos y garantías consagrados en la Carta Magna.

¹⁸¹ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la Constitución de España, cuyo art. 82, inc. 3º, establece que “la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente”, por lo que el Gobierno no puede volver a invocar la delegación para sustituir o modificar el texto normativo aprobado originalmente.

¹⁸² Por mencionar uno de ellos, es posible recordar el caso de los decretos 71/02 y 260/02. Ambos fueron dictados con fundamento en la delegación efectuada al Poder Ejecutivo por el art. 2º de la ley 25.561, para establecer la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras. Pero mientras el decreto 71/02 estableció un mercado oficial en el cual regiría la relación de cambio U\$S 1 = \$ 1,40, el decreto 260/02—sin derogar la norma anterior— estableció un mercado único y libre de cambios, y dispuso que todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras serían realizadas a la cotización que las partes libremente pactasen.

¹⁸³ El dictamen de minoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados firmado por Mario Negri y otros disponía: “Producida la derogación de un decreto de necesidad y urgencia o de un decreto en uso de facultades delegadas, el Poder Ejecutivo no podrá dictar otro decreto del mismo tipo y en el mismo sentido que el derogado” (art. 23). A su vez, el dictamen de minoría suscripto por Pablo Tonelli preveía que, rechazado el decreto, “...el Poder Ejecutivo no podrá sancionar uno nuevo sobre el mismo tema por las mismas razones durante las sesiones de ese año o durante el plazo pendiente de la delegación, según fuere el caso” (art. 31) (Ver Orden del Día N° 567/06 de la Cámara de Diputados).

a) Decretos de necesidad y urgencia

La aprobación de las Cámaras no purgará el eventual incumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos por la Constitución. Así por ejemplo, no podría suplir la falta de refrendo del Jefe de Gabinete y los demás Ministros¹⁸⁴.

A su vez, en caso de haber incursionado el decreto sobre una de las materias vedadas por el art. 99, inc. 3º, su aprobación por el Congreso tampoco podría sanear su nulidad, según surge de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁸⁵. Es más, la regulación introducida por el decreto ni siquiera debería tener validez a partir de la fecha de la ratificación, como se interpretaba hasta ahora en los casos en que ésta era concretada mediante la sanción de una ley¹⁸⁶, ya que el estricto principio de legalidad aplicable en esos ámbitos no podría ser satisfecho mediante el dictado de resoluciones de las Cámaras, que es el modo por el cual éstas expresarán su aprobación según el trámite previsto en la ley 26.122.

Sin embargo, es probable que la aprobación expresa de las Cámaras reduzca el margen de apreciación judicial respecto de la configuración del requisito constitucional de la “imposibilidad” de seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes.

Si bien no compartimos el criterio sugerido por la Corte Suprema en el caso “Rodríguez”, en cuanto a que sólo corresponde al Poder Legislativo pronunciarse sobre la concurrencia de esos extremos¹⁸⁷, no es posible soslayar que el Congreso es, seguramente, el órgano que se encuentra en mejores condiciones de evaluar si la solución legislativa arbitrada por el Poder Ejecutivo podía ser adoptada en un plazo compatible con el que demandá el trámite normal de las leyes, por lo que no será sencillo contrariar, en este aspecto, la valoración resultante de la aprobación de las Cámaras.

b) Decretos delegados

Tampoco en este caso la eventual aprobación por parte del Congreso sana los vicios constitucionales que puede haber tenido en su origen el decreto delegado¹⁸⁸.

¹⁸⁴ En cuanto a la eventual falta de elevación el decreto a la Comisión Bicameral Permanente por parte del Jefe de Gabinete, nos remitimos a lo expuesto líneas arriba, cuando mencionamos que, dado que la propia ley 26.122 prevé que en tal caso la Comisión (o en su defecto las Cámaras) se abocarán directamente al tratamiento del decreto, resultaría un exceso formal declarar su invalidez por esta sola circunstancia.

¹⁸⁵ Fallos, 321:366, entre otros.

¹⁸⁶ Fallos, 325:2394, considerando 7º.

¹⁸⁷ En el considerando 15º del voto de la mayoría se sostuvo que esa exigencia constitucional “sólo puede considerarse sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos –de valoración política–, que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido”.

¹⁸⁸ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 471.

Creemos que vale aquí lo señalado por la Corte Suprema en el caso “Franco”¹⁸⁹ en relación a los decretos ejecutivos: “...los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior. Ello es así porque la Constitución impide a ese poder ejercer funciones legislativas sin contar con base legal previa y suficiente, y la oportuna observancia de tal requisito no depende de la gracia del Congreso. Por expresa previsión constitucional, sólo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria que, impropia, se pretende extender al caso”¹⁹⁰.

Por ende, aunque el decreto delegado haya sido aprobado por el Congreso, subsiste la posibilidad de impugnar judicialmente su constitucionalidad. Algunos de los posibles vicios podrían ser su dictado fuera del plazo previsto para la delegación, o haber incursionado sobre materias que no fueron delegadas, o el apartamiento de las “bases” fijadas en la delegación.

De todos modos, en relación con este último requisito entendemos que, salvo que el apartamiento de las “bases” sea manifiesto, la aprobación de las Cámaras probablemente disminuirá el margen de apreciación de los tribunales¹⁹¹. El Poder Legislativo ejerce el control primario sobre el ejercicio de la delegación, y se constituye así en el primer intérprete de la compatibilidad entre el decreto delegado y las “bases” fijadas en la ley de delegación. Requerirá de una muy sólida fundamentación la sentencia que declare que el decreto no se adecua a la política legislativa fijada en la delegación si, para ese momento, ya existe un pronunciamiento expreso del Congreso, que fue el órgano que fijó esa política, que afirma lo contrario.

c) Decretos de promulgación parcial de leyes

Al igual que en los supuestos anteriores, el Poder Judicial se encuentra facultado, aun luego de la aprobación congresional, para declarar la invalidez del decreto de promulgación parcial de la ley por no cumplir las exigencias constitucionales.

También aquí debemos admitir la mayor idoneidad técnica del Congreso, como órgano encargado de la sanción de las leyes y emisor del proyecto parcialmente observado, para determinar si las partes promulgadas tienen autonomía normativa y si su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del texto originariamente sancionado. Sostiene Gelli que en el art. 80 de la Constitución existen términos y expresiones indeterminadas, que obligan al intérprete (el Congreso y el Poder Judicial, en sus respectivos ámbitos de actuación) a determinar cuál es el espíritu de la ley y de qué unidad se trata, y será más

¹⁸⁹ Fallos, 322:1868.

¹⁹⁰ Considerando 14°.

¹⁹¹ Santiago (h) – Thury Cornejo, ob. cit., pág. 472.

fácil para el Poder Legislativo determinarlo, ya que se supone que tiene en claro qué quiso hacer con el proyecto que sancionó¹⁹².

Sin embargo, ese reconocimiento no puede conducir a una abdicación del control judicial sobre la regularidad constitucional de este instrumento. Como señaló la Corte Suprema en el ya citado caso “Famyl S.A.”, “lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ellos (el Congreso y el Poder Ejecutivo, según lo establecen los arts. 77 a 84, CN), resulta, por regla general, ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales (*Fallos*, 53:420; 141:271; 143:131 y 210:855, entre otros). Empero, es doctrina de esta Corte que tal criterio reconoce excepción en los supuestos –como el suscitado en el *sub examine*– en que se ha demostrado fehacientemente ‘la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley’ (*Fallos*, 256:556; 268:352 y doctrina de *Fallos*, 311:2580, considerandos 4º y 5º, entre otros)”¹⁹³.

Además, es posible efectuar una importante distinción entre la modalidad y el alcance del control de la promulgación parcial que efectuará el Congreso y el que corresponderá al Poder Judicial.

Según el régimen de la ley 26.122, las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al decreto de promulgación parcial (en rigor, al texto legal parcialmente promulgado). Por ende, el control acerca del cumplimiento de las exigencias constitucionales relativas a la promulgación parcial deberá ser efectuado, en principio, respecto de la totalidad del proyecto, y no en relación con las disposiciones relacionadas más directamente con aquellas que fueron alcanzadas por el veto. Esto puede determinar que, frente a cuerpos legales extensos, o a las denominadas leyes “ómnibus” –que tratan sobre cuestiones diversas–, se torne muy difícil sostener que el proyecto parcialmente promulgado no preserva la unidad o el espíritu del texto originariamente sancionado por el Congreso.

La Corte Suprema, en cambio, se ha considerado habilitada para parcializar ese examen. En “Famyl S.A.”, el Alto Tribunal entendió que “dada la multiplicidad de materias” sobre las que trataba la ley 25.063, la constitucionalidad de su promulgación parcial no debía ser analizada con relación a todas las disposiciones de esa norma, sino que debía circunscribirse a aquellas concernientes a la cuestión que era materia de debate (es decir, la situación de las empresas de medicina prepaga frente al impuesto al valor agregado)¹⁹⁴.

Este enfoque resulta consistente con la posición del ministro Petracchi en su disidencia registrada en el caso “Bustos c/ Servicios Especiales San Antonio S.A.”¹⁹⁵, oportunidad en la cual sostuvo que “una promulgación parcial

¹⁹² “La promulgación parcial de leyes: complejidades jurídicas de un instrumento político. A propósito del caso ‘Famyl S.A.’”, *LL*, 2000-E-628.

¹⁹³ *Fallos*, 323:2256, considerando 10º.

¹⁹⁴ Considerando 12º.

¹⁹⁵ *Fallos*, 319:1479.

puede ser válida en un determinado contexto, e inválida en otros”; y agregó: “...en un proyecto de ley es posible, vgr., comprender objetos diversos e independientes, por lo que resulta claro que el ‘todo’ (...) no se superpone o confunde, necesariamente, con todo lo que aquél pueda contener. Una cosa es la unidad en un proyecto, y otra, muy distinta, es que un proyecto sea una y sólo una unidad. El supuesto de las llamadas leyes ‘ómnibus’ resulta, quizá, un ejemplo paradigmático, aunque no único, de una de las variadas modalidades legislativas en las que suelen ser discernibles entidades diferentes, en un mismo proyecto”¹⁹⁶.

La existencia de estos matices, que quizás no puedan ser aprehendidos totalmente por el Congreso en atención al trámite establecido por la ley 26.122 (que exige la aprobación o el rechazo del decreto *in totum*) refuerza aún más nuestra convicción de que la aprobación de la promulgación parcial por las Cámaras no inhibe el control judicial de su regularidad constitucional.

§ 17. La cuestión de los “derechos adquiridos”

Como vimos al transcribir el texto del art. 24 de la ley 26.122, el rechazo del decreto por las Cámaras no afecta “los derechos adquiridos durante su vigencia”. Se extiende así, con relación a todos los instrumentos alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo, el principio establecido para la delegación legislativa por el art. 76, segundo párrafo, de la Constitución. Allí se establece, recordemos, que la caducidad resultante del transcurso del plazo de la delegación no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de esa delegación.

Esta disposición de la ley 26.122 significa una importante contribución en términos de seguridad jurídica y, en cierto modo, le brinda operatividad al art. 17 de la propia ley. En efecto, la vigencia de estos decretos sería relativa si los operadores jurídicos no contasen con la garantía de que los derechos adquiridos no serán desconocidos en la hipótesis de un rechazo congresional.

Sin embargo, el texto legal no contempla expresamente otros supuestos. En primer lugar, no se prevé el caso de que el Poder Legislativo resuelva declarar la nulidad del decreto de que se trate.

La posibilidad de que el Congreso declare la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia fue admitida por la disidencia de la Corte Suprema en el caso “Verrocchi”¹⁹⁷. Frente al texto del art. 24, *in fine*, de la ley 26.122, en la doctrina se ha considerado que el Congreso ha renunciado a las facultades que le asistirían para emitir un pronunciamiento de esa naturaleza¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Considerando 4°.

¹⁹⁷ Ver considerandos 12° y 13° del voto de los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Guillermo López y Adolfo Vázquez.

¹⁹⁸ Ha sostenido Mario Midón que “...los dueños de la potestad de legislar, las Cámaras de diputados y senadores, han renunciado a la facultad de declarar la nulidad de un DNU. La regulación que contiene la dimisión viene oculta bajo el ropaje formal de que en los casos en que el Congreso rechace un DNU debe dejar a salvo los derechos adquiridos por los benefi-

De todos modos, cabe recordar que en fecha relativamente reciente el Congreso se ha considerado habilitado —en decisión cuya constitucionalidad no avalamos— para declarar la nulidad de leyes promulgadas durante un Gobierno *de jure*¹⁹⁹, por lo que no es posible descartar que, a pesar de la omisión de la ley 26.122, se pretenda invocar una análoga potestad para emitir esa declaración respecto de decretos del Poder Ejecutivo²⁰⁰.

En segundo lugar, tampoco se prevé el supuesto en el cual el decreto sea invalidado judicialmente. La ley 26.122 se limita a salvaguardar los derechos adquiridos en la hipótesis de rechazo del decreto por parte del Congreso.

Por último, debe advertirse que esta cláusula de la ley, si bien representa una valiosa garantía para los particulares, podría significar asimismo una peligrosa vía de convalidación de procedimientos irregulares, en caso de ser interpretada en términos absolutos. Cabe preguntarse qué ocurriría, por ejemplo, ante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia que disponga una amnistía, o una norma penal más benigna, o que reforme la legislación electoral o de partidos políticos en beneficio de una fuerza o sector determinado. Nos encontraríamos frente a un decreto nulo, por incursionar en las materias expresamente excluidas por el art. 99, inc. 3º, de la Constitución. Lo cierto es que, aun cuando fuera rechazado por el Congreso, las personas beneficiadas por el régimen en cuestión probablemente pretenderán invocar sus “derechos adquiridos” durante el período de vigencia de ese instrumento. Nos parece que convalidar situaciones de esa naturaleza conllevaría el riesgo de vaciar de contenido al pronunciamiento de las Cámaras y desvirtuar el mecanismo de control legislativo previsto por el Constituyente.

§ 18. Labor de la CBP desde sus inicios hasta la fecha

La Comisión Bicameral Permanente, luego de ser reglamentada por la ley 26.122, se constituyó por vez primera el 25-X-06. Hasta la renovación legislativa de diciembre del año 2009 estuvo integrada en su mayoría por representante del partido gobernante, ya que el oficialismo gozaba de mayoría en ambas

ciarios del mismo. Naturalmente que si todo rechazo congresional está sujeto a salvaguardar facultades de terceros, ello implica que —en lo sucesivo— el Congreso no podrá usar del atributo que le confiere el art. 99 inc. 3º, declarando la nulidad absoluta e insanable de tal acto. Es que en el mundo de la juridicidad constitucional la nulidad importa inexistencia del acto que se hizo acreedor a semejante tacha, y esta justificada sanción no se compadece con respetar derechos que se dicen logrados al amparo de una legislación que no existe” (“Una ley contradictoria, omisiva y claudicante”, *LL* del 29 de agosto de 2006, págs. 2 y 3).

¹⁹⁹ Ver ley 25.779. Puede consultarse al respecto: José Manuel García Mansilla, “¿El Congreso tiene facultades para anular una ley? Un análisis desde el principio de la separación de los poderes”, *ED*, 204-622.

²⁰⁰ No obstante, esa declaración de nulidad, sea cual fuere su validez constitucional, no podría ser resultado del trámite previsto en la ley 26.122, que sólo faculta al Congreso para aceptar o rechazar el instrumento sometido a su consideración. Debería seguirse el trámite normal de sanción de las leyes.

Cámaras. El escenario puede ser bastante distinto a partir de la mentada renovación legislativa, ya que la oposición es mayoritaria en la Cámara de Diputados y la situación en el Senado es muy equilibrada.

Desde entonces y hasta la renovación legislativa en diciembre de 2009, tanto los dictámenes de la Comisión Bicameral como las decisiones de cada una de las Cámaras fueron favorables a la validación de los actos normativos del Poder Ejecutivo²⁰¹ y sólo hubo dictámenes en minoría que proponían el rechazo o la derogación de los decretos. Un buen número de los dictámenes de mayoría, más analizar si se habían cumplido o no los requisitos que habilitaban el dictado de las normas por el Poder Ejecutivo, consideraban la bondad o acierto de la decisión presidencial, distorsionando de ese modo el sentido del control establecido en la Constitución y en la ley²⁰². Así, por ejemplo, al analizar un decreto de necesidad y urgencia que disponía aumentos salariales con efecto retroactivo exceptuando la norma legal que los prohibía, el dictamen no analizaba si había existido efectivamente una situación excepcional que hubiera impedido seguir el procedimiento legislativo ordinario y la necesidad y urgencia justificaba su dictado, sino que se pronunciaba por el contenido en sí de la medida. Este abuso fue puesto de manifiesto en los dictámenes de la minoría de la Comisión Bicameral Permanente integrada por diputados de la oposición.

Tras la renovación legislativa de diciembre de 2009 y el cambio de escenario en la integración de las Cámaras, la Comisión Bicameral Permanente ha pasado a estar integrada por ocho legisladores del oficialismo y ocho de las distintas fuerzas de oposición. Esta integración ha llevado a que no exista acuerdo para la designación del Presidente y que cuando la Comisión tuvo que pronunciarse acerca de los decretos de necesidad y urgencia 2010/09, sobre creación del Fondo del Bicentenario, y 18/10, sobre remoción del Presidente del Banco Central, se emitieron dos dictámenes opuestos, uno suscripto por los ocho legisladores oficialistas y otro por los ocho legisladores que representan a las fuerzas de oposición.

²⁰¹ Cfr. Ana Valle, "Validación legislativa de decretos de necesidad y urgencia y otros actos del Poder Ejecutivo", *ED*, diario del 19-III-08, Suplemento de Derecho Constitucional, pág. 19.

²⁰² Cabe mencionar otros datos que surgen de la práctica legislativa de estos años y dan cuentas del peso del Poder Ejecutivo en la actividad del Congreso: durante la presidencia de Kirchner de 2003 a 2007, el 65 de las 117 leyes que sancionó el Congreso, el 55 %, fueron iniciadas por el Presidente (cfr. *La Nación*, diario del 29-XII-08, pág. 5); el 58 % de los proyectos que presentó Néstor Kirchner durante sus cuatro años de gobierno (2003-2007) fueron convertidos en ley, otro 2 % volvió a la Cámara de origen y otro 21 % fue aprobada por alguna de las Cámaras y estaba a la espera de su estudio por la otra cuando terminó su gobierno en diciembre del 2007 (cfr. *La Nación*, diario del 29-II-08); durante sus cuatro años y medio de ejercicio del Poder Ejecutivo, presentó 205 proyectos de ley y sancionó 270 DNU. Es decir, cuando juzgó necesario establecer una norma de rango legislativo, a pesar de tener mayoría en ambas Cámaras, optó más veces por dictar un DNU que por enviar un proyecto de ley al Congreso.

En un primer momento, ambas Cámaras, mediante una resolución conjunta, validaron expresamente la promulgación parcial de algunas leyes²⁰³. Posteriormente, siguiendo lo dispuesto por la ley 26.122, cada una de las Cámaras se pronunció por separado acerca de la validación de los decretos de promulgación parcial.

Las resoluciones de las Cámaras, que han sido publicadas en el Boletín Oficial, se limitan a “declarar la validez del decreto xx”, sin que aparezca la motivación ni los fundamentos de estos actos.

F. Algunas conclusiones sobre el régimen de control normativo instaurado mediante la ley 26.122

Luego de examinar diversas cuestiones hermenéuticas que el texto de la nueva ley plantea, corresponde formular algunas conclusiones finales.

La sola sanción de la ley 26.122, en cumplimiento del mandato previsto en el art. 99, inc. 3º, *in fine*, y concordantes de la Constitución Nacional, ha constituido en sí misma un avance respecto de la situación anterior, caracterizada por una flagrante omisión legislativa que se prolongó durante más de una década. La norma aprobada por el Congreso establece pautas concretas y mayormente claras en una materia en la que existía hasta el momento un grave vacío legal.

En líneas generales, resultan razonables las disposiciones del Título II de la ley, sobre la integración y funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente. Lo propio cabe sostener sobre la regulación del contenido de los dictámenes que debe elaborar dicha Comisión para el control de las distintas clases de decretos, establecida en los Capítulos I, II y III del Título III.

En cuanto a lo dispuesto en el Capítulo IV de este último Título, que reglamenta los alcances y efectos de la intervención de las Cámaras y constituye el núcleo de la ley, es necesario trazar una clara línea divisoria.

Consideramos adecuada esa regulación respecto de los decretos delegados y de los que promulgan parcialmente leyes. El régimen establecido en la ley refuerza los mecanismos de control con que el Congreso contaba hasta el momento en relación con esos instrumentos.

En cambio, tenemos serios reparos sobre los criterios establecidos respecto de los decretos de necesidad y urgencia²⁰⁴. Creemos que, en esta materia, la ley 26.122 representa una oportunidad perdida para mejorar la calidad institucional de nuestro sistema de gobierno y convalida algunos vicios que podría haber contribuido a erradicar.

²⁰³ La primera promulgación parcial en ser expresamente validada fue la de la ley de presupuesto del año 2007, realizada mediante decreto 1/07 y que fuera confirmada mediante la resolución conjunta de ambas Cámaras del 9-V-07, publicada en el BO del 13-VI-07. También fueron aprobados del mismo modo los decretos 7/07 y 13/07, cfr. BO del 13 y 16-VI, respectivamente

²⁰⁴ Nos remitimos al análisis efectuado en § 14, a).

Podría sostenerse –como se ocupó de destacar el oficialismo durante el debate que precedió a la aprobación de esta norma– que, según la práctica institucional seguida hasta ahora, para derogar un decreto de necesidad y urgencia era necesaria la sanción de una ley. Y como esa ley estaba sujeta al veto del Poder Ejecutivo, podían llegar a ser necesarios los dos tercios de cada Cámara; por lo que le bastaba al Presidente contar con algo más de un tercio de los miembros de una sola de las Cámaras para imponer su voluntad legislativa al Congreso. Según el régimen de la ley 26.122, en cambio, el rechazo del decreto (de cualquiera de los decretos alcanzados por el nuevo régimen de control legislativo) podrá disponerse por mayoría simple de cada Cámara, a través de una resolución no susceptible de veto presidencial²⁰⁵.

Sin embargo, ese avance nos parece mínimo e insuficiente para controlar y reencauzar la desmesurada práctica del dictado de decretos de necesidad y urgencia por parte de los distintos Presidentes que se han sucedido a lo largo de los últimos quince años. En los hechos, al Poder Ejecutivo le alcanzará con dominar una sola de las Cámaras para prevalecer sobre el Congreso y erigirse como el principal legislador.

Era posible, conveniente y necesario establecer criterios y pautas más estrictas, entre ellas el requisito de la ratificación expresa de ambas Cámaras dentro de un plazo determinado, como condición para que el decreto de necesidad y urgencia sea válido y se mantenga en vigencia²⁰⁶. Como hemos visto, este criterio estaba presente en varios de los votos de los ministros de la Corte Suprema, en pronunciamientos posteriores a la reforma de 1994²⁰⁷.

En este aspecto, hemos pasado desde una situación de completa “anomia” a otra de “permisivismo constitucional”, que en los hechos posibilita continuar con una práctica que tiende a convertir lo extraordinario en ordinario, y con-

²⁰⁵ Así fue remarcado por la senadora Fernández de Kirchner durante el debate del proyecto, al sostener: “... hasta hoy, en la República Argentina, para derogar un decreto de necesidad y urgencia –cualquiera fuera su contenido– se requerían los dos tercios de cada Cámara; es decir, la misma mayoría que para reformar la Constitución (...) Pero a partir de hoy –y si en Diputados también se aprueba el proyecto– se requerirá mayoría simple y a través de una resolución de cada Cámara porque, obviamente, no se adopta la forma de ley” (Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, pág. 20).

²⁰⁶ La procedencia de esta alternativa fue reconocida incluso por la senadora Fernández de Kirchner. Transcribimos nuevamente un pasaje de su exposición citado líneas arriba: “La regla del artículo 82 antes recordada importa limitaciones (...) a la atribución legislativa de regular los alcances e intervención del Congreso. Éste podrá, como ya se dijo, omitir la fijación de plazos para el tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia por las cámaras, establecerlos y no fijar consecuencia alguna a su vencimiento, o bien asignar a su transcurso el significado de rechazo del decreto” (Versión taquigráfica provisional de la 15ª Reunión, 13ª Sesión ordinaria, de la Cámara de Senadores, correspondiente a los días 6 y 7 de julio de 2006, págs. 98-99).

²⁰⁷ Aunque es de lamentar que en estos doce años la Corte Suprema, más allá de esos votos individuales, no haya emitido un claro y terminante pronunciamiento del cual se desprendería nítidamente la necesidad de la ratificación legislativa para que el decreto fuera válido y se mantuviera en vigencia. Nos parece que una decisión jurisprudencial con este alcance hubiera de algún modo “forzado” al Congreso a adoptar un criterio más estricto en la materia.

solida la postura que considera que en nuestro sistema existen dos modos alternativos de sanción de leyes: el regulado en el capítulo V de la Sección Primera del Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución Nacional (arts. 77 a 84) y el previsto en su art. 99, inc. 3^o²⁰⁸.

Por el contrario, nuestro sistema constitucional se basa en la clara distinción de los procedimientos necesarios para la creación de una ley y de un reglamento. La ley es sancionada por el Poder Legislativo a través de un complejo mecanismo establecido en la norma constitucional con la finalidad de permitir el libre y abierto debate de las distintas fuerzas políticas y sociales existentes en el seno de la comunidad. El reglamento, en cambio, tiene su origen en el Poder Ejecutivo y es dictado a través de un procedimiento más ágil y sencillo que el previsto para la ley, lo cual lo hace menos transparente y más susceptible a las presiones sectoriales. No corresponde la asimilación en la práctica institucional entre estos dos mecanismos²⁰⁹.

No fue ésa, por cierto, la intención del Constituyente de 1994, que concibió a los decretos de necesidad y urgencia como un instrumento de utilización excepcional. Como ha señalado la Corte Suprema, la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto²¹⁰. Sin embargo, la ley 26.122 allana el camino para que ello siga ocurriendo.

Existe una diferencia importante entre validar un DNU ya dictado por el PE y debatir y sancionar una ley, aunque la iniciativa la tenga el Poder Ejecutivo, sobre el mismo tema, especialmente en un escenario que puede tener algunos elementos de gobierno dividido. En el primer supuesto la tarea de cada una de las Cámaras se limita a validar o rechazar el DNU dictado sin margen alguno para el debate y la negociación política. En el segundo es posible introducir modifi-

²⁰⁸ Según estadísticas difundidas en la prensa, el número de decretos de necesidad y urgencia dictados por el actual Presidente supera el número de proyectos de ley referidos a políticas públicas que envió al Congreso (“Kirchner firmó más decretos que leyes”, pub. en *La Nación* del 3 de julio de 2006).

²⁰⁹ Esta asimilación, que altera gravemente el principio de división de poderes, ha sido enérgicamente rechazada incluso en países regidos por un sistema parlamentario, como España. Como tiene dicho el Tribunal Constitucional de ese país: “El sistema de producción normativa en nuestra Constitución se basa en el principio de la supremacía constitucional del Legislativo en cuanto a la elaboración y aprobación de las normas y de la Ley como expresión clara de su voluntad, que se configura a su vez como decisión suprema y primera de la que traen causa todas las restantes de jerarquía inferior. Como consecuencia de lo expuesto, nuestro esquema constitucional no sólo excluye cualquier ámbito de reserva reglamentaria, sino que tampoco concibe una competencia normativa en manos del Gobierno que sea paralela o concurrente con la potestad normativa de las Cortes Generales. Al tiempo se reconoce la potestad del Gobierno de dictar Decretos-Leyes e incluso su necesidad en determinados supuestos; ahora bien, ello no supone que se constituya una participación paralela o concurrente del Gobierno en la potestad legislativa, sino única y exclusivamente que en determinados supuestos excepcionales el Gobierno puede utilizar dicho instrumento normativo” (Sentencia 29/1982).

²¹⁰ *Fallos*, 322:1726, considerando 9º, segundo párrafo, del voto de los ministros Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Gustavo Bossert.

caciones al proyecto enviado por el Presidente o, incluso, aprobado ya por una de las Cámaras. La negociación política está abierta y no cerrada como en el caso del DNU donde la decisión es binaria: sí o no. Por otra parte en el caso del DNU alcanza con el silencio de una de las Cámaras para que esa norma continúe vigente, mientras que la sanción y promulgación de una ley requiere de la voluntad positiva explícita de ambas Cámaras y del Presidente²¹¹.

En definitiva, nos parece que en la sanción de esta ley le ha faltado al Congreso una mayor autoestima institucional²¹² y la voluntad e independencia de criterio necesarias para asumir plenamente el rol que la Constitución le asigna en el control de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, y que la situación actual reclama imperiosamente²¹³.

Se suele afirmar que hay dos modos de pensar las instituciones y el derecho constitucional: una que pretende con realismo el sometimiento al derecho y el control de las prácticas de gobierno; otra que privilegia, en cambio, la atención de sus demandas, llegando incluso hasta la indebida justificación de sus excesos. Más allá de los avances puntuales que hemos señalado, parecería que esta última concepción es la que ha primado en la elaboración de la ley 26.122.

II. LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ARGENTINO DE CONTROL LEGISLATIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez expuesto el régimen constitucional y legal del control legislativo de constitucionalidad corresponde que examinemos las características de

²¹¹ El Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado la interesante doctrina del *parlaments-vorbehalt* o reserva del parlamento y ha llegado a declarar la invalidez de una determinada reglamentación de derechos o regulación estatal con claro impacto en la vida comunitaria que, más allá de su contenido, no ha sido adoptada mediante el procedimiento legislativo ordinario.

²¹² Resulta oportuno transcribir las palabras del diputado Mario Negri durante el debate que precedió a la sanción de la ley 26.122: "...estamos yendo invariablemente a una democracia delegativa, una democracia plebiscitaria (...) si alguien quiere hipotecar facultades propias que lo haga, pero no hipotequen las facultades de las instituciones, porque éstas no son de las personas. Ellas diseñan un modelo de Nación, le permiten ganar prestigio, le otorgan previsibilidad y la hacen merecedora de respeto en todo el mundo" (Transcripción provisional de la Sesión de la Cámara de Diputados correspondiente al 20 de julio de 2006, pág. 33). Remarcando la trascendencia de la misión institucional del Congreso en nuestro sistema institucional, ha señalado la Corte Suprema que "en todo estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía..." (*Fallos*, 180:384) y que "la Constitución establece para la Nación un gobierno representativo, republicano, federal. El Poder Legislativo que ella crea es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general..." (*Fallos*, 201:249).

²¹³ Esta situación es aún más grave si, a la sanción de la ley que comentamos, le añadimos la reciente reforma introducida por la ley 26.124 al art. 37 de la ley de Administración Financiera 24.156, que permite al Jefe de Gabinete reasignar partidas presupuestarias sin límite cuantitativo alguno. Nos parece que, en los últimos meses, el Congreso ha resignado buena parte de su poder institucional.

este sistema de control legislativo de constitucionalidad *sui generis* previsto por la Constitución y desarrollado por la ley 26.122.

En primer lugar, corresponde afirmar que tal como ha quedado diseñado por esa ley complementaria, lo que realizan ambas Cámaras del Congreso, contando con el dictamen previo de la Comisión Bicameral Permanente, es un control de constitucionalidad de la legitimidad de origen de cada uno de algunos actos normativos del Presidente. En efecto, el dictamen de la Comisión Bicameral trata únicamente sobre el cumplimiento en cada uno de los decretos sometidos a su revisión de los requisitos establecidos por la Constitución para la validez formal de esas tres distintas especies de actos normativos que dicta el Presidente²¹⁴. Como hemos visto, la Comisión tiene expresamente vedado en su dictamen incursionar en las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia. Entendemos que el pleno de cada una de las Cámaras tiene un radio de acción más amplio y puede analizar también, de modo complementario a la validez formal, la constitucionalidad material y la oportunidad, mérito o conveniencia de la norma que le corresponde validar.

Aunque no como finalidad exclusiva, el procedimiento de control normativo encomendado al Congreso busca preservar la supremacía constitucional. También procura la preservación del principio de separación de poderes, la autoprotección por parte del Congreso de sus atribuciones y competencias constitucionales y el control de los desbordes del Poder Ejecutivo.

Expondremos a continuación algunas de las principales características de este novedoso procedimiento de control de constitucionalidad establecido en la Constitución argentina tras la reforma constitucional de 1994 y regulado en la ley 26.122.

A) En cuanto al órgano que realiza el control de constitucionalidad, se trata de un sistema político de control de constitucionalidad a cargo del Congreso, quien es asistido en esta tarea por la Comisión Bicameral Permanente.

B) Es un control de constitucionalidad parlamentario externo, ya que no recae sobre sus propias normas, sino sobre las que dicta el Poder Ejecutivo²¹⁵.

²¹⁴ Sostiene Ana Valle: "las tres pautas constitucionales que deben tenerse presentes para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, los dictados en ejercicio de facultades legislativas delegadas (llamados decretos delegados) y los de promulgación parcial de leyes son: I. La regla general interpretativa de la prohibición; II. Los requisitos sustanciales; III. Los requisitos formales". Ana Valle, "Validación legislativa de decretos de necesidad y urgencia y otros actos del Poder Ejecutivo", *ED*, diario del 19-III-08, Suplemento de Derecho Constitucional, pág. 19.

²¹⁵ Refiriéndose a esta función de control legislativo, sostiene el ministro Maqueda en su disidencia en el caso "Caligiuri" (CS, 26-VIII-08): "se trata de un mecanismo de control político por el cual el Congreso de la Nación, en su condición de órgano constitucional representativo de la voluntad popular y cuya función propia y exclusiva es la sanción de la ley como instrumento de reglamentación de derechos, mantiene su necesaria intervención poniendo en ejercicio la función de control en aquellos supuestos excepcionales en los cuales el Poder Ejecutivo asume funciones legislativas" (consid. 5).

C) Es permanente, ya que está a cargo del Congreso que, salvo en los momentos de receso legislativo, actúa de modo continuo²¹⁶. Por otra parte, como hemos ya señalado, de acuerdo con la ley 26.122 la Comisión Bicameral desarrolla su actividad aun en los momentos de receso legislativo.

D) Es un control no necesariamente letrado, ya que los integrantes de la Comisión Bicameral y del Congreso, que son quienes llevan a cabo el control de constitucionalidad, no deben ser obligatoriamente abogados. No obstante, el imprescindible criterio jurídico lo proporcionan los integrantes de los cuerpos técnicos del Congreso.

E) Es un control de constitucional "condicionado", ya que de modo previo a la decisión de cada una de las Cámaras del Congreso está previsto el dictamen obligatorio de la Comisión Bicameral Permanente. Hay, a través de la intervención obligatoria de este organismo establecido en la Constitución, un cierto "preexamen" de constitucionalidad. No obstante ello, el art. 20 de la ley 26.122 establece que vencido el plazo de diez días "sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional".

F) Se trata de un procedimiento abstracto que no requiere de caso concreto: a diferencia del control de constitucionalidad en sede judicial, aquí no se analiza la constitucionalidad del decreto para resolver el caso, sino que se la evalúa de modo general y en abstracto²¹⁷.

G) En cuanto al objeto del control de constitucional, cabe señalar que está referido únicamente a normas de alcance general y no incluye a los actos de alcance particular dictados por el Presidente. La materia del control que se realiza el Congreso, es parcial, circunscripto únicamente a esas tres clases de normas que dicta el Poder Ejecutivo.

H) Está orientado a controlar únicamente algunas acciones normativas del Poder Ejecutivo pero no sus omisiones.

I) En cuanto al momento en que se realiza, es un control *a posteriori*, ya que tiene lugar una vez que ha sido dictada y está vigente la norma controlada. No es preventivo sino reparador, aunque únicamente con efectos hacia el futuro, como veremos en el apartado Ñ).

²¹⁶ Hemos visto que se han presentado proyectos de ley tendientes a modificar la ley 26.122 y establecer que el dictado de un decreto sujeto al régimen de control de esa ley durante el receso legislativo implicará la convocatoria a sesiones extraordinarias por parte del Poder Ejecutivo.

²¹⁷ Así el voto de mayoría de la Corte Suprema al resolver el caso Rodríguez (*Fallos*, 320:2851, 1997) rechazó la acción de amparo por considerar que un legislador no estaba legitimado para cuestionar la validez del decreto de necesidad y urgencia 842/97, pero aclaró que "esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales -antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese ese trámite- siempre que, ante un "caso concreto" -inexistente en la especie-, conforme las exigencias del art. 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental" (Considerando 23).

J) Podemos decir que se trata de una vía directa de control de constitucionalidad, ya que el procedimiento previsto constitucionalmente, tal como ha sido reglado legislativamente, se encamina fundamentalmente a determinar la validez o invalidez de la norma controlada.

K) Se trata de un control de constitucionalidad que por disposición constitucional debe ser realizado de modo obligatorio y necesario, dentro de plazos perentorios establecidos por la Constitución y la ley reglamentaria. Podemos decir que es un control “de oficio” que debe realizar el Congreso, por expreso mandato constitucional y legal. El Presidente a través del Jefe de Gabinete debe remitir cada uno de esos decretos a la Comisión Bicameral Permanente en el plazo de diez días. La Comisión Bicameral debe producir su dictamen en el mismo término y las Cámaras deben abocarse al tratamiento de los dictámenes de modo inmediato. Por lo dicho, no hay sujetos legitimados para pedir ese control de constitucionalidad, sino que de oficio lo debe realizar el Poder Legislativo.

L) El control se centra fundamentalmente en la legitimidad de origen de los decretos controlados, sin incursionar, al menos a nivel del dictamen de la Comisión Bicameral, en su oportunidad, mérito o conveniencia. No obstante ello, los arts. 10 y 13 de la ley 26.122 contemplan la posibilidad de que “para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”, instrumentos que examinan y se pronuncian también sobre la conveniencia de la norma dictaminada.

M) En la verificación legislativa del cumplimiento de los requisitos de validez de las normas examinadas no hay aspectos vedados al control ni existe la necesidad de una deferencia hacia el criterio utilizado por el Poder Ejecutivo. Los márgenes de revisión del Congreso son plenos, sujetos siempre y únicamente a la razonabilidad jurídica que debe estar presente en toda decisión de los órganos de gobierno. Así en el análisis de si se daban o no “las circunstancias excepcionales” que impedirían seguir el procedimiento legislativo ordinario, el Poder Legislativo tiene plenitud de facultades para realizar ese control y no está vinculado por la valoración efectuada por el Presidente²¹⁸. Lo mismo ocurre, por ejemplo, respecto del cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo de las bases establecidas en una ley delegante a la hora de dictar un reglamento delegado o en el análisis, para los supuestos de promulgación parcial de leyes, de si la parte no vetada tenía autonomía normativa.

N) Teniendo en cuenta que las disposiciones constitucionales que rigen estas materias (cfr. arts. 76, 80 y 99, inc. 3) parten de un principio general pro-

²¹⁸ Midón sostiene que verificar si un decreto de necesidad y urgencia satisface el test de razonabilidad es una operación lógica que para el operador de la Constitución, en nuestro caso el Congreso, debe principiar por el examen de la necesidad del acto, o sea la comprobación objetiva de que concurre el hecho habilitante tipificado por la Ley Fundamental. Esto es, la efectiva existencia de necesidad, más la urgencia, más los acontecimientos que impiden la deliberación del Congreso, cfr. Mario Midón, *Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pág 120.

hibitivo de estas prácticas normativas, para luego habilitarlas sólo de modo excepcional y siempre sujetas al cumplimiento de determinados requisitos, consideramos que los criterios con que se deber ejercer el control legislativo han de ser estrictos y restringidos²¹⁹.

Ñ) El efecto del control tiene distintos alcances según cual sea la decisión del Congreso. Si el decreto es validado por ambas Cámaras, la norma sigue vigente, con un cierto “reforzamiento” de su validez derivado de la ratificación legislativa. Si no es validado por ambas Cámaras, el efecto del control legislativo es la derogación hacia adelante, *ex nunc*, de la norma controlada. A diferencia del control judicial de constitucionalidad que tiene carácter nulificador y efecto retroactivo, el efecto del control legislativo es únicamente derogatorio. Aquí se plantea un interesante problema de interpretación constitucional. El segundo párrafo del art. 99, inc. 3, señala que “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso *bajo pena de nulidad absoluta e insanable*, emitir disposiciones de carácter legislativo”. La sanción que establece la Constitución a los supuestos en que ha existido un exceso por parte del Poder Ejecutivo en el dictado de disposiciones de carácter legislativo es “la nulidad absoluta e insanable”, es decir, la imposibilidad de reconocer ningún efecto a ese acto o de sanarlo mediante cualquier otra intervención. Sin embargo, la ley 26.122 señala que si el Congreso no valida la norma, por ejemplo por considerar que el Presidente dictó un decreto de necesidad y urgencia sin respetar las condiciones establecidas en el art. 99, inc. 3, la sanción es la derogación pero no la nulidad de la norma²²⁰. Se podría llegar a plantear que la reglamentación legislativa es en este punto inconstitucional. Más allá de ello, siempre será posible que el afectado particular solicite en sede judicial la declaración de inconstitucionalidad del decreto y allí el efecto sí será la nulidad propia de toda declaración judicial de inconstitucionalidad. Aunque en la ley 26.122, a diferencias de otros proyectos de ley, no está expresamente prohibido que el Presidente vuelva a sancionar el decreto que ha sido derogado por ambas Cámaras, ello se deduce de principios implícitos de buena práctica constitucional²²¹.

²¹⁹ El ministro Maqueda en su voto en el caso “Caligiuri” (CS, 26-VIII-08) señala que, para no afectar el equilibrio de poderes previsto en la Constitución Nacional, la facultad excepcional reconocida al Presidente en el art. 99, inc. 3, “debe ser ejercida en el marco constitucional en el que ha sido otorgada y sometida a un *estricto control político y jurisdiccional*”.

²²⁰ En su momento se presentaron proyectos de ley que expresamente establecían un efecto retroactivo limitado a la derogación de la norma controlada dispuesta por el Congreso: “El decreto de necesidad y urgencia que fuese expresamente rechazado por una o ambas Cámaras del Congreso, quedará derogado retroactivamente en forma automática, sin afectación de los derechos adquiridos durante su vigencia, y no podrá repetirse en el año en que fue dictado hasta tanto no se modifiquen las situaciones de hecho o de derecho, que motivaron su rechazo”.

²²¹ Cabe mencionar al respecto un antecedente del derecho constitucional italiano. La Constitución italiana establece en su art. 77 que los decretos-leyes no ratificados por el Parlamento dentro de los treinta días pierden validez de modo retroactivo a su sanción. Sin embargo, se había establecido la práctica viciosa de que si un decreto-ley no era convalidado por el Parlamento en el plazo constitucionalmente previsto, el Gobierno dictaba uno de contenido idéntico para lograr que la regulación siguiera vigente. Se llegó al extremo de que un decre-

O) El control tiene un alcance *erga omnes*: la decisión acerca de la validez o invalidez de la norma controlada, que se traduce en su mantenimiento o derogación, respectivamente, se extiende a todos los ciudadanos.

P) Tal como ha quedado definido por la ley 26.122 se requiere la voluntad concurrente de ambas Cámaras en ese sentido, para que el efecto del control sea la derogación de la norma controlada. El silencio o la validación de una de las dos Cámaras alcanza para que la norma conserve su vigencia.

Q) El control legislativo de constitucionalidad es distinto e independiente del control judicial de constitucionalidad. La norma validada por el Congreso puede ser declarada luego inválida en sede judicial o, habiendo sido no validada y derogada por el Congreso, puede ser considerada válida por los jueces para regir las relaciones previas a su derogación. Hay, por tanto, una concurrencia de órganos con la facultad de controlar la constitucionalidad de algunas clases de normas dictadas por el Poder Ejecutivo. Ello hace que el control de constitucionalidad realizado por el Congreso sea decisorio, aunque puede estar sujeto a la posterior revisión en sede judicial. Sin embargo, consideramos que la expresa validación legislativa disminuye en algo el margen de apreciación judicial a la hora de examinar la validez de origen de la norma válida²²².

to-ley había sido reiterado en 29 oportunidades, sin que el Parlamento se hubiera pronunciado. En 1996 la Corte Constitucional dictó la sentencia n° 360 que declaró la invalidez de esta práctica. Alfonso Celotto, "Abuso del decreto de necesidad y urgencia y control de la Corte Constitucional en Italia", en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003 págs. 595 y ss.

²²² Así puede leerse en el consid. 6 del voto mayoritario conjunto del caso "Guida" (*Fallos*, 323:1589, 2000): "la ratificación del decreto de necesidad y urgencia 290/95 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma. Ese acto legislativo es expresión del control que –en uso de facultades privativas– compete al Congreso de la Nación conforme al art. 99 inc. 3° de la CN, pues la sanción de la ley 24.624 demuestra que el tema fue considerado por ambas cámaras, como lo exige el precepto constitucional, las que se pronunciaron en forma totalmente coincidente con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional al enfrentar la crisis". A su vez, en el consid. 8 *in fine* del voto del Dr. Boggiano puede leerse la siguiente afirmación: "la intervención del Congreso en esos términos (ratificatorios), desplaza, como principio el limitado margen de apreciación judicial en torno de esta cuestión". Por su parte, el Dr. Fayt en el consid. 9 de su voto agregó que "en el caso concreto que nos ocupa, el Congreso Nacional, haciéndose cargo de su necesaria intervención en cuestiones de hondo y sensible contenido social –más allá de las implicancias presupuestarias que obviamente ostenta y que en última instancia son la razón misma de la medida– ha asumido esa intervención legitimadora, con lo que puede darse por satisfecho el recaudo constitucional antes indicado. Ello, claro está, no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación". También corresponde señalar que en el consid. 11° del fallo "Verrochi" (*Fallos*, 322:1726, 1999), la Corte Suprema, al declarar la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 770/96 y 771/96 señaló que la carencia de ley que regule el trámite y alcances de la intervención del Congreso, exigía una mayor responsabilidad por parte del Poder Judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad. *A contrario sensu*, cabría sostener que sancionada la ley, establecido el procedimiento de validación y efectuado el control por parte del Congreso, el margen de maniobra de los jueces sería algo menor.

R) Los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente han de ser fundados. Las decisiones adoptadas mediante votación en cada una de las Cámaras pueden remitirse a los fundamentos que allí se señalan.

S) Lo decidido por la Comisión Bicameral Permanente y las Cámaras del Congreso al momento de examinar la legitimidad de origen del acto normativo del Poder Ejecutivo sujeto a control, debería servir de antecedente para futuros casos similares. Se podría hablar de un carácter de algún modo vinculante que tendrían los dictámenes y criterios de decisión ya adoptados con anterioridad.

T) Una vez analizado y descrito desde el punto de vista técnico jurídico el sistema de control de constitucionalidad que en la Argentina realiza el Congreso, corresponde reconocer que se trata también de un control de carácter marcadamente político tanto por la naturaleza propia del órgano que interviene, la importancia que en su resultado tienen los distintos escenarios institucionales por los que atraviesa la vida política y los criterios de decisión que finalmente predominan en las decisiones que se adoptan. Si la dimensión de politicidad está presente en todo control de constitucionalidad, aun en el judicial²²³, ese componente se acentúa aún mucho más cuando el control lo realiza el Congreso, con todo el juego de las fuerzas políticas existentes en su seno y las distintas relaciones que pueden darse con el Poder Ejecutivo. Si el Presidente cuenta con la mayoría en la Comisión Bicameral Permanente y especialmente en ambas Cámaras lo más probable es que el resultado del control legislativo sea favorable a la validación de la norma dictada por el Presidente. Si el escenario es el opuesto, posiblemente el resultado será el contrario. La práctica institucional argentina de los últimos años parece así indicarlo²²⁴.

III. CONCLUSIONES

Quedan así expuestas las principales notas de este novedoso y complejo procedimiento constitucional especial diseñado por el Constituyente argenti-

²²³ “El control de constitucionalidad es, esencialmente control político, y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos”. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, 1983, pág. 309.

²²⁴ Como un claro reflejo de lo que venimos señalando cabe mencionar los dos dictámenes elaborados en diciembre de 2009 por la Comisión Bicameral Permanente sobre el decreto de necesidad y urgencia 2010/09 que crea el llamado “Fondo del Bicentenario”. En ese momento la Comisión tenía dieciséis integrantes, ocho pertenecían al oficialismo y ocho a los partidos de oposición y no se había logrado un acuerdo para la designación del Presidente de la Comisión. Debido a ello, los ocho integrantes pertenecientes al bloque oficialista emitieron un dictamen a favor de la validación del DNU, mientras que los ocho de la oposición emitieron otro opuesto a ello. El reflejo de las fuerzas políticas tuvo su correlato exacto en la evaluación de la norma dictada por el Poder Ejecutivo.

no de 1994 y propuesto su encuadre como un sistema legislativo de control de constitucionalidad *sui generis*.

Desde el punto de vista académico, el proceso examinado ofrece ribetes sumamente interesantes. Desde el punto operativo, aún ha resultado insuficiente para contener y limitar los desbordes normativos del Poder Ejecutivo argentino que tanto se han incrementado en las últimas dos décadas.

Nos parece que tanto el control legislativo como judicial de la actividad normativa del Poder Ejecutivo es de una gran trascendencia para asegurar un valor fundamental de las democracias constitucionales: la legitimidad de origen de las leyes que rigen la convivencia social y política. La ley emanada del Poder Legislativo, elaborada a través del complejo procedimiento legislativo ordinario previsto en la norma constitucional, permite el libre y abierto debate de las distintas fuerzas políticas y sociales existentes en el seno de la comunidad política, asegurando su representación y participación en la elaboración y sanción normativa. El procedimiento legislativo ordinario establece el modo de llegar a los acuerdos mayoritarios de los representantes de los ciudadanos sobre cómo reglar, de modo más específico que en las normas constitucionales, la convivencia social, en un proceso caracterizado por el debate racional y la transparencia pública. La ley expresa las decisiones mayoritarias que se adoptan dentro del marco establecido por las normas y principios constitucionales. Toda decisión significativa de carácter infraconstitucional sobre la regulación legislativa de la vida comunitaria ha de ser adoptada en sede legislativa²²⁵. Si la ley deja de ser debatida y sancionada fundamentalmente en el ámbito del Poder Legislativo y a través del procedimiento ordinario previsto en la Constitución, pierde buena parte de su legitimidad democrática. El procedimiento legislativo ordinario es una forma superior de creación jurídica. Constituye una de las máximas garantías del carácter democrático de las decisiones de gobierno. Precisamente para la preservación de la ley y del Congreso como instancia de creación legislativa (*parlaméntsvoorbéhalt*) es que la Constitución argentina ha perfeñado el mecanismo de control legislativo que hemos descrito, analizado y criticado a lo largo de este trabajo.

²²⁵ Afirma en este sentido la CIDH en su OC 6/86: “La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, *acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo*, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”.

EL SISTEMA POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y EL FUTURO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Por ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

PRESENTACIÓN

La teoría y la práctica de la división de poderes atraviesan en la actualidad por un período de balances y replanteamientos profundos. La teoría refleja el dinamismo y los cambios del poder en el contexto social de democracias cada vez más abiertas y participativas. Por su parte, la práctica explora, a tientas, senderos difíciles, y complejos, con avances y retrocesos, a través de territorios desconocidos, de fronteras borrosas y perfiles imprecisos.

De allí que, hacia comienzos de los años 90, la investigación sobre la división de poderes haya entrado en una nueva etapa. La consolidación de las transiciones democráticas de los 80, la apertura post-comunista de Europa Oriental, los cambios y realineamientos en los sistemas partidarios en las principales democracias de Occidente y, sobre todo, el movimiento mundial de reformas institucionales implementado a partir de finales de los 90, plantean retos a la visión tradicional de la relación entre los poderes, desafiando principios y desarrollos largamente consolidados en la doctrina constitucional.

Se abre así una nueva agenda para la investigación interdisciplinaria en la que el derecho y la teoría constitucional, la sociología y la ciencia política, la historia institucional y más recientemente, el análisis económico de las instituciones y la economía avanzan en un sentido convergente.

La teoría y sobre todo la práctica de la división de poderes atraviesan hoy un nuevo ciclo de revisiones críticas fundamentales y es natural que así sea. “No estamos –recuerda M. J. C. Vale– en modo alguno ante un sistema de conceptos simple, reconocible a primera vista ni carente de ambigüedades. Por el contrario, representa un área de pensamiento político en la que la definición y el uso de la terminología han sido extraordinariamente confusos; y, lo que es más, gran parte del contenido específico de los textos escritos en los siglos pasados es de difícil aplicación para los problemas de mediados del siglo XX. La doctrina de la separación –concluye este análisis, ya un clásico sobre el problema– por sí sola, nunca ha conseguido una base adecuada para el establecimiento de un sistema político efectivo y estable” ... “se ha combinado con otras ideas políticas, como la teoría del Estado mixto, la idea de equilibrio o el concepto de frenos y

contrapesos para formar las complejas teorías constitucionales que constituyen la base de los modernos sistemas políticos de Occidente”¹.

El Poder político y las instituciones tienen en casi todo el mundo mala prensa y peor reputación. Ante esta situación, los Ejecutivos responden con agresividad. Confrontan y enfrentan, inventan y construyen a sus adversarios, controlan la agenda pública, monopolizan la iniciativa, acorralan a sus oposiciones, desbordándolas y enfrentándolas con los prejuicios y expectativas de una sociedad cada vez más escéptica, informada, alerta e insatisfecha.

Los jueces responden a su vez de manera igualmente reactiva. La expansión casi universal del control de constitucionalidad de las leyes tiende a situarlos en el papel de árbitros inapelables de las nuevas formas de conflicto social. La política se judicializa y la justicia se politiza. El costo de este ingreso intempestivo a la política es inmenso y se expresa en niveles desconocidos de conflictividad con el resto de los poderes sociales y políticos, lo cual se refleja en la declinación de todos los indicadores de confianza y apoyo social.

La peor parte la lleva, sin duda, el Parlamento. Para vastos sectores de la opinión pública, la vida parlamentaria es uno de los reductos principales de supervivencia parasitaria de la vieja política, signada por la negociación y venta de influencias y votos, el clientelismo, las transacciones a espaldas del electorado, el transfuguismo y los abusos tanto de mayorías como de minorías ocasionales. Un manto de sospecha generalizada desacredita el trabajo legislativo y toda la amplia gama de funciones tradicionales de los parlamentos. Todo ello deteriora también la confianza de la sociedad en las políticas de acuerdo político y consenso social².

En la mayor parte de las democracias actuales, las instituciones parlamentarias –particularmente aquellas que como el Senado se fundan en la idea de representación territorial– alcanzan índices de aprobación muy por debajo del resto de las instituciones constitucionales³.

El presente debe ser entendido como un ensayo de teoría constitucional empírica. Aspira a proporcionar una mirada sociológica sobre algunos de los principales temas de la agenda pública en torno a esta relación conflictiva y por momentos violenta de la relación entre los poderes. Distingue así, con la ma-

¹ M. J. C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Trad. J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 2.

² La propia fragmentación de los cuerpos legislativos opera en este sentido como un dato central. En la cámara baja, los 257 diputados están divididos en 35 bloques, 16 de ellos unipersonales y cinco con sólo dos integrantes, al tiempo que en la cámara alta, el cuerpo se fragmenta en 31 bloques, 12 unipersonales y 13 bipersonales. Bajo estas condiciones, la posibilidad de acuerdos que trasciendan los intereses personales es vista como cada vez más remota e incierta.

³ Cfr. Los trabajos compilados por J. Cooper (Ed.), *Congress and the decline of public trust*, Colorado, Westview Press, 1999, particularmente los ensayos de J. H. Hibbing, D. M. Shribman y J. Cooper. Asimismo J. R. Higgins y E. Theiss-Morse, *Congress as public enemy. Public attitudes toward american political institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

por precisión posible entre un plano de reflexión normativa –como debe ser la división de poderes– y un plano de análisis empírico –como opera en realidad la relación entre los poderes–.

Su intención es enfocar algunos problemas de la realidad institucional del poder en nuestro país, a la luz de una tesis central que he tratado de desarrollar a lo largo de nuestras sesiones y debates de estos años: ninguno de los problemas que viven hoy las instituciones políticas argentinas debe verse como un problema propio y exclusivo de nuestro país. Por lo general, nuestras instituciones reproducen conflictos que son hoy comunes a la mayor parte de las democracias, tanto avanzadas como en transición. Si bien no cabe negar los rasgos y acentos específicos que nuestra propia historia y realidad imprime a estos conflictos, su lógica básica, su dinámica interna reconocen raíces y manifestaciones comunes a la mayor parte de las experiencias democráticas contemporáneas.

El presente es un ensayo interpretativo de realidades que están muy lejos de una consolidación definitiva. Su objetivo principal es contribuir a la discusión actual en torno a la realidad actual y el futuro de la división de poderes.

Para ello, resulta esencial superar un cierto originalismo interpretativo que suele llevar a la doctrina a una interpretación de los problemas actuales a la luz de una herencia institucional que se cree fija en el tiempo, como un tesoro inapreciable de segura vigencia actual.

No es éste, ciertamente, el caso de la doctrina de la división de poderes, que ha evolucionado en el tiempo, en respuesta siempre a las condiciones cambiantes del contexto histórico y social. Una cosa es, en efecto la versión originaria, en los términos casi primitivos de la Inglaterra del siglo XVII y otra muy distinta la que encarna en experiencias históricas sucesivas, tan diversas como la idea de la Constitución Equilibrada y sus detractores en el siglo XVIII, la construcción canónica de Montesquieu, la recepción en las colonias de la Costa Este americana, su expresión institucional en la propia Revolución americana, las constituciones estatales y finalmente en la propia Constitución Federal. Muy distinta es también la versión europea, desde la Revolución Francesa hasta la contrarrevolución en Francia, el liberalismo doctrinario o la Constitución británica en el siglo XIX. La idea de división y separación de poderes varió sustancialmente a lo largo de las diversas etapas del constitucionalismo tanto americano como británico, francés e ibero-americano⁴.

El presente ensayo no abordará el desarrollo fascinante de la teoría de la división de poderes, sus orígenes, manifestaciones e intersecciones con otras instituciones como el federalismo. Más bien se centrará en sus prácticas, en el marco de condiciones actuales en que se desenvuelven los debates en torno al contenido y significado posible de la división de poderes.

⁴ Cfr. para ello el ya citado M. J. C. Vile, *op. cit.* Asimismo, T. Campbell, *Separation of powers in practice*. Stanford, Stanford University Press, 2004 y R. Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

El dato central es, sin duda, la multiplicación y nivel de complejidad exponencial de las funciones de las instituciones políticas.

Si se observa por un momento el caso del Poder Legislativo, la mayoría de los estudios recientes se han centrado en establecer el papel y la influencia que las instituciones parlamentarias tienen o han desempeñado en la elaboración legislativa y el proceso de toma de decisiones.

Sin embargo, aun siendo muy importante, la función decisional no es la única, ni quizá la más relevante, que realizan los parlamentos en la actualidad. De un modo acelerado, los poderes legislativos han ido asumiendo otras funciones, muchas de ellas esenciales para el funcionamiento general del sistema político⁵. De hecho, los parlamentos son hoy instituciones presentes en todo tipo de regímenes políticos, incluso no democráticos. Todos los sistemas políticos incorporan un ingrediente parlamentario, aun cuando sus funciones poco tengan que ver con las propias de los poderes legislativos de las democracias liberales.

Lo cierto es que las funciones actuales de los parlamentos desbordan los perfiles clásicos de la teoría y la práctica de los poderes legislativos, tradicionalmente centrados más bien en sus funciones de representación, legislación, control y *policy making*. El Parlamento deviene así una realidad institucional mucho más amplia y polifacética. Por lo pronto, es un gran foro o escenario público, en el que se sustancian procesos tanto sustanciales como meramente rituales de las democracias actuales.

Una taxonomía de las funciones actuales del parlamento debe incluir su función como válvula general de seguridad del sistema político. Junto a sus funciones tradicionales de diseño y elaboración de la legislación, nombramiento de altos cargos del Estado y control político del Ejecutivo, el parlamento es también un instrumento de reclutamiento y socialización de las élites políticas, un foro de debate político y social, una instancia de articulación de intereses y resolución de conflictos, de control del gobierno y de la Administración. En otros planos, es también un cauce de expresión y canalización de demandas ciudadanas, de construcción de ciudadanía y de afirmación de identidades y diferencias sociales. A todo ello suma el Parlamento otra función esencial, que es la de instancia de mediación entre el sistema político y la sociedad, función por completo extraña a las funciones actuales de los Ejecutivos y la judicatura⁶. En sociedades que superan estados de guerra internos, los parlamentos han asumido incluso funciones de pacificación y garantía del equilibrio social indispensable para el inicio de procesos constituyentes.

Sin embargo, el centro del problema que afrontamos hoy es que los parlamentos, de un modo consciente, deliberado y programado, han ido cediendo

⁵ A. Martínez (Ed.), *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 12.

⁶ Para una visión actualizada de las funciones de los poderes legislativos, cfr. G. Loewenberg, P. Squire, y D. R. Kiewiet (Eds.), *Legislatures. Comparative perspectives on representative assemblies*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000. Asimismo, P. Norton (Ed.), *Legislatures*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

do el monopolio tradicional de todas estas funciones que en otro tiempo les eran propias y exclusivas. Muchas de dichas funciones son compartidas hoy con el resto de los poderes del Estado; otras son objeto de fuerte disputa con otros poderes, tanto públicos como privados. Particularmente, la traducción legislativa de las grandes decisiones políticas e institucionales, delegadas hoy tanto en los Ejecutivos como a la propia judicatura. En este contexto, bien podría decirse que el conflicto suele ser la regla y no la excepción y de allí que buena parte de los estudios recientes giren en torno al conflicto abierto entre los poderes legislativos, los ejecutivos y el poder jurisdiccional.

I. LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN

La crisis de la representación política ha introducido una nueva agenda, de alto voltaje político. ¿A quién representan los legisladores? La respuesta a esta pregunta es hoy por hoy cada vez más compleja⁷.

Una primera respuesta indicaría que representan a los ciudadanos residentes en los territorios que los eligen. Esta respuesta abre a su vez un arco de cuestiones aún más complejas. En los países federales de tradición bicameralista, una cámara representaría al “pueblo” o a la Nación en su conjunto, en tanto que la otra representaría al electorado de los distritos –Estados, provincias, cantones, etc.–. El problema es que en muchas democracias actuales la representación territorial en el Parlamento conecta con los problemas de las representaciones de base regional, étnica y aun religiosa. Ello abre cuestiones adicionales referidas a si los representantes representan a la ciudadanía en su conjunto, a los partidos o a las minorías, las etnias o los grupos sociales de base territorial que aspiran a ejercer la representación.

Otra respuesta, generalizada en las democracias contemporáneas, refiere en cambio el fenómeno de la representación política a los partidos o coaliciones políticas en cuyas listas y bajo cuyas plataformas electorales son elegidos los representantes. Si bien la mayoría de los sistemas políticos comparados consagran en sus constituciones y leyes electorales la prohibición del llamado “mandato imperativo” –la idea básica de que ningún representante está atado a ninguna disciplina en sus opiniones, posiciones y decisiones de voto–, la realidad es que la relación entre representantes y partidos es cada vez más compleja y conflictiva. La idea de que el representante representa al pueblo de la Nación o a la sociedad en su conjunto entra en conflicto con los acuerdos internos, los mecanismos de disciplina partidaria y las diversas formas de garantía de la partidocracia. Según los casos, la tensión se resuelve ya a favor, ya en contra de los partidos.

La crisis de los grandes sistemas ideológicos, el declive de los partidos de masas, la crisis de los liderazgos fundacionales, la emergencia de los partidos

⁷ Para una visión de conjunto, cfr. J. M. Valles, *Ciencia política. Una introducción*, 7ª ed., Barcelona, Ariel, 2008, págs. 215-228.

atrapa-todo –*catch-all*–, la pérdida de importancia de las formulaciones programáticas y las plataformas electorales ofrecen hoy por hoy material para nuevas formas de relación entre representantes y representados.

La importancia decreciente de los mecanismos de disciplina partidaria se combina de manera a veces explosiva con la crisis de la confianza en las instituciones democráticas –particularmente los partidos políticos–. El reflujo de la participación cívica tiene mucho que ver con el cuestionamiento creciente de las instituciones representativas. Al mismo tiempo, la expansión extraordinaria de nuevas oportunidades y canales de participación ciudadana pasa a ser un dato de importancia central, en un escenario amplificado por los impactos de la globalización sobre el Estado-Nación.

Pocos dudan ya del grado de consolidación de la experiencia democrática. Aún así, al cabo de las diversas olas de democratización vividas a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, las dudas y cuestionamientos a la calidad de las respuestas institucionales tienden a multiplicarse.

Los riesgos y desafíos a las instituciones democráticas ya no provienen del exterior del sistema. Por el contrario, surgen desde las entrañas mismas de un sistema que, si bien garantiza alternativas inéditas de incorporación y expresión política de una ciudadanía cada vez más independiente, autónoma y movilizadora, se ve superado por una sobrecarga de demandas sociales cada vez más difíciles de procesar y administrar desde las capacidades institucionales del Estado de Derecho.

En otros tiempos, las involuciones autocráticas, civiles o militares aparecían como verdaderos infartos de un sistema arterial incapaz de canalizar la cantidad y calidad de expectativas y demandas de una sociedad impaciente ante la incapacidad y los tiempos de la respuesta democrática. En la actualidad, el agotamiento de la tentación autoritaria da una medida clara del nivel de consolidación del sistema. Sin embargo, al optimismo por la extensión y la cantidad de democracia sucede un cierto pesimismo por su calidad y profundidad.

Muchas de las categorías del análisis político convencional pierden su significado originario, en el contexto de una política cada vez más crispada y confrontativa, focalizada ya no en torno a ideas generales sino a *issues* problemáticos. Pierden también importancia antiguos clivajes sociales, basados en diferencias religiosas, culturales o socio-económicas.

Al mismo tiempo, caducan ideas tradicionales sobre el compromiso y la militancia, desplazadas por el individualismo, el espíritu de reivindicación y la fascinación por la acción directa. Las “políticas temáticas” –*issue oriented*– promueven a su vez un nuevo protagonismo político por parte de los “formadores de opinión”, las entidades de la sociedad civil, las organizaciones auto-convocadas de protesta social y los propios medios de comunicación, convertidos ya en voceros de protesta y actores sustanciales de la oposición política.

El cambio es trascendente, en la medida en que afecta los resortes y engranajes profundos de la legitimidad social. En América Latina, el sistema tra-

dicional de representación reposó sobre el liderazgo inicial de caudillos “fundacionales” creadores de estructuras partidarias rígidas y centralizadas, orientadas al cultivo de redes de militancia y electorados “de pertenencia”, anclados en fuertes lealtades partidarias y orientaciones de clase.

Éste es el sistema desafiado por los protagonistas de la “nueva política”. Por lo general, se trata de *outsiders*, algunas veces desprendidos de los partidos tradicionales y otras simples figuras del espectáculo, de la política o bien emergentes exitosos en la lucha por la conquista y conservación del poder territorial —sobre todo gobernadores y alcaldes con títulos consolidados en la gestión local—.

En este contexto, se define incluso un nuevo *cursus honorum* de la política, en el que la experiencia de gestión —pública o aun privada— desplaza a criterios tradicionales como la lealtad personal, la afinidad ideológica o el compromiso militante. En muchos países de América Latina, para ser gobernador estadual o prefecto hoy hay que haber sido antes alcalde, del mismo modo que para afrontar la carrera presidencial es menester haber pasado antes por experiencias de gestión regional, estadual o local, o bien por experiencias equivalentes en la gestión privada. Si bien las excepciones son importantes, éste es uno de los rasgos de identidad más claros de la nueva élite de dirigentes y candidatos, que hoy desafían los valores y prácticas de la clase política tradicional.

Ello explica la reacción de los políticos tradicionales ante algunos rasgos característicos de las nuevas “democracias de opinión” —tales como, por ejemplo, la relevancia de las encuestas, el protagonismo de los medios o las nuevas estrategias de comunicación y marketing político—. Las resistencias se acrecientan ante las reivindicaciones representativas formuladas desde los nuevos movimientos sociales o las organizaciones de la sociedad civil. Los dirigentes tradicionales recelan sobre todo la mayor eficiencia operativa de estos sectores en el ámbito local, su capacidad para incorporar o desarrollar redes sociales, su pretensión de ocupar espacios en la política social o su destreza para focalizar su tarea desde la perspectiva de un enfoque territorial de los *issues* problemáticos.

II. LOS NUEVOS ESCENARIOS DEL PODER

Una cadena de hechos extraordinarios, acontecidos al interior de algunas de las democracias más desarrolladas, ha puesto de manifiesto cambios que desafían la imagen del poder y de sus equilibrios funcionales internos.

Fenómenos tales como la crisis de la representación política, el reflujo de la participación, la desconfianza hacia las instituciones, la pérdida de la cohesión social o la crispación de la política se combinan con nuevas formas racionales de tecnología social y ello determina nuevas formas de micro conflictualidad, ligadas al localismo, el fundamentalismo religioso y, en general, formas nuevas y diversas de afirmación de la identidad personal y política.

La nueva política implica, en el fondo, la expresión natural de procesos complejos de diferenciación social, gestados paralelamente al proceso de homogeneización cultural y político producido en las últimas décadas. Los partidos políticos de América Latina no son ajenos a este proceso. Las tendencias principales de cambio nacen tanto desde el interior de los grandes partidos de masas como desde la propia sociedad.

De allí un proceso casi natural de “*presidencialización*” de la política que abarca a los más diversos tipos de regímenes políticos. América Latina reproduce, también en este punto, procesos generalizados a todas las democracias, incluso las más estables y avanzadas. Basta observar, en efecto, lo que ocurre, incluso con tonalidades más acusadas, en los Estados Unidos de Bush u Obama, la Gran Bretaña de Blair, Brown o Cameron, la Francia de Chirac o Sarkozy, la Italia de Berlusconi, la Alemania de Merkl, la Rusia de Putin o la España de Rodríguez Zapatero. Los referentes latinoamericanos de este proceso –desde Lula, Chávez, Uribe, Lagos, Morales, Piñera, Vázquez, Mugica o Kirchner– no son diferentes a los de la casi totalidad de la Europa del Este y el resto de las democracias emergentes en su conjunto⁸.

El presidente monopoliza las expectativas, define y controla la agenda pública, marca los límites entre gobierno y oposición e instituye los estilos políticos predominantes. Éste es el papel que el *Presidente-Candidato* debe representar y proponer al electorado. De allí que sea, por lejos, la institución más sensible a los cambios modernos en la opinión pública y la comunicación política. La problemática casi paranoica que plantea en las democracias latinoamericanas la cuestión de la “imagen” de los Presidentes, ofrece un interés especial. La misma “imagen” que pudo ser decisiva a la hora de ganar votos puede ser una pesada carga a la hora de gobernar.

Una vez que el candidato triunfante está en funciones, las cualidades de honestidad, moderación, manejo cauteloso de los tiempos y gradualismo que atrajeron en su momento a un electorado moderado y harto del decisionismo de pretendidos “pilotos de tormentas”, pasan a ser interpretadas, en contextos de crisis, como carencia de liderazgo, falta de firmeza de carácter, cuando no debilidad, inexperiencia e incapacidad para decidir bajo presión.

La realidad del *Presidente-Gobernante* suele entonces ser muy diferente. La complejidad extraordinaria del gobierno en las sociedades contemporáneas excluye cada vez más la posibilidad de un sujeto activo único, omnisciente, omnisapiente y capaz de ocupar todo el escenario de las expectativas colectivas. El cambio sustancial en la propia idea de Gobierno determina cambios

⁸ Un informe reciente estudia en detalle este mismo proceso en Estados Unidos, Alemania, Italia, España, Canadá, los Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Portugal, entre docenas de casos. Cfr. T. Poguntke y P. Webb (eds.), *The presidentialization of Politics. A comparative study of modern democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005; asimismo, B. Kleinerman, *The discretionary president. The promise and peril of Executive Power*, Lawrence, Kansas University Press, 2009; E. Posner y A. Vermeule, *The Executive Unbound. After the madisonian republic*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

naturales en la función presidencial. Gobernar es cada vez más un arte de componer y articular, sugerir y contener, expresar y proponer, tejer y destejer.

Nadie espera ya líderes carismáticos en el estilo fundacional de los De Gaulle, Ataturk, Vargas o Perón. Las sociedades optan más bien por figuras menos coloridas en la línea de los Aznar, Rodríguez Zapatero, Putin, Cameron, Prodi, Jospin, Vázquez o Uribe. Los Sarkozy o Berlusconi son la excepción que confirma una regla, extendida en el amplio arco de expresiones de las democracias comparadas.

En su etapa fundacional, la teoría republicana de la institución presidencial, Madison y otros creían que el legislativo era el poder más fuerte. Precisamente por ello promovieron el bicameralismo como una forma de moderar un poder que podía poner en riesgo al resto de los poderes⁹ y concibieron al Ejecutivo como unitario, pensando en su fortalecimiento ante el conflicto previsible con la legislatura. Más de doscientos años después, la situación es claramente la opuesta.

Un análisis de los factores que inciden en este proceso de hegemonía creciente de los poderes ejecutivos, tanto en el diseño de la agenda pública como en el monopolio de la iniciativa política, demuestran la importancia de algunos cambios en el modo de producción básico de la política.

En un ensayo de sistematización de los factores que explican para el caso de Estados Unidos esta tendencia desde la presidencia unitaria a una presidencia unilateral, W. P. Marshall subraya y desarrolla once razones que explican la inevitable expansión del poder presidencial: 1) La indeterminación constitucional de la institución presidencial; 2) El efecto “precedencial” de la acción de la rama ejecutiva; 3) El papel de abogado y gestor (*lawyering*) de la presidencia; 4) El crecimiento de la función ejecutiva; 5) El control presidencial del Estado Administrativo; 6) El acceso y control presidencial a la información; 7) La relación con los medios de comunicación; 8) La gravitación del Presidente en la opinión pública y la cultura popular; 9) Las atribuciones y competencias en materia militar y de inteligencia; 10) La necesidad del gobierno de actuar de modo urgente e inmediato; 11) Los efectos de la polarización electoral¹⁰.

Muchas de estas razones son aplicables a la mayor parte de las expresiones del presidencialismo latinoamericano.

La primera y más importante explicación de las interpretaciones que han llevado a un crecimiento y sobrevaloración social de la institución presidencial es sin duda la propia ambigüedad del tratamiento constitucional de la figura y atribuciones de los presidentes. Se trata, en efecto, de una institución que fue pensada, desde el origen, para crecer y desarrollarse conforme al propio desarrollo del sistema político. La idea de una institución encargada de cuidar que las leyes fueran efectivamente aplicadas y ejecutadas supone la idea de “poderes inherentes”, tan importante en las interpretaciones contemporáneas.

⁹ Ver sobre todo *The Federalist*, n° 51.

¹⁰ W. P. Marshall, “Eleven reasons why presidential power inevitably expands and why it matters”, en *Boston University Law Review*, Vol. 88: 505 (2008).

De allí también la importancia del precedente como soporte para desarrollos ulteriores de la función ejecutiva. El argumento de que todos los presidentes contaron con facultades delegadas, poderes especiales de administración y gobierno o con “Corte propia” ha sido constante en la evolución de los regímenes presidencialistas. Todo uso extraordinario de sus facultades habilita una nueva tradición a favor de su reivindicación por parte de futuros presidentes.

La idea de que el Presidente es el juez de su propia autoridad es otro factor determinante¹¹. El Presidente es abogado en causa propia y desde el modelo del Attorney General hasta los procuradores del Tesoro de los países latinoamericanos, es la cabeza real del cuerpo de abogados del Estado. Desde esta perspectiva el desarrollo de una interpretación expansiva de los poderes presidenciales resulta inexorable.

La expansión de la burocracia del Estado administrativo y regulador, la multiplicación de agencias gubernamentales, el papel de la Banca central y el gobierno de la economía, la función decisiva del acceso y control de la información son factores coadyuvantes al crecimiento de la importancia política de la institución. Los medios reflejan el fenómeno y lo magnifican. El Presidente es la personificación del Poder y su imagen es en las grandes crisis la imagen de la Nación. De allí las ventajas decisivas con que cuenta en la fijación cotidiana de la agenda pública, en los debates y la confrontación con sus adversarios y, más recientemente, con las propias empresas periodísticas y medios de comunicación.

El reflejo de esta dimensión personalizada del poder en la opinión pública y la cultura de poder es otro factor de importancia esencial. El presidente concentra las expectativas, representa los intereses de la Nación, confronta con los poderes fácticos y con el resto de los poderes institucionales. La cuestión del “carácter” y la personalidad presidencial se convierten en un factor central para la competencia política.

La polarización creciente de la competencia política es un fenómeno casi universal y agrega otro factor de fortalecimiento del papel del presidente como eje del sistema político. El oficialismo en el Congreso trabaja para el éxito del Presidente y la oposición hace todos los esfuerzos para desestabilizarlo. En este sentido, se reproduce la lógica inspiradora del parlamentarismo. El Presidente es la cabeza y el líder del partido mayoritario y el deber de los legisladores oficialistas es apoyar a su gobierno. Impone por ello su conducción y disciplina de partido. El deber de los legisladores del partido minoritario es, en cambio, el de ejercer la tarea de oposición. El parlamento pierde así parte esencial de sus funciones. Toda política de cooperación se torna imposible. El simple otorgamiento del quórum para discutir una cuestión de Estado como podría ser el Presupuesto Anual pasa a ser una traición. La propia tarea de control pasa a ser una labor partisana, que excluye toda pretensión de objetividad. Bajo estas

¹¹ El presidente Richard Nixon expresó esta idea con claridad brutal en una entrevista del 19 de mayo de 1977 con Robert Frost: “Well, when the President does it, that means that is not illegal”. Cit. por S. T. Moran, y B. B. Strawn, en “Symposium: The role of the President in twenty-first Century”, en 88 *Boston University Law Review*, 320 (2008).

condiciones, más que de separación de poderes cabe hablar de separación de partidos¹².

III. FACTORES DE RUPTURA INSTITUCIONAL

Una serie de factores de ruptura explican el desequilibrio creciente entre los poderes y la necesidad de una reconstrucción de la visión tradicional del principio de división de poderes en el nuevo contexto real de las democracias actuales.

1. Un primer factor, de proyecciones ambivalentes, es la *debilidad de las instituciones políticas*. Explica tanto algunos rasgos negativos como positivos de la relación entre los partidos y la democracia. Alguna literatura comparada sobre la transición¹³ enfatiza que, frente a las dificultades de la debilidad institucional resalta, por otra parte, la paralela capacidad de adaptación y respuesta por parte de partidos y movimientos sociales a circunstancias hostiles a los partidos. Subraya, en tal sentido, el cambio a través del cual, movimientos caracterizados por una larga historia de populismo autoritario han sido capaces de producir respuestas estratégicas adaptativas, que les han permitido asimilar la complejidad de las nuevas formas de participación en un mundo muy diferente del que hace más de un siglo sirvió de marco al nacimiento de los partidos de masas.

Las evidencias empíricas disponibles imponen, sin embargo, cierta cautela. En muchos casos, los cambios han sido resultado no tanto del realismo adaptativo de los partidos como de la capacidad de los presidentes para imponer los cambios a sus propios partidos. El caso de Menem, Lula, García o Kirchner es en este sentido ilustrativo. En este sentido, la debilidad de las instituciones ha servido más bien para minimizar el veto opositor o bien para la implementación de estrategias imprescindibles para la administración de las emergencias institucionales –del tipo de las que debieron afrontar en nuestro país tanto Alfonsín en 1985, Menem en 1991 o Duhalde en el 2001–.

2. Un segundo factor, de pareja importancia, es el *viraje ideológico y programático de los partidos*. En general, movimientos como el peronismo

¹² Cfr. en este sentido, D. J. Levinson y R. H. Pildes, "Separation of parties, not powers", en 119 *Harvard Law Review*, 2316-2323 (2006).

¹³ S. Mainwaring y M. Shugart, *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; S. Mainwaring, G. O'Donnell y S. Valenzuela (Eds.), *Issues in democratic consolidation: the new south-american democracies in comparative perspective*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1992, págs. 294-341 y 17-56; L. Morlino, *Democrazie e democratizzazione*, Bolonia, Il Mulino, 2003, Cap. VI; S. Levitsky, M. V. Murillo (Eds.), "Teorías sobre instituciones débiles: lecciones del caso argentino", en S. Emiliozzi, M. Pecheny y M. Unzué (Eds.), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007, págs. 173-200.

argentino, el APRA peruano, el socialismo chileno o el PRI mexicano ofrecen ejemplos elocuentes de flexibilidad para responder a procesos profundos de actualización ideológica y programática, sin los cuales habría sido impensable la incorporación de antiguos adversarios y sectores independientes o el replanteo de las alianzas sociales y políticas que imponían las nuevas situaciones. En su función de gobierno, estos partidos lograron así compatibilizar las exigencias propias de las reformas económicas con los tiempos acelerados propios del ciclo político electoral de las democracias constitucionales. Los costos han sido en general mínimos para quienes supieron asumir la necesidad y urgencia de los nuevos rumbos y explicarlos a sociedades impacientes y suspicaces. Sin embargo, dichos costos políticos fueron intolerables para quienes optaron por preservar las ortodoxias recibidas.

La experiencia de la administración de las emergencias en los últimos veinte años demuestra que en todo el continente, la estabilidad de los apoyos gubernamentales parece estar estrechamente asociada a su aptitud para anticipar y hacerse cargo de la crisis y, sobre todo, demostrar en todo momento capacidad de control y sentido de la orientación ante la complejidad y dinamismo de las transformaciones estructurales en curso.

3. Un tercer factor determinante en épocas recientes ha sido el nivel de *crecimiento funcional del poder gubernativo*. La centralización de facultades decisorias de los gobiernos obedeció en muchos casos al imperio de la gravedad y urgencia de las emergencias económicas, agravado por el deterioro funcional del funcionamiento colectivo de los gabinetes ministeriales y la fragmentación de la gestión gubernamental de aspectos complejos de la administración económica. La conducción personalizada, vertical y directa de los responsables máximos de las decisiones económicas –intendentes, gobernadores, presidentes– ha sido en este sentido más un efecto que una causa de las circunstancias de la crisis.

Para el constitucionalismo tradicional, el crecimiento de la zona de actividad discrecional de los poderes ejecutivos debe ser analizado como una intromisión sobre la zona reservada a las facultades constitucionales de los parlamentos. Sin embargo un análisis empírico y más realista del problema demuestra, a nivel mundial que, más allá de los conflictos entre poderes, los procesos de delegación legislativa, tanto a favor de los poderes ejecutivos como de los jueces, es desde hace tiempo una de las características centrales del cambio en la teoría y técnica de la legislación contemporánea.

4. El surgimiento de los *autoritarismos competitivos* es otro factor relevante¹⁴. Se trata de regímenes híbridos, en los que las instituciones, prácticas y formas de la democracia son ampliamente reconocidas como el método pri-

¹⁴ Cfr. Steven Levitsky y L. A. Way, *Competitive authoritarianism. Hybrid regimes after the Cold War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

mordial de lucha por el poder pero en los que, sin embargo, las posiciones de poder confieren y garantizan a los oficialismos ventajas significativas sobre sus oponentes. Se trata de regímenes competitivos, que reconocen y otorgan a sus opositores libertades políticas amplias e instrumentos y posibilidades ciertas para la disputa por el poder. Sin embargo, establecen al mismo tiempo, sesgos, asimetrías y ventajas competitivas que desequilibran de hecho las condiciones efectivas de la competencia política. La competencia que se establece es real aunque sesgada, desigual e inequitativa.

Se trata de regímenes híbridos, que combinan rasgos importantes, propios tanto de la democracia como del autoritarismo. Para su análisis, es menester revisar muchas de las definiciones canónicas de lo que debe entenderse por democracia. Durante años, los estudios sobre las transiciones democráticas establecieron, en efecto, una serie de condiciones mínimas para calificar a un régimen político como de “democrático”. Cabe recordar, como ejemplo, el modelo de Robert Dahl: a) Existencia de elecciones libres, equitativas y competitivas; b) reconocimiento pleno del derecho al sufragio; c) protección amplia de las libertades civiles, incluidas la libertad de expresión, de prensa y de asociación; d) ausencia de autoridades “tutelares” de naturaleza no electiva –de índole tradicional, militar, religiosa, etc.–.

La clave era, sin duda, la verificación de las notas propias de la democracia “schumpeteriana”, interesada más por el fortalecimiento de la apertura y competitividad de los procesos electorales que por el análisis de las condiciones fácticas de los procesos bajo estudio. La clave estaba en un optimismo ilimitado en las garantías de la alternancia en el poder, entendida como instrumento para la administración de sistemas cada vez más complejos en la que tanto el gobierno como las fuerzas de oposición tendían a compartir sus posibilidades de acceso a una estructura de poderes y recursos cada vez más plural y diversificada.

¿Qué decir, sin embargo, de regímenes de incuestionable raíz democrática, en la que una fuerza o más fuerzas políticas se reservan ventajas definitorias en lo referido al acceso a los resortes económicos, institucionales, políticos y simbólicos del poder? En gran parte de las nuevas democracias, los oficialismos tienden a reforzar su control monopólico de la determinación y cambio de las reglas del proceso electoral y la competencia política, incluidas la regulación del financiamiento de las campañas y el gasto electoral, el acceso a los medios de comunicación, los calendarios y cronogramas del proceso electoral y, sobre todo, los mecanismos de judicialización de la competencia, los instrumentos de intervención social y protección clientelar, el control de la libre publicación de encuestas electorales, la administración de los escrutinios y el control y gobierno de todo el proceso electoral.

5. Se impone asimismo la consideración de otro factor imprescindible para el análisis: la *internacionalización de la política*. Los presidentes de América Latina han pasado a ser actores protagónicos en un nuevo escenario

de diplomacia personal, donde el poder doméstico depende cada vez más de decisiones de ámbito internacional. Las cumbres presidenciales implican una anteposición de esa diplomacia personal de los jefes de Estado y de gobierno por sobre las reglas, estilos, tradiciones y tiempos de la diplomacia tradicional. La actividad internacional, aun de presidentes con perfiles muy poco internacionales, como Chávez, Morales o Kirchner es el principal factor explicativo de su popularidad doméstica. El fenómeno no es nuevo: fue durante medio siglo la gran lección del caso cubano y así comprendido por la mayor parte de los presidentes.

De hecho, las cumbres amplifican la proyección internacional de los liderazgos locales, los dotan de una agenda de políticas de Estado que trasciende los asuntos domésticos y los proyecta a un futuro de integración que potencia las posibilidades actuales de las democracias, cualquiera sea su signo político y aun ideológico. Un análisis factorial de los factores constitutivos de los niveles de apoyo social del liderazgo sitúa en primer lugar la importancia de la agenda internacional.

6. Un orden adicional de factores tiene que ver con la recurrencia de los ciclos de *emergencia económica* y su exigencia de una primacía creciente de los poderes ejecutivos. Ello explica la ya apuntada aceleración de procesos para-constitucionales de delegación legislativa por parte de los parlamentos y, sobre todo, la posterior ratificación judicial de las decisiones de emergencia. En contextos de necesidad y urgencia, los poderes ejecutivos se benefician incluso de delegaciones de confianza muy amplias del electorado. Su capacidad institucional parece depender tanto de la habilidad para anticipar o generar espacios políticos, cuanto de sus posibilidades para anticipar y comprender el sentido de los cambios y asumirlos, sin necesidad de negociaciones ni consensos que, por otra parte, la sociedad descuenta como inconducentes o imposibles, dado sobre todo el nivel de crispación de las relaciones entre gobierno y oposición.

7. En este mismo sentido se inscriben los *bloqueos funcionales en aspectos centrales de la dinámica del Estado de Derecho*. Las cláusulas constitucionales que establecen la estructura del gobierno integraron en su tiempo un proyecto concreto: el establecimiento de una república constitucional, basada en una estructura de frenos y contrapesos destinada a integrar poderes dispersos en el conjunto de un gobierno gestionable.

Es esa estructura integrada, basada no en la separación sino en la *interdependencia* de los poderes del Estado, la que hacía políticamente posibles los sistemas de designación de jueces y magistrados, el control de constitucionalidad, la prohibición de delegaciones legislativas, la prohibición del veto parcial del Ejecutivo, los procedimientos de formación y sanción de las leyes, la autonomía del régimen municipal o la propia estructura de coparticipación tributaria, sobre todo en los estados federales.

La democracia de partidos apunta precisamente a consolidar esa idea republicana de la interdependencia de los poderes como sistema de construcción, organización y control del poder estatal. Sin embargo, la crisis de los partidos de masas introduce factores de distorsión de gravedad extrema. El autoritarismo de los ejecutivos responde, en la emergencia, a la realidad de que las oposiciones tienden a rechazar por razones tácticas todo tipo de estrategia tendiente a garantizar los objetivos de la gobernabilidad.

La ventaja teórica de un posible control de la rama política por parte de la rama legislativa se ve neutralizada en la práctica por un partidismo un tanto exagerado y hasta cierto punto artificial, exacerbado sobre todo en épocas electorales, en la medida en que los líderes de la oposición parlamentaria son a su vez candidatos presidenciales. En épocas como la actual, de “campaña permanente”, la dificultad adquiere rasgos estructurales.

Una solución posible, como la separación drástica entre la política y la administración, podría contribuir a aminorar la influencia del partidismo sectorio sobre la función de control de los parlamentos. Sin embargo, la evolución actual de la política hacia formas cada vez más desembozadas de *spoil system* y control clientelar de todos los resortes de la acción estatal deja poco margen para la esperanza.

8. Otra serie de factores remiten al hecho básico de que las democracias actuales son, ante todo, *democracias de opinión*, en las que las percepciones y preferencias públicas se expresan en tiempo real. Bajo la hegemonía de los medios de comunicación y los procesos y mecanismos de análisis y formación de la opinión pública, la política deviene un plebiscito cotidiano. Por su parte, los presidentes aspiran más bien a sobrevivir al naufragio de muchas instituciones tradicionales, de cuya lógica interna desconfían o temen. Saben que el plazo de gracia de que disponen es mínimo y que todos los días deben responder al control de una opinión pública tan voluble e impredecible como temible por la violencia despiadada e inapelable de sus mecanismos de premios y castigos. El decisionismo se impone casi por imperio de los tiempos políticos e institucionales, cada vez más cortos y angustiosos. Después de todo, son liderazgos *by default*, cuya permanencia es en buena medida función de la inexistencia de liderazgos alternativos. Más que por el amor a sus nuevos conductores, las sociedades les son leales por el espanto que sienten hacia un pasado al que no se desea retornar o un futuro desde todo punto de vista incierto. En un escenario de muy baja densidad institucional, la opinión pública ocupa espacios vacantes y obliga muchas veces a la política a capitulaciones incondicionales, con un alto precio para los equilibrios institucionales.

9. El nuevo papel de los medios de comunicación y su impacto sobre los procesos de *espectacularización y personalización de la política*. Debe ser también considerado en un balance de la práctica de las relaciones entre poderes. Los medios sólo reaccionan ante lo que signifique ruptura y diferenciación.

Premian así la singularidad, la desmesura, la impertinencia y el conflicto. Incentivados por esta lógica, los poderes legislativos devienen así foros de una política gestual, cada vez más heterogénea y centrífuga, donde la función expresiva prima sobre las dimensiones políticas y gubernativas propias del parlamento clásico. Con todo, las ventajas de los ejecutivos siguen siendo muy claras, debido sobre todo a su involucramiento cada vez más directo en la economía política del universo mediático.

10. La propia magistratura se ve desbordada por esta lógica. Auto-convocados a una posición de beligerancia contra-mayoritaria beligerante con los ejecutivos y legislativos, los jueces tienden a ocupar el lugar de un verdadero contrapoder gubernativo. Los jueces y magistrados se ven así envueltos en un juego que por lo general no dominan. Son así actores centrales en un espectáculo en el que la atención de los medios depende de la estridencia y nivel de crispación alcanzado por la actuación pública de los protagonistas.

La judicialización creciente e irreversible de la vida política aparece como otro de los fenómenos centrales en el nuevo escenario institucional. Por un lado se verifica una multiplicación y ampliación de las instancias de acceso al derecho. Paralelamente, se generalizan nuevas formas de composición de intereses y de resolución arbitral de conflictos. Bajo estas condiciones resulta lógico el avance del poder judicial sobre las hasta no hace mucho denominadas "cuestiones políticas" y la expansión de la justiciabilidad de todos los problemas.

Fenómenos tales como la participación creciente de la función judicial en funciones en otro tiempo reservadas a la legislación o la propia ampliación de los márgenes de acceso a la justicia para la resolución de controversias en otro tiempo ajenas a la intervención de los magistrados. La justicia tiende a ocupar un papel central dentro del conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de "corrección política" de los procesos políticos y sociales.

La demanda creciente de derechos aparece así como el resultado de procesos de movilización cognitiva que consolidan una cultura política y jurídica orientada a la lucha, el reclamo y la demanda incondicional. En este contexto se explica otro de los rasgos centrales del nuevo panorama del derecho global: la expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación de ejercicio de los derechos.

La premisa básica de esta nueva concepción es la de que los jueces ya no son jueces de la ley. Son jueces de la Constitución. La idea es que los gobiernos sólo desarrollaran reflejos de sensibilidad y compasión ante los problemas sociales si sus funcionarios son obligados por los jueces. Si bien existen dudas acerca de la utilidad de este tipo de enfoques como herramienta de progreso institucional, lo cierto es que parece gozar de una aceptación pública creciente, derivada tanto de la demanda popular de mayor sensibilidad y compasión por

parte de los gobiernos cuanto del impacto mediático que este tipo de intervenciones judiciales suelen producir¹⁵.

CONCLUSIONES

Algunos aspectos del nuevo contexto político pueden contribuir tanto a responder a muchas de las cuestiones que han quedado planteadas como a sugerir alternativas de respuesta.

Los problemas actuales de la doctrina de la separación de poderes arrojan un balance poco aleccionador y la tarea que queda por delante es inmensa. Observa con razón Vile que, “comparada con el sistema parlamentario, la versión estadounidense de la separación de poderes falla por su aparente incapacidad para proporcionar un nivel satisfactorio de coordinación entre la rama legislativa y la política; esta falta de coordinación puede llevar al sistema hasta el borde del colapso, como ocurrió en 1995. No obstante, el sistema norteamericano ofrece la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre la rama política y la Administración, algo que en el modelo británico de gobierno parlamentario ha fracasado rotundamente. El problema central de los Estados constitucionales sigue siendo, hoy en día como en los últimos trescientos años, la cuestión de cómo equilibrar la coordinación y el control entre las ramas del Estado, de forma que se asegure la libertad individual pero también se garantice que el Estado pueda proporcionar a los ciudadanos los servicios esenciales para la subsistencia de una sociedad moderna”¹⁶.

La ruptura de la teoría pura de la separación de poderes se acelera y fuerza mecanismos de adaptación a las nuevas realidades.

- a) Por el lado de la *demanda política*, el rasgo dominante es sin duda la emergencia de una nueva cultura ciudadana, crítica, inconformista, nutrida por niveles hasta ahora desconocidos de información en tiempo real e impaciente, por tanto, ante las inercias y lugares comunes de la política tradicional. Aun cuando la sociedad demande a los políticos atributos de seriedad, rigor, circunspección y contracción al trabajo, de hecho la dinámica real del voto suele premiar más bien todo lo contrario. Para destacar entre quienes le disputan el espacio de la política, un dirigente debe asumir hoy, le guste o no, las condiciones de la política espectáculo.

¹⁵ Para una visión de conjunto y una crítica a la suposición de que las intervenciones judiciales extraordinarias pueden llegar a operar como disparadores de reformas profundas y sustentables en el tiempo, cfr. R. Sandler y D. Schoenbrod, *Democracy by decree. What happens when courts run government*, New Haven, Yale University Press, 2003. “Cada primavera del medio siglo transcurrido desde *Brown v. Board of Education*, muchos de los miles de graduados de las escuelas de derecho inician sus carreras profesionales soñando con convertirse en héroes defendiendo derechos ante las cortes o creándolos en el Congreso. Nosotros mismos caímos en esa aspiración”, confiesan los autores.

¹⁶ M. J. C. Vile, *op. cit.*, pág. 422.

Agotada la coartada de las ideologías, la competencia política sólo parece prosperar bajo formas artificiales de impacto mediático. “En ausencia de argumentos mayores –sugiere el ensayista español Joseph Ramoneda– la tensión de la pelea es un modo de hacer creer a la ciudadanía que lo que está en juego es mucho e importante”. La crispación de la política, la entronización del “luchismo” en el credo central de las nuevas formas de movilización política es así una consecuencia natural del propio modo fundamental de producción de la política.

- b) Por el lado de la *oferta política*, los cambios son igualmente profundos. Las formas partidarias tradicionales, basadas en programas “fuertes” afines a un concepto de militancia ideológica, ceden espacio a un nuevo tipo de liderazgos, más situacionales y por lo tanto efímeros y *pret-à-porter*. Los partidos optan por propuestas “débiles”, construidas a partir de una lectura atenta y cuidadosa de las demandas, frustraciones, esperanzas e impaciencias sociales. En declaraciones efectuadas en vísperas de la primera vuelta de las elecciones de Brasil, el Presidente Luiz Ignacio “Lula” Da Silva ilustró acerca de las diferencias de perspectiva que brinda el hecho de estar en el gobierno. “*En la Presidencia, lo primero que aprendemos es a gobernar. Cuando uno llega a la presidencia de la República normalmente antes estuvo muchos años en la oposición. Cuando iba un debate o a una reunión yo les decía a mis interlocutores: ‘Me parece’, ‘pienso’, ‘creo...’.* En el Gobierno uno no piensa que, a uno no le parece que, uno no cree que. O hace, o no hace. Gobernar es una eterna toma de decisiones”... “*Y algo que aprendemos ejercitándolo todo el santo día. No creo que haya una universidad capaz de enseñarle a alguien a hacer política, a tomar decisiones. Uno puede teorizar, pero entre la teoría y la práctica hay una enorme diferencia diaria*”. Se viene a este mundo a dos cosas, escribía ya Ortega y Gasset en su ensayo sobre Mirabeau: a hacer política o a hacer definiciones.
- c) En el nivel de los poderes locales, el cambio asume características revolucionarias. En las grandes ciudades del continente, los alcaldes o intendentes invisten una nueva forma de legitimidad ajena por completo a los patrones clásicos, ya sea racional-burocrático o tradicional. Como expresa Luiz Paulo Conde –intendente de Río de Janeiro–, “*el alcalde debe ser más Sancho que Quijote, es decir realista, con los pies en la tierra y el corazón de los ciudadanos*”. La política de las cosas concretas pasa a ser una etapa inexcusable de cualquier carrera política que aspire a horizontes mayores. Los “carismas situacionales” –capaces de flotar en el escenario ambiguo de las expectativas colectivas– priman así sobre las grandes personalidades del tipo de las que, en el siglo XX, otorgaron a la política una ambición revolucionaria.
- d) Por esta vía, a la idea tradicional de *gobierno* sucede la noción más amplia y abarcadora de *gobernanza*. El concepto de gobierno está re-

ferido a un modelo de organización jerárquica, con una especificación clara de las competencias, de las cadenas de mando y responsabilidades. El concepto de *gobernanza* se refiere, en cambio, a instrumentos flexibles de gobierno, asistidos por toda una gama de herramientas de intervención sobre la realidad de las sociedades complejas. Supone, sobre todo, una referencia esencial a la autonomía de lo local¹⁷. Esta autonomía supone a su vez el reconocimiento de una idea plural de soberanía, que encarna en la acepción contemporánea del viejo principio clásico de la subsidiariedad. Es decir, del reconocimiento de la autonomía propia de cada nivel de la pluralidad social.

Más que de un ocaso de la idea tradicional de la división de poderes cabría hablar de un proceso de metamorfosis y transfiguración. La gestión política de los procesos recurrentes de ajuste y estabilización tanto política como económica, ha obligado a las instituciones a transitar la senda del cambio desde la perspectiva de las ideologías fundamentalistas a un cierto instrumentalismo pragmático¹⁸. Este espíritu de adaptación a la complejidad del nuevo escenario social termina por imponerse sobre criterios ideológicos, postulados programáticos y aun posiciones de conveniencia personal de líderes y candidatos.

Las instituciones de la Constitución afrontan una verdadera revolución desde la demanda. El sistema ha iniciado una verdadera mutación. Ya no cuenta tanto la *oferta* de los partidos –personal, ideológica, programática, organizativa, o testimonial–. Lo que impulsa y determina el sentido de los cambios en marcha es la *demanda* creciente y desbordada de parte de una ciudadanía cada vez más informada, educada, autónoma, escéptica e impaciente.

De allí que los apoyos a los gobiernos resistan por lo general el efecto de circunstancias adversas. Bajo condiciones muy negativas, los votantes suelen sostener su apoyo a los gobiernos. Las oposiciones sólo logran convertirse en alternativas de poder efectivas una vez que logran proyectar y garantizar una perspectiva superadora, capaz de ocupar el vacío de poder y la parálisis de gestión que proyecta el gobierno de turno.

En una sociedad en la que declinan las lealtades tradicionales, crece la desconfianza y pierden importancia los compromisos permanentes, no es extraño que el equilibrio entre poderes e instituciones entre en crisis. Tampoco lo es el hecho de que el vacío que ha quedado abierto tienda ser ocupado de hecho por otros actores sociales centrales en el contexto de las “democracias de opinión”.

¹⁷ G. D. Cananea, “Dal territorio statale allo spazio giuridico europeo”, en M. Cammelli (Ed.), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bolonia, Il Mulino, 2007, págs. 92-94.

¹⁸ “¿Progresista?: este es un gobierno práctico”, sentenció en enero del 2008 el Jefe de Gabinete del gobierno de Argentina, Sergio Massa (ver *La Nación*, domingo 4 de enero de 2008, p. 1), definición que, por otra parte, podrían compartir la mayor parte de los líderes democráticos actuales... “¿Que entiendo por cambio?: ¡que España funcione!”, proclamó Felipe González ya en la apertura de la campaña triunfal del socialismo en 1982.

La opinión pública y las diversas organizaciones sociales surgidas como formas de expresión de intereses sociales vulnerados –casos de las organizaciones sindicales, grupos de protesta y acción directa, representaciones sectoriales del trabajo y de la producción, grupos ecologistas, etc.– tienden a ocupar un escenario de importancia inédita. La judicialización de la política y la politización creciente de una judicatura cada vez más activista y comprometida, completan a su vez el elenco de nuevos actores. La vida republicana se ve así desafiada, una vez más, por los excesos de una larga tradición de populismo.

La democracia enfrenta así los riesgos inherentes a sus propios éxitos. En la medida en que es el (único) régimen que apoya su legitimidad sobre el consentimiento de los gobernados, sin recurso a ningún otro principio fundante, se ve obligado a administrar una revolución constante de expectativas sociales.

Una vez capitalizadas, las promesas sirven de base a nuevas expectativas, según una lógica exponencial que plantea sobrecargas constantes sobre la infraestructura institucional disponible. Éste fue precisamente el riesgo que los federalistas tuvieron en cuenta al diseñar y construir la versión madisoniana de la doctrina de la separación de poderes.

Habrà que preguntarse entonces si, contra lo que indicaría el sentido común, la sociedad no ha depositado en las instituciones políticas –Presidentes, parlamentos, jueces, partidos– expectativas excesivas, casi por definición imposibles de satisfacer.

En muchos países, la sociedad exige a las instituciones y a quienes las representan al interior de dichas instituciones, respuestas inmediatas en áreas y temas que, en una sociedad ordenada, están fuera de la competencia de la política. Temas cuyo procesamiento y solución correspondería en realidad a instancias técnicas o, en última instancia, a los esfuerzos concertados de toda la sociedad en su conjunto –tales, por ejemplo, los casos del empleo, la educación, la salud, la seguridad ciudadana o la cohesión e inclusión social–.

Desde esta perspectiva, no son las instituciones las que fracasan. Más bien revelan su impotencia frente a objetivos sociales que las trascienden, ya que es la propia sociedad en su conjunto la que debería afrontarlos y resolverlos.

Algunas de las limitaciones que suelen imputarse a las instituciones son casi inherentes a su propia naturaleza¹⁹. Resultan por lo tanto difíciles, si no imposibles, de corregir a través de ingenierías institucionales que muchas veces terminan produciendo efectos contrarios a los deseados.

En otros tiempos, esta brecha entre expectativas y posibilidades generó reacciones antipartidos que terminaron deslegitimando el propio sistema democrático. En la actualidad, sociedades más informadas y experimentadas en ese tipo de consecuencias, han dejado de exigir a los partidos respuestas que

¹⁹ Baste como ejemplo pensar en la demanda a la judicatura de un rol decisivo en la prevención del crimen y la violencia, tema central en la agenda pública de las democracias actuales.

no pueden o incluso no deben proporcionar, en la medida en que dependen de otros sectores o de la sociedad misma en su conjunto.

La política ha dejado de monopolizar los intereses y expectativas de los ciudadanos y ello impone volver a pensar la agenda de la representación para devolver a los partidos y a las instituciones legislativas algunas de las funciones que siguen siendo imprescindibles en toda sociedad democrática.

El foco de la tarea a desarrollar debe apuntar a una consideración realista y desapasionada de las transformaciones expuestas. El reclamo de retorno a una ortodoxia institucional históricamente ya superada por la sociedad carece de sentido, en la medida en que sólo puede conducir a posturas dogmáticas, de afirmación de las propias posiciones, sin posibilidad alguna de convergencia con otras posturas. No se trata de aceptar de un modo acrítico las distorsiones del Estado de Derecho; tampoco de extender una carta blanca a los desbordes y desequilibrios en la relación actual entre los poderes. Se trata más bien de lo contrario: de superar y trascender los términos actuales de los problemas a través de una visión de progreso hacia nuevas condiciones institucionales.

La noción de "Buen Gobierno" opera en este campo como una primera premisa fundamental para la reflexión en torno a las posibilidades de un consenso social en torno a los contenidos y objetivos de la acción a desarrollar.

Objetivos inmediatos de la política pública como pueden ser la consolidación de las reformas económicas, el ataque al desempleo y la pobreza o la inserción del país en un contexto global de altos niveles de exigencia y competitividad no pueden obviar el concurso de principios esenciales de buena política, tan universales como las reglas de la buena economía.

El desarrollo político debe sustentarse en el respeto a las libertades, la participación y los principios de un desarrollo humano sustentable. Se trata de principios centrales del Estado de Derecho, tales como división de poderes, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, respeto a las minorías políticas y sociales, lucha efectiva contra la corrupción pública y privada y, sobre todo, confianza social, entendida como base para el pluralismo y la tolerancia democrática²⁰.

Se trata, en suma, de un proceso de adaptación a nuevas circunstancias propias de un cambio revolucionario en la perspectiva de análisis y en el modo tradicional de entender la división e interdependencia entre los poderes. Este proceso debe orientarse según principios rectores, ligados por una parte a principios de profunda raigambre en la tradición del Constitucionalismo y, por otra a las necesidades y demandas de una sociedad que ha redefinido la naturaleza y el lugar de las instituciones políticas en la sociedad.

²⁰ Para un desarrollo más amplio de la noción de "Buen Gobierno" y su adaptación a los países en vías de desarrollo, cfr. *Reconceptualising Governance*, UNDP Management Development and Governance Division, Discussion Paper 2, N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*, Washington DC, World Bank, 1994. Asimismo, M. Grindle (Ed.), *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*, Cambridge, Harvard Institute for International Development, 1997.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Adler, E. S. y Lapinski, J. S. (Eds.), *The macropolitics of Congress*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- Agrast, M. D., Botero, J. C., Ponce-Rodríguez, A. y Dumas, C., "The World Justice Project Rule of Law Index: measuring adherents to the Rule of Law around the World". Presentado en el *World Justice Forum*, Viena 2-5 julio 2008 (inédito).
- Alcántara Sáez, M. (Ed.), *Políticos y política en América Latina*, Madrid, Fundación Carolina/Siglo XXI, 2006.
- Alcántara Sáez, M., García Montero, M. y Sánchez López, F. (Eds.), *El Poder Legislativo en América Latina a través de sus normas*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.
- Altamirano Santiago, M., *El Senado en las democracias contemporáneas. El caso mexicano desde una perspectiva comparada*, México, PyV Editores, 2004.
- Ansolabehere, K., *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO/ Fontamara, 2007.
- Baldi, B., *Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Bári, Editori Laterza, 2006.
- Balkin, J. M., "The Rule of Law as a source of constitutional change", en 6 *Constitutional Commentary*, 21 (1989), págs. 21-85.
- Bauman, R. y Kahana, T. (Eds.), *The role of legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Bianchi, A. B., *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo De Palma, 1996.
- Bin, R., *Lo Stato di Diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2004.
- Cain, B., Dalton, R. J. y Scarrow, S. E. (Eds.), *Democracy transformed? Expanding political opportunities in advanced industrial democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Calvo, E. y Escolar, M., *La nueva política de partidos en Argentina. Crisis política, realineamientos partidarios y reforma electoral*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2005.
- Campbell, T., *Separations of powers in practice*, Stanford, Stanford University Press, 2004.
- Cananea, G. D., "Dal territorio statale allo spazio giuridico europeo", en Cammelli, M. (Ed.), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bolonia, Il Mulino, 2007.
- Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Carbonell, M. (Ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Editorial Trotta/UNAM, 2007.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta/UNAM, 2005.
- Carey, J. M., *Límites a la reelección y representación legislativa*, México, CIUDE, 2006.
- Carothers, T. (Ed.), *Promoting the Rule of Law abroad. In search of knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2006.
- Carrillo Florez, F. (Ed.), *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.

- Chalmers, D. A., "Parties and society in Latin America", en *Studies in Comparative International Development*, (1972),7, págs. 102-128.
- Clark, F. N. y Navarro, C., *La nueva cultura política. Tendencias globales y casos iberoamericanos*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2007.
- Cooper, J. P. (Ed.), *Congres and the decline of public trust*, Colorado, Westview Press, 1999.
- Crespo, I., Garrido, A. y Riorda, M., *La conquista del poder. Elecciones y campañas presidenciales en América Latina*, Buenos Aires, La Crujía, 2008.
- Crewe, I. y Denver, D., 1985, *Electoral change in western democracies. Patterns and sources of electoral volatility*, Londres, Croon Helm, 1985.
- Cerrillo i Martínez, A. (Ed.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.
- Cooter, R. D., "The Rule of State Law and the Rule-of-Law State: economic analysis of the legal foundations of development", en Actas de la 1996 *Annual World Bank Conference on Development Economics*, Washington DC, The World Bank, 1997.
- Costa, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milan, Giuffrè, 1986.
- Costa, P. y Zolo, D. (Eds.), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- Chevallier, J., *L'Etat post-moderne*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.
- Dahrendorf, R., *Law and Order*, Londres, Stevens and Sons, 1985.
- Dalton, R. y M. P. Wattenberg (Eds.), *Parties without partisanship. Political change in advanced industrial democracies*, New York, Oxford University Press, 2002.
- De Asis Roig, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Universidad de Jaen/Dykinson, 1999.
- Dekker, I. F. y Werner, W. G. (Eds.), *Governance and international legal theory*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Domínguez, J. y Shifter, M. (Eds.), *Construcción de gobernabilidad democrática en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Donolo, C., *Sostenere lo sviluppo. Ragioni e speranza oltre la crescita*, Milan, Bruno Mondadori, 2007.
- Dyzenhaus, D., *The constitution of Law. Legality in a time of emergency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Emiliozzi, S., Pecheny, M. y Unzué, M. (Eds.), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.
- Epstein, L. D., "The comparison of western political parties", en Garceau (Ed.), *Political research and political theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1968, págs. 167-181.
- Fabbrini, S., *Addomesticare il Principe*, Venezia, Marsilio Editori, 2010.
- Fallon, R. H., "The Rule of Law as a concept in constitutional discourse", en *97 Columbia Law Review*, Vol. 97, nº 1 (1997), págs. 1-56.
- Ferrarese, M. R., "When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and Constitutionalism", en *Global Jurist*. Vol. 9, Nº 1 (2009), págs. 1-31.
- Ferreljohn, J., Rakove, J. N. y Riley, J. (Eds.), *Constitutional culture and democratic rule*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- Fernández García, E., "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", en *Rev. Sistema*, 138 (mayo 1997), págs. 101 y ss.

- Ferrarese, M. R., *L'istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Milan, Il Mulino, 2000.
- Ferrarese, M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- García Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.
- Gibson, A., *Understanding the founding. The crucial questions*, Lawrence, The University Press of Kansas, 2007.
- Gross, O. y Niallain, F., *Law in times of crisis. Emergency powers in theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Held, D., *Democracy and the global order. From the modern State to cosmopolitan governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995.
- Held, D. y McGrew, A. (Eds.), *Governing globalization. Power, authority and global governance*, Cambridge, Polito Press, 2003.
- Hermet, G., *El invierno de la democracia. Auge y decadencia del gobierno del pueblo*, Trad. N. L. Burrell, Barcelona, Los Libros del Lince, 2008.
- Hibbins, J. R. y Theiss-Morse, E., *Congress as public enemy. Public attitudes toward American political institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- Huscroft, G. (Ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Iñiguez Hernández, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, Madrid, Fund. Alfonso Martín Escudero/Thomson-Civitas, 2008.
- Joerges, C., Sand, I.-J. y Teubner, G. (Eds.), *Transnational governance and Constitutionalism*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004.
- Kautz, S., Melzer, A., Weinberger, J. y Zinman, M. R. (Eds.), *The Supreme Court and the idea of Constitutionalism*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009.
- Kooiman, J., *Governing as governance*, Londres, SAGE Publications, 2003.
- La Spina, A. y Majone, G., *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Laporta, F. J., *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- Levi, M. y Epperly, B., "Principled principals in the founding moments of the Rule of Law", Presentación en el *World Justice Forum*, Viena, 2-5 julio 2008 (inérito).
- Levinson, S. y Balkin, J. M., "Constitucional crisis", en *157 University of Pennsylvania Law Review*, 707 (2008-2009).
- Levitsky, S. y Murillo, M. V., "Teorías sobre instituciones débiles: lecciones del caso argentino". En Emiliozzi, S., Pecheny, M. y Unzué, M. (Eds.), *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.
- Llany, R. (Ed.), *The Rule of Law and the separation of powers*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2005.
- Loewenberg, G., Peverill, S. y Kiewiet, D. R. (Eds.), *Legislatures. Comparative perspectives on representative assemblies*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002.
- Luther, K. R. y Muller-Rommel, F. (Eds.), *Political parties in the new Europe. Political and analytical challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Lutz, D. S., *Principles of constitutional design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MacCormick, N. D., *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

- Mainwaring, S. y Shugart, M., *Presidentialism and democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997
- Mainwaring, S., O'Donnell, G. y Valenzuela, S. (Eds.), *Issues in democratic consolidation: the new south-american democracies in comparative perspective*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1992.
- Mair, P., *Party System change: approaches and interpretations*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- Mallen, T., *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Maravall, J. M., *La confrontación política*, Madrid, Taurus, 2008.
- Maravall, J. M. y Przeworski, A. (Eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Martínez, A. (Ed.), *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*, Madrid, Tecnos, 2002.
- Massari, O., *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Bari, Laterza, 2004.
- Matheson Jr., S. M., *Presidential constitutionalism in perilous times*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- McDonald, R. H. y Ruhl, *Party politics and elections in Latin America*, Boulder, San Francisco, Westview Press, 1989.
- Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Colegio Libre de Eméritos/Thomson-Civitas, 2004.
- Morgan, R. y Silvestre, S., *Moderates and conservatives in Western Europe. Political parties, the European Community and the Atlantic Alliance*, Londres, Heinemann, 1982.
- Morlino, L., *Democrazie e democratizzazione*, Bolonia, Il Mulino, 2003.
- Nelson, W. E., "The province of judiciary", en 37 *J. Marshall Law Review*, 325 (2003-2004).
- Nelson, R. L. y Cabatingan, L., "Introductory Essay: New research on the Rule of Law", Presentación en el *World Justice Forum*, Viena 2-5 julio 2008 (inédito).
- Norton, P. (Ed.), *Legislatures*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- O'Brien, M., Stapenhurst, R. y Johnston, N. (Eds.), *Parliaments as peacebuilders in conflict-affected countries*, Washington DC, World Bank Institute, 2008.
- Ornaghi, L. (Ed.), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- Payne, J. M., Zovatto, D., Carrillo Florez, D. y Allamand, A. (Eds.), *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2003.
- Pares, M. (Coord.), *Participación y calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, Barcelona Ariel/Generalitat de Catalunya, 2009.
- Pereira Menaut, A-C., *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- Piattoni, S., *Il clientelismo. L'Italia in prospettiva comparata*, Roma, Carocci, 2005.
- Piattoni, S., *Le virtù de clientelismo. Una critica non convenzionale*, Bari, Editori Laterza, 2007.
- Poguntke, Th. y Webb, P. (Eds.), *The presidentialization of politics. A comparative study of modern democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

- Portinaro, P. P., *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Posner, E. A. y Vermeule, A., "Constitutional showdown", en 156 *University of Pennsylvania Law Review*, 991 (2007-2008).
- Posner, E. y Vermeule, A., *The Executive unbound. After the madisonian republic*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Rakove, J. N., *Interpreting the Constitution. The debate over original intent*, Boston, Northeastern University Press, 1990.
- Rosanvallon, P., *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007.
- Rosenfeld, M., "The Rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy", en 75 *S. California Law Review*, 1307 (2000-2001).
- Sapelli, G., *La democracia transformada. La rappresentanza tra territorio e funzione: un'analisi teorico-interpretativa*, Milán, Bruno Mondadori, 2007.
- Sartori, G., *Parties and party systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.
- Sassen, S., *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- Scheppel, H., *The constitution of private governance. Product standards in the regulation of integrating markets*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Scheuerman, W. E., *Between the norm and the exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, The MIT Press, 1997.
- Scheuerman, W. E. (De.), *The Rule of Law under siege: Selected essays of Franz L. Newman and Otto Kirchheimer*, Los Angeles, California University Press, 1996.
- Sen, A., "Global Justice", Presentación en el *World Justice Forum*, Viena, 2-5 julio 2008 (inédito).
- Shapiro, I. (Ed.), *The Rule of Law*, Vol. XXXVI de *Nomos*, N. York, New York University Press, 1994.
- Silverstein, G., *Law's allure. How law shapes, constrains, saves and kill politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Slaughter, A-M., *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- Stapenhurst, R., Pelizzo, R., Olson, D. M. y Von Trapp, L. (Eds.), *Legislative oversight and budgeting. A world perspective*, Washington DC, World Bank Institute, 2008.
- Tushnet, M., "Constitutional hardball", en 37 *J. Marshall L. Review*, 523 (2003-2004).
- Valadez, D., *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, Lima, ADRUD, 2009.
- Vandelli, L., *Trastornos de las instituciones políticas*, Madrid, Trotta/Fund. Alfonso Martín Escudero, 2007.
- Vile, M. J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Trad. J. Varela Suanzes-Carpegna, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Viroli, M., *De la política a la Razón de Estado. La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600)*, Madrid, Akal, 2009.
- Waldron, J., "The Rule of Law in contemporary liberal theory", en *Ratio Iuris*, Vol. 2, n° 1, marzo 1989, págs. 79 y ss.
- Weingast, B. R., "Why developing countries prove so resistant to the Rule of Law", Presentación en el *World Justice Forum*, Viena 2-5 julio 2008 (inédito).

- Withington, K. E., Kelemen, R. D. y Caldeira, G. A. (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Wolinetz, S. B., "Stabilita e mutamento nei sistemi partitici dell'Europa Occidentale", en *Rivista Internazionale di Scienza Politica* (1978) III.
- Zuleta Puceiro, E., *Teoría del Derecho. Enfoques y aproximaciones*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo Por <i>Juan R. Aguirre Lanari</i>	15
¿La Presidencia terminará con el federalismo? Consideraciones sobre ciertos desequilibrios del régimen constitucional argentino y la función del Senado de la Nación ante la cuestión Por <i>Pablo María Garat</i>	17
Control político de las decisiones judiciales Por <i>Carlos José Laplacette</i>	29
Bicentenario: Reflexiones sobre nacimiento, desarrollo y muerte de un sistema político Por <i>Antonio A. Martino</i>	49
El control de constitucionalidad de algunos actos normativos del Poder Ejecutivo por parte del Congreso previsto en la Constitución Argentina Por <i>Alfonso Santiago (h)</i>	59
El sistema político de la Constitución y el futuro de la división de poderes Por <i>Enrique Zuleta Puceiro</i>	131

