

## CAPÍTULO XV

### EL PODER EJECUTIVO

por  
DANIEL SABSY

#### **1. Estructura. Integración.**

El art. 87 define la integración del Poder Ejecutivo al establecer que el mismo “será desempeñado por un ciudadano con el título de «presidente de la Nación Argentina»”. La solución dada por el constituyente se compadece con una de las características primordiales del modelo presidencialista, tal como lo hemos precisado al hablar sobre forma de gobierno. Por ello, el artículo no deja lugar a ninguna duda en lo que concierne al carácter unipersonal o monocrático del órgano administrador: uno solo es el titular de este poder, en contraposición al parlamentarismo cuya composición es por esencia colegiada. Es preciso destacar que el constituyente reformador de 1994 ha decidido mantener esta disposición, independientemente de las modificaciones que ha efectuado en aras de atenuar el presidencialismo, uno de los objetivos fundamentales de la reforma. Pero, como más adelante se verá cuando nos ocupemos del jefe de Gabinete de Ministros, tanto él como los restantes ministros continúan siendo meros asistentes del presidente. Es nuestro criterio, a partir de esta apreciación, que la forma de gobierno argentino luego de la reforma de 1994 continúa bajo el perfil de una modalidad pura y no mixta, como el semipresidencialismo o alguna otra en que se combinen elementos provenientes del presidencialismo y del parlamentarismo.

#### **2. Requisitos para ser elegido presidente o vicepresidente.**

El art. 89 se ocupa de este tema y expresa que “se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador”. La última reforma mantuvo la redacción original de la Constitución histórica, a excepción del requisito relativo a pertenencia

religiosa, ya que con anterioridad se exigía que el presidente y el vicepresidente formaran parte de la “comunión católica apostólica romana”. Si bien la ley declarativa de la necesidad de la reforma fundó esta modificación en el objetivo de asegurar el principio de libertad de cultos, creemos que en realidad se logra un avance en materia de igualdad religiosa. La relación Iglesia-Estado, según el art. 2 CN, se ve configurada por un sistema de singulares características que se ubica en una posición intermedia entre la teocracia y el laicismo. Ello, dado que, tal como señala la mencionada cláusula, “el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”. Con la presente enmienda, que se complementa con la supresión correlativa del juramento sobre los libros sagrados de esa misma confesión religiosa, nuestro régimen ha salido fortalecido en materia de igualdad religiosa de todos los habitantes de la Nación, al permitirles acceder a la titularidad del Poder Ejecutivo sin que para ello sea necesario que profesen un culto determinado.

La enmienda fue precedida en 1966 por el concordato celebrado entre la Argentina y la Santa Sede que deja sin efecto el patronato, nombre con que se denominaba el sistema que regulaba las relaciones de nuestro país con el Vaticano. Ese instrumento importó de hecho una “mutación por sustracción” —recurriendo a la terminología de Bidart Campos—, ya que llevó a la derogación por desuetudo de las disposiciones constitucionales que regulaban el patronato. Luego de la reforma, el constituyente de 1994 derogó dichos contenidos, los que por tanto han quedado formalmente sin efecto.

Nos parece razonable que las restantes exigencias se mantengan, salvo la relativa a la renta mínima que deriva de las condiciones para ser senador y que ha caído en desuso. La exigencia de ser argentino o hijo de argentino o de argentina nativos que hayan optado por la nacionalidad argentina sólo es necesaria para acceder a estos dos cargos. La razón de ser de este requisito se funda en motivos de orden histórico, dado que así se permitía que pudieran acceder al cargo los hijos de argentinos que se habían visto obligados a exiliarse por motivos políticos. Si bien en la actualidad este motivo ha desaparecido, nos parece pertinente que los argentinos hijos de nativos puedan llegar a la presidencia de la Nación si se sienten identificados como nacionales. Una mirada a nuestro pasado reciente pone de manifiesto situaciones similares a las que se produjeron en el siglo XIX, como producto de los golpes de Estado.

### 3. Sueldo.

El art. 92 de la Constitución consagra el principio de intangibilidad del sueldo del presidente y del vicepresidente, el que “no podrá ser

alterado en el período de sus nombramientos". Esta disposición deriva de la necesidad de independencia en el ejercicio de estos cargos de conformidad con el principio de separación de poderes, a fin de evitar presiones provenientes de algún otro órgano a raíz de cuestiones vinculadas con su remuneración. No obstante, los procesos de inflación que ha vivido el país han obligado a morigerar lo prescripto en esta disposición de modo de adecuar a la realidad económica el monto de dichos sueldos.

En ese mismo orden de ideas, la segunda parte de la cláusula que se comenta impide a estos funcionarios el ejercicio por el transcurso de su mandato de "otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna". El constituyente consideró con muy buen criterio que cabía reafirmar el principio de separación de funciones, al igual que en el art. 109, dado que estimó que el Ejecutivo, por su naturaleza, podía desbordar más fácilmente que los otros poderes su respectivo ámbito de competencia.

#### **4. Acefalía del Poder Ejecutivo.**

El art. 88 aborda la acefalía del Poder Ejecutivo a partir de la configuración de distintas circunstancias que pueden llevar a la vacancia del mismo. Ella puede ser, por una parte, permanente o temporaria, en función de cuál sea la continuidad en el tiempo de la ocurrencia de las distintas causales reconocidas en la mencionada disposición constitucional. Asimismo, la acefalía podrá ser parcial, cuando importe el alejamiento del presidente o del vicepresidente solamente, o total, cuando los afecte a los dos, la que, de ser permanente, ha sido considerada como "acefalía de la República". La Constitución aporta una solución para la primera cuando el involucrado sea el presidente. En este caso, es el vicepresidente quien debe reemplazarlo. Por el contrario, la Ley Fundamental deja en manos del Congreso la decisión en materia de acefalía total y no se pronuncia sobre la cuestión de la acefalía permanente del vicepresidente.

##### *a) Acefalía parcial y temporaria.*

Esta posibilidad ha sido prevista en la primera parte del art. 88, al expresar que "en caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación". Aquí se pone de manifiesto uno de los dos papeles institucionales que recaen sobre el vicepresidente; precisamente, la posibilidad que siempre se encuentra en suspeso de convertirse en el titular del Poder Ejecutivo y de dejar de ejercer la presidencia del Senado en calidad de órgano extrapoder.

***b) Acefalía total y permanente.***

El art. 88, en su segunda parte, apunta a asegurar la continuidad del Poder Ejecutivo cuando éste se encuentra vacante. Determina que “en caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”. El Ejecutivo y el Judicial son órganos que funcionan de manera permanente, a diferencia del Legislativo que tiene un período de receso. El carácter unipersonal de la composición del Ejecutivo torna más urgente la necesidad de regular las consecuencias derivadas de la materia objeto de este acápite. Sin embargo, se trata de una cuestión que presenta múltiples lagunas, tal como surge de la mera lectura del artículo en análisis. Situación que asombra dadas las numerosas y frecuentes crisis de continuidad en el ejercicio de la presidencia que ha atravesado nuestra accidentada evolución institucional.

El constituyente ha dejado la resolución de la cuestión en manos del legislador. Creemos que hubiera sido preferible que desde la Constitución existiera un marco jurídico más preciso que hiciera más previstas las consecuencias no queridas de las recurrentes crisis de sucesión que acusa nuestro régimen político. La cláusula transcripta ha dado lugar a dos interpretaciones. Una de tipo literal, que lleva a sostener que la designación prevista frente a la vacancia debe ser llevada a cabo directamente por el Congreso, transformándolo en colegio electoral extraordinario con la misión de elegir al funcionario público que asumirá la presidencia de la Nación. Otra corriente considera que el Congreso debe sancionar una ley que contemple el orden sucesorio y los restantes pasos destinados a la resolución de las crisis derivadas del ejercicio de la titularidad del Poder Ejecutivo ante situaciones de vacancia. Esta modalidad es la prevista en la Constitución de los Estados Unidos de América.

Nuestro Poder Legislativo entendió que ésa era la dirección correcta para el ejercicio de esta facultad, pese a la posición en contrario de una parte de la doctrina alineada detrás de la primera de las interpretaciones, la que sostiene que el constituyente argentino expresamente decidió apartarse de lo dispuesto en la Constitución norteamericana y por ello no incluyó en dicha cláusula el texto en comentario. En oposición a ello, el Congreso sancionó en 1868 la ley 252, de Acefalía. Al respecto coincidimos con la opinión de Joaquín V. González, quien consideraba que “si el criterio de ésta [nuestra Constitución] al sustituir las palabras «declarará por una ley» [de la Constitución estadounidense], por las de «determinará qué funcionario...», hubiera sido el de practicar una elección de la persona en cada caso, la Constitución lo habría dicho expresamente, pues determinar un funcionario no es ele-

dir una persona, tanto menos cuanto que la Constitución en todos los ~~casos~~ ha sido prolífica en estas distinciones”<sup>1</sup>.

La originaria Ley de Acefalía establecía un sistema en dos etapas. La primera debía permitir una inmediata, aunque transitoria, conclusión de la vacancia; a tales efectos se determinaba el orden sucesorio de los funcionarios que debían ocupar el Ejecutivo; de manera sucesiva, ellos eran: el presidente provisional del Senado, el presidente de la Cámara de Diputados, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La segunda etapa se iniciaba con la convocatoria por parte del presidente en ejercicio, dentro del plazo de 30 días, a elecciones presidenciales. La normativa no establecía el plazo para la celebración de los comicios, aunque se interpretó razonablemente que ello debía ocurrir a la mayor brevedad, en función de las necesidades de organización del proceso electoral.

En julio de 1975, la ley 20.972 reemplazó a la 252, adaptando las reglas a la seria situación institucional por la que atravesaba el país en aquel entonces. La vicepresidenta de la Nación, María Estela Martínez de Perón, había asumido la presidencia de la Nación luego de la muerte del general Perón, quien había ejercido la titularidad del Poder Ejecutivo durante menos de un año. La crisis institucional que aquejaba a la Argentina es por todos conocida y fue producto de los serios problemas que provenían del pasado agravados por la debilidad de la administración de la señora de Perón. El mecanismo instaurado en la nueva ley mantuvo el esquema en dos etapas de su predecesora, introduciendo modificaciones sólo en la segunda. En efecto, se eliminó el llamado al electorado y en su reemplazo se estableció una elección indirecta a cargo del Congreso, reunido en Asamblea Legislativa, de conformidad con las exigencias en materia de plazos, *quorum* y mayorías detalladamente reglamentadas en la norma.

El art. 4 de la ley determina que la elección “deberá recaer en un funcionario que reúna los requisitos del art. 76 [hoy 80] de la Constitución Nacional y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia”. Ambas leyes tienen vacíos legislativos, aunque es la segunda, asombrosamente en vigencia aún, la que presenta mayores defectos y serias inconstitucionalidades, cuyo número se ha visto aumentado luego de la reforma de 1994. La norma omite la fijación del plazo para la convocatoria de la Asamblea Legislativa, de lo que resulta que tampoco están establecidas la duración de su mandato ni las consecuencias para el funcionario en ejercicio transitorio de la presidencia de la Nación del incumplimiento de esta obligación.

A estas deficiencias se suma la falta total de tradición en nuestro Derecho Público de un colegio electoral *ad hoc* de estas características.

<sup>1</sup> GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Obras completas*, t. III, p. 238.

Además es objetable que los gobernadores figuren entre los funcionarios que pueden ser designados, puesto que se trata de funcionarios provinciales que asumirán un cargo nacional con serio desmedro para el federalismo, sobre la base de una solución sustentada en el fomento del caudillismo y que no tuvo en cuenta el orden lógico que deben tener los mandatos dentro de un esquema de descentralización política del poder en el territorio. Luego de la última reforma constitucional, el mantenimiento de una norma que contiene una modalidad indirecta de elección del presidente contradice totalmente la letra y el espíritu de las modificaciones llevadas a cabo en este campo, que se desarrollan en el punto 6 de este Capítulo. Es menester destacar el carácter directo de la elección de presidente y de vicepresidente, lo que también ocurre con la designación de senadores nacionales. Así, se ha suprimido la modalidad indirecta de elección de los integrantes de los poderes electivos nacionales. Los diputados nacionales son elegidos directamente desde 1853.

A la luz de lo expresado, creemos que la elección indirecta consagrada en una ley anterior a la reforma de la Ley Fundamental es inconstitucional, ya que se opone a la fórmula electoral elegida de manera uniforme por el constituyente de la reforma para la provisión de los cargos de los titulares de los poderes Legislativo y Ejecutivo nacionales. Sin embargo, a más de veinte años de recuperación de la democracia, esta cuestión permanece como una gran asignatura pendiente en materia institucional. La seria crisis que se inició a fines de 2001 puso de manifiesto las pocas facilidades para su resolución que ofrece una norma que no dudamos en calificar como obsoleta, amén de inconstitucional, como ya ha quedado dicho.

En el marco de la verdadera catástrofe que vivimos los argentinos en ese momento, se recurrió a soluciones abiertamente opuestas a la Constitución. Así aconteció con la primera Asamblea Legislativa que procedió a la designación de Adolfo Rodríguez Saá, la que, extralimitando palmariamente su competencia, acotada por mandato legal al nombramiento del nuevo titular del Ejecutivo, modificó el sistema electoral. En efecto, impuso el inconstitucional régimen conocido con el nombre de "ley de lemas", el que no condice con el sistema de doble vuelta electoral aportado por el constituyente reformador de 1994. Pero lo más grave fue haber utilizado la modalidad de asamblea como procedimiento para legislar en sustitución del sistema que prevé la Constitución para la formación y sanción de leyes, contemplado en los arts. 77 a 84. Por último, la modificación del sistema electoral requiere para su sanción la mayoría calificada prevista en el art. 77, párr. 2º, CN.

*c) Necesidad de una reforma.*

Lo expuesto hasta aquí abunda por sí solo en motivos que fundamentan la necesidad de modificar el sistema logrando un marco que

brinde soluciones acordes con lo establecido en la Constitución. No dudamos en señalar que la última Convención Constituyente desperdi- ció la oportunidad de hacerlo, lo que no obsta a que el Congreso lleve a cabo esta tarea. A los problemas apuntados se suma la necesidad de definir el concepto de inhabilidad, así como también el procedimiento para su declaración y la posibilidad de rehabilitación cuando ella sea transitoria. El vacío normativo que acusa la problemática de la acefalía requiere un claro compromiso de los legisladores a fin de anticiparse al advenimiento de emergencias institucionales, como ya ha ocurrido, velando por que exista un adecuado marco jurídico a esos efectos.

### 5. Duración del mandato. Reelección.

Con la redacción producto de la última reforma, el art. 90 CN establece que “el presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años”, lo que importa el acortamiento en dos años de la duración del mandato, en relación con el término anterior que era de seis años. Asimismo, tienen la posibilidad de ser reelegidos de manera consecutiva. Recordemos que la reforma de 1994 persiguió dos objetivos fundamentales: la reelección consecutiva del presidente y del vicepresidente, por una parte, y, por la otra, la atenuación del presidencialismo como una forma de morigerar a la primera. Por lo tanto, se modifica el sistema que contemplaba la Constitución histórica, en la que la reelección recién era posible si, una vez concluido el primer mandato presidencial, se dejaba transcurrir el mismo plazo para entonces sí poder presentarse nuevamente a elecciones presidenciales.

La clara letra de nuestra Constitución Nacional no admite titubeos a la hora de conocer el sistema que dispone en materia de sucesión en el ejercicio de la titularidad de la presidencia de la República ni sobre el régimen de reelección. Así, de la mera lectura del art. 90 se desprende que sólo está permitida una única reelección consecutiva del presidente y del vicepresidente. La letra constitucional incorpora a nuestro régimen los principios de alternancia en el ejercicio del gobierno y de periodicidad de los mandatos gubernamentales, los que constituyen dos de las bases en que se apoya el Estado de Derecho. La alternancia en el ejercicio del poder se funda en la necesidad de evitar todo continuismo al frente del gobierno que importe una personalización contraria al “gobierno de las leyes”. Este requisito adquiere particular importancia cuando se hace referencia al Poder Ejecutivo. Es precisamente en el interior del órgano administrador donde la inobservancia de esta regla puede provocar las situaciones más reñidas con los principios republicanos. El fenómeno se acentúa en el presidencialismo, ya que esta forma de gobierno sólo reconoce mecanismos absolutamente excepcionales para el acortamiento de los mandatos presidenciales que se encuentran en curso de cumplimiento. A lo que se agrega el carácter

unipersonal de la composición del Ejecutivo, elemento que por sí solo constituye un riesgo en lo inherente a un ejercicio despersonalizado del poder. Gros Espiell advierte que “el continuismo indefinido —aun en el caso de que existan elecciones periódicas y teóricamente libres y puras y que el resto del sistema constitucional con sus correspondientes contralores políticos y jurisdiccionales funcione normalmente— genera peligrosos elementos personalistas y autocráticos que afectan negativamente la existencia de una democracia real”; nuestro autor agrega que “la no alternancia en el mando, en sí misma y por las necesarias consecuencias que provoca, hace peligrar la realización de comicios libres y sin fraude”<sup>2</sup>.

El art. 91 CN impide, frente a una circunstancia fortuita, toda posibilidad de extensión del mandato presidencial, el cual concluye “el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde”. Si la fuente de todo mandato electivo reside en la voluntad del pueblo, que es quien lo ha concedido, aquél sólo puede ser ejercido por el tiempo para el cual ha sido otorgado. Toda voluntad distinta de la del electorado que quisiera extenderlo por un período más prolongado estaría arrogándose los derechos del mismo y, en consecuencia, provocando una discontinuidad constitucional. Asimismo, esta cláusula consagra el principio que contempla el carácter temporario de todo mandato popular, el que actúa como un suerte de antídoto para la personalización y la ilimitación en el tiempo en el ejercicio del poder.

En un sistema presidencialista como el nuestro y a diferencia de lo que ocurre en el parlamentarismo, los mandatos son por períodos fijos y predeterminados: cuatro años el presidente, cuatro los diputados, seis los senadores. Por lo tanto, los plazos de los mandatos están establecidos en la Constitución sólo pueden modificarse mediante su reforma. De este modo, el llamado a elecciones anticipadas del presidente Duhalde de julio de 2002 careció de sustento constitucional. Su mandato derivó de la Asamblea Legislativa que, en función de lo prescripto por la Ley de Acefalía, nº 20.972, lo designó para completar el período del presidente De la Rúa. Duhalde, entonces, tenía dos opciones: o completaba ese período, que debía finalizar en diciembre de 2002, o renunciaba. Lo que no podía era alterar a su criterio las bases jurídicas que emergen de la Constitución, de la Ley de Acefalía y de la decisión de la Asamblea Legislativa que lo había ungido. Sin embargo, esto fue lo que ocurrió con el dictado del dec. 1399/02, por el que se convocó a elecciones para el 30 de marzo de 2003 para presidente y vicepresidente de la Nación. En esa oportunidad, la emergencia y su buen desenlace confirieron ciertas circunstancias atenuantes a lo decidido, pero hacemos votos para que

<sup>2</sup> GROS ESPIELL, H.: voz “Alternancia en el gobierno”, en *Diccionario Electoral*, IIDH-CAPEL, San José de Costa Rica, 1989.

ninguna autoridad utilice este acto como un precedente para futuros desatinos institucionales.

*a) La situación en América Latina.*

En América Latina, el principio de no reelección del presidente de la Nación ha sido en la práctica el único mecanismo efectivo encaminado a evitar la perpetuación en el ejercicio del poder. Así lo entendió Alberdi cuando fundamentó sabiamente la no reelección inmediata del primer mandatario; más adelante, esta premisa se tornaría más severa aún en la Constitución mexicana de 1917, al introducir en su texto la cláusula de la no reelección absoluta, directiva que en 1949 retomó el constituyente costarricense.

La transición democrática iniciada en numerosos países latinoamericanos a fines de la década del '70 significó para muchos de ellos el cambio de sus respectivas leyes fundamentales. En lo relativo a nuestro tema, las flamantes disposiciones se enmarcan de manera prácticamente unánime en la senda no reelecciónista del titular del Poder Ejecutivo. Así ocurre en las nuevas constituciones de Ecuador, Guatemala, El Salvador, Haití, Paraguay, Colombia, Chile, Honduras, República Dominicana y Bolivia. En la mayoría de los casos se toma como modelo la variable de la Constitución mexicana. La Constitución de Honduras pone de manifiesto la convicción con que ha sido adoptada esta práctica. En ella se expresa el principio de no reelección absoluta del presidente, para luego precisar que quien "quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública". La claridad de la norma nos exime de todo comentario. Sin embargo, esta regla se quiebra con las reformas constitucionales de Perú (1993), Argentina y Brasil (1997).

*b) La limitación temporal y la titularidad del Poder Ejecutivo.*

En materia de derechos políticos se debe distinguir claramente entre el sufragio activo y el sufragio pasivo. Respecto del primero, el Derecho vigente debe asegurar a todos los ciudadanos su calidad de electores, siempre que no se dé alguna de las causales excepcionales de edad, nacionalidad e incapacidad, entre otras, de manera de poder sufragar en los distintos comicios de elección de autoridades. Mientras que en lo que se refiere al derecho a ser elegido, pueden darse requisitos distintos de fuente constitucional según cuál sea el cargo que se aspire a ocupar. Por caso, el ejercicio del Poder Ejecutivo, a cuyo respecto se trata de evitar que un mismo titular pueda acceder de manera conti-

nuada e ilimitada en el tiempo. Pues bien, el límite de tiempo actúa como uno de los elementos que definen el perfil institucional del órgano en cuestión, el que ha sido establecido en aras de satisfacer el interés general de la comunidad. La determinación del término del mandato constitucional y el número de veces en que una misma persona puede acceder a la presidencia de la Nación de ningún modo operan como una forma de proscripción. Estas exigencias se fijan teniendo en cuenta el interés general de la comunidad a ser gobernada de conformidad con los postulados de la democracia, y no el de los individuos que pretendan ser candidatos a ser electos y reelectos para un determinado cargo. De alguna manera se busca mantener el Estado de Derecho, ya que coincidimos con Revel<sup>3</sup> cuando afirma que “el reeleccionismo pone en peligro la democracia” (el autor se refiere a la reelegibilidad sin límite en el tiempo).

En relación con las nociones de igualdad y de discriminación, y de acuerdo con lo estipulado en los tratados internacionales con jerarquía internacional (art. 75, inc. 22, CN), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de los derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”. Más adelante, la Corte sostiene: “sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”<sup>4</sup>.

Por último, en lo relativo a la invocación de los tratados sobre derechos humanos, se debe tener en cuenta que éstos, “al obligar a la efectividad de los derechos políticos en jurisdicción interna de los Estados, prevén el derecho electoral activo y pasivo para impedir su cerceamiento, pero no tienen —ni por lejos— la finalidad de prescribir cómo han de ser las estructuras concretas de poder ni son hábiles, por ende, para autorizar o vedar la reelección. Que quien está —o ha estado— en ejercicio del poder pueda o no pueda ser reelecto, abre un espectro de modalidades y de variantes que cada Estado queda en disponibilidad para asumir a criterio —siempre razonable— de lo que su Derecho

<sup>3</sup> REVEL, Jean F., en “La Nación”, 9/3/98, p. 19.

<sup>4</sup> CIDH: Opinión Consultiva 4/84.

interno —en primer lugar, su Constitución— decide. Tales tratados regulan derechos políticos y electorales, pero no diseñan una estructura de poder. Las normas constitucionales que vedan o limitan las reelecciones no lastiman ni el derecho a ser elegido de quienes no pueden serlo, ni el derecho a elegir de los que desearían la reelección, ni los derechos humanos emergentes de tratados internacionales, ni el poder electoral del pueblo que confiere legitimidad de origen a los gobernantes, ni la igualdad constitucional prohibitiva de discriminaciones arbitrarias, ni el derecho de los partidos a proponer candidaturas al electorado”<sup>5</sup>.

## 6. Forma de elección y forma de designación.

### a) *Antecedentes.*

La reforma ha adoptado la forma directa de elección del presidente y del vicepresidente, dejando sin efecto el sistema de juntas o colegios electorales que había regido desde 1853/60. Se trataba de una designación mediante el sufragio indirecto del electorado, el que era convocado cada seis años a elegir a los miembros de los colegios, quienes en cada distrito serían luego los responsables de la designación del titular del Poder Ejecutivo y de su eventual reemplazante. Sin embargo, cuando no surgía de dichos colegios la voluntad mayoritaria a favor de una fórmula de candidatos, la elección debía efectuarla el Congreso de la Nación. Es decir que se trataba de un proceso de elección compuesto, según el caso, por dos o tres etapas. El procedimiento indirecto de elección fue adoptado por las constituciones del siglo pasado, herederas del constitucionalismo clásico.

Esta concepción fue defendida por importantes pensadores e incorporada a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (art. II, sección I). La designación indirecta e independiente del titular del Poder Ejecutivo aseguraba la separación a ultranza de los poderes, propia del presidencialismo, forma democrática desconocida hasta entonces. Además, se consideraba que la elección del titular del Ejecutivo no debía surgir del sufragio directo de los ciudadanos, sino que éstos debían elegir a los integrantes del órgano de segundo grado, encargado de designarlo en su representación. Estos “grandes electores” tendrían a su cargo la realización de tan trascendental tarea a efectos de impedir que primara la pasión sobre la reflexión, los intereses particulares sobre el interés general, el espíritu acuerdisto y conciliador por sobre el encono y la pasión. Por ello, los electores debían actuar desprovistos de toda directiva extraorgánica, de acuerdo con su propia voluntad; es decir, en cumplimiento de un mandato libre y no imperativo.

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., en “E.D.”, 153-1041.

Otra explicación fundamental del sistema reside en la necesidad de conciliar el modo de elección del presidente y del vicepresidente con la forma federal de Estado. El motivo es por de más fuerte e importa el mantenimiento de la voluntad del electorado de todo el país de un modo uniforme. En última instancia, se apunta a impedir que un candidato sea impuesto exclusivamente por la decisión de los electores de los distritos más poblados en detrimento de las provincias pequeñas y medianas. De este modo, la elección indirecta debe actuar como un mecanismo adicional para asegurar la participación de las provincias en la integración del Poder Ejecutivo nacional.

Sin embargo, el surgimiento de los grandes partidos nacionales tomó tal envergadura que con el correr del tiempo muchas de estas teorías se vieron desprovistas de sus más sólidos argumentos. El desempeño de los elegidos en virtud de la intermediación partidista en el interior de los órganos para los cuales la ciudadanía les ha concedido mandato rompe la idea de neutralidad que deben observar estos compromisarios. De hecho, actuarán siguiendo la "disciplina" de su partido; o sea, supeditando sus decisiones a las directivas del mismo.

La práctica de las elecciones presidenciales en la Argentina ha puesto de manifiesto un claro comportamiento por parte del electorado. Los ciudadanos, al introducir sus boletas en las urnas, en realidad se pronunciaban a favor de un partido y de los candidatos a presidente y a vicepresidente del mismo, quienes aparecían en letras grandes, ignorando en la gran mayoría de los casos hasta los propios nombres de los electores, quienes sólo figuraban en muy pequeña letra en el texto de las boletas electorales. Es decir que, de hecho, la elección se había transformado de indirecta en directa. En cuanto a la defensa del federalismo, la combinación de este objetivo con la imposición de un número mínimo de cinco diputados para todas las provincias independientemente de su cantidad de habitantes, a lo que se le agregaba la representación proporcional para los comicios de los miembros de los colegios, era susceptible de generar una distorsión mucho más peligrosa para el funcionamiento de las instituciones que el probable daño que le podría ocasionar al federalismo una elección directa de los miembros del Poder Ejecutivo.

Por último, no se pueden dejar de lado los riesgos que traía aparejados la posibilidad de que la designación del presidente debiese ser llevada a cabo por el Congreso. Entre ellos se encontraba la dificultad que podía presentarse para la obtención del *quorum* agravado que la Constitución exigía para que el Congreso pudiese sesionar; la situación carecía de remedios sólidos y enfrentaba al futuro de la República con emergencias institucionales que podían plantear crisis de discontinuidad constitucional. Principalmente por los motivos apuntados, casi todos los proyectos de reforma contenían esta modificación. Así ocurrió con la enmienda de 1972 (ley 19.862), en cuya redacción participaron

muchos de los más destacados publicistas con que cuenta nuestro país y que se aplicó exclusivamente para las elecciones de 1973. Asimismo, el Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD) también se pronunció a favor de esta modalidad, que contaba con el apoyo de la mayoría de la doctrina especializada.

**b) Sistema actual.**

La elección presidencial ha sufrido dos importantes modificaciones: la ya apuntada —esto es, voto directo— y la adopción del mecanismo de *ballottage* o doble vuelta electoral. Así lo establecen los arts. 94 y siguientes luego de la reforma. A efectos de la elección, el territorio nacional conforma un distrito único.

**c) La doble vuelta.**

**1) Concepto.**

El *ballottage* es una técnica utilizada en materia electoral que consiste en la necesidad impuesta a todo candidato a un cargo electivo de obtener en el escrutinio la mayoría absoluta de los sufragios válidos para hacerse acreedor a él. En el caso de que ninguno de los contendientes alcance dicho porcentaje en esta primera "vuelta" electoral, debe celebrarse una segunda votación entre los dos candidatos que hayan obtenido la mayor cantidad de sufragios. El instituto apareció en Francia y luego fue adoptado por otros países europeos.

A partir de la ola democratizadora que comenzó a fines de los '70, la elección a dos vueltas fue incorporada a la normativa electoral de Ecuador, Perú, El Salvador, Guatemala, Haití, Brasil, Chile, Colombia, Argentina y Uruguay.

**2) Características y consecuencias de su aplicación.**

Definido el concepto, nos parece importante precisar las consecuencias que el instituto puede acarrear para los restantes elementos del sistema político. Todo instrumento utilizado en cuestiones electorales persigue determinados fines. En el caso que nos ocupa, su razón de ser responde a distintos motivos. Creemos que los mismos pueden ser englobados en dos grandes rubros. El primero se relaciona con el sistema de partidos políticos; el segundo tiende al logro del mayor consenso a favor de los ocupantes de los cargos estatales que se eligen a través del *ballottage* y, por ende, a conseguir que gocen de una suerte de legitimidad "a toda prueba".

Asimismo, el instituto procura reducir el número de los partidos políticos de un determinado país o, al menos, hacerlos más disciplinados. En este sentido, el *ballottage* podría convertirse en un remedio

sumamente útil para evitar uno de los vicios más graves de la "partidocracia", cual es la proliferación de agrupaciones sin que su existencia provenga de una identificación concreta con la ideología y los intereses de un sector de la comunidad nacional, sino como producto de un mero cálculo o especulación, encaminado a la obtención de ventajas políticas. Esta realidad es bastante típica de los países en los cuales se combinan el parlamentarismo como forma de gobierno y la representación proporcional pura como sistema electoral.

Evidentemente, en estos casos un instrumento tan severo en cuanto a la posibilidad de acceder a los cargos genera rápidamente la necesidad de formar coaliciones, alianzas y todo tipo de entendimientos entre partidos a efectos de ver acrecentadas sus chances electorales. Como consecuencia de ello, el número de partidos tenderá a disminuir y podrán configurarse pocas alternativas, pero fuertes y claramente definidas en lo ideológico y representativas de distintos sectores sociales. Incluso, la escena política puede experimentar una inclinación proclive a la polarización, la que, llegado el caso, podría traducirse en una suerte de confrontación entre derechas e izquierdas. Claro que este resultado no tendrá por qué producirse necesariamente ni del mismo modo en todos los casos. Los efectos de la aplicación de la doble vuelta en Chile y Uruguay son demostrativos de estas consideraciones.

Como resultado de este procedimiento, en la primera vuelta el elector elige a su candidato predilecto, mientras que, de producirse una nueva ronda electoral, opta, entre los dos candidatos que han sido más votados, por aquel que le parezca mejor dotado para el cargo en cuestión. Es decir que en primera instancia el ciudadano vota con el "corazón", en tanto que en la segunda oportunidad es la "razón" la que juega el papel principal, dejando de lado los motivos derivados de las afinidades e identificaciones más íntimas y firmes.

El *ballottage*, como toda modificación que se introduce en la normativa electoral de un Estado, genera importantísimas consecuencias en su sistema político. Estos cambios repercuten particularmente sobre el sistema de partidos políticos, sobre el modo como se canalizan las ofertas políticas en el electorado y sobre la relación Ejecutivo-Legislativo, para mencionar sólo algunos de los efectos más notorios de la aplicación del instituto que estamos analizando.

El *ballottage* y el semipresidencialismo parecen guardar una íntima relación. El fortalecimiento que logra el jefe de Estado mediante la mayoría absoluta de sufragios no hace peligrar al sistema con una excesiva concentración de funciones a su favor en desmedro de los otros poderes. Ello en razón de que, por un lado, el Poder Ejecutivo no es unipersonal y, por el otro, de que en el seno del Legislativo el presidente debe ganarse el consenso de los representantes, que generalmente son elegidos de igual manera que él.

### 3) *Experiencia argentina anterior a 1994.*

En la Argentina, el *ballottage* se utilizó por primera vez luego de la enmienda constitucional del 24 de agosto de 1972, aprobada por la Junta de Comandantes que gobernaba por entonces. Se trató de una reforma a la Ley Fundamental previa a la restauración democrática que tuvo lugar a principios de 1973. En ella se estableció la elección directa a doble vuelta del presidente y del vicepresidente de la República y de los senadores nacionales. Sobre la base de dicha enmienda, poco después se sancionó el sistema electoral nacional por ley 19.982, la que dispuso que el presidente y el vicepresidente serían elegidos por el pueblo de la Nación simultánea y directamente, resultando electa la fórmula que obtuviera más de la mitad de los votos válidos emitidos; en el caso de que ninguna alcanzara la mayoría, se realizaría una segunda vuelta dentro de los treinta días siguientes. En esta segunda elección podían participar todos los candidatos que en la primera hubiesen logrado más del 15% de los sufragios válidos emitidos. Otra norma determinó el mismo procedimiento para la elección de senadores nacionales.

Como consecuencia de la norma que comentamos, en marzo de 1973 se llevaron a cabo elecciones nacionales en las cuales se aplicó la doble vuelta para la elección de esas dos categorías de funcionarios. Asimismo, las provincias emplearon el *ballottage* para la designación de sus gobernadores y vicegobernadores. Luego de celebrada la primera vuelta electoral, a nivel de candidatos a presidente y vicepresidente ninguna fórmula logró la mayoría absoluta y sólo dos pudieron superar el umbral establecido en la Ley Electoral para participar en la segunda. El desistimiento de los segundos candidatos, dada la cercanía de la dupla más votada a la mayoría absoluta de votos y la distancia entre ambas fórmulas, impidió que se realizara la segunda vuelta. Por el contrario, el instituto "jugó" para la elección de los senadores en numerosos casos, así como también permitió dirimir la situación existente en varias provincias en lo relativo a la designación de sus fórmulas de gobierno.

La experiencia argentina quedó trunca, pues el nuevo gobierno surgido de las urnas dejó sin efecto la enmienda constitucional de 1972 por considerar que había sido sancionada por un gobierno de facto, apartándose totalmente de las reglas que para su modificación contempla la Constitución de 1853. No obstante la brevedad de la vigencia del *ballottage*, su implantación puso de manifiesto el apartamiento de lo establecido en la ley por medio de un procedimiento poco convincente como fue el del desistimiento, que impidió que el instituto fuese aplicado en su integridad.

Tal como ha quedado dicho, la doble vuelta es un mecanismo de lógica aplicación en el semipresidencialismo. En el presidencialismo las cosas se presentan de un modo totalmente diferente. Creemos que la

relación entre esta forma de gobierno y el *ballottage* lleva a una acentuación de ciertas características negativas que ella presenta. "El semipresidencialismo se aleja del presidencialismo porque posee un gobierno separado del presidente y un Parlamento que el presidente puede disolver. Se acerca al presidencialismo en la medida en que excluye la solidaridad entre el presidente y el Parlamento. La solidaridad política, naturalmente, y no la solidaridad institucional que es la colaboración (o un mínimo de colaboración) en las funciones del Estado. El sistema semipresidencial se separa del parlamentarismo en tanto este último reduce la presidencia a una magistratura moral o, en el mejor de los casos, a un rol arbitral. Por el contrario, se acerca a él dado que exige una comunicación permanente entre el gobierno y las Cámaras"<sup>6</sup>.

El presidencialismo importa una enorme concentración de facultades en manos del titular de un poder que es monocrático. El *ballottage*, incorporado a esta mecánica, no hace sino exacerbar tanto la concentración de poder en manos presidenciales como las dificultades para el logro de acuerdos interpartidarios. De hecho, se producirá un enfrentamiento entre dos grandes fuerzas electorales polarizadas, dificultando aún más el logro de acuerdos. Asimismo, es importante tener en cuenta que esa superlegitimidad de que se dota al presidente puede convertirse rápidamente en una suerte de espejismo cuando la mayoría presidencial no se corresponde con la mayoría parlamentaria. Situación que ya se ha producido en varios países, entre los cuales se destacan las crisis ocurridas en Ecuador, Guatemala, Perú y Brasil; en todas ellas estuvo presente esta dicotomía entre la mayoría del presidente y el apoyo parlamentario concedido a su partido, lo que hizo peligrar todo el sistema, como se evidenció en distintos momentos de la vida política reciente de dichos países.

Algunas provincias utilizan el *ballottage* para la elección de sus gobernadores; ellas son: Tierra del Fuego, Chaco, Corrientes y la ciudad de Buenos Aires.

#### 4) *El sistema incorporado a la Constitución.*

En nuestra Constitución, la nueva disposición establece la elección directa a doble vuelta a través de un mecanismo sumamente complicado de cálculo de porcentajes. Esta metodología puede confundir al elector, cuando en materia electoral todos los esfuerzos deberían estar dirigidos a facilitarle al máximo la comprensión del sistema mediante el cual se concreta la representación política. Es preciso destacar que este curioso método de *ballottage* no registra antecedentes en otras partes del mundo. Es cierto que la Constitución de Costa Rica dispone

<sup>6</sup> MIRANDA, José, en DUVERGER, Maurice: *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, París, 1986, p. 138 (traducción del autor).

que para acceder a la primera magistratura el candidato más votado debe contar por lo menos con el 40% de los sufragios válidos emitidos, pero en este caso no estamos frente a un verdadero *ballottage* sino ante la imposición de una especie de "umbral de legitimidad", como condición previa para el ejercicio de la presidencia de la República.

Sin embargo, justo es reconocer que la exigencia de porcentajes menores en un sistema de doble vuelta, dentro de un esquema de presidencialismo puro, mitiga en algún grado muchas de las consecuencias negativas referidas con anterioridad. No obstante, este curioso modelo podría minimizar en gran medida los objetivos principales perseguidos por el instituto en su versión genuina. Sobre este particular nos parecen relevantes las observaciones efectuadas por Castiglione. Este político considera que "a diferencia de otros sistemas de doble turno, este *ballottage* no parece adecuado a conseguir, simultáneamente, mayor pluralidad y legitimidad". Nuestro autor agrega que "la doble vuelta presidencial, en la doctrina política, está pensada para garantizar al jefe de Estado un poder legitimado por la mayoría de los votos". Luego explica que el *ballottage* "a la Argentina" podría no cumplir con los objetivos antes mencionados. "En primer lugar —manifiesta—, un candidato está habilitado a conquistar, en un solo turno, la presidencia con el 40% de los sufragios, bien por debajo de aquella legitimación mayoritaria que el doble turno persigue. En segundo lugar, tendería a liquidar, en la primera vuelta, el voto sincero en aras del voto útil, restringiendo el aludido pluralismo...; si los opositores compitieran entre sí, cada uno con su propia bandera partidaria, correrían el riesgo de no llegar al segundo turno..."<sup>7</sup>.

Ahora bien, la última reforma establece en el art. 94 de la Ley Fundamental la elección directa a doble vuelta del presidente y del vicepresidente, por medio de un mecanismo sumamente complicado de cálculo de porcentajes. Se trata de las siguientes modalidades:

1º) La fórmula más votada resulta electa en la primera vuelta si ha recibido "más del 45% de los votos afirmativos válidamente emitidos" (art. 97).

2º) Ello también ocurre "cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el 40% por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos" (art. 98).

Consideramos que la variable del *ballottage* creada por el constituyente argentino debilita en gran parte los objetivos principales que persigue el instituto en su versión genuina. A pesar de que el *ballottage* tiene entre sus finalidades la de aportar al funcionario electo una cuota

<sup>7</sup> CASTIGLIONE, Franco: "Ballottage", en "Página 12", 12/6/94.

alta de legitimidad gracias al porcentaje de sufragios obtenido, en la Argentina —debido a la modalidad especial a que ya hemos hecho referencia—, por primera vez, el presidente podrá ser designado sin contar con la mayoría absoluta de votos, mientras que por imperio del sistema elaborado por el constituyente en 1853 la fórmula ganadora debía reunir para ser electa, por lo menos, la mayoría absoluta de los electores que componían las juntas electorales encargadas de designarlos. Por otra parte, este particular sistema tampoco cumple con el objetivo de pluralismo al que tiende la doble vuelta, dado que se trata de que en la primera vuelta prime el voto sincero por sobre el voto útil. Sin embargo, con el mecanismo elaborado por el constituyente argentino el votante tratará de hacer jugar su voto de modo de impedir que se produzca una distancia mayor al 10% o que se supere el 40 o el 45%. Es decir que ya en la primera vuelta el sistema tenderá necesariamente a polarizarse.

Algunas cuestiones de especial importancia para la definición del sistema en su totalidad no han quedado expresamente determinadas en el articulado constitucional. Son ellas: la posibilidad para los candidatos de provocar “desistimientos” a fin de producir eventuales recomposiciones de las fórmulas en el período que media entre la primera y la segunda vuelta; el valor de los votos en blanco, y la determinación precisa del plazo que debe mediar entre ambos comicios cuando tuviera lugar una segunda vuelta.

La ley 24.444, modificatoria del Código Nacional Electoral, ha sido sancionada para llenar los vacíos existentes en la Constitución. En relación con la primera de las cuestiones que planteamos, el legislador se define por la noción de “fórmula indivisible”. Es decir que, dado que el sufragante vota una fórmula, no puede permitirse la distorsión de la misma en medio del proceso que importa una elección a dos vueltas. Se admiten las renuncias de alguno de los integrantes pero sin que ello abra la puerta a una eventual recomposición de la fórmula.

En relación con el valor de los votos en blanco, la duda se plantea desde el propio texto constitucional. Se trata de definir el sentido de la expresión “votos afirmativos válidamente emitidos”. La segunda parte no presenta dificultades pues no cabe duda de que el constituyente está haciendo alusión a los votos nulos, de conformidad con la clasificación contenida en el Código Electoral. Por el contrario, las discrepancias aparecen cuando se trata de saber si en el escrutinio final de la elección deben o no computarse los votos en blanco. El equívoco surge a partir del alcance que se le otorgue a la voz “afirmativos”. En tal sentido se han planteado dos posiciones. La primera entiende que sólo es afirmativo el voto favorable a una fórmula, en razón de lo cual sólo deberían computarse para el cálculo de los porcentajes obtenidos por cada fórmula los sufragios nominativos (“con nombre y apellido”). Una segunda interpretación considera que el sufragio en blanco también es afirmati-

vo y de ningún modo puede quedar, en cuanto a sus efectos, asimilado al voto nulo. Más aún, cuando se trata de un sistema de voto obligatorio y en el cual los partidos políticos tienen el monopolio en materia de candidaturas.

La ley 24.444 no resuelve la cuestión, pues se limita a retomar las mismas expresiones constitucionales sin aclarar el sentido que tienen; además, contiene disposiciones que contrarían la esencia del sistema de *ballottage*. En efecto, esto es así cuando debe procederse a celebrar la segunda vuelta y alguna de las dos fórmulas que compiten decide renunciar. Esto fue lo sucedido en la elección presidencial de 2003, en razón de que los candidatos Menem y Romero, aunque habían sido los ganadores de la primera vuelta, declinaron participar del *ballottage*. Así las cosas, Kirchner y Scioli, a pesar de haber obtenido poco más del 22% de los sufragios, fueron consagrados, respectivamente, presidente y vicepresidente de la Nación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 155, párr. 1º, de la mencionada ley, que expresa que “en caso de renuncia de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta, se proclamará electa la otra”. Consideramos que esta cláusula es inconstitucional por contradecir de manera palmaria la letra y el espíritu del sistema de doble vuelta contenido en la Constitución, pues, como ha quedado dicho, éste persigue que se logre una mayoría clara, que en nuestro sistema puede ser una primera minoría superior al 40%. En consecuencia, resulta irrazonable que la reglamentación legal posibilite que, en el caso excepcional ocurrido en la última elección presidencial, los nuevos presidente y vicepresidente cuenten con un apoyo inferior a la cuarta parte de los sufragantes.

El *ballottage* ha tenido un curioso destino en la Argentina, pese a que se han celebrado cuatro procesos electorales con este sistema (1973, 1995, 1999 y 2001); sin embargo, todas han sido experiencias truncas.

## 7. El vicepresidente.

El vicepresidente es una suerte de funcionario de reserva, ya que sólo accederá al Ejecutivo para reemplazar a su titular en caso de acefalía transitoria o permanente; mientras ello no ocurra, es un funcionario extrapoder y se desempeña como presidente del Senado (ver punto 8, a). El perfil de esta figura revela serias falencias, las que de alguna manera han influido en un balance institucional negativo. Nuestra afirmación se basa en las numerosas crisis que se han producido durante nuestra historia en las relaciones entre presidente y vicepresidente. Vale destacar que desde 1983 sólo las fórmulas Alfonsín-Martínez (1983/1989) y Menem-Ruckauf (1995/1999) estuvieron en funciones durante todo el período de su ejercicio. Recordamos que Menem gobernó sin vicepresidente durante la mayor parte de su primera presidencia y

que la relación con él durante casi todo su segundo mandato fue de enemistad declarada.

El acceso al Poder Ejecutivo de la fórmula Fernando De la Rúa-Carlos Álvarez pareció marcar un cambio importante respecto de los señalados precedentes. Así, se esperaba que la dinámica del gobierno de la Alianza respondiera a las características propias de una coalición formada por dos partidos, la Unión Cívica Radical y el Frente País Solidario. En los primeros meses ocurrió de este modo, dado el desempeño del vicepresidente, que acusaba un protagonismo sin precedentes en la historia institucional argentina. Al vicepresidente se le confió por delegación presidencial la misión de elaborar las reformas política y del Estado, para lo cual Álvarez llegó a constituir equipos de trabajo bajo su directa dependencia. No obstante ello, los hechos posteriores por todos conocidos precipitaron la renuncia del vicepresidente y marcaron las dificultades que presenta el presidencialismo para la conformación de coaliciones de gobierno.

Estas dificultades han llevado a cambios en algunas constituciones que han importado la concesión de facultades concretas al vicepresidente, como en el caso de la de Costa Rica o de las de provincias argentinas como Río Negro y ciudad de Buenos Aires, entre otras. En el modelo estadounidense, el dúo integrado por presidente y vicepresidente se corresponde con la necesidad de construir una alianza electoral sólida durante la campaña. Además, la dinámica institucional de ese país ha llevado en los hechos al ejercicio de importantes funciones que el presidente le confía al vicepresidente. Los casos de Gore y Cheney son por de más demostrativos de ello. Pero, por sobre todas las cosas, en ese país el vicepresidente es el delfín natural del presidente, carácter que lo lleva necesariamente a actuar con la mayor lealtad hacia el titular del Ejecutivo, pues sabe que en general ello le será recompensado con una futura candidatura “fuerte” para competir en las primarias de su partido.

El sistema argentino evita que esto pueda suceder, ya que, en materia de reelección, ata la suerte del vicepresidente a la del presidente, como surge de la última parte del art. 90. Además, el art. 92 le impide el ejercicio de otra función en cualquier nivel de gobierno y el art. 57 minimiza su actuación en el Senado, ya que sólo puede votar en caso de empate.

Las dificultades en el vínculo presidente-vicepresidente, lejos de haber concluido, se manifestaron nuevamente entre Kirchner y Scioli, dando motivo a una seria crisis que derivó en un claro debilitamiento de la presencia del segundo. Así las cosas, estamos frente a un tema de importancia primordial para la agenda de una futura reforma constitucional. En esa oportunidad, entre otros aspectos de esta cuestión debería abordarse la problemática de la vacancia de la vicepresidencia, frente a su falta de cobertura durante largos períodos recientes.

## 8. El jefe de Gabinete y los ministros.

### a) *Los ministros en el presidencialismo argentino.*

Luego de la reforma constitucional de 1994, el jefe de Gabinete aparece en el Capítulo Cuarto, ahora titulado: "Del jefe de Gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo", arts. 100 a 107 de la Constitución. Se trata precisamente del Capítulo que siempre ha llamado la atención por su inclusión en el marco de un presidencialismo. Ello en razón de que la fuente fundamental de nuestra forma de gobierno ha sido la Constitución de los EE.UU., en la cual el Poder Ejecutivo tiene como principal característica su carácter unipersonal o monocrático. Es decir que este modelo clásico no admite otro ocupante en el poder administrador que se sume al primer mandatario.

En el País del Norte, la Ley Fundamental sólo habla del presidente y del vicepresidente cuando desarrolla las disposiciones relativas al Poder Ejecutivo. La labor del presidente es asistida por secretarios de Estado. Ellos son funcionarios que la Constitución no contempla, dado que no integran el Poder Ejecutivo ni forman un Gabinete. Estas dos modalidades, que son un rasgo común a todo sistema parlamentario, no fueron adoptadas por el constituyente de los EE.UU., pues éste quiso diferenciarse claramente del modelo europeo. El Capítulo Cuarto de nuestra Constitución incorpora la institución ministerial a un régimen presidencialista. Los ministros cuentan con potestades y se relacionan con el Legislativo a partir de modalidades que hacen recordar el parlamentarismo.

Lo señalado ocurre con la necesidad del refrendo y de la legalización de los actos presidenciales por parte de los ministros (art. 100), y con la responsabilidad individual y colectiva de sus actos (art. 102), entre otras particularidades de nuestro régimen ministerial. En lo relativo a los vínculos que mantienen con el Congreso, los ministros deben presentarle una memoria anual de lo acontecido en sus respectivos departamentos, están facultados a concurrir a sus sesiones cuando así lo deseen (arts. 104 y 106) y cada una de las Cámaras puede convocarlos para que informen (art. 71). Por último, los ministros pueden ser sometidos a juicio político por el Congreso (art. 53).

### b) *Perfil institucional del nuevo jefe de Gabinete.*

La reforma constitucional introduce al jefe de Gabinete de Ministros. Se trata de otro protagonista de origen constitucional que junto a los ministros se ubica dentro de la esfera del Ejecutivo. Estaríamos en presencia de un elemento parlamentario enclavado en el interior de nuestro sistema presidencialista, que viene a agregarse a la institución ministerial. Este flamante miembro del Gabinete ministerial, al menos

por su denominación, permite una rápida asociación con el primer ministro del parlamentarismo o de alguna forma mixta de gobierno. Sin embargo, como luego veremos, su perfil institucional es muy diferente del de aquél.

La combinación de elementos provenientes del presidencialismo y del parlamentarismo —formas clásicas de gobierno de la democracia— para la configuración de una modalidad mixta o como un medio de atenuación de los modelos puros, ha sido un método bastante utilizado en las constituciones a lo largo del siglo pasado. Ello ha sido así en Francia, Portugal, Finlandia, Uruguay, Perú y Austria, entre muchos otros. En ellos siempre subyace la adopción de mecanismos que se insertan dentro del principio de separación de poderes, evitando los desequilibrios y asegurando un esquema adecuado de frenos y contrapesos. La nueva institución tiene por finalidad la descentralización de funciones en el interior del Ejecutivo y el control del accionar del primer magistrado; de otro modo, no hubiera sido concebida en aras de atenuar el presidencialismo.

#### *c) Caracterización.*

El art. 100, inc. 1, CN, le confía la función de “ejercer la administración general del país”. Ello parecería indicar que se trata de un jefe de gobierno; pero esto no es así, pues el art. 99 le concede dicha jefatura de manera expresa al presidente de la Nación. Además, el inc. 1 de la misma disposición aclara que este último es “el responsable político de la administración del país”. Dado lo cual, consideramos que se trata de un colaborador más del presidente, quien, como se verá más adelante, regula el ámbito de su competencia y el protagonismo que deberá asumir. Creemos que se acerca más a la figura de un ministro-coordinador que al jefe de un Gabinete de Ministros. “No nos encontramos aquí con el primer ministro de un régimen parlamentario, ni con una modalidad intermedia que atenúa el presidencialismo. La Constitución ha instituido un *ministro favorito* que nacerá y morirá en el contexto del humor o el odio del presidente, a cuya suerte ha sido políticamente anclado”<sup>8</sup>. Vale recordar que la Procuración del Tesoro en el dictamen 200/96 ha considerado al jefe de Gabinete como un ministro más.

#### *d) Nombramiento y remoción.*

Se trata de potestades presidenciales. La moción de censura a cargo del Congreso, de la que nos ocupamos a continuación, será de tan difícil ejercicio que de hecho resulta prácticamente imposible pensar que alguna vez se concrete.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ, Eduardo P.: *Derecho Constitucional argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 65.

*e) Moción de censura.*

De conformidad con lo expresado en los arts. 100 y 101, el jefe de Gabinete es responsable políticamente ante el Congreso, responsabilidad que se hace efectiva mediante la interpelación de que puede ser objeto y el posterior voto positivo de censura. A propósito de la censura, nos parece importante destacar que este instituto —inherente a la efectivización de la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento—, para que pueda operar, debe resultar de su posible y efectivo ejercicio y no verse rodeado de requisitos que, por su rigidez, imposibiliten la remoción del o de los funcionarios cuestionados. Por lo antedicho, en los sistemas parlamentarios el planteamiento de la censura requiere la voluntad de un pequeño número de legisladores, en tanto su efectivización resultará del voto de la mayoría de los miembros presentes en la votación.

En el semipresidencialismo, los requisitos aumentan en la medida en que la presentación de la censura exige un mayor número de legisladores que en el parlamentarismo. En Francia, la presentación debe estar firmada por lo menos por la décima parte de los diputados y su voto afirmativo debe ser efectivizado por la mayoría de los miembros de la Asamblea Nacional (Cámara baja del Parlamento francés). Para la moción de censura, la Constitución gala ordena que sólo se cuenten los votos a favor. La aprobación entraña la caída de todo el gobierno: Consejo de Ministros y primer ministro.

Inclusive en sistemas presidencialistas que contemplan la censura ministerial no aparece una exigencia tan severa. La Constitución de Colombia prescribe para la propuesta de la censura “por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara” (art. 135, inc. 9). Además, es importante tener en cuenta que esta Constitución posibilita que cualquier ministro pueda ser censurado a instancias de alguna de las dos Cámaras.

El antecedente del Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD) nos parece de útil recuerdo en este punto; en el *Dictamen preliminar* se establece que la moción de censura puede ser presentada por un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados, pues es la única que se relaciona con el Ejecutivo a efectos del juego institucional de tipo parlamentario, y para hacerla efectiva se debe contar con la mayoría absoluta de los miembros de la misma. Por otra parte, la censura parlamentaria, de acuerdo con lo elaborado en dicho documento, puede ejercerse sobre el primer ministro así como también sobre los restantes miembros del Consejo. Las diferencias entre uno y otro sistema son tan claras que nos eximen de todo comentario complementario. Ellas hablan por sí solas: el modelo del CCD coadyuva a descentralizar el Ejecutivo, creando serios amenguamientos de las facultades presidenciales. En la cuestión que nos ocupa, el control proviene de una inter-

vención posible del Congreso que puede concluir con una remoción parcial o colectiva del Consejo de Ministros.

*f) Atribuciones.*

La interpretación conjunta de los arts. 100, correspondiente a las atribuciones del jefe de Gabinete, y 99, dedicado a las del presidente de la República, permite comprobar que el primero no tiene un verdadero campo de potestades propias. Una mera lectura comparativa de los respectivos catálogos de facultades nos lleva a la conclusión de que el jefe de Gabinete será una figura subordinada a la voluntad presidencial. La sola caracterización institucional de estos dos ocupantes del espectro del Ejecutivo no deja dudas sobre nuestra afirmación. Así, se determina que al jefe de Gabinete de Ministros "le corresponde: ejercer la administración general del país" (art. 100, inc. 1, ya citado). Pero para el presidente se determina que "es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país" (art. 99, inc. 1). De lo encomillado podemos extraer rápidamente las siguientes consideraciones:

— Se le agrega al presidente, en adelante y de manera explícita, la jefatura de gobierno, la que de por sí importa el manejo de la administración pública entre otras atribuciones.

— No obstante lo expresado en el punto anterior, se ha creído necesario recalcar que el presidente es el responsable político de la administración general del país.

— De las dos observaciones anteriores podemos deducir sin titubeos que la nueva figura que se inserta en el universo del Poder Ejecutivo no tiene un ámbito propio de facultades. Ellas sólo serán el resultado de la supervisión, subordinación o delegación de los poderes que el presidente tenga a bien derivarle. Más bien, se tratará de una suerte de coordinador de Gabinete, como lo establecimos en el punto anterior, y de un nexo con el Poder Legislativo, modalidades que lo acercan a las características que ha tenido el cargo de secretario general de la presidencia. Por otra parte, la potestad reglamentaria que se le concede (art. 100, inc. 2) no debe confundirse con la función de aplicación de las leyes que conserva el presidente de la Nación con carácter exclusivo (art. 99, inc. 2). En realidad, se trata del dictado de resoluciones —como también les cabe a los restantes ministros— para poner en ejercicio las funciones que le son atribuidas en el art. 100. Pero de ningún modo toma a su cargo acto alguno que comprenda la función reglamentaria del Poder Ejecutivo, que de manera categórica retiene el presidente.

— Tampoco en materia de nombramientos recibe una porción importante de poder, pues a los ministros los designa el presidente,

quien, a su vez, conserva sus atribuciones en lo atinente a magistrados, oficiales superiores y diplomáticos (art. 99, incs. 4, 7 y 13).

— Por último, es notable el rol de supervisión que ejerce el presidente sobre todos los actos del jefe de Gabinete; en algunos casos ello es así de manera explícita, como, por ejemplo, en el inc. 10 del art. 99, o resulta de la potestad que el presidente tiene de solicitarle los “informes que crea convenientes” (art. 99, inc. 17).

#### *g) El Gabinete de Ministros.*

La reforma menciona la palabra *gabinete* como si se tratara de un cuerpo o de una institución que tiene composición y facultades propias; es decir, de un ente que expresa su voluntad en relación con distintos actos esenciales para la vida institucional del país. Sin embargo, un repaso de la nueva normativa constitucional no permite comprobar la existencia de un órgano de esta naturaleza. Las únicas prescripciones que involucran al gabinete están relacionadas con la actividad de su jefe, quien más bien parecería ser un coordinador. Ello en razón de que queda a su cargo convocar al Gabinete a reuniones, así como también prepararlas y coordinarlas (art. 100, inc. 5), pero sólo las puede presidir en caso de ausencia del presidente. Es cierto que se exige el acuerdo del Gabinete para decidir el envío al Congreso del proyecto de Ley de Ministerios y del Presupuesto nacional (art. 100, inc. 6). Pero creemos que esta modalidad no constituye un cambio en relación con lo que ocurría antes de la reforma. No olvidemos que las dos normas mencionadas contienen disposiciones que involucran a todos los ministerios, por lo cual requieren el refrendo de todos los ministros. Es decir que aun antes de exigirse un acuerdo conjunto, el mismo de hecho existía, se diese o no en el seno de una reunión de Gabinete, es decir con la presencia de todos los ministros en el momento de prestar su consentimiento.

Lo antedicho nos lleva a afirmar que el Gabinete tampoco tiene las características de un cuerpo o consejo de tipo parlamentario. Se ha incorporado al texto constitucional un término que antes de la reforma era utilizado en el lenguaje corriente para aludir al conjunto de los ministros, pero ello no importa imprimirle a la institución una dinámica ajena a las prácticas del presidencialismo.

#### *h) Balance de la figura.*

Tanto en el parlamentarismo como en el semipresidencialismo, el primer ministro es una institución independiente de la voluntad del jefe de Estado, cuya permanencia está ligada a la decisión del Parlamento, el cual le brinda o le retira la confianza en función de su composición

política interna. Por lo tanto, es un órgano independiente, con responsabilidad política propia, y ocupa un lugar en el andamiaje institucional del poder. La creación de una figura con el nombre de jefe de Gabinete o de primer ministro en el interior de un Ejecutivo unipersonal no alcanza *per se* a cambiar los rasgos de nuestra estructura presidencial. Mientras el presidente pueda remover a este nuevo ocupante del Ejecutivo —más allá de la denominación que se le otorgue y siempre que se le antoje—, no se producirá ninguna modificación de fondo en el funcionamiento de las instituciones, ya que la voluntad protagónica e indiscutida del primer magistrado subsistirá. “Evidentemente, y esto no necesita mayores explicaciones, nuestro sistema de gobierno sigue siendo presidencialista. El Poder Ejecutivo (unipersonal) sigue siendo el jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país”<sup>9</sup>.

Resulta sorprendente que, no obstante la ineficacia del escudo montado en derredor de la institución ministerial en cuanto al control del presidente, se insista con lo que podríamos caracterizar como más de lo mismo. Pues en última instancia el jefe de Gabinete es un ministro más e, independientemente de la magnitud de sus facultades, su dependencia del deseo presidencial es categórica y absoluta, del mismo modo que respecto de cuanto ocurra con los restantes ministros, sobre los cuales el jefe de Gabinete no puede ejercer tampoco ningún tipo de prerrogativa relacionada con su designación o remoción. A la luz de esta comprobación, nos parece igualmente sorprendente que se cree una jefatura, estéril en el momento de actuar sobre aquellos a quienes supuestamente debe dirigir.

La figura del jefe de Gabinete no constituye de ningún modo un contrapeso efectivo a las prerrogativas presidenciales. Se trata de una figura muy alejada de la institución del primer ministro o *premier*, característica de los sistemas parlamentarios y semipresidencialistas. La competencia de este nuevo actor institucional no aparece debidamente definida en el texto propuesto, en la medida en que el grueso de sus atribuciones será lo que el presidente decida que sea mediante las delegaciones que disponga.

En el *Segundo dictamen* del CCD<sup>10</sup> se profundizan los aspectos relativos al Consejo de Ministros. Sus características principales surgen del siguiente comentario: “El Consejo de Ministros se integra con el primer ministro y los titulares de los respectivos ministerios o quienes hagan sus veces. Deberá celebrar de manera ordinaria una reunión semanal. En toda oportunidad podrá ser convocado por el presidente de

<sup>9</sup> BARRAZA, J. I., y SCHAFRIK, F. H.: *El jefe de Gabinete de Ministros*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 165.

<sup>10</sup> Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD): *Dictamen preliminar sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, y *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

la Nación o por el primer ministro. Las reuniones del Consejo de Ministros serán presididas por el primer ministro, salvo cuando el presidente de la Nación decida concurrir a las mismas, oportunidad en que serán presididas por él. Tendrá competencia en todos los asuntos de gobierno y administración que planteen en su seno el presidente, el primer ministro, o cualquiera de los ministros en temas de sus respectivas carteras. Su intervención es de carácter consultivo. Será órgano de consulta obligatoria del presidente para la toma de decisiones previstas en los incs. 18 y 19 del art. 86 y para dictar reglamentos de necesidad y urgencia. Dictará su propio reglamento" (p. 32).

El constitucionalismo estadounidense ha evolucionado hasta encontrar el modo de equilibrar las facultades del Congreso y las del presidente. Un importante elemento de contención de este último proviene de la ampliación del instituto del acuerdo del Senado, como requisito para dar validez a las designaciones del Ejecutivo. Este acto institucional complejo se aplica no sólo para la designación de jueces, altos oficiales y embajadores, sino que la exigencia se extiende a todos los miembros del Gabinete y a los responsables de los principales organismos descentralizados del Estado. El mecanismo se ha revelado como una útil herramienta de reequilibrio. El acuerdo del Senado constituye un expediente difícil para muchos presidentes. Tal vez hubiera sido más fácil introducirlo en nuestro medio en lugar de apelar a figuras que, dentro de un contexto institucional distinto del de su lugar de origen, corren el riesgo de perder toda razón de ser, en la medida en que hayan sido concebidas para contrarrestar el predominio del presidente.

### *i) Reglamentación.*

El art. 100 CN dispone: "El jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial...". O sea que el constituyente ha considerado pertinente expresar de manera categórica el instrumento necesario para la implementación de la nueva figura. Se trata de una ley especial; es decir, del acto de naturaleza legislativa que de acuerdo con los principios generales del Derecho Constitucional es necesario dictar para establecer el régimen jurídico complementario del determinado en el texto constitucional —cuando así correspondiera—, de una figura contemplada en la Ley Fundamental.

No obstante este claro imperativo, el Poder Ejecutivo nacional consideró que ante la ausencia de una norma del Congreso antes del plazo determinado en la disposición transitoria duodécima de la Constitución se hacía necesario el dictado de un decreto a efectos de llenar el vacío legislativo. Recordamos que la citada disposición determina que "las prescripciones establecidas en los arts. 100 y 101 del Capítulo

Cuarto de la Sección Segunda, de la Segunda Parte de esta Constitución referidas al jefe de Gabinete de Ministros, entrarán en vigencia el 8 de julio de 1995". Se trataba de la fecha de iniciación del nuevo mandato presidencial.

Precisamente para justificar la elaboración del decreto correspondiente, nº 977/95 del 6/7/95, el Ejecutivo determina en el primer considerando que "de acuerdo a lo preceptuado por la disposición transitoria duodécima de la CN, las prescripciones establecidas en sus arts. 100 y 101 son inmediatamente operativas a partir del 8 de julio de 1995". Por tal motivo, el Ejecutivo interpreta que es el jefe de Gabinete el encargado de intervenir en la elaboración del proyecto de ley a que alude el citado art. 100, pero que previo a ello se hace necesario "adoptar una serie de medidas para reglar el funcionamiento de la institución". En suma, se trata de normas que el redactor del decreto considera que deberán regir durante el período "de transición" que transcurrirá entre la asunción del nuevo funcionario y la ley que en definitiva se dicte sobre el particular. Luego de expresar la tabla de materias que deben ser objeto de regulación, el Ejecutivo fundamenta su intervención en el art. 100, inc. 1, CN.

Nuestra sorpresa no puede ser mayor, pues consideramos inconstitucional que un simple acto del Ejecutivo determine, aunque más no sea con carácter transitorio, las particularidades de un instituto contenido en la CN. Así se tratara de un tema de escasa trascendencia institucional, una mera consideración relativa al rango y a la jerarquía de las normas en juego nos indica con claridad meridiana la insensatez de la decisión tomada por el Ejecutivo. La situación adquiere características más alarmantes si pensamos que en este caso se está regulando una nueva institución, supuestamente de significativa importancia y cuya inclusión en el articulado constitucional fue fundamentada en la aspiración del constituyente de atenuar el presidencialismo. No tenemos duda en calificar el acto como inconstitucional. La apelación a la urgencia —por motivos de cumplimiento de plazo—, de acuerdo con el considerando que hemos citado, tampoco nos parece una circunstancia justificante de semejante exabrupto institucional. En definitiva, nos encontramos ante una situación por de más novedosa, pues curiosamente se ha recurrido al dictado de un reglamento autónomo para completar el texto constitucional. Consideramos errado el argumento que se invoca. El redactor del acto hace alusión, como ya ha quedado dicho, al inc. 1 del art. 100.

O sea que estaríamos frente a un acto que dicta el titular del Ejecutivo en su calidad de "responsable político de la administración general del país". Por lo tanto, al derivar del ejercicio de tal función, el objeto del reglamento en cuestión ha sido considerado, en la presente circunstancia, como un asunto de mera administración, cuya regulación por parte del presidente se fundamenta en el ejercicio de las facultades

privativas que a él le competen como titular de la administración pública nacional, esfera de competencia que lo habilita a establecer por vía de reglamento el régimen del personal que integra dicha administración. Curioso razonamiento cuando en realidad se trata de regular una institución de la Constitución que, si bien actúa en la esfera del Ejecutivo, se relaciona también con el Congreso, de conformidad con las modalidades precedentemente analizadas.

El dec. 977/95 reglamenta el art. 100 de la CN en 17 artículos, muchos de los cuales repiten lo ya determinado en dicha disposición constitucional. Sin embargo, desde la primera de las normas se pone de manifiesto la voluntad del redactor de interpretar el alcance del texto constitucional con el sentido más restrictivo posible. Así, el art. 1 prevé que "el presidente de la Nación será asistido por el jefe de Gabinete de Ministros...". Expresión que por sí sola acentúa la dependencia del segundo respecto del primero, dando razón a las afirmaciones que hacemos en nuestra exposición. Por otra parte, el carácter de asistente revela la imposibilidad de ejercer funciones de control sobre el titular del Ejecutivo, dado que nos parece imposible que un subordinado pueda fiscalizar los actos de su principal produciendo algún efecto jurídico en lo concerniente al equilibrio en el ejercicio del poder.

Esta actitud está presente en la mayor parte del articulado. En el art. 6 se expresa que los decretos del presidente sólo son refrendados por el jefe de Gabinete "en aquellos casos en que se afecten competencias propias" del mismo. Luego, el art. 7 esclarece el alcance de la supuesta potestad reglamentaria del jefe de Gabinete, cuando indica que los actos que éste dicte en uso de sus potestades constitucionales se denominarán "decisiones administrativas", expresión que confirma la interpretación que hemos realizado sobre el particular. El art. 12, al establecer el sentido de las delegaciones contempladas en el art. 100, inc. 4, limita su alcance. Ello en razón de que la citada disposición constitucional señala que corresponde al jefe de Gabinete "ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación". Pues bien, en el decreto se afirma al respecto que dichas delegaciones "se entenderán limitadas a las atribuciones de administración relativas a las competencias propias del presidente de la Nación conforme se estipule expresa y taxativamente por decreto". En nuestro parecer, esta disposición, aunque integre el cuerpo de una ley, es abiertamente inconstitucional, pues contraría de manera palmaria la norma que reglamenta. Para concluir, se le prohíbe al jefe de Gabinete subdelegar las atribuciones que se le delegaran a él.

En nuestra opinión, el dec. 977/95 corrobora de manera manifiesta todas nuestras impresiones sobre el nuevo instituto. En primer lugar, por la abierta inconstitucionalidad del instrumento elegido para ello. Nunca una disposición constitucional puede ser reglamentada por decreto. Menos aún, cuando el propio artículo de la Constitución prescribe

la necesidad de que una ley se ocupe de fijar su alcance. En segundo lugar, el sentido restringido que se le da a las ya limitadas potestades del jefe de Gabinete lo convierte en un asistente más del titular del Ejecutivo, todo lo cual no puede sino tornar ilusorias las aspiraciones contenidas en el "Pacto de Olivos" relativas a la atenuación del presidencialismo argentino, que se cifraron cuando se decidió introducir la nueva figura institucional en la Constitución.

### 9. Competencia del presidente de la Nación.

#### a) *Alcance general.*

La competencia del Poder Ejecutivo abarca un amplio campo de facultades contempladas fundamentalmente en el art. 99 CN, las que pueden ser agrupadas dentro de las siguientes funciones:

- Colegislativas (incs. 3, 8 y 9).
- Poder reglamentario (incs. 2 y 3).
- Nombramientos y remoción de funcionarios (incs. 4, 7 y 19).
- Jubilaciones y pensiones (inc. 6).
- Poderes financieros (inc. 10).
- Poderes militares (incs. 12 a 15).
- Representación ante la comunidad internacional (inc. 11).
- Poderes excepcionales (incs. 5, 16 y 20).

#### b) *Jefaturas.*

La interpretación conjunta de los arts. 99 y 100 correspondientes a las atribuciones del presidente de la República y a las del jefe de Gabinete permite comprobar (como ya se ha visto en el punto 8) que este último no tiene un verdadero campo de potestades propias. La lectura comparativa de los respectivos catálogos de facultades nos lleva a la conclusión de que, por una parte, el jefe de Gabinete es una figura subordinada a la voluntad presidencial y, por otra, de que se ha vigorizado el papel del primer mandatario. Así surge del perfil institucional de estas dos figuras contenido en la Ley Fundamental. Ello permite definir la titularidad de las jefaturas que derivan del ejercicio de las facultades correspondientes al Poder Ejecutivo. Son ellas la jefatura de Estado y la de gobierno, que en el parlamentarismo aparecen divididas en cabeza del jefe del Estado y del primer ministro, respectivamente, mientras que es propio del presidencialismo la reunión de ambas en manos del presidente de la Nación. Antes de la reforma de 1994, el presidente era el jefe de la Capital Federal, calidad que ha desaparecido como conse-

cuencia del régimen autonómico de la ciudad de Buenos Aires resultante de esa enmienda, de acuerdo con lo establecido en el art. 129 CN.

El art. 99, inc. 12, le confiere una jefatura específica al titular del Ejecutivo: la de "comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación"; las restantes potestades de orden militar surgen de su jerarquía superior en este campo. Debe tenerse en cuenta que estas potestades se complementan con las facultades correlativas del Congreso (art. 75, incs. 25 a 28), dado que casi todos los actos contemplados dentro de esta esfera de competencias requieren el concurso de los dos órganos políticos. La experiencia de 1991, en la que la Argentina decidió participar en la Guerra del Golfo por exclusiva decisión del Ejecutivo, significó un claro apartamiento de lo preceptuado en la Constitución. Consideramos que todos los actos que importen la intervención del país en un conflicto bélico deben estar revestidos de esta exigencia, que los convierte en decisiones de tipo complejo producto de la participación de dos poderes, como condición previa para que se exprese válidamente la voluntad estatal.

### *c) Poder reglamentario.*

#### *1) Introducción.*

He aquí uno de los campos que han operado como fuente de una gran ampliación de las facultades del presidente, fenómeno que padece la mayoría de los países latinoamericanos y que está reñido con el principio de separación de poderes. Éste es uno de los pilares del Estado de Derecho, ya que apunta a satisfacer la necesidad de controlar el poder gubernamental de modo que no invada la esfera de libertad de los gobernados. De conformidad con los postulados del constitucionalismo, para lograr tan complejo propósito el gobierno debe organizarse en tres poderes independientes, y a cada uno de ellos se les debe conceder, junto a sus competencias específicas, un número de facultades propias de los otros dos poderes, a fin de asegurar el control recíproco del ejercicio de las funciones gubernamentales.

Con el correr del tiempo y en razón del cambio de las características y del alcance de las potestades de gobierno, la división funcional de competencias ha ido sufriendo importantes modificaciones. Estos cambios se manifiestan principalmente por el otorgamiento al Poder Ejecutivo de competencias excepcionales de carácter legislativo que normalmente deben ser ejercidas por los parlamentos. Este estado de cosas, que contradice la ortodoxia de la teoría constitucional, obliga a readecuar la asignación de potestades de modo de restaurar el equilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Es por ello que, de manera concomitante con la pérdida de una parte de sus facultades, al Legislativo se le confiere el control del ejercicio de las nuevas potestades adquiridas por el Ejecutivo. Los mecanismos de fiscalización a cargo del órgano encar-

gado de hacer la ley deberán ser lo suficientemente vigorosos como para restablecer la equivalencia de funciones entre los poderes mencionados.

La evolución institucional ocurrida en nuestro país, en abierta contradicción con lo que establecía nuestra Constitución hasta la reforma de 1994, le ha posibilitado al presidente de la Nación el dictado de actos de contenido legislativo mediante tres modalidades. Son ellas: los decretos de necesidad y urgencia (DNU), los decretos delegados y la promulgación parcial de leyes. Frente a tamaña enormidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se vio obligada a elaborar "estándares" de interpretación susceptibles de limitar la desmesura del desempeño presidencial en la materia. Sin embargo, con el tiempo la situación, lejos de mejorar, tendió a empeorar; durante las presidencias de Carlos Menem, el abuso de este tipo de funciones por parte del presidente convirtió al Ejecutivo en una suerte de Poder Legislativo alternativo. Desgraciadamente, la situación no se ha revertido y el mal de los años '90 ha continuado bajo todos los presidentes que sucedieron al nombrado. Así, un trabajo del Centro de Estudios para Políticas Públicas Aplicadas sostiene que durante los primeros ocho meses de gestión Menem dictó 44 DNU; De la Rúa, 30, y Kirchner, 50<sup>11</sup>.

El constituyente reformador de 1994 consideró necesaria la incorporación al texto de la Ley Fundamental de los tres institutos a que hemos hecho referencia, a fin de establecer, por una parte, la regla general según la cual las tres herramientas le están prohibidas al primer mandatario. Por otra parte, se le debían conceder excepcionalmente estas facultades, pero rodeadas de un esquema apropiado de controles que impidiera continuar con los abusos. Así las cosas, de los arts. 76, sobre delegación legislativa de facultades, 80, sobre promulgación parcial de leyes, y 99, inc. 3, sobre decretos de necesidad y urgencia, surge un esquema de fiscalización a cargo del Congreso, que reposa fundamentalmente en una Comisión Bicameral Permanente a ser creada por una ley dictada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras.

Transcurridos casi diez años desde la reforma constitucional, la citada institución no ha sido reglamentada aún. Pese a la existencia de numerosos proyectos tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados, los diferentes oficialismos de turno no sólo no han demostrado interés alguno en que se pusiera en marcha la Comisión específica, sino que, por el contrario han puesto todas las trabas posibles para evitar que avanzara el trámite parlamentario de los proyectos presentados. De este modo, los titulares del Ejecutivo continuaron ejerciendo facultades legislativas constitucionalizadas con carácter excepcional y haciendo caso omiso del único mecanismo de control político de las mismas, ajeno al Poder Ejecutivo.

<sup>11</sup> "Kirchner dictó más decretos que Menem", en "La Nación", 14/3/04, p. 14.

Es deseable que este grave déficit institucional quede rápidamente saneado con la sanción de una ley que atienda a la satisfacción del interés general, es decir que de manera equilibrada se evite que por medio de una utilización inconstitucional de estas facultades se afecten los derechos fundamentales de los habitantes de la Nación y se comprometa el necesario equilibrio entre los poderes que debe reinar en una república que aspira a ser democrática. Ello así, las soluciones que brinde dicho instrumento deben estar alejadas de toda lógica basada en el intercambio de favores entre los partidos políticos. Toda vez que se quiera dar seguridad al partido en ejercicio del gobierno con diferentes mecanismos de reaseguro, olvidando el diseño de instituciones firmes de cara al futuro que sólo atiendan a impedir que se quiebre el principio de legalidad, se perderá de manera proporcional una porción de la institucionalidad democrática que tanto nos ha costado conseguir.

## 2) *Tipos de decretos.*

### i) *Decretos de ejecución.*

Antes de la reforma, los reglamentos “necesarios para la ejecución de las leyes” eran los únicos que tenían reconocimiento constitucional expreso. Estos instrumentos “deben guardar congruencia con el principio de razonabilidad establecido en el art. 28 CN, o sea, no deben alterar con excepciones reglamentarias el espíritu de las leyes que reglamentan, lo que implica lisa y llanamente destacar con claridad la regla de subordinación de la reglamentación a la legislación, imponiéndose así claramente al Poder Ejecutivo la regla de la supremacía constitucional”<sup>12</sup>.

### ii) *Reglamentos autónomos.*

El dictado de este tipo de decretos deriva de la calidad de jefe de gobierno que detenta el titular del Ejecutivo (art. 99, inc. 1); en ese marco puede elaborar las normas necesarias para el funcionamiento de la administración pública, ya que, como se ha visto, es el responsable político de ella. Por caso, el estatuto para el personal civil de esa administración. Es preciso destacar que para el dictado de este tipo de instrumentos no es necesaria la existencia de una ley previa.

### *Consideraciones en torno a la noción de emergencia.*

La emergencia es y ha sido uno de los elementos fundamentales de la accidentada vida institucional de nuestro país, y este concepto subyace como fundamento básico para el otorgamiento de facultades legislativas excepcionales al presidente de la Nación. Así, de manera transversal y desde muy larga data, prácticamente todos los institutos de fuente constitucional han sido afectados transversalmente por esta noción. Lo

<sup>12</sup> JIMÉNEZ, Eduardo P.: *Derecho Constitucional argentino*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 84.

preocupante para el Estado de Derecho es que cada vez que se invoca el concepto se produce su debilitamiento, en tanto ello importa necesariamente la no aplicación de una parte de la Constitución en aras de hacer frente a una situación absolutamente excepcional y súbita que se interpone a la voluntad de las partes y que obliga a mitigar de manera transitoria el carácter imperativo de las normas de Derecho Público contenidas en la Ley Fundamental. Pues bien, esta rápida conceptualización de la noción jurídica de emergencia destaca sus elementos fundamentales. Son ellos: la excepcionalidad, la transitoriedad, la necesidad de impedir males mayores en resguardo del interés general de la comunidad y el acaecimiento de una situación imprevisible que se impone a la voluntad de los protagonistas, quienes no la han provocado en modo alguno. Además, la emergencia no puede ser óbice para la supresión de todos los contenidos constitucionales; aun bajo su existencia se producen claras restricciones y límites en cuanto a su alcance, tanto de fuente nacional como internacional.

No obstante ello, sorprende la recurrencia del fenómeno en la realidad argentina, el que aparece como sustento de todo apartamiento de las reglas contempladas en las normas constitucionales. De este modo, en nuestro país se encontrarían en pugna dos constituciones, una para tiempos normales y otra para circunstancias excepcionales. Claro que el análisis de nuestra realidad torna difícil la posibilidad de determinar cuál de ellas es la que logra mayor vigencia en el tiempo. A esta situación han contribuido múltiples factores, entre los que queremos destacar los siguientes:

- Una cultura, en particular por parte de los gobernantes, muy poco afecta a someterse a los dictados del principio de imperio de la ley.
- El sobredimensionamiento del orden y de la eficacia, y la afirmación de que para el logro de los mismos es necesario apartarse en ocasiones de las “formalidades” contempladas en la Constitución y en las leyes.
- La pugna constante entre legitimidad *de iure* y legitimidad *de facto*, como fuentes para el ejercicio de la autoridad de los gobernantes.
- La falta de efectiva vigencia en el tiempo del principio de separación de poderes en la historia constitucional argentina.

Frente a este estado de cosas, poco a poco se han ido erosionando muchos de los elementos del Estado de Derecho y han fracasado los controles previstos para evitar este tipo de desviaciones. De este modo se contribuye al debilitamiento del sistema democrático en su conjunto y al aumento del descreimiento de los ciudadanos en las bondades de un régimen que proclama la plena vigencia de las noción de poder limitado y del reconocimiento de los derechos humanos. En realidad, en nuestro medio la mayoría de las veces la invocación de la emergencia ha significado un disfraz de la razón de Estado. Precisamente, esta expe-

sión importa una suerte de "talismán" al servicio de todo autócrata que pretenda desconocer a sus súbditos cualquier prerrogativa que importe algún límite al ejercicio de sus propias potestades. Por lo tanto, nada más reñido con la esencia del constitucionalismo.

### III) *Decretos de necesidad y urgencia.*

Esta modalidad supone el otorgamiento al titular del Ejecutivo de la potestad legislativa en determinadas circunstancias. El instituto no es una creación de la reforma y existe en diferentes latitudes, inclusive en países de reconocida vocación democrática. Pero su consagración se encuentra siempre rodeada de numerosas garantías, entre las cuales es menester destacar una marcada acentuación de la función parlamentaria de control. Por el contrario, como hemos visto en la Introducción, esos remedios institucionales brillan por su ausencia en el caso argentino. Esto es así hasta tal punto que se obliga al jefe de Gabinete a someter el decreto a una Comisión Bicameral para su consideración, sin establecer cuáles son los efectos jurídicos de dicha intervención.

El principio general dispuesto en la Constitución Nacional determina: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo".

Este postulado constituye la regla en este campo. Asimismo, dada esta clara prohibición, toda excepción debe ser interpretada con un alcance restrictivo. Por otra parte, éste ha sido el mismo criterio seguido por el constituyente reformador en las otras dos situaciones en las cuales se plantea el ejercicio excepcional de facultades legislativas por parte del Ejecutivo. Nos referimos a la delegación legislativa (art. 76) y a la promulgación parcial de leyes (art. 80). Al igual que en el artículo que motiva nuestro comentario, en estas otras dos disposiciones se ha utilizado la misma técnica legislativa; es decir, el principio general prohibitivo y luego las excepciones de interpretación restrictiva y sujetas a una amplia panoplia de controles.

Volviendo a los decretos de necesidad y urgencia, la primera gran exigencia para su concreción se funda precisamente en la situación excepcionalísima de emergencia dentro de la cual deben estar enmarcados. Sobre este particular recurrimos a la opinión de Bidart Campos; nuestro autor considera que "el texto nuevo es en esto muy claro y elocuente; a la mención de la excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las circunstancias excepcionales hacen imposible el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia, ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto"<sup>13</sup>. La situación de

<sup>13</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 433.

marras coincide justamente con la hipótesis planteada por el maestro del Derecho Constitucional argentino en la cita que acabamos de efectuar.

El esquema de controles establecido en la Constitución, a pesar de tratarse de una excepción a la separación de los poderes, no presenta el vigor necesario que asegure una mejor defensa del interés general. Ello, en razón de que el órgano que experimenta un decrecimiento de sus facultades —en nuestro caso, el Legislativo— no se ve recompensado con la atribución de un caudal similar de potestades en materia de control sobre el órgano que se ha visto beneficiado en su detrimento.

En primer lugar, aparece la intervención del Gabinete y de su jefe (conf. párr. 4º del inc. 3 del art. 99 CN). En segundo lugar, se impone a este último la obligación de someter el decreto a la consideración de una Comisión Bicameral Permanente. Este órgano debe ser creado por medio de una “ley constitucional” del Congreso. Pero, como hemos visto, esta norma no ha sido sancionada aún. Por lo tanto, no está presente la voluntad de uno de los actores necesarios para el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia. Dicho en otras palabras, nos encontramos frente a un acto complejo; o sea, de aquellos que requieren el concurso de más de un órgano para su perfeccionamiento. Sin embargo, la inexistencia del segundo de los intervenientes necesarios imposibilita hasta su organización que estos actos puedan ser dictados válidamente. La jurisprudencia federal así lo entendió cuando dispuso: “La producción de decretos de necesidad y urgencia, luego de la reforma constitucional de 1994, ya no podrá ser asumida por el presidente, sino que para su dictado deberán concurrir las voluntades del presidente, acuerdo general de ministros, refrendo del jefe de Gabinete y contralor por parte de la Comisión Bicameral creada por la Constitución”. Y luego agregó: “Corresponde declarar inconstitucional el dec. 2302/94 por padecer del vicio de nulidad absoluta e insanable, ya que, hasta la creación de las figuras que habilitarían el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo deberá atenerse a la vigencia del funcionamiento de los cuerpos legislativos creados por la Constitución” (“Rivero, Manuel I. c. ANSES s/ ejecución de sentencia”, Rev. “E.D.”, 24/5/95).

La evolución reciente de la jurisprudencia de la Corte Suprema ha marcado, desde “Peralta” hasta “Smith”, una tendencia favorable a respaldar el ejercicio por parte de los poderes políticos de este tipo de decisiones, en particular por medio del dictado de decretos de necesidad y urgencia y de decretos delegados. “San Luis c. Estado nacional” marca un claro punto de inflexión que confirma en gran parte la doctrina contenida en “Smith”.

Esta sentencia declara la inconstitucionalidad del dec. 214/02, de “pesificación”. En la decisión pesan diferentes argumentos. Ante todo, la Corte le reprocha al Poder Ejecutivo la transformación compulsiva y unilateral de los depósitos en moneda extranjera, más allá de lo que

disponía la Ley de Emergencia Pública, nº 25.561. Además, la decisión es violatoria del principio de razonabilidad, modificándose el estándar que posibilitaría imponer, en circunstancias de extrema gravedad, límites a los derechos de los miembros de la comunidad.

Pero en este caso se superan los parámetros definidos en los autos "Smith" y "Tobar", dado que se considera que se exceden las exigencias que surgen, en supuestos de emergencia, del principio de solidaridad social. En tal sentido, se afirma en el considerando 23 que "la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato («*Fallos*», 243:467; 323:1566, entre muchos otros). De ahí que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares (conf. causa «*Smith*»); y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia". Sobre dicha base se califica la decisión estatal como confiscatoria y, por lo tanto, violatoria del art. 17 de la Constitución Nacional.

La interpretación que hace el Alto Tribunal del juego de las atribuciones excepcionales del presidente de la Nación derivadas de los arts. 76 y 99, inc. 3, CN, resultará de gran utilidad como patrón para la interpretación de futuros actos del Poder Ejecutivo. De ello deriva que el titular del PEN no puede arrogarse nuevas facultades mediante el dictado de decretos de necesidad y urgencia, dentro del marco de una situación de emergencia que ha quedado definida en una ley de delegación. Así, si las circunstancias que llevan al dictado de la medida de excepción son las mismas que enmarcaron la decisión legislativa, el presidente no puede apelar a la sanción de un decreto de necesidad y urgencia, pues ello importaría un subterfugio para desconocer los límites que le ha impuesto el legislador para el dictado de decretos delegados. Por ello se afirma que "la simultánea apelación a dos fuentes disímiles para el ejercicio de tales atribuciones impone determinar si éstas son compatibles y, en su caso, cuál es su respectivo ámbito de aplicación". Pues bien, el examen que a esos efectos efectúa la Corte arroja un resultado negativo y por lo tanto, a criterio de ésta, el PEN se ha arrogado facultades que no le son propias invadiendo así el ámbito del Congreso. Por supuesto que así ocurre, puesto que dentro del mismo contexto fáctico de la ley 25.561 la pretensión del PEN de ir más allá ejerciendo la facultad que le brinda el art. 99 importa, en realidad, desconocer la autoridad del legislador en su rol de impedir que se supere de manera irrazonable la órbita del ejercicio de sus propias facultades. Por ello, en la mencionada Ley de Emergencia se preocupó por precisar los contornos de las mismas, de los que surgió la necesidad

de delegar por tiempo limitado un número importante de sus facultades ordinarias en el Ejecutivo, claro que de conformidad con las precisiones que allí se estipulan.

Por lo tanto, la Corte nos recuerda que, aun dentro de las limitaciones que marca una emergencia, no deben olvidarse las exigencias del principio de separación de poderes y con esa finalidad está determinando una clara advertencia al Ejecutivo al sostener que éste, en las circunstancias en que dictó el decreto cuya constitucionalidad se ventila, se atribuyó facultades que no le competían. Y, lo que es peor, esto se produjo en abierto desconocimiento o como forma de franquear las claras limitaciones que le impuso el Congreso en la ley de delegación de facultades.

En consecuencia, el corolario será en adelante el siguiente: el Ejecutivo no puede dictar decretos de necesidad y urgencia cuando se encuentra en vigencia una norma del Congreso que ya ha definido el contexto de excepción y le ha conferido a su favor la potestad de ejercer facultades legislativas delegadas. Dentro del mismo contexto de emergencia prima la decisión legislativa en la determinación del *quantum* de la potestad ejecutiva a efectos de hacer frente a la crisis, ya que si el Ejecutivo supera ese marco de ejercicio en realidad torna ilusoria la potestad del Congreso de determinar el marco de la delegación (art. 76 CN).

También nos parece destacable la afirmación de la Corte en el sentido de que ni aun una emergencia puede importar el desconocimiento de derechos fundamentales, ya que se produciría un serio ataque al principio de seguridad jurídica así como también a los principales valores en los que se asienta el desarrollo de nuestro país desde sus inicios. En suma, la Corte viene a recordar el conjunto de postulados y de valores que integran el “techo ideológico” de nuestra Ley Fundamental y que están contenidos tanto en su Preámbulo como en varias disposiciones de la parte dogmática y del art. 75.

Se recurre al principio de igualdad para decidir que, en la especie, a uno de los grupos que componen nuestra comunidad —el de los ahorristas— se le impone una limitación que no guarda proporción en relación con las restantes. Esta exorbitancia torna inadmisibles los límites que la normativa en análisis establece. De este modo, como surge de los considerandos 41 y ss. de la sentencia, “el medio empleado ha provocado un menoscabo mucho más significativo para el depositante que para la entidad bancaria, con obvia lesión de los derechos patrimoniales de aquél”. Esta situación la lleva a considerar más adelante que “cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden pre establecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios” (del considerando 47).

Quienes nos manifestamos preocupados en el pasado por una jurisprudencia que debilitaba los controles y facilitaba el fortalecimien-

to del Ejecutivo sobre el Legislativo, dando fundamentos para que el primero pudiera ejercer facultades legislativas de manera desmedida, no podemos sino recibir con beneplácito la nueva doctrina que se comenta. En nuestro entender, ella importa una redefinición de la dinámica de los poderes políticos del Estado en aras de lograr el resultado buscado por el principio de separación de poderes, consistente en la defensa de los derechos humanos frente a los avances desmedidos del ejercicio del poder estatal. A efectos de lograr un esquema completo de protección, hacemos votos para que en un futuro próximo se reglamente la Comisión Bicameral Permanente del art. 99, inc. 3, CN, encargada de controlar el ejercicio de las facultades excepcionales del presidente de la Nación derivadas de esa disposición y de los arts. 76 y 80 CN. Hasta que ello no ocurra, seguiremos con un esquema constitucional incompleto contrario al diseño del constituyente de la reforma de 1994.

#### IV) *Decretos delegados.*

Es corolario del principio de separación de poderes que el Poder Legislativo es el único que puede hacer la ley; en dicha esfera de competencia, al Ejecutivo sólo le cabe el ejercicio de atribuciones colegislativas, como la iniciativa parlamentaria y la promulgación, la observación o veto de una norma sancionada por el Congreso. Sin embargo y tal como lo hemos expresado, el Ejecutivo ha ido adquiriendo ciertas potestades legislativas, pero ese ejercicio sólo se acepta cuando se ejecuta dentro del estrecho espacio reconocido especialmente en las leyes fundamentales. El presidente comenzó a desempeñar facultades de naturaleza legislativa, básicamente por una aplicación extensiva de su competencia para el dictado de reglamentos de ejecución o de aplicación de leyes. Ante este avance de la actividad ejecutiva, a la justicia le cupo definir los límites de esa nueva esfera de competencia, que no surgían de manera explícita del texto constitucional. En adelante se fue elaborando una jurisprudencia que dio un marco de referencia a los decretos de necesidad y urgencia, a la delegación legislativa y a la promulgación de las partes no observadas de una ley parcialmente vetada por el presidente.

La reglamentación constitucional de 1994, al aceptar las tres modalidades arriba mencionadas, tuvo por finalidad principal y casi exclusiva limitar su ejercicio de modo de revertir el estado de cosas existente. Por ello, en las tres disposiciones en que están contempladas (arts. 76, 80 y 99, inc. 3), el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general negatorio de dicha facultad. Por ejemplo, en relación con la delegación legislativa, el art. 76 reza que *“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 cláusula es la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de 70 años. Como ha quedado dicho, el instituto existía antes de la reforma que ha decidido incorporarlo al texto constitucional. Su tratamiento importa un engrosamiento de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Asimismo, le procura a este órgano un nuevo ámbito de facultades legislativas: el de erigirse en determinadas circunstancias en el hacedor directo de la ley. A partir de esta innovación cobran *status constitucional* los llamados reglamentos delegados, que juntamente con los de necesidad y urgencia tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierta disparidad con los postulados del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico.

Para que pueda operar la delegación legislativa sin afectar de manera irremediable a las instituciones republicanas, es necesario:

- Que la delegación sea impropia, esto es, que no importe el traspaso *in toto* de una porción de la competencia del Congreso, sino simplemente la facultad de completar un marco jurídico elaborado por él.
- Que el órgano delegante no pierda sus facultades de control sobre el órgano delegado, fiscalización que incluye la posibilidad de dejar sin efecto el reglamento resultante de la delegación.
- Que, por ende, el delegante no pierda tampoco su competencia sobre la materia delegada.
- Que ciertas materias que atañen a los derechos fundamentales de las personas, entre otras, queden fuera de la esfera de la delegación.
- Que el órgano delegante determine en el acto de delegación los principios de política legislativa en la materia. Expresión que la jurisprudencia estadounidense encierra en el concepto de "estándares" o patrones legislativos. Es decir que la misma no será una suerte de "cheque en blanco" concedido a favor del Ejecutivo, sino que éste debe completar una norma ya "planeada" por el legislador en virtud de todos los contenidos emparentados por su naturaleza con el tipo de tareas que él desarrolla.
- Que no sea implícita, es decir, supuestamente derivada de otro acto del Legislativo; por el contrario, ella debe ser expresa y para el caso o situación en cuestión.
- Que sea por tiempo determinado.
- Que exista un control jurisdiccional *a posteriori*, además del que le compete al propio órgano delegante.

La negativa de la doctrina clásica, fundada principalmente en la prohibición del art. 29 y en la aplicación del principio de separación de poderes en el sentido que le concede el constitucionalismo, no ha impedido a la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, desde antigua data, aceptar el fenómeno mediante variados y cambiantes argumentos, tanto de modo tácito como expreso. "El panorama que se ofrece no

es sino el fruto de haber tronchado las manifestaciones de delegación y en su génesis debe conectarse —fundamentalmente— a la rigidez de nuestra Constitución, pero por sobre todo al hiperbólico papel jugado por el sistema de control que, mientras negaba toda perspectiva de transferencia, convalidaba con disfraces jurídicos sucesivas delegaciones operadas en favor de la administración. Los repertorios de fallos del más Alto Tribunal revelan, casi sistemáticamente, que ante el inequívoco planteamiento de un «caso» cuyas notas patentizaban delegación de poderes, el cuerpo optó por negar dicha «autorización» y, rehusando ese objeto, acordó cobertura jurídica a la atribución ejercida reconociéndola con fundamento en el art. 86, inc 2 (hoy 99, inc. 2); es decir, invocando la potestad presidencial de dictar reglamentos ejecutivos”<sup>14</sup>.

Su constitucionalización ha sido presentada por los actores del Pacto de Olivos como un modo de contener desde la letra de la Ley Fundamental un instituto que ya formaba parte de la Constitución material argentina. Pues bien, tomando como punto de partida ese razonamiento, veamos de qué modo se limita esta facultad legislativa del presidente. Al igual que en las otras dos disposiciones que conceden este tipo de potestades al primer mandatario (arts. 80 y 99, inc. 3), se establece en primer lugar un principio general que las prohíbe. Luego, en la segunda parte del primer párrafo, encontramos limitaciones en razón de la materia y del tiempo. Sólo se admite la delegación cuando versa sobre “*materias determinadas de administración o de emergencia pública*”.

Estamos frente a voces de tal amplitud que, por ende, es difícil pensar que puedan ser útiles para contener excesos que desvirtúen la prohibición de delegar. Todas las funciones del Legislativo puede considerarse que tienen connotaciones administrativas. Si la intención del reformador consistió en limitar las materias, o bien se hubiese recurrido a la fórmula utilizada en la Constitución española o al menos se hubiesen considerado fuera del alcance de la delegación todas aquellas cuestiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales de las personas. El constituyente español de 1978 ha sido muy cuidadoso y se ha encargado de reglamentar en el texto constitucional los límites a que debe ajustarse el instituto. La cuestión es objeto de tratamiento por parte de varias disposiciones (arts. 81 a 85). Las materias contenidas en las “leyes orgánicas” no pueden ser delegadas. Se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación de autonomías regionales y régimen electoral. La delegación debe ser atribuida en forma expresa, por tiempo determinado y sobre una materia en particular.

La segunda limitación en lo relativo a la materia tiene que ver con la emergencia, en este caso pública. Pero, como hemos visto, recurrir a

<sup>14</sup> MIDÓN, Mario A. R.: *Los reglamentos con nombre prestado y falsa identidad*, en Rev. “A.A.D.C.”, año V, nº 44, Buenos Aires, 1989, pp. 5 y ss.

esta expresión, dada la evolución de su uso en la realidad institucional argentina, implica usar la expresión de rigor de la que la autoridad se ha valido toda vez que ha querido superar el marco constitucional que limita su imperio. La parte restante de este primer párrafo del artículo nos parece bien. Sin embargo, en la medida en que no se dan pautas para un control *a posteriori* por parte del Congreso, será difícil saber qué sucederá cuando el Ejecutivo exceda el alcance de las delegaciones que el primero le conceda. De tratarse únicamente del control de constitucionalidad a cargo de los jueces, volveríamos a la misma situación previa a la sanción de la reforma. Regresaremos al punto de partida: es decir, a la existencia de un órgano de control proclive a no invalidar los "actos del principio" fundándose para ello en motivos de tipo institucional.

Por último, es preciso destacar que el segundo párrafo constituye de alguna manera una previsión favorable a dejar sin efecto la limitación temporal que según el primero debe tener toda delegación. So pretexto de no afectar los derechos adquiridos, se fortalecen de modo indirecto las posibles tentaciones del Ejecutivo de legislar aun fuera del plazo establecido en el acto habilitante del Congreso. La cláusula transitoria octava dispone la necesidad de un pronunciamiento expreso del Congreso respecto de toda la legislación delegada preexistente a la reforma y que carezca de plazo para su ejercicio. El silencio del Congreso al respecto conllevará la caducidad de todas las normas que no hubiesen sido objeto de confirmación expresa, de acuerdo con lo establecido en el art. 82, a cuyo comentario remitimos.

#### v) *Promulgación parcial de leyes.*

Esta modalidad la incluimos junto a los decretos de naturaleza legislativa, ya que, tal como hemos adelantado, se trata igualmente del ejercicio de este tipo de facultades. En efecto, la potestad de voto u observación del presidente constituye una de las formas de control que éste ejerce sobre la actividad del Congreso dentro de la esfera de sus funciones colegislativas. El presidente puede vetar total o parcialmente en el plazo de 10 días una ley sancionada por el Legislativo, y para este último caso la parte restante no podrá ser aprobada. No obstante ello, también está prevista la excepción, es decir que la promulgación parcial puede tener lugar en caso de que ésta tuviera "autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso". Por último, el proceso de control es idéntico al de los DNU y delegados, ya que el jefe de Gabinete debe dar intervención a la "inexistente" Comisión Bicameral Permanente tantas veces mencionada.

El Derecho parlamentario ha enfrentado al texto constitucional reformado con el ejercicio de un nuevo instituto. Se trata de la insistencia parcial de un proyecto de ley que, habiendo sido sancionado por el

Congreso, luego es desecharido en su totalidad por el Poder Ejecutivo. Cabe preguntarse si el Congreso tiene la facultad de insistir sólo en una parte de la norma vetada, aceptando la observación efectuada sobre el resto de la misma. Ésta fue la situación que planteó el proyecto de ley sobre patentes medicinales. "No por novedosa debe descartarse tal posibilidad. Los constitucionalistas Daniel Sabsay y Néstor Sagüés la admitieron como analogía de la nueva facultad presidencial de promulgar parcialmente una ley; es decir, pedazos de una norma que no contraríen su criterio"<sup>15</sup>. Por nuestra parte, queremos agregar a lo dicho que estimamos que quien puede lo más puede lo menos. Precisamente en este caso, frente a una potestad que le es propia, el Poder Legislativo puede decidir con qué alcance hace uso de ella, si desea hacerlo de manera total o parcial. Potestad que, por otra parte, deriva de la competencia general de hacer la ley que tiene este órgano de gobierno. En última instancia, luego de que el Ejecutivo ha ejercido su función de control, es al Legislativo al que le compete establecer de qué modo debe quedar la norma observada. Ello le permite hacer uso de tres alternativas: aceptar el veto, insistir sobre la totalidad del texto por él sancionado o hacerlo sólo de modo parcial. Sostener lo contrario, es decir que la insistencia parcial del Legislativo requiere una aceptación expresa por parte del constituyente, es desconocer el equilibrio que debe existir entre los poderes. En la especie, sería absurdo que la potestad excepcional de control con que cuenta el titular del Ejecutivo tuviese una magnitud superior a la facultad que se fiscaliza y de la cual es titular el Legislativo. Creemos que una simple relectura del sentido de los *checks and balances* del Derecho estadounidense nos aportará toda la argumentación faltante.

<sup>15</sup> "La Nación", 24/8/99, p. 11.