

EL IMPERIO DE LA LEY Y SU EFECTIVIDAD (A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994)

Alberto Ricardo DALLA VÍA

SUMARIO: I. *El imperio de la ley y el Estado de derecho.*
II. *Anomía y seguridad jurídica.* III. *El “law-making process”.* IV. *La función legislativa en los sistemas presidencialista y parlamentario.* V. *El poder de legislar.* VI. *La formación y sanción de las leyes en la Constitución de la nación argentina.* VII. *La iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo.* VIII. *La iniciativa popular.* IX. *El referéndum y el plebiscito.* X. *El voto del Poder Ejecutivo.* XI. *La delegación legislativa.* XII. *Los reglamentos de necesidad y urgencia.* XIII. *Consideraciones finales.*

I. EL IMPERIO DE LA LEY Y EL ESTADO DE DERECHO

Los conceptos de “imperio de la ley” y de “Estado de derecho” (*rule of law, état de droit, rechstaat*) no solamente no son sinónimos sino que además cada uno de estos términos se encuentra sujeto a disputas sobre su definición normativa. Puede, sin embargo, afirmarse que la mayoría de las definiciones tiene un núcleo común o denominador común, la cual es que el sistema legal es un sistema jerárquico ordenado a partir de una Constitución que aspira a su completitud como sistema a través de la existencia de principios lógico-formales que se ordenan conforme a la lógica de los antecedentes y que contiene normas de clausura del mismo sistema.¹

De tal manera resulta que las relaciones entre reglas legales se rigen entre ellas mismas, conforme a preceptos jurídicos y que no cabe lugar para el arbitrio o el capricho con que un actor en particular pudiera justificadamente cancelar o suspender las reglas que gobiernan su desempe-

¹ Cfr. Hart, H. L., *El concepto de derecho*, Oxford, Clarendon Press, 1961; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM.

ño. De modo que puede afirmarse que en un Estado de derecho no queda lugar para el accionar discrecional y que ni siquiera los funcionarios más encumbrados de un gobierno o sistema político pueden actuar de *legibus solutus*. Como bien afirma Joseph Raz: “el gobierno habrá de regirse por la ley y estar sujeto a ella”, incluyendo “la creación de derecho que está en sí mismo legalmente regulado”.²

También debe señalarse que el sistema legal o el estado legal es un aspecto del orden social global que, cuando funciona correctamente confiere definición, especificidad, claridad y, por lo tanto predictibilidad a las relaciones humanas. Este aspecto se relaciona directamente con la seguridad jurídica, concepto que a su vez se relaciona con la idea de certeza o de previsibilidad por la que tanto abogaron autores como Hans Kelsen desde la filosofía del derecho o Max Weber desde la sociología.

La seguridad es un valor fundamental, constituye una condición indispensable para vivir en una sociedad medianamente organizada; sin ella no pueden existir otros valores básicos, no habría derecho estable ni sería posible la justicia distributiva. Para que el derecho sea realidad, necesita contar con el elemento seguridad que le permita aplicarlo, él dará nacimiento a la norma que se impone coactivamente, ésta no se puede detener ante la voluntad del sujeto, sino que obliga a respetarla. Cuando no contamos con la seguridad para obtener el cumplimiento de una obligación normativa o lo que se convenga legalmente con base en ella, atentamos contra la estabilidad. Decía Recaséns Siches:

...no hay derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no basta con crer en un orden cierto y seguro, pues este debe ser, además, justo. Pero no puede haber justicia donde no hay seguridad. Por lo tanto, podríamos decir que cabe que haya un derecho —orden de certez y con seguridad impuesta inexorablemente— que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad.³

Puede resumirse que la existencia del valor seguridad es indispensable, y que el mismo consiste en fijar un mínimo de certidumbre para aquellos que concluyen un acuerdo, lo que excluye el azar o cualquier factor que origine discusiones o debates, como sería confiar su observancia a la voluntad de cualquiera de las partes o del juzgador. La inseguri-

² Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, UNAM, 1985, p. 17.

³ Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 10a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 112-115.

dad nace en el mismo momento en que se introducen en las leyes conceptos imprecisos que hagan depender el ejercicio de un derecho del arbitrio subjetivo de una persona, así sea un juez.

Volviendo a los dichos del autor antes citado "...El derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para calmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase".⁴

Para obtener resultados en términos de seguridad jurídica, Joseph Raz ha señalado que es condición necesaria que las leyes tengan ciertas características que el propio autor ha sistematizado: 1) todas las leyes deben ser prospectivas, públicas y claras; 2) las leyes deben ser relativamente estables; 3) la confección de leyes particulares debe estar guiada por reglas generales públicas, estables y claras; 4) la independencia del Poder Judicial debe estar garantizada; 5) deben observarse los principios de la justicia natural (audiencias abiertas y equitativas y ausencia de sesgos); 6) los tribunales deben tener poder de revisión para asegurar la conformidad con el imperio de la ley; 7) los tribunales deben ser fácilmente accesibles; y 8) no debe permitirse que la discrecionalidad de las instituciones de prevención del delito pervierta la ley.

En un interesante trabajo, señala Guillermo O'Donnell, que desde una perspectiva de la teoría de la democracia, el imperio de la ley o el Estado de derecho debería ser visto no sólo como una característica genérica del sistema legal y del desempeño de los tribunales sino también como el gobierno de un Estado democrático con base legal. Esto implica la existencia de un sistema legal que sea en sí mismo democrático en tres sentidos, primero que haga respetar las libertades y las garantías políticas de la "poliarquía"; segundo, que haga respetar los derechos civiles de toda la población; tercero, que establezca redes de responsabilidad y *accountability* que impliquen que todos los agentes, públicos y privados, incluidos los funcionarios en los puestos más altos del régimen, estén sujetos a controles adecuados y establecidos por ley de la legalidad de sus actos. Si satisface estas tres condiciones, el Estado no es tan solo un Estado regido por la ley; es un Estado democrático de derecho.⁵

⁴ *Idem*.

⁵ O'Donnell, Guillermo, *Las poliarquías y la (in) efectividad de la ley en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, Latinoamericana, 200, p. 100.

Deben vincularse también los conceptos de “buen gobierno” y de “calidad de la democracia” toda vez que, la consolidación de las reformas económicas y la puesta en marcha de un contexto de alta competencia requiere de una dosis de alta transparencia y *accountability*. La idea de “buen gobierno” remite a una noción actualizada de la idea tradicional de “gobierno”. Contribuyen a la nueva configuración semántica, tanto la convergencia de nuevos valores como nuevas elaboraciones conceptuales, nacidas de una reconstrucción racional de la vasta experiencia histórica del Estado democrático contemporáneo en sus tres variantes fundamentales: la democracia liberal, la democracia republicana y la democracia deliberativa propia de los modernos debates sobre la justificación racional de la democracia.⁶

II. ANOMIA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Si bien importantes autores han expresado distintos conceptos de seguridad jurídica, sería muy extenso referirse a los mismos. Tampoco desemos encerrarnos en una definición en particular. Preferimos optar por una descripción conceptual que nos libere de dogmatismos al tiempo que nos permita expresar la idea con precisión y claridad.

La noción de seguridad jurídica aparece enunciada por primera vez por un gran jurista de la escuela de los postglosadores, Baldo de Ubaldis, quien ya en los albores del Renacimiento defendió ardorosamente como fines del Estado, no solamente la tranquilidad y la paz sociales, proclamadas por Santo Tomás de Aquino, sino también la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del *status* de cada persona, considerada libre de querer, de obrar, y de disponer de sí y de sus bienes, acentuando ampliamente el valor de las relaciones jurídicas y exigiendo la plena tutela de los derechos adquiridos.⁷

Pero serán los filósofos iluministas quienes difundan esta idea. En *El espíritu de las leyes* decía Montesquieu “...La libertad política consiste en la seguridad”. Esos valores se garantizaban a través de la aplicación del

⁶ Zuleta Puceiro, Enrique, *Interpretación de la Ley. Casos y materiales para su estudio*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

⁷ Así lo explica Legaz y Lacambla en su *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1942, capítulo V.

principio de la legalidad y de la división de los poderes del Estado como protección de los ciudadanos contra el arbitrio de sus gobernantes.⁸

La inviolabilidad de la propiedad aparece también en esta filosofía del constitucionalismo liberal, directamente relacionada con los principios de libertad y seguridad como derechos naturales del hombre y por consistir en uno de los objetivos económicos de la ascendente burguesía revolucionaria.⁹

El doctor Segundo V. Linares Quintana destaca que el concepto está expreso en numerosos antecedentes constitucionales, como el decreto de Seguridad Individual del 26 de noviembre de 1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio del Congreso Constituyente del 3 de diciembre de 1817, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826.¹⁰

Si bien nuestra Constitución nacional no menciona a la seguridad jurídica de manera expresa en la parte dogmática, el principio forma parte de la norma constitucional de manera implícita, a través del artículo 33 y directamente relacionada con las disposiciones de los artículos 14, 17 y 18.

Como señalara el doctor Julio C. Cueto Rúa:

En momentos de confusión, de intolerable fractura de la continuidad del sistema institucional, económico o social, los argentinos hemos experimentado, casi al rojo vivo el incanjeable beneficio que representa convivir con la seguridad jurídica. La destrucción material y moral que importó durante décadas la inflación, la ausencia de representatividad de la moneda y la inestabilidad de los negocios han sido ejemplar evidencia de lo que afirmamos...¹¹

Si bien existe una idea de seguridad jurídica, esto no impide que existan diferentes puntos de vista o “enfoques” de la misma que parten desde el observador. A continuación nos referimos a algunos de ellos, sin pretender agotar la materia.

a) Desde una perspectiva sociológica de carácter amplio, la seguridad jurídica puede identificarse con el grado de acatamiento al ordenamiento jurídico que tenga una determinada sociedad. En un trabajo reciente, el doctor Carlos S. Nino sostiene que la tendencia a la “anomía”,

⁸ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XII, capítulo II, p. 234.

⁹ Legaz y Lacambra, *op. cit.*, nota 7.

¹⁰ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Tea, 1977, t. VI.

¹¹ Cueto Rúa, Julio C., *La crisis de nuestros días*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. III, 1989, julio-septiembre, p. 870.

o el elevado grado de incumplimiento de las normas, sean estas jurídicas o convencionales, es una de las características de la sociedad argentina que explican nuestro subdesarrollo como nación.

Según Nino, tales conductas además de ser violatorias de normas en el sentido formal, resultan disfuncionales en términos de beneficio social.

La “anomia” en el terreno económico se ha expresado en la existencia de una “economía informal” que en la Argentina alcanzó niveles muy altos, según lo indica un libro de Adrián Guisarri.¹²

b) Desde el punto de vista de la filosofía política, la seguridad jurídica ha sido expresada en términos de doctrina para fundamentar la obligación política, vinculándose su origen con la pretensión de imponer un orden incontrovertible e invulnerable. Así fue expresado por Bodin en cuanto a la aplicación de la idea de “soberanía” hacia el interior de la comunidad, y en sentido parecido se expresa la tesis de Hobbes en el *Leviatán* en tanto el poder del monarca dura mientras sea capaz de dar seguridad a los súbditos.¹³

La tesis contractualista si bien es más idílica, expresa fundamentos parecidos. La salida del Estado de naturaleza significa un abandono de la situación de inseguridad de los más y su sustitución por un Estado de certeza en el que cada cual sabe a qué atenerse.¹⁴

En nuestros días, Robert Nozick justifica como moralmente válida la existencia de un “Estado mínimo” destinado a preservar la seguridad de los miembros del cuerpo social, recurriendo como ejemplo al de una “agencia de seguridad”.¹⁵

c) Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la seguridad jurídica reviste naturaleza óntica y ontológica. Al ser el derecho el ordenamiento del orden social, el resultado de la seguridad jurídica es el “orden”, que es un concepto primario a todo valor superior.

La atención se fija, en un elemento formal, en la posibilidad de un marco de conducta invulnerable dentro del cual pueda desplegarse seguramente la vida política, social y económica de la sociedad. El último

12 Guisarri, Adrián, *La Argentina informal. Realidad de la vida económica*, Buenos Aires, s.p.i., 1989.

13 Bodin, *Los VI libros de La República*; Hobbes, T., *Leviatán*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Véase Chevallier, J., *Los grandes textos políticos*.

14 Rousseau, J. J., *El contrato social*.

15 Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, 1990, p. 100.

gran teórico de esta posición fue Gustav Radbruch, quien partiendo del relativismo axiológico de los principios elevó la seguridad jurídica a roles supremos del derecho, incluyéndolo como uno de sus valores.¹⁶

No obstante que este enfoque satisface las exigencias de certeza y previsibilidad que el mercado requiere, resulta insuficiente desde el punto de vista del progreso económico; si la seguridad jurídica solamente se conformara con el orden, no cabría realizar ninguna consideración cualitativa acerca de que tipo de orden es al cual se aspira; si a la democracia de Locke y Rousseau o si a la autocracia de Hobbes.¹⁷ Cuando Mussolini invitaba a “vivir peligrosamente” estaba en realidad enunciando que el orden del Estado fascista descansaba en la inseguridad de los derechos individuales.¹⁸

Por otra parte, el mercado requiere algo más que certeza y previsibilidad; requiere de la libre concurrencia de las voluntades, libre de presiones, libertad de contratar; garantías a la propiedad y a los derechos emanados de ella. De lo contrario tampoco sería posible la realización de los valores de ese cuerpo social.

d) Para el derecho constitucional el concepto de seguridad jurídica se identifica con un concepto de seguridad individual que trasciende la seguridad meramente personal o física para extenderse también a los aspectos patrimoniales.

Recordando a Sarmiento: “...La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad”.¹⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo de su historia jurisprudencial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo la importancia del principio de la “estabilidad” de las sentencias y decisiones judiciales finales (*Fallos*, 235:501; 252:265; 250:750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual le ha reconocido “jerarquía constitucional” (*Fallos*, 242:501; 252:265; 250:750), habiéndose

¹⁶ *Cfr.* Radbruch, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, p. 347. Véase Malamud, Jaime, separata de la obra de Federico Pinedo (y ensayos en su honor) *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1971.

¹⁷ Rousseau, J. J., *El contrato social*; Hobbes, T., *Leviatán*.

¹⁸ Legaz y Lacambra, *op. cit.*, nota 7.

¹⁹ Sarmiento, Domingo, *Obras completas*, t. 20, p. 104, citado por Linares Quintana, *op. cit.*, nota 10, p. 200.

declarado que esa seguridad jurídica es “...una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegable compete a los jueces” (Fallos, 242:501).²⁰

e) Desde el punto de vista del derecho en su aplicación práctica, es decir, desde la jurisprudencia de los tribunales, la seguridad jurídica es una consecuencia de la aplicación de la Constitución y de los principios generales del derecho. En esa dirección, la inviolabilidad de la cosa juzgada y la irretroactividad de las leyes en materia penal y en materia tributaria, así como los principios de legalidad y de no confiscatoriedad, el respeto a la propiedad y a los derechos adquiridos aparecen como algunas de las manifestaciones más firmes de ese principio.²¹

La “cosa juzgada” aparece como el área más convocante de la invocación de la seguridad jurídica desde un perfil de estabilidad e inmutabilidad (C.S. “F.H.J.A”, 13 de agosto de 1985 “D.J.” 1986-1-289) (C.N. Civ. Sala E “Avico Lauría, Beatriz G. C/ Umerez Gómez de Lauría, Carmen y otros”, 15 de marzo de 1984 “D.J.” 1985-1-556).

También se ha dicho que “... admitir una vez que el Estado pueda confiscar derechos adquiridos, puede ser el comienzo de un camino que concluya con todos los derechos...”.²² Posición que guarda coherencia con el concepto de “propiedad” acuñado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que alcanza a “...todos los bienes apreciables que una persona posea fuera de su vida o su libertad...”.²³

f) Finalmente, existe una visión teleológica de la seguridad jurídica, y que se define como “seguridad en lo justo”.²⁴ El derecho es seguridad; pero ¿seguridad en qué?: seguridad en aquello que se considera justo y

20 Causa “Pensa S.R.L.”, del 19 de diciembre de 1958.

21 Acerca de la importancia de la seguridad jurídica en el derecho tributario, puede verse el libro del doctor García Belsunce, Horacio, *Garantías constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1984, así como los trabajos del mismo autor en las Academias Nacionales de derecho y de Ciencias Económicas y en distintas publicaciones. También puede verse el libro de Spisso, Rodolfo, *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

22 Véase el tratamiento del tema en el libro del doctor Tomás Liendo, Horacio (h), *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios para la Nueva Mayoría, Colección Estudios, 1990.

23 C.S.N. fallos, 156:48.

24 Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, estimarlo ineludible para sus fines.

Como afirma Recaséns Siches:

...Desde el punto de vista estimativo, debe afirmarse terminantemente que la justicia y los demás valores inherentes a ésta deben suministrar la orientación del derecho; y que, por lo tanto, lo que el derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo. Ahora bien: certeza y seguridad son valores funcionales que todo derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su cometido...²⁵

Esta idea se encuentra recogida en nuestro ordenamiento a través de la recepción del “Principio de razonabilidad” que fuera definido por el fallecido maestro Juan Francisco Linares como la adecuación proporcionada entre los hechos y las normas, y entre éstas y la Constitución.²⁶

A nuestro juicio, es esta idea valorativa de la seguridad jurídica la que mejor se relaciona con el concepto, también valorativo, de progreso económico.

Si bien nos hemos preocupado por dar un concepto de seguridad jurídica, debe atenderse a que toda visión que tome a la misma como objeto sólo sirve a los efectos teóricos. En su ejercicio, y por propia definición, la seguridad jurídica es el instrumental, aun cuando sea posible de apreciaciones axiológicas, según hemos visto.

Es el respeto por las normas y por los procedimientos lo que diferencia a las naciones desarrolladas de las subdesarrolladas.

En épocas de transformación, cuando la realidad cambia vertiginosamente el derecho debe ir adaptándose. Es una tarea difícil que depende en gran medida de la calidad de la legislación y de la prudencia y sapiencia de los jueces. Como señalara el doctor Marco A. Risolía “El derecho es un orden pero nada más difícil que ordenar la realidad cuando todo se mueve”.²⁷

Muchas veces han sido los hechos los que obligaron a un cambio en la interpretación de la norma o en la legislación, como ocurrió con el paso

²⁵ *Idem*.

²⁶ Linares, Juan Francisco, *La razonabilidad de las leyes y el debido proceso sustitutivo*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

²⁷ Risolía, Marco Aurelio, “La determinación de precios y valores y el reajuste de las obligaciones de dar sumas de dinero. Un firme avance en las atribuciones de los jueces”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 25, p. 389.

del nominalismo a la indexación en el primer caso y con el divorcio vincular en el segundo. A veces hay razones de justicia que se imponen a la seguridad.

Pero no por ello debe pensarse que el derecho deba ir cambiando al ritmo de la realidad. Debe acomodarse y servir a ésta, pero sin dejar de lado los principios y los procedimientos. El derecho representa el “anclaje” de la realidad a los principios. Como destacara Ihering, la permanencia de las tradiciones en el derecho es un sabio equilibrio entre la inmutable realidad y los valores permanentes que identifican a una cultura.²⁸

De ahí también que, teniendo la seguridad jurídica carácter instrumental, su realización como valor se dé con el cumplimiento del derecho y no con su vulneración en aras de otros fines. Para Maquiavelo el fin justifica los medios; para Kant, en cambio, el cumplimiento del derecho supone un imperativo ético ya que su fin es valioso para la sociedad. La seguridad jurídica se relaciona con la seguridad de estas ideas.²⁹

III. EL “LAW-MAKING PROCESS”

En el proceso histórico de formación del constitucionalismo, ha sido principalísimo el tema vinculado con la legitimidad para hacer la ley. En rigor, el *quid* del proceso constituyente y del debate posterior a los Estados Unidos ha sido el procedimiento legislativo (*law-making process*); en otros términos, cuál es el procedimiento de sanción de las leyes que la Constitución legitima? Puesto el acento en esa cuestión sustancial, el cambio del *law-making process* impone —en definitiva— el cambio de la Constitución. En la autorizada opinión de Pizzorusso, el *law-making process* implica un complejo sistema de decisión jurídico y político.³⁰

Como lo han demostrado importantes autores, en la Constitución originaria prevaleció la voluntad de los Estados en todo acuerdo convencional para aplicar normas de alcance general. Tal es el criterio que prevaleció en la Convención de Filadelfia en derredor del artículo V, referido a la reforma de la Constitución. La representación de los Estados de manera igualitaria se resguardó en el Senado como en el sistema del colegio electoral para elegir al presidente.

28 En *La lucha por el derecho*.

29 Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*; Kant, E., *Principios de filosofía*.

30 Pizzorusso, Alessandro, *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, European Science Foundation, 1998.

Con el correr de los años, el principio de la soberanía del pueblo *avanzó* en detrimento del procedimiento convencional entre los Estados para la toma de decisiones generales. Esa tendencia se afirmó con las enmiendas posteriores a la guerra de secesión y —aún más— con la política del *New deal* en la década de los treinta, que implicaron importantes reformas en las prácticas constitucionales, afirmando el liderazgo presidencial.³¹

La afirmación de un criterio sustentado en la soberanía del pueblo como fundamento del Estado de derecho constitucional, ha avanzado con tal énfasis que autores como Robert Dahl cuestionaba el carácter democrático de la Constitución estadounidense por contener resabios “madisonianos” de protección de minorías que benefician a los estados más pequeños y menos poblados; oponiendo esto al ejemplo de las democracias europeas fundadas en sistemas parlamentarios de amplio debate.³²

Las connotaciones del debate norteamericano son trasladables también a nuestro caso por haber adoptado nuestra Constitución histórica aquél modelo constitucional presidencialista y federalista, aunque potenciado en nuestro caso por la pérdida de valor relativo del federalismo frente al predominio de los grandes partidos nacionales representados en el Congreso, circunstancia a la que debe sumarse el liderazgo presidencial.

En cuanto al tema específico que nos ocupa, en la reforma de 1994 estuvo ausente un debate general que atendiera específicamente al problema del *law-making process*. En rigor, la reforma de 1994 no tuvo debate en general porque las primeras semanas se ocuparon en la discusión sobre el reglamento y el alcance del llamado “núcleo de coincidencias básicas”. Entre los argumentos que se sostuvieron en esa oportunidad se dijo que el referido “núcleo” conformaba un “sistema”, justificando así la votación en conjunto de un “paquete” de normas que eran inescindibles, conforme lo había establecido el artículo 2o. de la Ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma.

Entre las observaciones a realizar en un balance a diez años se encuentra que en ese “sistema” o “paquete” se trataron temas de distinta naturaleza jurídica y si bien había conexiones, en general las mismas tenían naturaleza política que eran resultado de los acuerdos celebrados

31 Cfr. Ackerman, Bruce, *We the People*, Yale, Yale University Press, 1991.

32 Cfr. Dahl, Robert, *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

para llevar adelante la reforma, a partir del “Pacto de Olivos” que permitió alcanzar la exigente barrera del artículo 30 de la Constitución en ambas Cámaras.

Pero en rigor, tanto la incorporación —aún incompleta— de los reglamentos de necesidad y urgencia, como de la delegación legislativa y de la promulgación parcial de las leyes, se originaron en la pretensión de regularizar una práctica que para la mayoría de la doctrina constitucional conformaban verdaderos desvíos o incumplimientos de la Constitución formal. Desde esa perspectiva hemos señalado en su oportunidad que en algunos temas, la reforma realizó verdaderos “blanqueos” que implicaron una práctica de sociologismo constitucional.³³

IV. LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN LOS SISTEMAS PRESIDENCIALISTA Y PARLAMENTARIO

Las diferencias en los mecanismos para hacer las leyes en ambos sistemas se encuentran estrechamente vinculadas a las diferencias que existen en materia de relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo. De ese modo, ya Karl Loewenstein puso oportunamente el acento en la mayor flexibilidad o relaciones de “coordinación” que existen entre los poderes en un sistema parlamentario por oposición a la división más rígida que existe en la tríada presidencialista.³⁴ En efecto, en el parlamentarismo, el gobierno está dentro del Parlamento, de manera que éste puede muy fácilmente delegar funciones legislativas en aquél, como si se tratara de una comisión. La ruptura o separación de esa coordinación funcional sólo se da cuando se plantee una moción de censura.

En el presidencialismo, en cambio, los poderes se encuentran separados y la función de legislar es propia del Poder Legislativo. En el modelo estadounidense no existe la delegación de poderes del Ejecutivo al Legislativo, excepto cuando tal delegación responde a un *standard* inteligible, a un propósito concreto y con límites precisos, en cuyo caso se trata más bien de legislación subordinada que de legislación delegada. La Constitución

³³ Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994 (comentada)*, 2a. ed., Buenos Aires, Librería Editora Plataense, 1996, p. 5, “Balance de la reforma”.

³⁴ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.

estadounidense no le concede facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo. El antecedente de nuestro artículo 99, inciso 2, en cuanto a los llamados reglamentos “de ejecución” es en realidad la Constitución de Cádiz de 1812 que concedía al monarca la potestad de poner en ejecución las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con disposiciones reglamentarias.

En general, puede afirmarse que las democracias constitucionales de Europa occidental que han adoptado sistemas parlamentarios y semiparlamentarios han ido paulatinamente abandonando la exclusividad legislativa de los parlamentos para ir delegando funciones legislativas en los poderes ejecutivos.

La Constitución española de 1978, que ha tenido mucha influencia en nuestra reforma constitucional y en los países latinoamericanos, en general califica a los decretos leyes como disposiciones legislativas provisionales y exige que exista un caso de extraordinaria y urgente necesidad; sólo tienen eficacia durante treinta días hábiles, dentro de los cuales deben ser ratificados por el Congreso de los Diputados. Se trata de un plazo de caducidad, por lo cual si no se convalida pierde sus efectos con retroactividad al momento de la publicación.³⁵

Por su parte, las Cortes Generales pueden delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas (leyes de bases)

La Constitución italiana de 1947 admite la delegación legislativa así como la emisión de reglamentos generales por parte del gobierno por razones de necesidad y urgencia, siempre que los mismos sean convertidos en ley dentro de los sesenta días a partir de su publicación, en cuyo defecto perderán toda su eficacia.

La Constitución francesa de la IV República (1946) disponía en su artículo 13 que sólo la Asamblea Nacional podía votar la ley y que no podía delegar ese derecho. A pesar de ello comenzó a desarrollarse la expansión del poder reglamentario y el procedimiento de las “leyes-marco”; en realidad ya a partir de la Primera Guerra Mundial comenzaron a proliferar los llamados decretos-leyes. La tarea legislativa se fue tornando tan compleja y técnica que al sancionarse en 1958 la Constitución de la V República, se

³⁵ Rodríguez Zapata, Jorge, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, citado por Palazzo, Eugenio, en su tesis doctoral *Las fuentes del derecho constitucional, en el cambio de milenio, en la república argentina, presidencialista y federal*, Buenos Aires, FECIC, 2004, p. 115.

invirtió la regla y pasó el Poder Ejecutivo a tener al carácter de legislador en todas las materias que la Constitución no considera de dominio legal del Poder Legislativo y que son la organización de la vida privada y las relaciones entre ciudadanos y el gobierno.

También en Alemania existe una zona de reserva legal referida a prohibir intromisiones en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, el *Bundestag* puede habilitar al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos a través de una ley que determine la materia como los límites correspondientes.

V. EL PODER DE LEGISLAR

Siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, nuestra Constitución nacional trata del Poder Legislativo en primer lugar entre los poderes del Estado, aunque aquella en realidad comienza desde su artículo I con este tema porque la declaración de derechos, que fue posterior en el tiempo, se agregó al final como “enmiendas” que fueron diez al comienzo y se fueron sucediendo después las restantes.

Pero hay otra razón que también justifica la ubicación del Legislativo en primer lugar, y este es el carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, el espejo que refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la “voluntad general” que se expresa en la ley como el acto de gobierno por autonomía en el Estado de derecho. Rousseau decía “dentro de la ley todo, fuera de la ley nada” y el principio de reparto de nuestro sistema jurídico, que es el artículo 19 de la Constitución, enfatiza ese criterio cuando fija en el llamado “principio de legalidad” el límite entre lo prohibido y lo permitido.

La república representativa se funda en el respeto a la ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la ley —excepto la Constitución— y cuando la ley contrarie la Constitución podrá ser declarada inconstitucional.

La consideración de la ley como norma general y abstracta aplicable con fuerza obligatoria para todos los habitantes de la nación ha ido, sin embargo, perdiendo la fuerza que las corrientes positivistas del derecho en algún momento le otorgaron, bajo la pretensión de una ordenación

abstracta del todo social que, en definitiva, no ha constituido sino un pretencioso anhelo del racionalismo.

Lo cierto es que las necesidades de la especialización y de la técnica en sociedades cada vez más complejas han ido trasladando la elaboración de las normas a los distintos departamentos o dependencias del Poder Ejecutivo, dado que la excesiva generalidad de los órganos legislativos atentan precisamente contra lo específico de cada función. Por ello, y pesar que, en la práctica, por razones de oportunidad y urgencia muchas veces se ha trasladado hacia el Poder Ejecutivo la elaboración de normas generales, lo cierto es que la presunción de legitimidad así como la iniciativa legislativa como principio descansan en cabeza del Poder Legislativo que es a quien corresponde en el Estado de derecho la función de hacer la Ley. Ello sin perjuicio de otras funciones muy importantes como *v. gr.* la función de control.

Se puede afirmar que los primeros antecedentes históricos de un cuerpo legislativo aparecen en Inglaterra, como consecuencia de la carta magna que los barones consiguieron suscribir con el rey Juan Plantagenet, conocido como Juan Sin Tierra, en Runnymede, en el año 1215, y en la que se formula por primera vez el concepto de *not taxation without representation*, y el derecho de petición “de los hombres libres del reino”, que modernamente se conoce como el principio de legalidad en materia fiscal y derecho de petición, cuya fundamentación fue enunciada ya por John Locke.

En esas cláusulas se establecía que el rey se abstendría de imponer gravámenes sin el acuerdo del Consejo del reino, salvo para rescatar al rey o su familia en caso de cautiverio, para armar caballero al mayor de sus hijos y para casar a la mayor de sus hijas, que eran las excepciones aceptadas por las costumbres del reino, estableciéndose además que el Consejo del reino estaría compuesto por los pares temporales (obispos, nobles y terratenientes).

Pero el primer Parlamento extraordinario en la historia de Inglaterra fue convocado por Simón de Montfort, conde de Leicester, que sancionó los denominados “estatutos” de Oxford, convocando otro Parlamento en 1265 que limitó los poderes del monarca. En este Parlamento se convocó por primera vez a los “comunes”, es decir, a los representantes de los burgos, ciudades, villas y condados. A partir de entonces comenzaría verdaderamente a utilizarse la expresión “Parlamento” que sería incorporado al *common law*. En 1297, con la sanción del estatuto “de tallagio

non concedendo” donde se reafirmó la ilegalidad de los tributos impuestos sin el acuerdo parlamentario.³⁶

A partir del siglo XV la Cámara de los Comunes comenzó a dirigir peticiones al rey, demandando reclamaciones de interés general, a cambio de votar los impuestos, siempre mayores, requeridos por el monarca. Estas peticiones, denominadas “*Bills*” eran llevadas al rey por el presidente de la Cámara o *speaker*.

En 1611, el rey Jacobo I solicitó al Parlamento la aprobación de un impuesto de 200.000 libras que le fue denegada. Ante ello el monarca disolvió el Parlamento, hechos que se repitieron diez años más tarde, cuando ante el pedido de un nuevo impuesto, el Parlamento solicitó a cambio competencias políticas y legislativas; el rey no solamente volvió a cerrar el Parlamento sino que además arrestó a siete diputados acusados de traición. El sucesor, Carlos I convocó a un nuevo Parlamento, y en 1628 aceptó la *Petition of rights* que restringió las prerrogativas reales. Poco después, el Parlamento se atribuyó el poder exclusivo de la creación de impuestos y contribuciones, provocando la ira del rey quien arrestó a varios diputados y disolvió el Parlamento por un largo periodo.³⁷

La guerra civil que se desató posteriormente terminó con la ejecución de Carlos I Estuardo y la toma del poder por el *Lord Protector* Oliverio Cromwell, quien reorganizó el Parlamento conforme al *Instrument of Government* de 1653; pero con la restauración de la monarquía volvió a provocarse otra revuelta que terminó con un cambio de dinastía y el nuevo monarca Guillermo de Orange juró el *Bill of rights* que otorgó al Parlamento el poder exclusivo para legislar, transformándolo en un órgano independiente.

La Cámara de los Lores irá perdiendo poder a favor de la Cámara de los Comunes, de cuyo partido mayoritario surgirá el gobierno (gabinete). Esa tendencia se profundizó con Jorge III Hannover, monarca que no sabía hablar inglés, por lo que delegó sus prerrogativas en un primer ministro o *primus inter pares*.

En Francia, por su parte, la evolución del Parlamento fue distinta de la inglesa. Los Estados Generales eran asambleas que raramente se convocaban para aconsejar al rey y sesionaban separadamente por estamentos:

³⁶ Jiménez de Parga, Manuel, *Sistemas políticos contemporáneos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 277.

³⁷ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, De palma, 1997, t. IV, p. 140.

la nobleza, el clero y el tercer Estado o Estado llano. Cuando fueron convocados por Luis XVI en 1789, marcaron el comienzo de la sucesión de actos que culminarían con la revolución Francesa. Los Estados Llanos se convirtieron en Convención Constituyente, sancionaron la Constitución de 1791 elaborada por el abate Sieyés, en la cual se creaba, como Poder Legislativo, a la Asamblea Nacional, la que —con muchos altibajos— subsistió hasta la actualidad.³⁸

En el siglo XIX, el movimiento constitucionalista que comienza con la Constitución de Filadelfia de 1787, se afirma en la mayoría de los países de Europa y América sobre la base de la libertad política y civil y de la igualdad ante la ley, integrándose el Poder Legislativo por representantes elegidos directamente por los ciudadanos, que sustituyen al pueblo soberano en su función de creación de normas jurídicas obligatorias para el mismo pueblo.

En el siglo XX por su parte, el dato a destacar es la declinación del Poder Legislativo al tiempo en que se produjo una hipertrofia del Poder Ejecutivo. Vanossi se ha referido a este tema sosteniendo que las causas de la crisis del Congreso exceden el nivel de la clase política porque responde a un fenómeno de toda la sociedad, destacando entre otros aspectos el achicamiento del rol de la clase política, el vaciamiento de las estructuras partidarias, la invasión de los contrapoderes, la falta de información y de asesoramiento eficaz del Congreso, etcétera.³⁹

VI. LA FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

Este es un tema de especial importancia dentro del texto constitucional toda vez que trata de la formación de la voluntad colectiva para dar nacimiento al acto de gobierno por naturaleza en un sistema político democrático: la ley como manifestación y expresión de la “voluntad general”; en tal sentido, para la configuración de esa voluntad hacen falta presupuestos sustanciales y formales. De allí que el proceso de formación y sanción de las leyes sea en verdad un proceso constitucional, no conten-

³⁸ Zarza Mensaque, Alberto R., *El Congreso en la Argentina finisecular*, Córdoba, ed. del autor, 1986, pp. 26 y ss.; Ekmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota 37, p. 143.

³⁹ Vanossi, Jorge Reinaldo A., “¿Modernización parlamentaria?”, *El Derecho*, Buenos Aires, 20 de septiembre de 1993.

do en normas adjetivas, sino dentro del propio texto constitucional y que se complementa con las prácticas propias del derecho parlamentario.

Sin embargo, debe señalarse que en la práctica constitucional argentina es este un tema que, a la par de su importancia, presenta también llamativos déficit en cuanto a los límites de las competencias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo para sancionar actos de contenido legislativo. La cuestión estaba más clara en el sistema presidencialista establecido en 1853 donde si bien el Poder Ejecutivo actuaba como co-legislador, la función legislativa propiamente dicha pertenecía con exclusividad al Congreso.

Es en los sistemas parlamentarios y semiparlamentarios donde las relaciones entre el Parlamento y el gobierno se hacen más flexibles, y por lo tanto al ser de coordinación entre ellas, son también de una más estrecha cooperación funcional. La reforma constitucional de 1994 al buscar una mayor aproximación con aquellos modelos de raíz europea, generó también problemas aún no resueltos en materia de límites de competencia legislativa entre Parlamento y gobierno.

Con la habilitación otorgada al Poder Ejecutivo —en situaciones excepcionales o de emergencia— para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3), para actuar mediante delegación legislativa (artículo 76) y aún para el trámite de promulgación parcial de leyes (artículo 80) se ha generado una zona de penumbra que encima muchas veces la competencia de los distintos poderes del Estado. En efecto, la condición *sine qua non* que el constituyente reformador impuso, más allá de la existencia de una real situación de emergencia, fue que se cumplieran ciertos pasos procedimentales que hasta la fecha no fueron cumplidos (*v. gr.* intervención de comisiones bicamerales permanentes para ambas categorías de decretos así como trámites especiales de aprobación parlamentaria.)

En nuestra opinión, es éste uno de los temas institucionales más importantes al que debe darse respuesta, ya sea dando cumplimiento a los pasos institucionales marcados, o bien, considerando la oportunidad de una reforma constitucional futura. Está en juego el acto de gobierno fundamental: la ley, el respeto a la misma, con todas las consecuencias sobre seguridad jurídica que de la misma derivan.

La regla general es que los proyectos pueden tener principio en cualquiera de las dos Cámaras, aunque se trata de una regla que reconoce varias excepciones, de manera que la Cámara de Diputados tiene la iniciativa

exclusiva *a*) en materia impositiva y de reclutamiento de tropas (artículo 52, Constitución Nacional —CN—) así como *b*) en los proyectos de ley por iniciativa popular (artículo 39, CN), y *c*) en los referéndum (artículo 40, CN); en tanto que al senado corresponde la iniciativa exclusiva *a*) en leyes sobre coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2) y *b*) en las leyes sobre desarrollo humano (artículo 75, inciso 19).

Los proyectos de ley pueden ser presentados por uno o varios integrantes de cada Cámara, que en el caso de la Cámara de Diputados pueden ser hasta 15 (conf. artículo 101 del Reglamento de la Cámara). El Poder Ejecutivo también tiene iniciativa legislativa, siendo en los hechos quien da impulso a la mayor cantidad de iniciativas que se transforman en leyes. La Cámara que inicia y aprueba un proyecto en primer término es la cámara iniciadora o “cámara de origen”, en tanto que la que actúa en segundo lugar se llama “cámara revisora”

La segunda parte del artículo 77 de la Constitución Nacional establece una mayoría agravada para la modificación del régimen electoral y de partidos políticos, conformando una zona de reserva del legislador que se complementa con el artículo 99, inciso 3, cuando prohíbe la práctica del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en esas materias, por tratarse de decisiones políticas que requieren de un amplio debate al fundamentar las reglas de juego básicas del sistema democrático. También es razonable que tales decisiones respondan a una mayoría agravada y no a mayorías ocasionales.

El caso más simple de aprobación de un proyecto de ley se produce cuando la cámara revisora aprueba sin modificaciones el proyecto de la cámara de origen; en tal caso, el proyecto sancionado pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación. Siendo la ley un acto complejo, el ejecutivo actúa como co-legislador.

Después de aprobar un proyecto de ley en general, cada Cámara puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto. Se trata de una práctica que tiene antecedentes en el derecho comparado europeo, donde los parlamentos tienen una actividad muy dinámica. La reforma constitucional de 1994 tomó ese antecedente ya considerado en la reforma transitoria de 1972, aunque limitando la delegación al tratamiento en particular; en la búsqueda de alcanzar agilidad en la tarea legislativa y atendiendo a que es por lo general en las comisiones donde se realiza la tarea técnica de elaboración de las leyes.

La reforma constitucional de 1994 ha establecido límites a la práctica del “veto parcial”, muy utilizada en los últimos tiempos; señalando que la regla es el veto total, es decir, que una ley por el presidente de la nación, esta cae en su totalidad —quedando a salvo la instancia del Congreso— y admitiendo únicamente el veto parcial cuando la parte no vetada tenga “autonomía normativa”; es decir, cuando conserve una unidad sistemática a pesar de la parte observada. Asimismo, la reforma constitucional ha pormenorizado en el artículo 81 el procedimiento parlamentario de sanción de las leyes, previendo puntualmente los casos de correcciones y rechazos a los mismos.

El artículo 82 de la Constitución complementa el caso anteriormente mencionado al señalar que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, quedando excluida la posibilidad de una sanción tácita o *ficta*. Para aprobar una Ley, el Congreso debe expresar su voluntad sancionándola. El tema tiene especial importancia en cuanto a la facultad excepcional que tiene el Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3, CN). La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el fallo “Peralta Luis c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía s/ Amparo) estableció que los decretos se convertían en ley si el Congreso no se pronunciaba. Del artículo 82 se desprende la necesidad de una expresión concreta de voluntad.

La reforma de 1994 modificó la redacción que tenía el anterior artículo 71, suprimiendo la segunda insistencia de la cámara revisora en el trámite de los proyectos de ley, que permitían llegar hasta cinco votaciones en ambas cámaras. En la actualidad, si hubiere discrepancias entre la cámara iniciadora y la cámara revisora respecto a un proyecto de ley, el máximo de votaciones posibles entre ambas puede llegar hasta tres, y ya en la primera revisión se podrá saber cuál es el criterio que prevalecerá según las respectivas mayorías con que se haya votado en cada cámara del Congreso.

Antes de la reforma, los artículos 71 y 72 establecían un mecanismo de insistencias para el caso en que la cámara revisora discrepara con la sanción de la cámara iniciadora, que era mucho más complicado que el actual, toda vez que se encontraba prevista una segunda lectura de ambas cámaras. De todos modos, se mantiene el principio general conforme al cual, a igualdad de mayorías, prevalece la cámara de origen.

La Constitución no contempla un procedimiento específico para la derogación de las leyes por el Congreso, pero la simple aplicación de los

principios generales del derecho, entre los que se encuentra el denominado principio del “paralelismo de las formas y de los actos jurídicos” indica que el mismo órgano que tiene competencia para establecer una norma tiene también la facultad de derogarla, ya sea de manera expresa, es decir, dictando una norma específica para derogar una ley determinada, o bien, por aplicación de determinados principios clásicos como ley anterior deroga ley posterior, o ley especial deroga ley general, etcétera.

En los últimos tiempos se ha planteado la novedosa cuestión acerca de la posibilidad de “anular” normas sancionadas por el Congreso. Tal es lo ocurrido con la sanción de una norma por parte del Congreso declarando nulas las llamadas leyes “de obediencia debida” y “de punto final”. Se ha discutido sobre la facultad del Congreso en ese sentido o si —en realidad— tal “declaración” de nulidad representaría, en realidad una declaración política acerca de la que oportunamente debería opinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre una causa concreta.

Los actos del derecho público tienen particularidades que los diferencian de los actos jurídicos en el campo del derecho privado y, entre ellos, se encuentra el que las competencias de los órganos del poder público deban ser siempre expresas (conf. artículo 19, conc. 121, CN). Pero aún si hiciéramos una aplicación general de los principios generales del derecho que provienen del derecho civil, tenemos que para declarar la nulidad de un acto jurídico el mismo debe adolecer de un vicio del consentimiento en su origen, es decir, que haya vicio de error, dolo o violencia. De donde fácilmente se advierte el absurdo de suponer que todo un cuerpo legislativo haya actuado por error o que se haya ejercitado violencia sobre una mayoría. Mal puede entenderse en ese caso que la violencia consista en “presiones” de carácter político, porque es de la esencia misma de la política el actuar dinámico en el que no faltan presiones de todo tipo de clase, de las que la Constitución preserva a los representantes del pueblo concediéndoles prerrogativas e inmunidades propias de su cargo.

En definitiva, el problema de la validez de las leyes, una vez sancionadas por el Congreso y promulgadas por el Poder Ejecutivo, es materia que corresponde revisar al Poder Judicial al ejercer el llamado control de constitucionalidad, que se ejerce en casos concretos, llevados a su conocimiento y decisión en la marco de la división de poderes que la Constitución ha establecido en su artículo 1o.

VII. LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL PODER EJECUTIVO

En sus *Lecciones de derecho constitucional* el doctor Manuel Augusto Montes de Oca definió a la iniciativa legislativa como “...la invitación hecha al legislador para adoptar una norma jurídica...”.⁴⁰ Por su parte, el profesor catalán Jorge Xifra Heras señalaba que la misma constituía un acto vinculante material y formal que por un lado limita la materia de la actividad legislativa y por otro fuerza a determinados órganos a que actúen.⁴¹ La iniciativa conforma la primera etapa en el proceso de formación y sanción de las leyes; es la etapa de creación de la norma, en la que se elabora el proyecto y se presenta ante las cámaras del Congreso.

Si bien la función legislativa es competencia primaria del Poder Legislativo, la doctrina le ha reconocido al Poder Ejecutivo el carácter de “colegislador”, ya que participa de la labor legislativa mediante la iniciativa, el debate, la promulgación, la publicación y el veto. La fase de iniciativa legislativa reviste gran importancia, ya que en la misma la norma se estructura y adquiere su forma inicial, siendo frecuente que esa norma pase a ser definitiva, dado que el parlamento o el órgano legislativo competente suele limitarse sólo a colocar un sello formal de aprobación.

En el plano institucional, en todos los Estados existen oficios o divisiones técnicas destinadas a la preparación de los proyectos de ley. Son dependencias del Poder Ejecutivo que se ocupan de la redacción de los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, y de las demás normas cuya emisión es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. Las reglas escritas que le conciernen (cuando existen) generalmente se refieren a atribuciones de competencia y a procedimientos que hay que observar en la preparación de un proyecto de ley o de reglamentación; raramente hasta ahora han tocado aspectos de técnica legislativa.⁴²

Algunas modificaciones en materia de iniciativa legislativa fueron dispuestas en la reforma constitucional de 1994. El artículo 99 en su inciso

⁴⁰ Montes de Oca, Manuel Augusto, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, s.p.i., 1917, t. II, p. 264.

⁴¹ Xifra Heras, Jorge, *Curso de derecho constitucional*, Barcelona, Bosch, 1992, t. II, p. 241.

⁴² Castorina de Tarquini, María Celia, “Sistematización de las funciones del Ejecutivo en orden a sus atribuciones”, *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, 1986, p. 223.

3 (antes 86, inciso 4) establece que el presidente de la nación “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución. Las promulga y hace publicar...”. El requisito de la publicación fue incluido por la reforma.

Por su parte, el artículo 77 de la Constitución nacional dispone: “Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución...”. de ese modo, se han generalizado las excepciones en cuanto a la cámara de origen, que anteriormente se limitaba a la Cámara de Diputados para materia concerniente a contribuciones y reclutamiento de tropas, en tanto que actualmente las excepciones se han ampliado a los casos de los artículos 39, 40, 52, y 75, incisos 2 y 19.

En un trabajo realizado por Molinelli se indica que en el periodo 1862-1985 el Poder Ejecutivo era el iniciador del 40 ó 50% de las leyes (eje a través de todo el periodo, con algunas variaciones de año en año); porcentaje que se eleva al 52 ó 62% si no se toman en cuenta las leyes de menor importancia.⁴³

En el periodo 1983-1999 el Poder Ejecutivo fue iniciador del 47% de las leyes sancionadas. Si se excluyen las leyes menos importantes (monumentos, donaciones, transferencia de inmuebles, declaraciones) el porcentaje de las iniciativas presidenciales restantes sobre las leyes sancionadas aumenta al 55%. Pero si excluimos también las leyes que aprueban tratados internacionales, veremos que solo el 33% de las leyes sancionadas fueron iniciadas por el Poder Ejecutivo.

De allí resulta que Molinelli afirme que se puede interpretar que el Congreso mantiene una influencia relevante en cuanto a legislación, por el contrario, Sagüés afirma que desde el punto de vista de su importancia económica o institucional las normas más relevantes han tenido por lo común origen presidencial.⁴⁴

⁴³ Molinelli, Guillermo, *Relaciones presidente-Congreso en Argentina 1883-95*, II Congreso Nacional de Ciencia Política, Mendoza, noviembre de 1995.

⁴⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997, t. I, p. 421.

VIII. LA INICIATIVA POPULAR

Antes de la reforma de 1994, la mayoría de la doctrina consideraba inviables en nuestro sistema las llamadas “formas de democracia semidirecta” por entender que las mismas se contraponían con el artículo 22 cuando afirma que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes o autoridades creadas por la Constitución. Esa limitación ha cedido con la sanción constitucional de los artículos 39 y 40 que, sin embargo, deben armonizarse con el artículo 22 por el principio de unidad interpretativa.

En ese sentido, pensamos que si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de los artículos 10. y 22. Nótese que si bien la iniciativa popular es un muy importante avance, no limita el monopolio legislativo del Congreso porque será solamente ese órgano el que sancione o no la ley que un número determinado de ciudadanos someta a su consideración, cumpliendo con las condiciones del artículo 39. La fuerza del nuevo instituto está en la fuerza popular y el consenso que significa la iniciativa en sí misma.

De esa manera, se ha incorporado a la Constitución un derecho de iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular, a partir de la introducción de este importante instrumento de la democracia participativa. Las Constituciones provinciales reformadas desde 1983 a la fecha han venido recogiendo este nuevo derecho, con escasa práctica aún, pero de indudable fuerza en materia de representatividad popular.

La norma excluye expresamente la posibilidad de iniciativas en materia de reformas constitucionales, tratados internacionales, presupuesto y materia penal y estableció que la ley reglamentaria no podría exigir más del 3% del padrón electoral para que las presentaciones fuesen aceptadas. La ley reglamentaria núm. 24.747 fue sancionada el 27 de noviembre de 1996 y promulgada el 19 de diciembre del mismo año y exige un piso mínimo del 1.5 % del padrón electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales con el fin de mantener un equilibrio federal, excepto que la iniciativa se refiera a una cuestión de alcance regional, en cuyo caso bastará que se encuentren representados los distritos de esa región.

Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte (20) días, prorrogables por resolución fundada del Tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0.5%) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad se desestimarán la misma del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar, la planilla de adhesiones es documento público. En caso de verificarse que el 5% o más de las firmas presentadas sean falsas se desestimará el proyecto de iniciativa popular (artículo 7o. Ley 24.747).

Las presentaciones deben efectuarse en la mesa de entradas de la Cámara de Diputados y una vez cumplido su ingreso con todos los requisitos, el Congreso está obligado a darle tratamiento dentro del plazo de doce meses. A los fines de facilitar a la ciudadanía el cumplimiento de los requisitos que establece la Ley 24.747 en cuanto al número de adhesiones por distrito, una Acordada de la Cámara Nacional Electoral ha admitido que las presentaciones de las listas de adhesiones con las firmas puedan hacerse directamente ante dicha Cámara, la que remitirá los listados a cada secretaría electoral para realizar las certificaciones correspondientes.

IX. EL REFERÉNDUM Y EL PLEBISCITO

En igual sentido que la iniciativa, la figura de la consulta popular amplía los márgenes de la participación ciudadana en la toma de decisiones del gobierno, sin alterar los límites del artículo 22. La consulta puede ser sometida por decisión del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados (que incorpora una facultad exclusiva a las ya enumeradas en el artículo 52), consulta que en ese caso será vinculante. Puede tratarse de una consulta no vinculante cuando es convocada por el presidente de la nación.

Los dos institutos de democracia semidirecta incorporados en el artículo 40, son los que en la doctrina se denominan respectivamente referéndum y plebiscito. El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que éstos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según que la

Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla en estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no vinculantes para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del párrafo 1 de nuestro artículo 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre una acto o una decisión de carácter político. La doctrina constitucional francesa, basada en la experiencia de los plebiscitos napoleónicos, entiende que el plebiscito es una especie de “referéndum imperfecto”, por cuanto ofrece otra alternativa al cuerpo electoral, más que aceptar o rechazar un acto elaborado previamente. En nuestro país, cabe citar el antecedente del plebiscito convocado por el Decreto 2272/84, para aprobar o rechazar el proyecto de tratado con Chile resolviendo la cuestión fronteriza del Canal de Beagle, que casi lleva a la guerra a los dos países.

La Ley Reglamentaria es la núm. 25.432, sancionada el 23 de mayo de 2001 y promulgada tácitamente el 21 de junio de 2001, que trata sobre la consulta popular vinculante y no vinculante. La norma ha sido criticada por la doctrina toda vez que establece requisitos de procedencia y mayorías calificadas que aumentan las restricciones a su ejercicio con respecto a lo establecido en la Constitución.

Así, por ejemplo, para la consulta popular vinculante (referéndum) se exige que la convocatoria del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados sea en sesión especial y aprobada por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (artículos 1o. y 2o. Ley 25.432) y será válida la consulta cuando haya votado al menos el 35% de los empadronados (artículo 4o. Ley 25.432).

Con respecto a la consulta no vinculante (plebiscito) la convocatoria del Poder Ejecutivo debe serlo mediante decreto firmado por todos los ministros, o el Congreso por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (artículo 7o., Ley 25.432). La consulta deberá realizarse en un plazo no inferior a los 60 días y no superior a los 120 días desde la fecha de publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial* (artículo

12), no se computarán los votos en blanco (artículo 13) y no podrá coincidir con otro acto eleccionario (artículo 14)

X. EL VETO DEL PODER EJECUTIVO

Nuestra Constitución nacional en los artículos 80 y 83 se refiere a los proyectos “desechados” por el Poder Ejecutivo y a las “observaciones” que el presidente efectúe, admitiendo de ese modo el veto o rechazo parcial que no contempla el derecho constitucional norteamericano. El poder de vetar las leyes consiste en una atribución que tiene el presidente de la nación para rechazar una ley sancionada por el Congreso. Es propio de los sistemas presidencialistas donde la separación de poderes es clara y definida, desdibujándose en los sistemas parlamentarios en los que existe el llamado voto de censura o la disolución de las cámaras.

El artículo 80 de la Constitución nacional establece la promulgación ficta o tácita de las leyes por el Poder Ejecutivo al cumplirse diez días hábiles sin que haya rechazo o devolución del proyecto. El precedente de la Constitución norteamericana admite una modalidad de voto denominada *pocket* por el cual debe cumplirse todo ese plazo aún ante el fin de las sesiones ordinarias; en nuestro caso —en cambio— el fin del periodo de sesiones del Poder Legislativo no interrumpe el plazo que tiene el Poder Ejecutivo para vetar las leyes.

A diferencia de la promulgación parcial, que se encuentra sujeta a requisitos específicos en materia de habilitación y control, el voto no implica el ejercicio de atribuciones de emergencia. Se trata de una competencia de naturaleza política del presidente para examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley, así como su oportunidad, mérito o conveniencia. De allí que el voto, sea total o parcial, no pueda declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo legal establecido.

El artículo 83 contempla los casos que se presentan cuando el Ejecutivo veta un proceso de ley y el mismo vuelve al Congreso: *a)* El presidente de la nación puede desecharlo en todo o en parte. En el caso de observaciones parciales, puede promulgar parcialmente la parte no vetada y devolver la parte vetada (artículo 80, CN), regresando con las correspondientes objeciones a la cámara de origen, la que la discute nuevamente y de obtener una mayoría de dos tercios de los votos de los presentes pasa

a la cámara revisora. Si esta también insiste con igual mayoría (2/3 de miembros presentes), el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo, que está obligado a promulgarlo, no pudiendo vetarlo nuevamente. *b)* Si las cámaras —en cambio— difieren sobre las objeciones, el proyecto no puede volver a tratarse dentro del año.

De manera que cada Cámara aprueba por sí el proyecto de ley, siguiendo el procedimiento que señala la Constitución en sus artículos 77 a 83. Una vez aprobados por ambas Cámaras, se sancionan las leyes de acuerdo con la fórmula establecida en el artículo 84 de la Constitución que es la siguiente: “El senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso... decretan o sancionan con fuerza de ley”.

XI. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia que son los reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3) y la delegación legislativa (artículo 76, CN), ambos se fundan en razones de excepcionalidad, aunque la delegación legislativa también procede en materias de “administración”. Se trata de instituciones que tienen su fuente en el derecho comparado europeo, sobre todo en sistemas parlamentaristas o semiparlamentaristas donde es frecuente tanto la práctica de los decretos-leyes, como la técnica de la delegación. No se da en tales sistemas la nítida separación de poderes de los sistemas presidencialistas, toda vez que aparecen allí relaciones de colaboración más flexibles entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, asegurándose asimismo el control a través de los votos de censura.

La inclusión de los reglamentos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada en el texto de la Constitución nacional expresó entre sus fundamentos el propósito de limitar y acotar esa práctica a las situaciones en que su uso excepcional fuese imprescindible. Sin embargo, aún están pendientes de creación las comisiones bicamerales permanentes que deberían actuar en uno y otro caso. De manera que aun cuando el ejercicio de las instituciones de emergencia requieren de límites procesales precisos a ser cumplidos, en el caso, las normas de excepción han seguido multiplicándose cada vez más.

La prohibición de la delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994 fue una respuesta a una desmesurada práctica que llegó a su

extremo con el caso “Cocchia” de 1993, convalidando una amplia facultad reglamentaria en la medida en que encuadrara en una “bloque de legalidad” identificado con el programa económico del gobierno nacional.

Esa prohibición sólo cede por razones de emergencia declarada, en el marco de la doctrina de la emergencia que venimos exponiendo, toda vez que las llamadas materias “de administración” forman parte de la competencia que la doctrina y la jurisprudencia han reconocida como potestad autónoma de la administración dentro de la zona de reserva que emana del artículo 99, inciso 1, de la CN.

La doctrina administrativista, siguiendo las enseñanzas del derecho francés, que entre nosotros difundiera el maestro Rafael Bielsa, reconocía cuatro categorías de reglamentos administrativos: *a) reglamentos autónomos* (artículo 99, inciso 1) dentro de la zona de reserva de la administración; *b) reglamentos de ejecución* (artículo 99, inciso 2) los únicos expresamente contenidos en la Constitución Nacional; *c) reglamentos delegados*, y *d) reglamentos de necesidad y urgencia*. Las dos últimas categorías recibían el rechazo de la mayoría de los constitucionalistas, a pesar de lo cual eran de práctica frecuente, especialmente en el ámbito de la denominada “reforma del Estado”.

El nuevo artículo 76 establece: “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.

“La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no imporará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

La disposición transitoria octava estableció: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta excepción, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

La materia en estudio debe necesariamente relacionarse con el artículo 99, inciso 3, referido a los reglamentos de necesidad y urgencia y con el artículo 100, referido al jefe de gabinete de ministros, en su inciso 12.

El artículo 99, inciso 3, en la parte pertinente dice: “...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”. El artículo 100, por su parte, en su inciso 12, manda al jefe de gabinete de ministros “...Refren-

dar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.

Las “materias determinadas de administración” se refieren a la ya mencionada potestad autonómica, en tanto que la delegación legislativa, como instituto de emergencia constitucional conforma, junto a los reglamentos de necesidad y urgencia, potestades excepcionales y de interpretación restringida. Ambas son dos caras de una misma moneda y deben interpretarse como un sistema, de manera que las prohibiciones expresas para los decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, de régimen electoral y partidos políticos, son prohibiciones también a la delegación legislativa, cuya sanción es la nulidad absoluta e insanable, conforme surge de la propia Constitución.

Tales materia conforman una área específica que en la doctrina italiana, autores como Pizzorusso y Zagrebelsky denominan zona de reserva de ley absoluta, en tanto existen otras zonas de reserva de ley “relativas”. En nuestra doctrina, se han considerado también incluidas en la zona de reserva de ley absoluta a las materias codificadas o de derecho común y a las leyes para cuya sanción la Constitución fija mayorías o procedimientos especiales.⁴⁵ Algunas Constituciones optan por enumerar de manera limitada la llamada reserva de ley, ampliando el campo de acción discrecional para la zona de ley relativa que puede ser materia de delegación por razones técnicas.⁴⁶

La delegación legislativa, tanto en cuanto a las materias determinadas de administración como a las razones de emergencia pública que la habiliten, debe ejercerse dentro de las “bases de la legislación” que la Constitución manda al Congreso disponer y que en rigor, representa un concepto más estrecho que el “bloque de legalidad” aplicado en el caso “Cocchia” (1993) pero más amplio que los principios de “política legislativa” del caso “Prattico c. Basso” (1960).

Varias de las condiciones establecidas por el convencional constituyente tanto en cuanto al funcionamiento de la comisión bicameral permanente como en cuanto al mecanismo a seguir, no están aún fijadas en la ley y, empero, la práctica de la delegación ha sido continua, no tanto,

⁴⁵ Anaya, Jaime Luis, “Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/01)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 24 de enero de 2002.

⁴⁶ Pizzorusso, Alessandro, *Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 2 vols.

es cierto en el número de leyes que habilitaron tal práctica en cuanto a la importancia y a la cantidad de materias comprendidas.

El acatamiento estricto de los límites procedimentales es una condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de la delegación legislativa en la emergencia. Sólo de ese modo se cumple con los principios del Estado de derecho. De lo contrario sólo se cumple con una ficción de legalidad que en los habilita la facultad de legislar sobre lo excepcional y que no es más que mero decisionismo.

XII. LOS REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Uno de los aspectos en que más se ha manifestado el incremento de los poderes presidenciales en desmedro de los otros poderes del Estado es en la asunción de facultades legislativas, como es el caso de la “delegación legislativa” y la práctica de los “decretos de necesidad de urgencia”. La delegación legislativa se incrementó con el proceso de transformación económica, siendo frecuente en materia aduanera y en materias propias relacionadas con las privatizaciones de servicios públicos. La reforma la ha prohibido “expresamente” en el artículo 76 de la Constitución, aunque ha dejado subsistentes dos casos de excepción: que se trate de un caso de “emergencia en materias administrativas”. En los hechos las delegaciones se han seguido produciendo.

Un caso paradigmático es el de los decretos de necesidad y urgencia que la mayoría de la doctrina constitucional considerada inválidos mientras que la doctrina de los administrativistas entendía procedente en casos limitados siempre que hubiera una ratificación legislativa inmediata, en cuyo caso contrario se considerarían inválidos. Hasta el gobierno de Alfonsín se habían dictado solo quince (15) decretos de este tipo en toda la historia constitucional argentina. Los decretos de necesidad y urgencia dictados durante este periodo encontraron su fundamento en situaciones de dos tipos: políticas (para controlar o contener situaciones graves y casos de commoción interna) y económicas (para paliar situaciones económicas o financieras de gravedad, sobre todo durante las crisis de finales de siglo pasado y de la década de los treinta).

El gobierno de Raúl Alfonsín (diciembre 1983-julio 1989) emitió diez (10) decretos de necesidad y urgencia. En todos los casos se adujeron razones vinculadas con la emergencia económica, crisis financiera y refor-

ma del Estado. Entre los decretos de necesidad y urgencia dictados en este periodo pueden mencionarse: el decreto 1096/85, conocido como “Plan Austral”, que dispuso la reforma y el cambio del signo monetario; el decreto 2192/86, por el cual se derogaron las llamadas normas de enganches salariales en el seno de la administración pública nacional; el decreto 2196/86 que declaró el estado de emergencia del sistema previsional; el decreto 632/87 que declaró el estado de emergencia agropecuaria y el decreto 1411/87 por el que se suspendió la intervención del Tribunal de Cuentas en la ejecución de los actos administrativos, a raíz de una huelga de su personal.⁴⁷

Entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el presidente Carlos Menem dictó 308 decretos de necesidad y urgencia. La cifra adquiere importancia comparada con los no más de treinta y cinco (35) que dictaron todos los presidentes constitucionales entre 1853 y 1989. No todos los decretos han sido reconocidos como tales por el Poder Ejecutivo; no obstante, en la actualidad su numero supera los seiscientos (600). La gama de cuestiones reguladas por los decretos de necesidad y urgencia es muy amplia, abarcando desde temas impositivos hasta la transmisión de eventos deportivos por televisión. No obstante los reparos doctrinarios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia en la sentencia recaída en el fallo “Peralta c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)” de enero de 1990. Se trató de la validez del decreto 36/90 por el que se dispuso la incautación de depósitos a plazo fijo de los ahorristas y su conversión en bonos de deuda externa (Bonex) pagaderos a diez años con un interés mínimo a fin de paliar un grave déficit en una situación de hiperinflación que se produjo a fines de 1989. La Corte convalidó la práctica siempre que se dieran las siguientes circunstancias:

- a) “Que en definitiva el Congreso nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados”, y
- b) Que medie “una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas... cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados”.

⁴⁷ Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Matteo, “Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)”, *Revista Agora*, Buenos Aires, num. 3, invierno de 1995.

En este fallo, la Corte dispuso que en la medida en que el Congreso no dicte normas expresas que contradigan las disposiciones de un decreto de necesidad y urgencia, debe presumirse que existe el consentimiento de la legislatura.

Esta doctrina de la inversión de la iniciativa legislativa en favor del presidente y en desmedro del Congreso fue subsanada en la reforma de 1994, cuyo artículo 99, inciso 3, legitima expresamente esa práctica, aun cuando le establece límites. El artículo comienza prohibiendo enfáticamente el ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo y solo las permite en casos excepcionales, y las prohíbe expresamente en materia impositiva, penal, de partidos políticos y sistema electoral. Fija además un complicado procedimiento por el que el decreto de necesidad y urgencia debe ser decidido y firmado en acuerdo general de ministros y debe ser el jefe de gabinete quien lo lleve a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso para su ratificación dentro de los diez días de dictado. La Constitución establece que no puede haber ratificación tácita por lo que se requiere el ejercicio de una voluntad expresa por el legislativo. Este procedimiento debería regularse expresamente por una ley que aún no ha sido dictada. No obstante, el Ejecutivo ha persistido y ha aumentado tal práctica aun en las materias prohibidas —como la impositiva— basándose en la interpretación de que, aunque falte la reglamentación legal, cuya mora imputa al Congreso, su consagración Constitucional les otorga legitimidad por sí mismos.

Cabe plantearse si la fijación de límites constitucionales ha significado un acotamiento de la práctica de los decretos de necesidad y urgencia. Estamos entre los que pensamos que, por el contrario, su incorporación en la Constitución los ha favorecido operándose una suerte de “blanqueo” consistente en introducir en el texto algunas prácticas que conformaban verdaderos “desvíos”.⁴⁸ El desmesurado incremento de esta práctica quasi-legislativa sumada a los vetos y promulgaciones parciales y a la delegación legislativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los factores reales de mayor crecimiento del poder presidencial, mas allá de las anunciatas intenciones de “atenuarlo”. El jefe de gabinete, lejos de conformar un Ejecutivo bicéfalo que comparte el poder en alguna medida, resulta ser un auxiliar más de la actividad presidencial.

48 Dalla Vía, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma de 1994 (comentada)*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1994.

XIII. CONSIDERACIONES FINALES

Desde el punto de vista sustancial el *law-making process* bien hubiera justificado un profundo debate “sistémico” en lugar de limitarse a incorporaciones aisladas de carácter coyuntural que en la práctica contribuyeron a profundizar un tratamiento ilimitado de las emergencias constitucionales, cuando era menester encuadrar las prácticas políticas en el marco de la Constitución, tanto más cuando esa práctica es, nada más ni nada menos, que la formación de la voluntad general al hacer la ley.

Existían muchos debates previos que hubieran servido de base a esa discusión. Entre otros cabe enumerar a los “dictámenes” del Consejo para la Consolidación de la Democracia que propusieron pasar desde un presidencialismo hegémónico a formas semiparlamentarias que favorezcan el debate en la formación y sanción de las leyes.

El problema no está tanto en el sistema, sino en la fijación de límites en las competencias, toda vez que esa es, precisamente, la esencia de un texto constitucional. En la actualidad y por distintas razones en práctica constitucional a partir de la propia reforma, que llevaron al Poder Ejecutivo a sentirse legitimado para avanzar en el dictado de normas de alcance general, aun cuando no fueron implementados los mecanismos de fiscalización y control previstos en la Constitución, han aumentado las zonas de penumbra.

En la política puede haber grises y también hay grises en materia de interpretación pero cuando se trata de definir quién tiene la competencia para hacer la ley las Constituciones deben ser muy claras: es blanco o es negro. Cualquiera sea el modelo que se adopte. Algunos países han optado, con crudo realismo por sincerar las cosas y limitar taxativamente la zona de reserva legal del Poder Legislativo, dejando una amplia competencia general al Poder Ejecutivo para dictar decretos-leyes de alcance general. No propugno esa solución, pero sí afirmo que éste es el tema que más justificaría reabrir un debate constitucional para definir —con claridad— quien hace las leyes en la nación argentina.