

Separación de poderes y facultades legislativas del presidente

*José Miguel Onaindia**

D) Introducción: el síndrome del colapso

El reconocimiento de potestades legislativas al Presidente fue una de las cuestiones que más dividió la opinión frente al proceso de reforma constitucional en 1994. La constitución histórica no contemplaba ninguno de los institutos que allí se incorporaron (delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, promulgación parcial de leyes). Su génesis se produjo por decisión del Ejecutivo en el transcurso de la accidentada vida institucional del siglo XX, legitimada luego por la jurisprudencia. En el período previo al proceso de reforma constitucional se había intensificado notoriamente el ejercicio de estas facultades. Es innegable que estas atribuciones inexistentes en la constitución formal, tenían vigencia en la constitución material. Sin embargo, su uso había recibido fuertes críticas no sólo desde la oposición política a los dos primeros gobiernos de la posdictadura sino también desde diversos sectores de la doctrina.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Culturales, Facultad de Derecho, UBA. Director del programa de posgrado en Cultura y Derecho de la misma facultad. Profesor de posgrado en las facultades de Derecho, Ciencias Económicas Filosofía y Letras de la UBA, UNLP, UNLAM, FLACSO y UP. Autor de varias obras individuales y colectivas. Es asiduo colaborador de órganos de prensa gráficos y audiovisuales. Fue Director del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, Coordinador General de Cultura de la UBA, Asesor de la Cámara de Diputados de la Nación y de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Preside la Asociación por los Derechos Civiles y la Fundación Internacional Argentina.

Más allá de las posiciones teóricas y políticas sobre el tema, siempre debe advertirse que el reconocimiento de estas facultades implica la transferencia de funciones propias del Congreso al Poder Ejecutivo y una alteración del principio de separación de poderes que es fundamento de nuestra forma de gobierno. Pero el peligro excede lo meramente funcional, porque el ejercicio de estas facultades supone el reemplazo de la voluntad plural del órgano de representación popular por la voluntad única de quien ejerce la Presidencia de la Nación y puede acrecentar sus potestades mediante el uso ordinario de facultades de excepción.

Los sectores que acordaron la modificación constitucional sostuvieron que su inclusión en la constitución era necesaria a fin de evitar un uso abusivo de estas facultades y permitir un control eficiente por parte del Congreso. También abundaron en las conveniencias de tales facultades, dadas las frecuentes emergencias sociales, institucionales y económicas que caracterizan el devenir histórico de nuestro país.

Uno de los protagonistas jurídicos de la modificación por el oficialismo, relata así el debate: “Para el justicialismo fueron ‘puntos atados’ de reforma los relativos a las regulaciones en materia de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada, y los referidos a los procedimientos para agilizar el trámite de discusión y sanción de las leyes. Por tal motivo su tratamiento fue incluido en un mismo capítulo. De esta manera, los negociadores de ese partido indicaban que el uso de los decretos de necesidad y urgencia, criticado con fuerza desde la oposición, había sido imprescindible para implementar aceleradamente las reformas económicas y del Estado, ante la lentitud de los procedimientos legislativos. El justicialismo, mediante las iniciativas propugnadas por su comisión de juristas y por el dictamen de la mayoría del Senado, pretendía transformar al Congreso nacional en un órgano más activo y modificar su hábito de bloquear las políticas impulsadas por el Ejecutivo, facilitado por procedimientos constitucionales provenientes de mediados del siglo pasado (XIX), y que no habían sido ‘aggiornados’ –como en los Estados Unidos de América– mediante una práctica ininterrumpida...”(García Lema, Alberto. “La reforma por dentro”, Planeta, 1994, p. 203).

Por su parte, desde el radicalismo Quiroga Lavié afirma que los opositores a la inclusión de estas medidas excepcionales en la constitución, desconocen “el síndrome de colapso” que se repite en el país desde hace muchos años. “...La historia del colapso en la Argentina puede constatarse:

los efectos de la hiperinflación durante los gobiernos de Alfonsín y Menem hicieron necesario apelar al remedio, por decreto de necesidad y urgencia, de cambio de moneda y al de la conversión en títulos públicos de los depósitos bancarios, repitiendo la misma historia vivida por Roca y Pellegrini en el siglo pasado. Roca, en 1885, ratificó por decreto el curso legal de las emisiones de moneda del Banco Nacional, y Pellegrini, en 1891, dispuso la suspensión del pago de depósitos del Banco Nacional y del Banco de la Provincia de Buenos Aires para subsanar la crisis monetaria existente. Entonces queda claro que el decreto de necesidad y urgencia es un instrumento de gobernabilidad, y que ésta es la suprema ley de la tierra para cualquier pueblo. Lo malo es que no existan normas que lo regulen, porque, en tal caso, la omisión de reglas impide poder determinar si ha habido o no violación de las mismas. Ponerle reglas a una situación de excepción no significa otra cosa que limitarla...” (Quiroga Lavié, Humberto “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Depalma, 1996, pp. 619-20).

Frente a estas voces que con argumentos atendibles justificaban la introducción de las nuevas facultades presidenciales, otro sector de la doctrina se pronunció en forma negativa sobre su inclusión pues opinó que atacaba la división de poderes, elemento sustancial de un Estado democrático y de la forma de gobierno adoptada por la constitución, y su inclusión en el texto constitucional ocasionaría un serio peligro para un uso más frecuente de estas potestades. Si ante la ausencia de norma alguna que habilitara su ejercicio, estas prácticas habían surgido y la Corte había tenido una actitud complaciente, especialmente a partir del fallo Peralta de 1990, su incorporación al texto constitucional produciría un mayor uso de tales facultades. El citado precedente había originado ya un comentario muy crítico en el ámbito académico, por su reconocimiento a las facultades excepcionales del Ejecutivo y a la afectación de los poderes del Congreso que de tal criterio derivaba.

La incorporación de estas facultades al núcleo de coincidencias básicas fue una parte sustancial del acuerdo político que concluyó con la reforma constitucional de 1994. Por consiguiente, se votaron conjuntamente con el resto de las medidas que integraron ese bloque y se incorporaron en la forma pactada en el texto constitucional. Los años transcurridos desde su consagración constitucional y la práctica de estas potestades por los diferentes y numerosos titulares del Poder Ejecutivo Nacional demuestran que las predicciones negativas resultaron razonables y que el ejercicio de estas medidas no resultó idóneo para aliviar “el síndrome de colapso”.

II) Regulación normativa: controles ineficaces

Para ordenar la exposición trataré a cada institución en particular. Pero es preciso destacar desde el inicio que estas facultades conviven en el sistema y pueden utilizarse conjuntamente. La suma de su ejercicio excepcional puede desembocar en una concentración de funciones, que no sólo desnaturaliza la forma de gobierno sino que afecta el sistema democrático y la estabilidad institucional. Y este argumento que era una disquisición teórica al momento de efectuarse la reforma constitucional, puede con diecisiete años de práctica ejemplificarse con numerosos datos y dramáticas situaciones históricas. Basta recordar que la crisis institucional del año 2001 tuvo origen en facultades delegadas por el Congreso en mayo de ese año y la confrontación con el sector agropecuario en el año 2008 en el dictado de la Resolución N° 125 también por el uso de esta transferencia de funciones.

A) Delegación legislativa

La delegación es el acto por el cual el titular de una atribución le transfiere su ejercicio a otro órgano. En el caso de la delegación legislativa, es el Congreso como titular de la función que la traspassa al Poder Ejecutivo en determinadas circunstancias y condiciones. La doctrina ha distinguido entre delegación propia (transferencia incondicionada de la función) e impropia (transferencia de particularidades de la función), para explicar que la primera de ellas no puede ser admitida por vulnerar el principio de separación de poderes y otorgar al Ejecutivo una concentración de facultades reñida con la esencia de nuestra forma de gobierno (ver Cullen, I.J.M. “La delegación de competencias en el Estado moderno”, Revista de la AADC, Año VI, N° 45, Buenos Aires, 1989, p. 12).

El art. 76 de la Constitución que incorpora a nuestro texto esta facultad del Congreso, que resulta nueva en la Constitución Nacional pero que reconoce algunos antecedentes en constituciones de provincia (San Juan y Santiago del Estero). El artículo determina como principio general la prohibición de la delegación, para luego regular como excepción su ejercicio. El criterio prohibitivo reitera no sólo la norma general de separación de funciones, sino también la sanción específica del art. 29 de la Constitución que tipifica como delito constitucional el otorgamiento de la suma del poder público al Ejecutivo.

La decisión de concebir la delegación como una facultad de excepción tiene dos consecuencias fundamentales: que no puede ejercerse en forma ordinaria y que debe interpretarse con carácter restrictivo. Si bien ambas derivaciones parecen obvias no siempre están presentes ni para quien la ejerce ni para quien la interpreta.

Antes de analizar los límites impuestos por el constituyente de 1994 a la regulación de esta potestad excepcional, advertimos que existe un límite general impuesto por el citado art. 29 que no puede olvidarse. La mencionada norma constitucional es de carácter histórico porque su inclusión en el texto tuvo como motivo impedir que las legislaturas reiteraran la conducta ejercida durante el gobierno de Rosas, a quien la Legislatura de Buenos Aires le había concedido la suma del poder público. Con una redacción afín con el estilo y los valores de la época, el constituyente no sólo quiso con esta disposición evitar la concentración de funciones y el autoritarismo, sino también muy especialmente que los derechos del hombre queden a voluntad de un órgano o persona. La interpretación dinámica de esta cláusula impone una regla para medir los alcances de la facultad incorporada en 1994 que analizamos, puesto que dada su letra y espíritu, que se compadece con la decidida defensa del denominado “bloque de constitucionalidad”, el ejercicio de esta facultad no puede permitir al Ejecutivo que sustituya al Congreso para regular el ejercicio de los derechos humanos que lo integran. La delegación legislativa, por imperio de lo dispuesto en el art. 29 y por su excepcionalidad, no puede tener por objeto la regulación de derechos humanos que le corresponde exclusivamente al Congreso por aplicación del principio de legalidad.

Realizada esta observación, vemos que el nuevo art. 76 tiene un claro límite temporal dado que exige para la validez formal de la delegación que se otorgue por tiempo determinado y una peligrosa laxitud en el aspecto material, pues recurre a dos expresiones de contenido semántico difuso. Tanto los conceptos de “administración” como de “emergencia pública” carecen de un significado concreto e indiscutible y pueden ser alegados con aparente razonabilidad para justificar la concesión de esta potestad. Tal decisión conduce a derivar al intérprete el análisis en cada caso del ejercicio razonable de la delegación, situación que implica un severo condicionamiento para el intérprete que deberá juzgar la constitucionalidad de la norma, bajo la presión del “hecho consumado”.

El nuevo artículo impone al Congreso delimitar la transferencia de funciones que decida. De este modo, la ley que la ordene debe contener “las ba-

ses” –en expresión literal del constituyente– de la delegación otorgada. En virtud de esta parte de la disposición comentada, es obligación del órgano legislativo fijar claramente no sólo la materia sino los alcances de la función que transfiere para evitar excesos en su ejercicio que puedan derivar de la ambigüedad de la norma. Pero también el art. 100 inc. 12, que regula las facultades del Jefe de gabinete, impone un requisito formal consistente en el refrendo de los decretos dictados en virtud de la delegación y un control sustancial posterior por la Comisión Bicameral Permanente.

B) Decretos de necesidad y urgencia

Los decretos de necesidad y urgencia son leyes dictadas por el órgano ejecutivo en determinadas circunstancias. Dado que los emite el Presidente, son decretos que es la forma de expresión de la voluntad de este órgano de gobierno. Pero por su contenido, son leyes. Esa circunstancia ha determinado la resistencia de vastos sectores de opinión a la regulación constitucional de esta facultad, puesto que implica el reconocimiento de un avance del Ejecutivo sobre funciones propias del Legislativo.

Esta excepcional facultad presidencial para que no signifique una violación al principio de separación de poderes, que en la forma de gobierno presidencialista tiene una connotación muy importante por el tipo de relaciones que se establecen entre los diversos órganos de gobierno, debe estar sometida a requisitos muy estrictos y como toda facultad excepcional debe interpretarse con carácter restrictivo.

Su inclusión en la Constitución formal fue el resultado de una situación histórica muy particular y contemporánea a la reforma, puesto que desde 1853 hasta 1983, los gobiernos constitucionales que se sucedieron sólo habían dictado veintisiete decretos de estas características. Pero al reiniciarse la vida institucional de la Nación en 1983, tímidamente durante la presidencia de Alfonsín este número se fue incrementando y se utilizó esta forma para importantes medidas de gobierno a cargo del Legislativo, como el cambio del signo monetario. Pero fue en la primera presidencia de Carlos S. Menem donde la práctica alcanzó una asiduidad alarmante. Según un estudio realizado por Delia Ferreira Rubio y Mateo Goretti entre 1989 y 1993 se habían dictado trescientos ocho decretos de estas características. Esta situación se tornaba más sorprendente dada la mayoría legislativa que el partido de gobierno tenía desde el inicio de la gestión en ambas cámaras del Congreso.

Tal situación condujo a los partidos que pactaron la reforma a considerar prudente la reglamentación de la materia para evitar un uso indiscriminado de una facultad excepcional. Al igual que con la delegación legislativa la norma de habilitación de esta facultad parte de la premisa de la prohibición al órgano ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo. Insisto que esta aseveración produce las consecuencias de reservar la facultad para circunstancias que no sean habituales e imponer un criterio restrictivo a su interpretación.

El constituyente impone límites objetivos para que el ejercicio, que deben darse en forma conjunta. Estos límites son las razones de necesidad y urgencia que constituyen la causa que impulsa al ejecutivo a desarrollar una función ajena a su competencia ordinaria. La norma exige ambas condiciones que pueden definirse como aquellas situaciones de grave repercusión en la comunidad, que produzcan el requerimiento indispensable del dictado de una norma de carácter legislativo nueva, o la modificación o derogación de la legislación vigente, y que impidan seguir los trámites ordinarios que la constitución prevé para la sanción de las leyes.

También se decidió la inclusión de impedimentos de carácter material, para evitar que invocando razones cuya ponderación puede ser opinable, el Presidente pudiera legislar sobre materias de especial interés para el ejercicio de derechos subjetivos (materia penal y tributaria) o derechos políticos (legislación electoral o regulación de partidos políticos). Así dejó fuera del ámbito de esta facultad la materia que había motivado un número importante de esta clase de decretos, como lo es la tributaria.

La naturaleza excepcional de estos decretos y la obligación de interpretarlos con carácter restrictivo, hace que la ponderación del cumplimiento de sus requisitos deba realizarse con criterio estricto, pese a la laxitud de los conceptos utilizados para la determinación de sus causales objetivas.

C) Promulgación parcial de leyes

La promulgación de las leyes es una potestad que el constituyente originario atribuyó al Ejecutivo, para hacer efectiva la doctrina de Montesquieu de la separación y control entre los diversos órganos que desarrollan las funciones estatales. La promulgación significa la validación del Ejecutivo del ejercicio de la función legislativa por el Congreso y le permite ejercer en forma efectiva el control que ese esquema de distribución de facultades

le otorga. La promulgación, que puede ser expresa o tácita, convive con la facultad de observación (comúnmente denominada “veto”) que es la capacidad del ejecutivo de expresar su disconformidad con la ley y obligar al Congreso a insistir con mayorías agravadas en su decisión original o acatar la voluntad del Ejecutivo en caso que no se logre la mayoría para la insistencia.

El ejercicio de la potestad de observar las leyes implica la posibilidad del Ejecutivo de impedir la aplicación de una norma que considere contraria a las políticas que desee instrumentar y revela un enfrentamiento entre ambos órganos, que la propia Constitución formal determina cómo resolver. Es un instrumento importante de control entre órganos y para dirimir las diferencias que pueden existir entre ellos, dentro del sistema. También es un arma para influir en la voluntad legislativa.

En la constitución originaria, se regulaba el ejercicio de esta potestad y el procedimiento de revisión parlamentaria, sin prever la posibilidad de promulgación parcial de la parte de la ley que no había sido observada por el Ejecutivo. Esta práctica surgió en el desarrollo de nuestra vida institucional y su legitimación provino, como en los casos anteriores, de la jurisprudencia que fue trazando algunas pautas para admitir que su ejercicio resultaba acorde con la división de funciones de nuestra forma de gobierno.

Toda ley es el resultado de un juego de acuerdos entre los diferentes sectores políticos y de interés que tienen voz en el parlamento y la constitución le otorga a este órgano la función de debatir y sancionar las leyes –que no son otra cosa que las normas generales que regulan la vida de los habitantes y el ejercicio de los derechos– porque es el órgano de representación del pueblo y en él tienen cabida la pluralidad de voces de una sociedad. La elaboración de una ley necesariamente atraviesa un proceso de debate entre los distintos sectores representados y es la expresión de un consenso construido sobre concesiones y renunciaciones recíprocas. La ley además de un sistema armónico de normas es el fruto de un debate político, donde cada parte significa la expresión del todo y encierra el resultado de un diálogo y una negociación. La promulgación parcial de una ley le otorga al órgano ejecutivo la posibilidad de alterar ese consenso y, por ende, de torcer la voluntad legislativa en forma más profunda que la que su apariencia indica.

Conforme las pautas señaladas por la jurisprudencia y, pese a las críticas también recibidas con anterioridad a la reforma por el instituto, el constituyente de 1994 incorpora al art. 80 la potestad de la promulgación parcial

de leyes que somete a determinados requisitos, que pueden clasificarse de la siguiente forma:

- a) límites de carácter material: impone dos límites difusos, cuya ponderación le corresponderá al organismo de contralor y a la justicia, pues tanto la autonomía normativa como la alteración del espíritu y la unidad del proyecto, son conceptos sin contenido determinable previo y que dependerán de la interpretación de la ley,
- b) control formal posterior: el constituyente impone un sistema de control posterior que remite al procedimiento impuesto para los decretos de necesidad y urgencia; esto implica que el Jefe de Gabinete deberá someter el decreto a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días de firmado el decreto.

Si bien la norma sólo efectúa una remisión al procedimiento establecido por el art. 99 inc. 3 en la firma de los decretos de necesidad y urgencia, estimamos que esta exigencia incluye el requisito formal de que estos decretos de promulgación parcial de leyes sean avalados por la firma de la totalidad de los miembros del gabinete, tal como impone el artículo citado.

La promulgación parcial de una ley implica su efectiva vigencia a partir de la publicación, aunque esté sometida al rechazo por parte del Congreso. También su control puede ser ejercido por los jueces en uso de la atribución genérica del control de constitucionalidad y dado su carácter excepcional, esta interpretación debe efectuarse con carácter restrictivo.

III) Antecedentes en el derecho comparado

Las funciones colegislativas del Presidente antes transcritas reconocen antecedentes en el derecho comparado, que deben ser necesariamente comprendidas dentro de las formas de gobierno en que se desarrollan. Esta advertencia es necesaria pues el impacto que producen en un régimen parlamentario, donde la relación entre el órgano ejecutivo y legislativo es de mayor interdependencia y control, es diametralmente opuesta a su utilización en un presidencialismo, porque aquí las funciones son de coordinación y el ejercicio de estas facultades excepcionales puede conducir a la concentración de funciones en un solo órgano.

Pese a la observación realizada, considero útil ver cómo se ha resuelto en otros regímenes el ejercicio de estas facultades y la prudencia con que se han concebido aún en aquellos diseñados bajo un modelo diverso a nuestro sistema. Es interesante trazar un paralelo con la Constitución del Reino de España de 1978, por las afinidades históricas tanto pasadas como recientes y porque esa constitución fue el resultado de un pacto político entre las fuerzas mayoritarias luego de un largo período de enfrentamientos civiles y autoritarismo. “No nos ha ido tan mal. En política comparada, la transición española quedó magnífica”, afirma la constituyente María Izquierdo cerca de cumplirse el treinta y cuatro aniversario de su sanción (El País Semanal, 2/12/2012).

Tampoco podemos ignorar la influencia que el exitoso modelo constitucional español ha ejercido sobre el análisis político y constitucional de nuestro país. Bidart Campos afirma: “...La reforma (refiriéndose a la reforma argentina de 1994) ha incorporado normas expresas en tres puntos que carecían de ellas en el texto anterior, y que debido a esa ausencia dieron lugar a discrepancias en la doctrina, y soluciones coyunturales en la praxis y en la jurisprudencia de nuestra Corte. Se trata de los decretos de necesidad y urgencia, de la delegación legislativa a favor del Ejecutivo, y de la promulgación parcial de leyes. Sobre los decretos de urgencia y sobre la legislación delegada hallamos previsiones en la Constitución española (arts. 86 y 82, respectivamente)...” (Bidart Campos, “Reforma de 1994 y Constitución española”, en “La Constitución Reformada”, Ministerio del Interior, pp. 47-8).

a) Delegación Legislativa

La Constitución de España le dedica el extenso artículo 82 a la delegación legislativa, que es sometida a numerosos y claros requisitos para su ejercicio. El sujeto delegante son las Cortes Generales y el sujeto delegado el Gobierno. El constituyente le impone límites de diferente tipo y carácter:

- 1) límite material: no pueden ser objeto de delegación las leyes orgánicas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en el texto constitucional en forma expresa;
- 2) límite temporal: es indispensable que la delegación contenga la fijación de un plazo determinado para su ejercicio, pero la delegación

se agota por el uso de la facultad que haga el Gobierno mediante la publicación de la norma delegada correspondiente; prohíbe la delegación implícita o por tiempo indeterminado;

3) límite formal para el acto de delegación: se debe otorgar mediante la sanción de una ley de bases cuando el objeto de la delegación sea la formación de textos articulados y mediante la sanción de una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. Respecto de las leyes de base se impone que limiten con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio, les prohíbe autorizar modificaciones en la propia ley de bases y facultar al delegado para dictar normas con carácter retroactivo; la ley ordinaria para refundir textos legales, debe aclarar si sólo delega la facultad de ordenar en un texto único las leyes en cuestión o si también puede regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que ordena; también se prohíbe expresamente la subdelegación y la delegación a autoridad distinta del Gobierno;

4) límite formal para el acto delegado: las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos;

5) control posterior: además del control de constitucionalidad concentrado que establece la constitución y que hemos esbozado en el capítulo correspondiente, las leyes de delegación pueden establecer mecanismos específicos de control para cada caso.

Estimamos que las cláusulas en comentario evidencian el cuidado del constituyente en el otorgamiento de esta facultad, pese a que el Gobierno es electo por el Congreso y tiene responsabilidad política ante él, con las importantes atribuciones de control que la esencia de la forma de gobierno le impone.

b) Decretos de Necesidad y Urgencia

También esta facultad está regulada en el texto de la Constitución española de 1978, a la que dedica una extensa cláusula (art. 86) para fijar las condiciones de su ejercicio. Del análisis de la disposición constitucional citada surgen las siguientes limitaciones:

1) límite material: no pueden ser objeto de estos decretos-leyes el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, la regulación de

los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, el régimen de las Comunidades Autónomas ni el derecho electoral general;

2) límites objetivos: sólo pueden utilizarse en caso de “extraordinaria y urgente necesidad”. La redacción de la norma destaca la excepcionalidad de la medida, pues requiere que la necesidad que se intenta responder con ella no sólo sea urgente sino también extraordinaria, es decir fuera del acontecer cotidiano de los requerimientos de la compleja sociedad contemporánea;

3) límites temporales: la medida siempre es provisional, no puede extenderse en el tiempo más de lo que dure el procedimiento de control que la misma norma establece;

4) requisito formal: asumen la forma de decretos-leyes;

5) sistema de control específico: deben ser sometidos en forma inmediata al debate y votación de la totalidad del Congreso de los Diputados, que se convocará al efecto si no estuviera reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a la promulgación del decreto; el Congreso debe pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario, pero dentro de ese plazo también las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley sometidos al procedimiento de urgencia.

Nuevamente observamos el cuidado del constituyente en someter a un ámbito restringido y a un proceso de control ineludible estas facultades excepcionales legislativas del órgano ejecutivo.

c) Promulgación parcial

Es interesante destacar que la facultad de veto se le otorga al Senado quien tiene un plazo de dos meses a partir de la recepción del proyecto sancionado por los Diputados para oponer su veto o introducir enmiendas, este plazo se reduce a veinte días en los proyectos que se tramiten por el procedimiento de urgencia. Pero este veto puede ser rechazado por el Congreso por una mayoría especial (absoluta) o por mayoría simple, si la ratificación se realiza luego de dos meses desde el ejercicio del veto.

La Constitución no contempla la promulgación parcial de leyes, porque la facultad de veto ha sido ejercida en la etapa previa. Este veto anterior a

la sanción permite impedir los inconvenientes que la promulgación parcial conlleva pues el control de su ejercicio es siempre posterior.

El derecho comparado exhibe numerosos casos de regulación de estas potestades, pero luego de analizar una constitución con una forma de gobierno diferente a la adoptada por nuestros constituyentes, nos parece conveniente analizar cómo están resueltas estas cuestiones en el modelo que adoptamos originariamente del constitucionalismo norteamericano. En primer lugar, aunque alteremos el orden expositivo anterior de estos institutos, creemos importante destacar que la promulgación parcial de leyes carece de regulación normativa en la constitución de Estados Unidos (conf. Badeni, Gregorio en “Sanción y promulgación parcial de la leyes”, en “Nuevas Perspectivas en el derecho constitucional”, Ad-Hoc, 2001, p. 27).

La delegación legislativa tampoco encuentra un andamiaje en el texto de la constitución norteamericana y ha sido una construcción de la jurisprudencia, que Pablo Manili describe con aguda síntesis, de la siguiente forma: “...En la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en cuyo sistema presidencialista se inspiró nuestro constituyente, la facultad del Presidente de reglamentar las leyes no está expresamente consagrada en el texto constitucional sino que es implícita. Aun así, ello no impidió que naciera y se fortaleciera una amplia teoría de la delegación legislativa, es decir una función más amplia que la de reglamentar la ley. La delegación legislativa en el ejecutivo se fue generalizando en ese país luego de haber pasado por las siguientes etapas: a) La facultad de constatar hechos: en los primeros tiempos, la Corte Suprema convalidó una serie de fallos, diversas delegaciones encubiertas practicadas por el Congreso, con la excusa que la ley era completa y que lo único que el Poder Ejecutivo hacía era declarar que habían ocurrido determinados hechos que incidían sobre la entrada en vigencia de la ley, pero con ello, abrió el camino a la convalidación de las delegaciones. B) La facultad de completar detalles de la ley: Éste fue otro recurso utilizado por el Congreso para delegar parte de su competencia, y no siempre a favor del departamento ejecutivo, sino también a favor del judicial: la ley contenía el marco normativo y las grandes pautas, y su “hilado fino” era completado por otro poder. C) El Congreso fija el estándar para que el Ejecutivo legisle. En esta tercera etapa el Legislativo simplemente fijaba la política a seguir, y el Ejecutivo legislaba dentro de ella. En síntesis: el estudio de la jurisprudencia norteamericana demuestra a las claras que en un sistema presidencialista y con una constitución que –como dijimos– no contempla las facul-

tades reglamentarias del presidente, la delegación legislativa goza de buena salud desde hace casi dos siglos...” (“La delegación de facultades legislativas en el ejecutivo”, en “Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional”, La Ley, 2002, p. 755)

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, resulta necesario recordar que el rígido esquema de separación de poderes que fue aplicado en Filadelfia en 1787, esta potestad carece de regulación positiva. Sin embargo en el constitucionalismo material surgió la utilización excepcional de estas facultades, partiendo del concepto de “prerrogativa presidencial” elaborado por John Locke con anterioridad a la sanción de la constitución norteamericana y que expresa la necesidad de reconocer al órgano ejecutivo la potestad de actuar más allá de sus atribuciones cuando circunstancias excepcionales ponga en riesgo a la sociedad y a su sistema jurídico. Sin embargo, esta expresión y este concepto fueron utilizados en diversas ocasiones por los presidentes norteamericanos, siendo el primero en hacerlo Abraham Lincoln durante la guerra de secesión. La jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país estimó que cuando está en juego la “preservación” de la sociedad puede el Presidente ejercer esa “prerrogativa, siempre que afecte a las relaciones exteriores y la seguridad del Estado. Pero también debe destacarse que el tribunal no lo admitió para la resolución de cuestiones referidas a la política interna, aunque fueran invocadas cuestiones de conexión remota con asuntos externos. Numerosos fallos ilustran el criterio desarrollado por este Tribunal a partir de la resolución del caso conocido como ‘Prize Cases’ (Egües, Alberto J., “Los decretos de necesidad y urgencia”, en Badeni, Gregorio, “Nuevas perspectivas del derecho constitucional”, pág. 81/87).

Vemos, entonces, que el trabajo efectuado por la jurisprudencia norteamericana permitió una adecuación de la forma de gobierno a las exigencias de la realidad, sin afectar en exceso el principio rector de la distribución de funciones y la consecuente separación de poderes que la lógica de la forma de gobierno requiere.

IV) Conclusión: la excepción es la regla

A dieciocho años de la regulación constitucional de estas medidas, comprobamos que el uso ordinario de estas facultades de excepción ha afectado sólidamente la distribución de funciones que es fundamento de nuestra forma de gobierno. El Poder Ejecutivo se ha convertido en el principal legis-

lador. La fijación de reglas para el ejercicio de esas potestades excepcionales no evitó su uso habitual ni continuo. La omisión en legislar la organización de la Comisión Bicameral Permanente afectó seriamente las bases fijadas por el constituyente para el ejercicio de las facultades en estudio y la demorada sanción de esa ley no implicó un funcionamiento efectivo el Congreso no ha ejercido los controles que el texto constitucional prevé y ha permitido, explícita o implícitamente, que lo extraordinario se convierta en ordinario.

Por el contrario, en los gobiernos surgidos del voto popular en el período posterior a la reforma, el Congreso sancionó leyes con amplias delegaciones legislativas. Durante la segunda presidencia de Carlos Menem fueron sancionadas las leyes 25.629 y 24.631, que se denominaron la “segunda reforma del Estado” que implicaron una transferencia de amplios poderes al Ejecutivo, que la ley denominó de carácter “administrativo”, con un uso muy amplio de este concepto (transferir y suprimir organismos, privatizar actividades relacionadas con la prestación de servicios, racionalizar el sector público nacional). La ley fue conocida con el nombre de “superpoderes”, por la potente suma de funciones que se trasladaban al Presidente. Igual criterio se utilizó durante la presidencia de Fernando de la Rúa mediante el dictado de una ley que recibió el mismo nombre y que llevó el número 25.414, de abril de 2001, con amplias facultades también para el Ejecutivo. En virtud de esa delegación se dictó en diciembre de 2001 el decreto 1570, por el cual se realizó la primera restricción de los depósitos bancarios. Durante la presidencia de Néstor Kirchner, mediante la ley de presupuesto para el año 2004, el Congreso otorgó amplias facultades al Jefe de Gabinete para modificar la asignación de partidas presupuestarias, con una amplitud desmesurada. Y esta decisión se reiteró en los años posteriores hasta el presente.

El abusivo uso de la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, sin control efectivo alguno por parte del parlamento, ha quedado plasmado por un trabajo de los ya citados Delia Ferreira Rubio y Mateo Goretti, del Centro de Estudios para Políticas Públicas Aplicadas (Ceppa) y dado a conocer por la prensa (ver *La Nación*, 22/6/2004, pp. 1 y 7 del cuerpo principal). Este trabajo destaca que en el primer año de mandato, Néstor Kirchner ha superado a sus antecesores en el uso de esta facultad, pues firmó 67 decretos de esta naturaleza, sobre los más variados temas, pese a tener una cómoda mayoría en ambas cámaras del Congreso. Señala también que en el mismo período envió setenta y dos proyectos de ley para su tratamiento, hecho que demuestra que la facultad legislativa ha sido trasladada en los hechos al órgano ejecutivo,

con las consecuencias que ello ocasiona. En los dos mandatos de Cristina Fernández de Kirchner si bien disminuyó el número de decretos de necesidad y urgencia, la facultad legislativa del Ejecutivo ha continuado con intensidad y se ha utilizado para resolver circunstancias de extremo interés social.

Para evaluar la importancia que el uso abusivo de estas facultades produce sobre la división de poderes y la forma de gobierno, hay que recordar que: "...El sentido específico del principio de la división de los poderes no es el de una simple distribución de las funciones del Estado en distintos órganos, para el más eficiente desempeño de ellas, desde el punto de vista de la técnica, análogamente a la división del trabajo que se opera en la industria para lograr una mayor rendimiento. El principio se encamina a asegurar el goce efectivo de la libertad a través de la división o fragmentación del poder del Estado y de la existencia y el funcionamiento de diversos órganos gubernativos que, al desempeñar separada y coordinadamente las funciones estatales, se controlan y frenan recíprocamente, impidiendo que cada uno de ellos exceda su competencia constitucional con la supresión o detrimento indebidos de los derechos de los habitantes... Es la función de freno y fiscalización que cada uno de los órganos del gobierno ejerce con respecto a los otros órganos lo que más esencialmente caracteriza al principio de la división de los poderes, que de otra manera no pasaría de ser nada más que una mera clasificación de las funciones estatales de acuerdo con el precitado principio de la división del trabajo..." (Linares Quintana, Segundo "La interpretación constitucional", Depalma, 1960, pp. 313-4).

Con los datos antes expuestos, vemos que esta distribución no se cumple y el consentimiento de esta situación atenta contra la vigencia del estado de derecho porque las normas que regulan nuestra convivencia y el ejercicio de los derechos humanos de la población, no son fruto del debate entre las fuerzas representativas de la sociedad, sino de la decisión de la mayoría transitoria y de la presión que sobre ella siempre pueden ejercer más eficazmente los grupos corporativos para satisfacer sus intereses de sector y no el bien común.

La advertencia de los círculos académicos sobre esta circunstancia resulta indispensable para la preservación del orden democrático que el art. 36 de la Constitución Nacional exige, porque como bien señala Giorgio Agamben uno de los caracteres esenciales del estado de excepción es mostrar su tendencia a transformarse en duradera praxis de gobierno ("Estado de excepción", Adriana Hidalgo, 2004).