

CAPÍTULO XXVII

FUNCIONES DEL PODER EJECUTIVO

(Desarrollo pormenorizado)

"Entonces y para redondear, reitero que los decretos-leyes o los decretos de necesidad y urgencia o reglamentos de necesidad y urgencia como de los llama, en un gobierno presidencialista son el caballo de Troya de la República"

Miguel A. Ekmedkján

En definitiva, podrá decirse que actualmente nuestra Constitución no es del todo cumplida, pero valga como última reflexión que más vale una Constitución incumplida que ensayos venturosos que no sabemos que resultado final pueden tener"

Néstor Sagues

27.1.- La cuestión de las "jefaturas" del Poder Ejecutivo (incidencias de la reforma constitucional de 1994).-

El conjunto de las facultades que integran las competencias del Poder Ejecutivo, no puede resumirse en la sumatoria de las atribuciones que indica el artículo 99 de la Constitución Nacional (ni siquiera en las que se hallan desperdigadas en el resto de la Constitución textual). Creemos - siguiendo aquí a Bidart Campos - que el funcionamiento global del Poder Ejecutivo importa una masa plena y amplia de facultades y atribuciones que no se agotan en una expresa asignación

Aún considerando que la enumeración competencial del artículo 99 no es taxativa; y asumiendo la existencia de aquellas residuales que se alojan en el contexto de la letra constitucional, debemos recalcar aquí una regla general que no debe escapárseos:

En el ámbito del derecho constitucional del poder, y al momento de determinar la competencia de los órganos estatales no existe la implicitud que nos permita revertir la regla general, que indica que para los órganos del Poder Estatal, *la incompetencia es el principio, y la competencia es la excepción*.

Comprender cabalmente ésta cuestión, se constituye un reaseguro

institucional que el sistema constitucional impone para tutelar realmente la libertad de los individuos, en cuyo favor establece - justamente - la regla inversa, formulada en el artículo 19, a partir de cuya enunciación todo lo no prohibido para el habitante de la República, está permitido.

Con la aclaración que antecede, es que desarrollaremos las funciones que habitualmente despliega el Poder Ejecutivo de la Nación, según lo dispone la Constitución.

Era habitual, antes de operarse la reforma constitucional de 1994, hablar de las cuatro jefaturas que la Constitución asignaba al Presidente de la República. Se decía que era el jefe de Estado, el Jefe de la Administración Pública, el jefe inmediato y local de la Capital Federal y el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Hoy, con la reforma constitucional ya vigente, deberemos prescindir del desarrollo de una de ellas (la de la Capital Federal), toda vez que como es de público conocimiento, la ciudad de Buenos Aires ha adquirido un estatus de autonomía, por el que se ha dado ya sus propias autoridades, según lo dispone el artículo 129 de la Constitución Nacional y la cláusula transitoria 15 (ya cumplimentada a la fecha).

En consecuencia, el Presidente de la Nación no es ya jefe inmediato y local de la Capital Federal.

Respecto de las restantes jefaturas, deberemos decir que el artículo 99 de la C.N. indica que el Presidente, detenta hoy en el sistema las siguientes:

- | | |
|--|--|
| • Jefe supremo de la Nación (mantiene en consecuencia, la jefatura de Estado) | administración general del país (sigue detentando la jefatura de la Administración, pues como vimos el Jefe de Gabinete de Ministros sólo tiene asignado el "ejercicio" de esa administración) |
| • Jefe de Gobierno (tornó explícita una enunciación que antes se hacía derivar implícitamente del contexto constitucional) | |
| • Responsable político de la | • Jefe de las FFAA (se mantiene sin cambio alguno) |

Abordando ahora la cuestión relativa a la jefatura de Estado, bueno es resaltar ahora lo que decíamos nosotros en el capítulo III, que por ser el nuestro un sistema presidencialista, es habitual que converjan en el mismo la jefatura de Estado y Gobierno en una misma persona, el Presidente de la Nación. Señala Bidart Campos que es propio de todo Estado, consignar a su "jefe" que en este caso, resulta ser el presidente. El objetivo de esta jefatura

es la representación del Estado como unidad conceptual, como persona jurídica que se titulariza frente a la comunidad internacional en una persona.

Nos parece impropia la calificación de "supremo" que no hace sinó realzar la posición de prevalencia que el poder Ejecutivo detenta respecto de los restantes poderes de Estado en los hechos. La reforma constitucional de 1994 debió haber suprimido ésta frase que consideramos impropia de una Constitución republicana como la nuestra.

Queda claro entonces que solamente el Poder Ejecutivo, en forma excluyente (ni el Poder Judicial ni el Poder Legislativo invisten constitucionalmente ésta jefatura) posee la conducción del Estado.

Y está bien que así sea, lo que define claramente que en el nivel de la política internacional es solamente el Presidente, en su carácter de Jefe de Estado, quien lo representa; aún cuando el propio Congreso de la Nación ejerce también muy importantes facultades en materia de relaciones internacionales (como lo hemos visto ya en el Capítulo VII, al que remitimos)

Respecto de la jefatura de gobierno, hemos dicho ya que en los sistemas parlamentarios, la separación entre jefe de gobierno y jefe de Estado es nítida y contundente (constituyéndose en una de las características del sistema). La reforma de 1994 - según nosotros lo observamos - ha acentuado nuestro sistema presidencialista al *ratificar expresamente* la jefatura de gobierno en cabeza del Poder Ejecutivo. Por ello, queda claro que hoy la jefatura del gobierno argentino está a cargo el Presidente de la República, lo que lo sitúa como cabeza visible de la Administración

Pero tan intensa potestad tiene el correlato de la responsabilidad política que ella conlleva, más allá de que el ejercicio de la misma competa en el sistema de la reforma, al Jefe de Gabinete, en cuanto las potestades pertinentes sean delegadas en tal funcionario por el Presidente.

Con referencia a la jefatura de la administración, si bien ella no presenta para nosotros duda alguna en lo que respecta a su titularidad (después de operada la reforma constitucional, sigue alojada en cabeza del primer mandatario), debemos añadir aquí que el sistema de la reforma ha desdoblado la titularidad de la misma (que se mantiene en cabeza del presidente), de su ejercicio (que se impone al Jefe de Gabinete, en los términos que hemos

explicado en el capítulo anterior).

Creemos nosotros que las consecuencias del cambio son claras y no presentan duda posible: se mantiene la jefatura de la administración en cabeza del presidente, habiéndose desconcentrado (una versión tenue, ambigua y borrosa de la descentralización, que limita su alcance como vimos) su ejercicio, para alojarlo en cabeza del nuevo funcionario.

Sostiene Bidart Campos que en realidad es la Constitución la que le otorga el ejercicio de la administración al M.C. pero tal nosotros lo vemos, en realidad la reforma la ha concedido al jefe de gabinete esa prerrogativa - por lo general - *en los términos que indique el presidente*. Por lo tanto será este último el que defina cual será el alcance y modalidad del ejercicio de esa potestad que ejercerá el "ministro preferido". Concordearíamos con la apreciación del maestro, si en realidad la Constitución hubiese establecido taxativamente (como sólo lo hace en muy contados aspectos, y en ellos le impone al Presidente, supervisar al M.C.) cuál es la porción concreta de la administración que ejerce el Jefe de Gabinete. Pero no lo hizo. En consecuencia, solo advertimos nosotros que el nuevo texto habilitó al Presidente para "delegar cierta porción de su trabajo al frente de la Administración Pública Nacional, en la medida que lo estime conveniente.

Articula la Constitución, a los fines e un correcto ejercicio de la función administrativa, ciertas relaciones entre el Presidente, el jefe de Gabinete y los restantes Ministros, en los siguientes términos:

- El presidente supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete respecto de la recaudación e inversión de rentas, con arreglo a la ley de presupuesto de gastos
- El presidente puede solicitar informes a todos los ministros
- Los ministros deben prestarle al M.C. la colaboración que les requiera para el adecuado cumplimiento de sus funciones

Relacionado con la jefatura de las fuerzas armadas por parte del Poder Ejecutivo, ya expresamos en el capítulo anterior que esta importante instancia de sometimiento de las fuerzas militares de la Nación al poder político que efectúa la Constitución, implica subordinar lisa y llanamente a las Fuerzas Armadas al poder Ejecutivo, de quien dependen orgánica y funcionalmente. Por

supuesto, ello no excluye la vigencia de los poderes militares del Congreso, que deben coordinarse armónicamente en el contexto de esta jefatura, a los fines de la colaboración y el control propio del cuerpo legislativo

Concluyendo esta visión preliminar, diremos que de ella puede derivarse que el presidente encarna en nuestro sistema constitucional, el órgano de conducción con mayor número de potestades. Desde la realidad práctica debemos incluir además una particular jefatura que habitualmente detentan nuestros presidentes "en ejercicio" que es la del partido político mayoritario. Seguro que no es ésta una "jefatura constitucional", pero de hecho transforman al presidente de la República en jefe de la expresión política que lo propuso para ese cargo, lo que por lo general "recuerda" a los parlamentarios de su propio "color" cada vez que requiere uniformar criterios legislativos en pos de la consecución de los objetivos de gobierno que ha trazado, o meramente, disciplinar la estrategia partidaria.

Ejemplo claro de éstas situaciones lo constituyeron en su tiempo, el tratamiento por parte del Congreso de la Nación, de las controvertidas leyes de "Obediencia debida" y "Punto final" durante el gobierno constitucional de Raúl Alfonsín (UCR) - hoy felizmente derogadas - o el tratamiento de las privatizaciones del Estado durante el gobierno de Carlos Menem (P.J.).

27.2.- La Administración Pública (análisis de la ambigua relación entre el Presidente de la Nación y el Jefe de Gabinete de Ministros.-

Sabemos que la Administración Pública, pese a depender del Poder Ejecutivo, no forma parte de él, diversificándose en una serie de órganos y tipos de actividad que en realidad no son parte de él, sino que solamente se le subordinan en jerarquía.

Al haber desglosado la Constitución la titularidad del ejercicio de la función administrativa (en los términos que ya hemos explicado), el sistema constitucional de la reforma ha trazado un derrotero de gestión que quizá podría conflictuar los ámbitos del quehacer del Presidente y su Ministro Coordinador de Gabinete. Nosotros creemos de todas maneras que este prolegómeno de conflictividad es solo "aparente" toda vez que no ha habido descentralización con imputación específica de funciones, sino solamente una habilitación para desconcentrar tareas, en cabeza del presidente.

La ambigüedad de la nueva normativa constitucional, y la fortaleza que detenta el presidente en nuestro sistema, impedirán toda posibilidad de conflicto estratégico en el rol de ambos funcionarios.

Abona nuestra posición lo expuesto por el ex convencional Natale, al expresar con contundencia y claridad que la tediosa enumeración de funciones del Jefe de Gabinete de Ministros demuestra definitivamente que éste funcionario *carece de cualquier potestad propia*. Todas las que le asigna el extenso artículo que nosotros ya hemos comentado, son aquellas que ha de ejercer por delegación y bajo supervisión el Poder Ejecutivo, con lo que se demuestra que este funcionario se encuentra totalmente disciplinado por el poder presidencial.

Obsérvese que el propio Convencional Paixao, informante en el recinto de la Convención Constituyente respecto de la incorporación de esta figura, se cuidó muy bien de señalar que el sistema de la reforma incorporaba una figura que *desagregaba* las tradicionales facultades que hoy están estructuradas en cabeza del Presidente de la Nación, para dar (al presidente) un mayor dinamismo y elasticidad al momento de enfrentar las eventuales crisis con que se encuentre en el ejercicio de su mandato. El nuevo funcionario estará afectado específicamente a la tarea de la administración activa. Con ello se dijo todo...

El jefe de gabinete es un funcionario con imputación específica de funciones (tareas de administración activa). El presidente entonces, diseñará la estrategia de desagregación, desconcentración (pero no de descentralización o distribución definitiva de competencias) para que éste funcionario le sea útil con el desarrollo de la política administrativa activa.

¿Qué imagen pretendía Paixao de éste funcionario? : la del ministro que informa de la marcha de la cosa pública, y que lo hace con regularidad, sin dramaticidad, y sobre todo, con eficiencia. Y esto es lo que se consiguió. Ello no implica que cualquiera de las competencias del M.C. ser retomadas por el presidente, en el esquema ideado por nuestra Constitución, dado que entre ambos existe siempre relación jerárquica en la que prevalece el primer mandatario.

Ello no quita que una vez determinadas las atribuciones de cada quien (según lo expusimos en el capítulo anterior) coincidas la responsabilidad política del presidente y sus ministros por su obrar en la gestión y dirección cotidiana de la administración

Así las cosas, en el cotidiano devenir de la administración, que requiere de iniciativa (para decidir) y discrecionalidad (para optar con soltura entre las

diferentes opciones que la decisión impone) resulta que administrar es siempre una actividad que excede al mero ejecutar.

Diremos en consecuencia, para concluir con este punto, que:

- La distinción constituyente entre ejercicio y titularidad de la Administración, lleva sostener que el Presidente detenta la segunda, y el M.C. la ejerce en el marco de la delegación que la Constitución le impone efectuar al Presidente.
- El Jefe de Gabinete es un subordinado del Poder Ejecutivo y por ello carece de autonomía para ejercer la administración como le place: deberá respetar las instrucciones que le otorga el Presidente y acatar el contralor a que lo somete.
- Ambos funcionarios son responsables jurídica y políticamente (El presente en mayor grado) por el obrar en la gestión y dirección de la Administración de la Nación que la Constitución les encomienda

27.3.- Poderes reglamentarios del Poder Ejecutivo: Noción de reglamento administrativo. Los supuestos constitucionales (Decretos reglamentarios, reglamentos autónomos, reglamentos delegados y reglamentos de necesidad y urgencia). -

El poder reglamentario es la atribución que le corresponde en esencia y por excelencia al Presidente. El "decreto" es su instrumento básico para gobernar el país. Reconoce la doctrina de los autores, que estas cuestiones eran estudiadas antes de operarse la reforma de la Constitución en 1994 al margen de la potestad legisferante, que se reconocía - por lo general - como exclusiva del Congreso.

Recordamos que el nuevo sistema constitucional acuerda al Poder Ejecutivo potestades legislativas propias (excepcionales y en situación de emergencia) y también delegadas (que derivan también de contextos previos de emergencia focalizados por el Congreso), lo que ha producido un giro muy importante en el tratamiento de éstas cuestiones, desbalanceando peligrosamente el equilibrio que debe existir en la ingeniería del sistema constitucional (en general), y el que se debe mantener entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo de la Nación (en particular), con grave perjuicio para el último mencionado y la república toda.

Aclarado lo que antecede, pasamos a desarrollar las diversas modalidades de potestad reglamentaria que posee el Presidente de la Nación en el sistema constitucional argentino, aclarando en forma previa que el término "reglamento" ha de ser aquí utilizado como equivalente a acto administrativo de alcance general, habiéndolos definido en su sentido estricto Bidart Campos, como:

Aquellos que en sus respectivas áreas de competencia administrativa emiten el poder ejecutivo, el jefe de gabinete, los ministros y los organismos y administraciones de la Administración Pública

Las clasificaciones más usuales nos presentan a los siguientes tipos o "categorías" de reglamentos, a saber:

1. Los decretos reglamentarios: La Constitución establece a su respecto en el art. 99 inc. 2º, que ellos deben guardar congruencia con el principio de razonabilidad establecido en el art. 28 de la C.N., 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.

Sin ley entonces, no puede existir un decreto reglamentario. Se ha dicho en este sentido que el grado de vinculación entre la ley y el decreto reglamentario se corresponde con aquella que existe entre lo principal y lo accesorio. Indica Midón que éste tipo de decretos ha sido concebido para reglar pormenores que hacen a la ejecución y aplicación de la ley. Allí se encuentra su claro y expreso límite.

Si es el Congreso el que declara necesaria la reglamentación de una ley, así lo indica al sancionarla y por ende, hace nacer la obligación pertinente de reglamentación en el Poder Ejecutivo. No podría el ejecutivo omitir en ese caso la reglamentación, so pena de fracturar la ejecución de ese acto complejo que requiere de la voluntad de los dos poderes de Estado para entrar en funcionamiento. En caso de omisión, nacerá para el presidente la pertinente responsabilidad política.

Ha dicho la jurisprudencia de nuestra Corte que las normas reglamentarias si bien son subordinadas a la ley, también las completan regulando los detalles indispensables para asegurar su cumplimiento y los fines

dispuestos por el legislador, y obligan a los habitantes tanto como las leyes que con ellos se reglamentan. Por tal razón su vigencia se subordina al recaudo constitucional de la publicación por el plazo de ley en el Boletín Oficial de la Nación. La derogación de la ley priva además, como consecuencia lógica de su accesoriedad, a la vigencia del decreto.

Debemos decir que en realidad la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo ha sido históricamente en nuestro medio, el *punte de plata* que le tendió el sistema para rebasar las limitaciones constitucionales y acrecer sus facultades hasta llegar a "legislar" por decreto, con la plena convalidación de todos los sectores con responsabilidad política para frenar este tipo de abusos (partidos políticos, Poder Legislativo, Poder Judicial, etc)

Sin perjuicio de la realidad antes expuesta, y en el específico marco de actuación de los Decretos reglamentarios la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde 1973, ha asumido la defensa de la Constitución¹ sosteniendo que el exceso reglamentario es un problema directamente vinculado a la Constitución porque agrede al principio de separación de poderes, abriendo por ello el trámite del Recurso Extraordinario en tales supuestos, aunque recientemente, en 1987 retornó a su postura originaria, basada en que la alegación de exceso reglamentario del poder ejecutivo respecto de una ley de derecho común según la interpretación atribuida a dicha ley reglamentada, no da lugar al Recurso Extraordinario²

Respecto de la capacidad del Jefe de Gabinete para emitir este tipo de decretos, creemos nosotros que en principio este funcionario está impedido de reglamentar la legislación del Congreso, ya que sólo ejecuta actos de administración. Aún así, estimamos que será admisible su dictado para el caso de reglamentar las acotadísimas competencias que puede ejercer por sí, dispuestas en el inc. 2º del art. 100 de la C.N. en referencia al inciso 7º del citado artículo

2. Reglamentos autónomos: son también llamados "independientes". Su fundamento radica en lo dispuesto por el inciso 1º del art. 99 de la C.N. esto es, en la competencia específica del Presidente de la Nación como jefe de la administración pública nacional. En este supuesto, el Poder Ejecutivo no actúa reglamentando una ley, sino que ejerce competencias constitucionales que le son connaturales, como es el caso de aquellos necesarios para la organización administrativa del Poder Ejecutivo (Regulación del Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública, etc).

1 CSJN Autos "Puerta c/Farloc", 1973

2 CSJN "García c/FFCC", del 5/5/87

Este sería un caso en el que el decreto no sería accesorio del dictado de una ley, ya que el Congreso no legisla estas competencias particulares del poder Ejecutivo. Debe quedar en claro de todos modos, que si el Congreso de la Nación legisla sobre el punto (como sería el supuesto de una legislación sobre concesión de jubilaciones y pensiones), el Decreto deberá subordinarse a la legislación en cuestión.

Volviendo a la potestad del Jefe de Gabinete para emitir reglamentos de éste tipo, remitimos a lo ya expuesto, sentando en principio la tesis restrictiva, que indicará que el M.C. sólo ejercerá esta potestad para muy contados supuestos, como sería la organización de las reuniones de gabinete.

3. Reglamentos delegados: En determinadas ocasiones, el Poder Ejecutivo asume ciertas funciones legislativas que la Constitución ha encomendado al Congreso. Estos son casos conocidos como de *legislación detraída* al Congreso. La reforma constitucional de 1994 ha constitucionalizado esta modalidad de ejercicio de la potestad legislativa (que nosotros personalmente consideramos inconveniente en un sistema Republicano que pretende revitalizar los roles del Congreso). De todas formas, la norma en cuestión (art. 76 de la C.N.) comienza con una enfática prohibición, por la que *impide al Presidente dictar disposiciones de carácter legislativo*.

Los supuestos de excepcional admisión de esta modalidad de delegación, intentan determinar con precisión quien delega, a quién se delega, acerca de qué se delega, y por cuanto tiempo se delega. Así, tenemos que:

- La delegación legislativa permitida sólo puede ser efectuada por el Congreso de la Nación
- La delegación legislativa podrá hacerse solamente al Poder Ejecutivo (no a sus Ministros, ni en particular, al Jefe de Gabinete)
- Las materias de delegación deben ser *determinadas* y referidas a materias de administración o emergencia pública
- Se debe establecer un plazo determinado por el que la potestad legislativa podrá ser ejercida por el Presidente
- En todos los casos, el Congreso debe establecer previamente las bases de la delegación de que se trate (aún para el caso de dictar una ley general al respecto, podrá establecer modalidades específicas en cada caso)

En consecuencia, un reglamento delegado deberá surgir de las bases que la Constitución prescribe para su viabilidad, que son excepcionales y restrictivas. De todas maneras, el tema será tratado en profundidad al abordar el Capítulo XXXIII, al que remitimos.

Existe también la llamada "delegación reglamentaria impropia", a la que Bidart Campos tiene por subsistente luego de la aparición del art. 76 de la C.N., y que se da cuando la propia ley faculta a reparticiones administrativas subordinadas al Poder Ejecutivo a realizar ciertas reglamentaciones. Coincidimos aquí con Bidart Campos cuando alerta sobre la inconstitucionalidad de la potestad que se ha "autoarrogado" la administración para tipificar faltas (los famosos "edictos policiales), por faltar la base legal a la norma contravencional "regulada" por la Administración.

Así es que el maestro sienta las siguientes reglas generales en el punto para que el encuadre de la ley que confiere potestades en materia de contravenciones a organismos administrativos sea constitucionalmente admisible:

- O la ley se asimila a las "leyes penales en blanco", debiendo en tal caso trazar los contornos de la norma administrativa complementaria que se dictará posteriormente a fin de la respectiva reglamentación
- O se trata de una ley cuyo "tipo" no queda desmesuradamente abierto a disposición de la norma administrativa que individualizará la conducta "infractora"
- En cualquiera de los dos casos, la ley no puede dejar indeterminada la sanción de forma que delegue en la administración el arbitrio total para la determinación de la conducta reprochable

Por nuestra parte, nosotros nos pronunciamos definitivamente en contra de este tipo de "delegación impropia". La República requiere de legisladores que asuman su rol, en lo que éste tiene de importante para la salud de la República. La recuperación de la democracia pasa por la recuperación también de los espacios adecuados para establecer las reglas de conducta que regirán la vida de la ciudadanía. En tanto ello suceda, se intentará acotar el avance desmedido de la delegación para legislar. Que ya nosotros percibimos como una "caja de pandora" abierta de par en par...

4. Reglamentos de necesidad y urgencia: Esta modalidad de

ejercicio de potestad legislativa por parte del Poder Ejecutivo ya había sido reconocida por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia³, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Son reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo en materias que la Constitución reserva al Congreso de la Nación, razón por la cual se los ha llamado también decretos-leyes.

Ellos son emitidos sin la previa autorización del Congreso. Aunque esta práctica erosionante del sistema ha sido advertida desde el siglo pasado, la cantidad de reglamentos dictados en esa forma irregular ha aumentado considerablemente desde la reinstalación de la democracia en 1983, y hasta el momento de operarse la reforma constitucional de 1994. Sagués calcula el dictado de alrededor de 15 durante el gobierno de Raúl Alfonsín (1983-1989), y más de 100 en la Administración de Carlos Menem (hasta 1992). Habitualmente se invocan razones de emergencia para su dictado y justificación. Algunos de ellos han sido ulteriormente ratificados por el Congreso, y otros no.

Hasta el momento de la reforma constitucional de 1994, la doctrina liderada por Bidart Campos - y a la que adscribimos - los consideró inconstitucionales. Otro sector los admitía por no haber sido ellos prohibidos por el texto supremo. Hoy en día la regulación constitucional del instituto torna abstracta tal discusión, aunque no nos convence de que la decisión de su habilitación sirva tan siquiera para contener su devastador avance sobre las instituciones de la República. Remitimos al lector al tratamiento particularizado del instituto que haremos más adelante.

27.4.- Potestad co-legislativa del Poder Ejecutivo: análisis de las fases del proceso legislativo en que interviene el Poder Ejecutivo.-

Hemos dicho que la función legislativa es la que ha caracterizado al perfil del Congreso en el pasado, lo que se ha diluido con el correr de los tiempos institucionales. Aún así, el reto de los modernos sistemas constitucionales pasa por intentar el recupero de tales roles resignados, y también a ocupar otros espacios de no menor significación, como lo son el de control y el del intento de generar en su seno el ámbito idóneo para establecer el debate público de las ideas.

En ese contexto sistémico e integrador, en el que nosotros propugnamos

3 CSJN Caso "Peralta" LL. 1991-C518

que los tres poderes de estado articulen sus roles en equilibrio, para el bien de la República, debemos destacar que el trazado de la potestad legislativa no excluyó al Poder Ejecutivo de su intervención, sinó más bien lo llamó a colaborar en todas las etapas, con mayor o menor intensidad, según el momento institucional de que se trate. Tal intervención del presidente en el proceso de la formación de la ley, encuentra su fundamento en la regla de coordinación e interdependencia de los poderes. En ese marco conceptual, y sin que cada uno de los estamentos del Poder intervinientes en el acto pierda su particularismo, el sistema previó un aporte que cohesione a la ley de la república como un verdadero acto de articulación conjunta de los representantes del pueblo.

Así, y conforme lo dispone el artículo 99 inciso 3°, 1° párrafo, el Poder Ejecutivo participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar

La reforma de 1994 ha variado la terminología respecto del texto histórico que en el punto decía "las sanciona y las promulga", con lo que ahora el recaudo de la publicación de las leyes aparece en forma explícita disipando una ardua polémica que al respecto se había suscitado en doctrina.

También ha habilitado la reforma constitucional de 1994, la promulgación parcial de las leyes por parte del Poder Ejecutivo de la Nación, admitiendo la constitucionalidad del veto parcial, en los términos en que nuestra jurisprudencia receptó la figura

En suma, considerando las tres etapas básicas de la formación de una ley (iniciativa, constitutiva y de eficacia), indicaremos gráficamente cual es el rol que el Poder Ejecutivo desempeña según la Constitución, en cada una de ellas:

ROL DEL PODER EJECUTIVO EN EL PROCESO LEGISLATIVO

(El presidente de la nación participa de una ú otra forma en cada una de las etapas de la formación de la ley)

Etapa de Iniciativa (Invitación hecha al legislador para adoptar una norma jurídica)	Etapa constitutiva (Se cumple por ante el Congreso de la Nación conforme los procedimientos que a tal fin establece la Constitución)	Etapa de eficacia (La cumple exclusivamente el Poder Ejecutivo mediante la adopción de ciertos actos que dan efectividad a la ley)
• Puede presentar un proyecto de ley en cualquiera de las Cámaras del Congreso, suscrito por el Ministro del ramo o el "Jefe de gabinete" en su caso. Lo debe acompañar con una exposición de motivos y presentarlo en la Cámara que a tal fin dispone la Constitución, o en la que desee si no hay disposición constitucional en contrario	• El Poder Ejecutivo puede participar en esta etapa de discusión por intermedio de sus Ministros, que pueden concurrir al recinto a expresar sus pareceres en forma voluntaria, pero sin voto	• Promulga la ley lo que significa que aprueba el proyecto ya sancionado por las Cámaras. Técnicamente la promulgación es el acto solemne por el que el presidente atestigua la existencia de la ley y ordena su cumplimiento • Esto se materializa por el Decreto que dicta el Poder Ejecutivo teniendo por ley de la Nación el proyecto que aprobó el Congreso • Si bien no existe en nuestro derecho la promulgación tácita, si existe la "sanción tácita" de la ley, si el presidente no veta o promulga el proyecto en el plazo de ley (10 días) • También debe el Poder Ejecutivo hacer publicar la ley, luego de promulgarla, lo que implica el deber republicano de divulgación de la norma promulgada • Puede también no promulgar la ley, y en consecuencia; rechazarla o vetarla, total o parcialmente

27.5.- Los supuestos del "veto presidencial y la promulgación parcial de las leyes.-

Todo proyecto de ley sancionado por las cámaras legislativas queda sujeto - como vimos - a la aprobación o al rechazo por parte del Poder Ejecutivo, quien en consecuencia, puede promulgarlo (y mandarlo a publicar) o vetarlo. En este último supuesto, lo que en realidad hace, es ejercer su potestad constitucional de oponerse a que ese proyecto se transforme en ley.

Decía Alexander Hamilton que el presidente sin poder de vetar las leyes se encontraría absolutamente incapacitado para defenderse de las agresiones

de las Cámaras⁴. Es esta una importante facultad que se concede al Poder Ejecutivo para evitar que el Congreso invada su esfera de acción, alterando el equilibrio de los poderes de Estado, pero además es un muy adecuado instrumento para efectuar control político de constitucionalidad, ya que entre otras razones, el presidente puede válidamente esgrimir que veta un proyecto legislativo porque cree que este último repugna a la Constitución.

O sea que el Poder Ejecutivo puede esgrimir para vetar una norma, tanto razones de valoración jurídica como de valoración política

Sabemos que el lector creará que esta prevención constitucional para equilibrar los poderes de estado parece como irrisoria en el marco de avance del poder presidencial que el propio esquema constitucional ha permitido. Una cosa no quita la otra. Creemos en la reivindicación del Poder Legislativo, porque ella es necesaria para la salud del sistema. Pero en realidad deseamos que el Poder Moderador actúe también sus roles balanceando los excesos y evitando que el Poder Ejecutivo legisle alegando urgencias innecesarias, pero manteniendo su potestad de veto, por las razones constitucionales que la propia Constitución esgrimió para autorizar esta figura.

La doctrina, y en particular el importante trabajo de Fernando Luna, ha clasificado a los tipos de veto en la siguiente forma:

<u>CLASIFICACIONES RESPECTO DEL VETO PRESIDENCIAL</u> (tipos de veto)	
CLASE DE VETO	CARACTERÍSTICAS
• Veto absoluto	• Impide definitivamente y para siempre el proyecto
• Veto suspensivo	• Evita que la ley entre en vigencia de modo inmediato, subordinándola para su eficacia a una nueva sanción por parte del Legislativo
• Veto único	• Si el proyecto observado vuelve a ser sancionado en un período legislativo ulterior, el ejecutivo está obligado a promulgarlo
• Veto periódico	• Aquí el Poder Ejecutivo no tiene restricción alguna para formular observaciones
• Veto total	• Se efectúa sobre todo el proyecto
• Veto parcial	• Se efectúa sobre una parte del proyecto
• Veto propio	• En este caso se veta un proyecto ya aprobado por las Cámaras
• Veto "impropio"	• Aquí el veto se ejerce sobre un proyecto aún en discusión

⁴ Hamilton, Alexander y otros "El federalista" Edit. "La Pampa" Buenos Aires, 1887, LXXIII, pag.311

• Veto traslativo	• Se opera cuando a un proyecto de ley sancionado por el Poder Legislativo, el Jefe de Estado lo puede someter a aprobación o repulsa del cuerpo electoral
• Pocket veto	• Se produce cuando el Presidente se ve impedido de devolver un proyecto al Congreso dentro de los 10 días, en el cual se opera una promulgación tácita, cuando esa imposibilidad resulta de la suspensión o terminación de las sesiones
Nota: El sistema constitucional argentino ha aceptado que el veto puede ser total o parcial (promulgación parcial de las leyes) y suspensivo-condicional	

En consecuencia, las leyes sancionadas por el Congreso pueden ser vetadas total o parcialmente por el Poder Ejecutivo. En tal caso, el proyecto vetado vuelve con sus objeciones para el tratamiento por las dos Cámaras del Congreso, las cuales con dos tercios de votos de sus miembros presentes, pueden insistir en su proyecto, sancionándolo en forma definitiva, y debiendo en tal caso pasar al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación. En este supuesto, no es admisible un nuevo veto sobre el proyecto.

La regla es que para el caso de que un proyecto sea vetado parcialmente por el poder Ejecutivo, la parte restante no puede ser promulgada. Sin embargo la reforma de 1994 permite la mentada promulgación parcial para el caso en que ella tenga autonomía normativa y su aprobación parcial no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

Si el Presidente desea promulgar parcialmente un proyecto vetado en parte, deberá cubrir con las formas que la Constitución indica para el dictado de decretos de necesidad y urgencia. O sea con la firma de la totalidad de sus ministros en acuerdo de gabinete, debiendo el Jefe de Gabinete de Ministros someter tal promulgación parcial en el término de 10 días al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso instituida por la Constitución.

Debemos resaltar aquí que la mentada comisión no ha sido hasta ahora creada en el seno del Congreso de la Nación, lo que denota un grave acto de irresponsabilidad política por parte del parlamento argentino, y una inadmisble inconstitucionalidad por omisión que evidentemente, genera inseguridad y falta de control en las instituciones de la República

Sostiene Quiroga Lavié que la omisión por parte del Poder Legislativo de tratar las promulgaciones parciales de leyes habilitará a la justicia para nulificar el decreto promulgatorio, tal como se halla habilitada para nulificar los decretos de necesidad y urgencia dictados en violación del mandato constitucional contenido en el art.99 de la Constitución

En realidad, la Convención Constituyente de 1994 no ha hecho otra cosa,

al habilitar la promulgación parcial de las leyes, que recoger la posición jurisprudencial que en el punto sostiene nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵ Tal doctrina recoge dos pautas esenciales que resultan ser la base de la norma constitucional que hoy regula la cuestión(art. 80 C.N.). Ellas son las siguientes:

- Es posible la promulgación parcial de una ley si lo vetado no perjudica su unidad
- Es justiciable el examen del procedimiento utilizado por el Congreso, en la formación y sanción de las leyes si se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley, siempre que se haga valer en juicio por parte interesada, un derecho subjetivo contra obligaciones impuestas por dicha ley

27.6.- la potestad legislativa de emergencia del Poder Ejecutivo: El caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Análisis del instituto antes y después de operada la reforma constitucional de 1994.-

Hemos visto ya en el Capítulo XIII, que los ordenamientos constitucionales (particularmente los latinoamericanos) contemplan la posible existencia de situaciones límite donde el sistema jurídico político prevé - dadas ciertas circunstancias habilitantes previstas en una norma jurídica - la declaración de un "estado especial" en el que el ordenamiento jurídico es conducido elastizando los controles republicanos y recortando la vigencia de los derechos de los ciudadanos. Así, nuestra Constitución prevé el instituto jurídico del "Estado de Sitio" considerado por muchos, el único instituto de emergencia que presenta el sistema constitucional argentino.

Ahora bien, puede darse también la posibilidad de que el Poder Ejecutivo requiere en ciertos y determinados supuestos ejercer funciones legislativas mediante dictado de decretos que materialmente poseen el contenido de la ley. Nosotros sostenemos que tal circunstancia no puede darse sinó en situación de grave emergencia de la República, ya que no se concibe que en situaciones de *normalidad institucional* el Presidente de la República asuma la potestad legislativa sin siquiera obtener una delegación legislativa por parte del Congreso. Es real que nuestra Constitución ha establecido al Estado de sitio como el único estado de excepción en que quedan suspensas las garantías

⁵ Originada en Autos "Colella" CSJN Fallos 268:352.

constitucionales. Hemos visto además como el propio texto fundamental dispone un cuidadoso mecanismo para la declaración del estado excepcional y ha reglado cuidadosamente la actuación de los poderes públicos en dichos estados.

Es por esta simple razón que nosotros, siguiendo la doctrina sentada por autores de la talla de Bidart Campos, Miguel Ekmekdjian, y Gregorini Clusellas, hemos sostenido antes de operarse la reforma constitucional de 1994, que el dictado de decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo era inconstitucional, ya que la constitución no regulaba un estado de excepción que admitiera su dictado. Gregorio Badeni llegó a rechazar la posibilidad del dictado de este tipo de decretos aún en casos de emergencia, por cuanto sostuvo que particularmente en tiempos de crisis, la constitución constituye un valladar infranqueable

Pero pese a las posiciones expuestas, la doctrina y particularmente la jurisprudencia abrieron paso a estas infecundas regulaciones que quiebran drásticamente la vigencia de la regla de división de poderes. A ello debemos sumar que la reforma constitucional constitucionalizó el instituto. Por tal razón esbozaremos brevemente los presupuestos del dictado de decretos de necesidad y urgencia, y luego nos internaremos en el análisis de la propuesta constitucional alojada en el art. 99 inc. 3° del texto fundamental.

En principio cabe preguntarse ¿cuál es el supuesto fáctico que habilita al Poder Ejecutivo a avanzar hacia la asunción de potestades legislativas que ni siquiera le han sido delegadas por el Congreso?

La doctrina de los autores es coincidente en que se trata del Estado de Necesidad, en el que la realidad política puede presentarse como un desaguado irreparable que coloque al sistema constitucional en el borde mismo del colapso. Pero aún así, se ha señalado que no es suficiente por sí sola la necesidad, ya que es preciso la urgencia en el dictado del mencionado acto normativo.

En segundo lugar ¿cuál será la característica que debe presentar la existencia de ése estado de necesidad?

Perez Hualde sugiere que la falta de previsión normativa o de funcionamiento normal del Congreso pareciera ser la nota distintiva de éste

peculiar estado de necesidad, que es distinto de aquél que habilita a la declaración del estado de sitio, o habilita al funcionamiento del poder de policía de emergencia, o a la intervención federal. Deberemos hablar en este caso de una *situación crítica* consistente en la parálisis del sistema (o de parte

de él) frente a un hecho concreto, con repercusiones institucionales, que requiere la necesidad inmediata de actuación para salvaguardar el bien común seriamente comprometido frente a una amenaza que - además de actual - debe ser grave e inminente. Demás está decir que ésta excepcional interferencia en el rol legislativo del Congreso por parte del Poder Ejecutivo jamás podrá fundarse en el hecho de existir "desacuerdos" entre ambos poderes de Estado.

Cabe apuntar además que en el caso del dictado de un decreto con éstas características, considera la doctrina en general que no es necesario que las acciones emprendidas por el Poder Ejecutivo tengan éxito para justificar el dictado del decreto de necesidad y urgencia, sinó que resulta suficiente con que en el caso concreto se acredite:

- La inevitabilidad de la acción emprendida
- La razonable adecuación del mencionado decreto con la norma constitucional habilitante
- La razonable vinculación del dictado del decreto con la situación de crisis que pretendidamente le sirve de fundamento

De lo expuesto se sigue que el decreto de necesidad y urgencia ha de buscar su justificación en el mismo sistema jurídico-político (que ya posee legitimidad propia y justificación ética en el consenso). No creemos realmente que el estado de emergencia que justifica el dictado de un decreto de necesidad y urgencia pueda tener base "supraconstitucional". Por ello es que hemos negado - antes de operarse la reforma constitucional de 1994 - la viabilidad constitucional de ésta peligrosa figura.

Pese a los "sobrados" motivos que pueden ser invocados para rechazar la habilitación de semejante "captura institucional" de las facultades legislativas propias del Poder Legislativo por parte del Poder Ejecutivo, la Corte Suprema finalmente admitió la constitucionalidad del ejercicio de ésta modalidad legislativa por parte del Poder Ejecutivo, al resolver el sonado caso "Peralta"⁶, permitiendo la apropiación que el Estado efectuó en esa ocasión, de la mayor cantidad de fondos depositados en bancos, en certificados a plazo fijo, transformándolos en bonos del Estado, que se harían efectivos en cabeza de los ahora nuevos "acreedores forzosos", en el plazo de 10 años.

El alto tribunal condicionó la validez de éstos decretos, a la corroboración de las siguientes circunstancias:

6 CSJN Fallos ED 141-519

1. Real situación de riesgo social
2. Necesidad de decidir la medida adoptada
3. No adopción, por parte del Congreso, de medidas contrarias

Para justificar su decisión, la Corte acentuó también su parecer en el sentido de que ciertas decisiones, que la Constitución dejaba de ordinario en manos del Congreso, no podían en estas peculiares circunstancias ser fácticamente concretadas por el cuerpo colegiado, dada la celeridad y sigilo que las medidas en cuestión requerían para su eficacia, lo que era incompatible con la actuación de una institución colegiada, fraccionada en dos cuerpos, y "maleable" a los lobbys externos. Expresó - entre otros fundamentos respecto de esta cuestión, que:

"La confrontación de intereses que dilatan - y normalmente con razón dentro del sistema - la toma de decisiones, las presiones sectoriales que gravitan sobre ellas, coadyuvan a que el presidente, cuyas funciones le imponen el concreto aseguramiento de la paz y el orden social, seriamente amenazados en el caso, deba aceptar la decisión de elegir las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable"

Obsérvese que nuestro mas alto tribunal, justifica en éste precedente tamaño colapso institucional por apropiación indebida de roles propios que hacen a la esencia de otro poder de Estado, argumentando que la acción emprendida por el Poder Ejecutivo sería en el caso *probablemente eficaz*. El alto tribunal llega a sostener que en determinadas ocasiones, la división de poderes iii es una mera técnica que puede (y debe) ser dejada de lado por razones de subsistencia del sistema!!! . En realidad, este olvidable precedente debe recurrir a la descalificación del accionar del Congreso y a la "razón de Estado" para justificar el avance del Poder Ejecutivo, asumiendo potestades legislativas que hasta entonces le estaban vedadas por la propia Constitución. Al convalidar el dictado de decretos de necesidad y urgencia por razones de *emergencia y eficacia* , la Corte Suprema no tuvo en cuenta el hecho de que la emergencia no puede generar derecho en un sistema democrático, porque aún la mismísima emergencia implica una modalidad de "anormalidad" normada, como ya vimos.

Creemos conveniente, antes de pasar al análisis del artículo 99 inc. 3° de la Constitución, transcribir ciertas acotaciones que Miguel Ekmekdjian efectuó acerca del precedente "Peralta" en los albores de la reforma constitucional de

1994⁷:

"Tomemos el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Peralta", hace aproximadamente un año. Lo digo con todas las letras, como argentino, como abogado y como viejo profesor de Derecho Constitucional: me da vergüenza ajena ese fallo, porque contiene setenta fojas de falacias. Así, por ejemplo, se afirma que dividir el poder es desmembrar el Estado, con lo cual de alguna manera se afirma que Montesquieu era una especie de terrorista que quería desmembrar el Estado para consagrar la anarquía, porque uno de los primeros que habló de dividir el Poder fue Carlos de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu. Allí se hacen un conjunto de afirmaciones falaces, que no condicen con la letra ni con el espíritu de la Constitución y que tienen como única excusa sostener una medida arbitraria del Poder Ejecutivo"

Nestor Sagues, desde una sutil lectura de la cuestión, sostuvo que el decreto de *conveniencia*, pero vestido como decreto de necesidad y urgencia, es precisamente una de las secuelas más próximas que alienta la lectura *ejecutivista* de "Peralta", y advierte que la tolerancia de la sociedad en cuanto acepta - en aras del efectismo o utilidad inmediata - la transferencia de poderes legislativos al Poder Ejecutivo (sin que medie un válido proceso de delegación, agregamos nosotros, lo que transforma al acto en una mera apropiación de funciones), obliga a repensar seriamente ésta temática.

Frente a tamaña interferencia, los convencionales constituyentes de 1994 pudieron haber asumido frente a la figura en estudio, las siguientes posturas:

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. No regular la figura (en la creencia de que la propia jurisprudencia adecuaría su interpretación en el futuro, centrándola en una visión de contexto que respete la división de poderes y realce los roles del Congreso) 2. Regularla, prohibiendo la emisión | <ol style="list-style-type: none"> de los Decretos de Necesidad y Urgencia en forma absoluta. 3. Regularla, prohibiendo la emisión de Decretos de Necesidad y Urgencia en forma absoluta, pero dejando abierta la puerta a ciertas excepciones 4. Regularla, admitiendo la procedencia de la figura con |
|---|--|

⁷ De autores varios: Reforma Constitucional. Edit. Ciudad Argentina, 1994, pag.27/28

limitaciones

A continuación, analizaremos la norma constitucional regulatoria de los decretos de necesidad y urgencia. El art' 99 inc. 3° de la C.N. parece sentar en principio la tesis prohibitiva, toda vez que indica con énfasis que el Poder Ejecutivo no podrá, en ningún caso y bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Aunque luego se advierte una excepción, que indica lo siguiente:

Art. 99 inc. 3°: "(...) solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por ésta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros, que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros"

En consecuencia, nuestro sistema constitucional adscribe - respecto del dictado de decretos de necesidad y urgencia - a la posición que niega su procedencia genérica, pero admite su excepcional dictado en el marco de emergencia que determina el Poder Ejecutivo, controlable por parte del Congreso de la Nación y el Poder Judicial en sus respectivos ámbitos.

Se trata de un acto complejo, generado en un contexto de emergencia, que no puede ser resuelto solamente por el Presidente (en ningún caso) sino que requiere para viabilizar la medida además de su voluntad, el acuerdo favorable de ministros y refrendo conjunto de ellos y del jefe de gabinete de ministros.

Solo así el D.N.U. estará en condiciones de entrar en vigencia (ad referéndum de su aprobación del Congreso, y sujeto a ulterior revisión judicial)

Debemos recordar entonces que la prohibición absoluta indicada en la Constitución para el Poder Ejecutivo, no se desdibuja luego, toda vez que la habilitación posterior (limitada a ciertos supuestos) solo cabe a modo de acto complejo y controlado, que no dependerá entonces del exclusivo arbitrio del Presidente, como se vio.

Sumamos a lo expuesto, que la prohibición absoluta de dictado de

decretos de necesidad y urgencia es infranqueable respecto de ciertos temas específicos, tales como:

- La materia penal
 - La materia tributaria
 - La materia del régimen de los partidos políticos
 - La materia del régimen electoral
 - También agregamos nosotros la materia de declaración de necesidad de la reforma
- constitucional, porque resulta esta última una cuestión no legislativa, sino preconstituyente, que en modo alguno puede ser asumida por un poder político constituido diverso al señalado para tal rol por la Constitución en su artículo 30.

¿Cómo funciona éste instituto en el sistema de la Constitución?

En principio, se requiere de la habilitación emergencial que supone la existencia de crisis institucional, lo que implica para nosotros - cuanto menos - un contexto de parálisis total del sistema ocasionada por hechos graves e inminentes, frente a los que no exista respuesta ninguna de parte del Poder Legislativo, aún pese a haber sido requerida su intervención.

Frente a esta situación de emergencia, es el Estado el que actuará (precisamente, el Poder Ejecutivo que - por supuesto - no debe haber ocasionado con su accionar, el estado de emergencia que ahora pretende conjurar), en la creencia de que, dado el estado de cosas imperante, se presupone que el bien jurídico más débil (representado por la conservación del orden habitual en materia de competencias legislativas), ha de ceder frente al bien jurídico mas fuerte (que aquí se representa por la conservación de la integridad del orden jurídico y social que en ocasiones no puede esperar para su resguardo, el trámite y procedimiento ordinario de sanción legislativa).

Más allá de la razón de Estado que se invoque para conjurar estos pretendidos peligros, nosotros alertamos al lector del hecho de que este tipo de soluciones nos disgusta. Sabemos del grave daño que la emisión de este tipo de legislación ocasiona en la funcionalidad del sistema democrático. Pero aún desde la crítica leal y sincera, nos alineamos en el respeto a la manda constitucional.

En suma, sostenemos la peligrosidad de éste instituto de emergencia para la salud del sistema constitucional (aún teniendo en cuenta los resguardos que la Constitución impone para su funcionamiento), en las siguientes consideraciones básicas:

- Imposibilita la seria y adecuada discusión de la ley en el Congreso, con lesión al principio de división de poderes.
- Limita al Poder Legislativo a un - necesariamente rápido - rol de contralor que puede no bastar según el contexto del decreto que se dicte (que por otra parte, posee operatividad inmediata)
- Lesiona de gravedad a nuestro federalismo, al no permitir la intervención de los Senadores Nacionales en la discusión de la norma en cuestión
- Compromete la vigencia del sistema representativo, privando a los legítimos representantes del pueblo de debatir las cuestiones urgentes en el ámbito natural para hacerlo
- Este sistema parte de la base de presumir que en situaciones de grave crisis, el Congreso de la Nación no se encuentra en condiciones técnicas o políticas (o ambas), de resolverla
-

De lo expuesto derivamos nosotros que los D.N.U. no pueden apartarse en modo alguno de las finalidades que motivaron su dictado. Un accionar contrario a este postulado habilitaría a la declaración de su nulidad absoluta e insanable. Agregamos a lo expuesto que será aquí el Poder Ejecutivo el encargado de *afrontar y resolver* la crisis, con apoyo y participación necesaria de su Gabinete, por lo que tanto el presidente como sus ministros (y en particular el jefe de gabinete) serán responsables política y jurídicamente de su accionar ante el Congreso y los ciudadanos afectados que eventualmente los demanden en justicia.

Respecto del acto en sí, el mismo debe ser objetivamente indispensable y en consecuencia para el válido dictado de un D.N.U. el Poder Ejecutivo y su gabinete deberán acreditar que (en forma simultánea):

1. Existen circunstancias excepcionales (equivalentes, como vimos, al estado de necesidad), que justifican la actuación emergencial (no causadas por el Poder Ejecutivo).
2. Que también existe una imposibilidad *real y concreta* de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes (en consecuencia, si existe situación emergencia, pero el trámite legislativo no resulta imposible de cumplimentar, el dictado del D.N.U. estará vedado).

Creemos nosotros que el sistema de la Constitución agrega al habitual recaudo de la emergencia, el de la imposibilidad real de legislar la

cuestión por parte del Congreso de la Nación. Debe quedar en claro en este punto, que "imposibilidad de legislar" no implica que se pueda admitir al Poder Ejecutivo alegar discrepancias políticas, de metodología o aún de estrategia con el Congreso para recurrir a ésta drástica solución. Estamos hablando de una real imposibilidad.

Bien dice aquí Bidart Campos que en esta cuestión debe haber imposibilidad de legislar y no inconveniencia o dificultad para hacerlo. Agregamos a lo expuesto, que es el poder Ejecutivo quien primero merita las exigencias de emergencia que ha de alegar para el dictado de un D.N.U.

Los controles que la Constitución ha dispuesto para enmarcar y contextualizar el dictado de los decretos de necesidad y urgencia en el sistema republicano de gobierno son variados, y estimamos que para actuarse debidamente se debe requerir y exigir la existencia y funcionamiento de todos ellos en forma orgánica y conjunta. Advertimos nosotros en el diseño constitucional, un esquema que los puede agrupar de la siguiente forma:

<u>MODALIDAD DE EFICACIA DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA</u>	
Efectos del Decreto de Necesidad y Urgencia	Omisión de cumplimiento de los trámites impuestos por la Constitución
• Son de operatividad inmediata, pero cesarán en sus efectos para el futuro desde que el Congreso decida anularlos • Cesan sus efectos también si el Poder Judicial decide su nulidad absoluta e insanable por vía de la declaración de inconstitucionalidad • Cesan asimismo sus efectos si el propio Poder Ejecutivo decide derogarlo con otro D.N.U.	• Su consecuencia es la nulidad absoluta e insanable dispuesta por el art. 99 de la Constitución • Si el Jefe de Gabinete no eleva el Decreto al Congreso, habilita la competencia propia de este cuerpo para revisar "pe se" la producción legislativa del Poder Ejecutivo • Si la Comisión Bicameral incumple su mandato, las Cámaras del Congreso deben avocarse directamente al tratamiento del tema • Si el Congreso no rechaza o convierte en ley tal D.N.U. esta decisión debiera equipararse a la lisa y llana intención derogatoria, ya que la sanción ficta de la ley no es posible en el sistema de la Constitución

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CONTROL EN EL DICTADO DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Recaudos de procedimiento	Controles políticos por parte del Congreso	Controles políticos por parte de la ciudadanía y del Poder Judicial	Prohibiciones absolutas
• Se trata de un acto de naturaleza compleja que requiere la actuación conjunta del Presidente y si gabinete de ministros. • La Constitución añade la responsabilidad adicional del M.C. que debe refrendarlo y llevarlo personalmente a la sede del Congreso para su tratamiento dentro del plazo de 10 días de dictado • Deben darse (en criterio del Poder Ejecutivo y su gabinete) supuestos de circunstancias excepcionales y además que sea imposible seguir los trámites legislativos ordinarios	• El Congreso debe crear una comisión Bicameral Permanente que respete la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara • Esta comisión está obligada a examinar cada uno de los D.N.U. que les presente el M.C. y elevar el despacho respectivo dentro del plazo de 10 días de recibido el decreto, al plenario de cada Cámara para la consideración inmediata del tema. • El Poder Legislativo puede controlar las motivaciones políticas que el Poder Ejecutivo tuvo al emitir el D.N.U. y en consecuencia, aprobarlo o rechazarlo	• Los ciudadanos tienen legitimación para actuar en justicia si los órganos de la República demoran injustificadamente en efectuar el control institucional que les impone la Constitución (a modo de acción popular) • También pueden plantear en el caso concreto la inconstitucionalidad del D.N.U. • Los jueces se encuentran habilitados para evaluar los motivos que esgrimió el Poder Ejecutivo para dictar el D.N.U. (Doctrina del caso "Video Club Dreams")	No se pueden regular por D.N.U. las siguientes materias: • Penal • Tributaria • Régimen de los Partidos Políticos • Régimen electoral • Declaración de necesidad de reforma de la Constitución

Nosotros creemos siguiendo aquí a Germán Bidart Campos, que en realidad este sistema no podría operativizarse hasta que el Congreso de la Nación dicte la legislación que le impone el art. 99 inc. 3° última parte de la Constitución Nacional.

Lamentablemente, la realidad y la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema no avala nuestra interpretación, ya que sólo exige para viabilizar (prima facie) la eficacia de los D.N.U., que el Jefe de Gabinete deposite el instrumento legislativo en la sede del Congreso. En esas circunstancias el DNU tiene operatividad inmediata. Tampoco ha admitido la Corte Suprema que los legisladores impugnen un D.N.U. en su calidad de tales hasta que éste no impacte con sus efectos en el derecho de algún ciudadano que por esa razón lo ataque en justicia⁸, limitando el control "político" abstracto de esas manifestaciones legislativas al ámbito del Congreso. Creemos que este tipo de decisiones implica un modo de retroceso institucional inadmisibles.

Tampoco ha admitido la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales que un ciudadano plantee en justicia la inconstitucionalidad por omisión del Congreso en legislar acerca de esta comisión de control (caso Beltrán Gambier), en una modalidad jurisprudencial que calificamos - cuanto menos - de muy poco garantista.

Finalmente, recorreremos ahora los puntos básicos con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo el inadmisibles dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia con el que el Poder Ejecutivo concesionó el servicio de los aeropuertos:

<u>CASO RODRIGUEZ</u>	
• Declara la inexistencia de jurisdicción de los Magistrados actuantes, fundando su proceder en la existencia de potestades implícitas del Poder Judicial • Declara en ese sentido que los jueces han invadido la jurisdicción del Poder Legislativo para impugnar la procedencia del DNU cuestionado, al que consideran específico órgano de contralor en el punto • El DNU no presenta defectos formales respecto de su dictado • Rescata de todos modos la alta corte la potestad del Poder Judicial para controlar - a su tiempo y sobre la base de existencia de causa judicial - la constitucionalidad de éstas normas. • Esta decisión no implica asumir jurisdicción originaria ni aceptar en el caso "per saltum" alguno, sino asumir una actitud institucional para defender el principio de la separación de poderes. • Se rechaza la petición de medida cautelar efectuada por los legisladores nacionales en contra de la mentada "privatización" realizada por	Argumentos centrales de la disidencia del Ministro Fayt • Descarta la existencia de conflicto alguno de Poderes por el que tenga que expedirse la Corte • Aclara que en el caso se ha desafiado la constitucionalidad de una norma, y un juez se aboca al estudio de la cuestión, regularmente, lo que no implica en modo alguno alterar el equilibrio de funciones inherentes a la forma republicana de gobierno • Tacha a la decisión mayoritaria de insólito anacronismo que otorga al PEN supremacía respecto del Poder Judicial, a quien resta atribución de control de constitucionalidad (alegando incompetencia) • Descarta la existencia de "gravedad institucional" y la procedencia del "per saltum". • Indica que el Decreto de Necesidad y Urgencia 842/97 no pudo haber sido válidamente emitido al no haber sancionado el Congreso la ley correspondiente, ni haberse producido las

8 CSJN Caso "Rodríguez" 17-997-R-420 XXXII PVA (ED. Del 2/2/98)

D.N.U.	circunstancias excepcionales que se invocan • Se rechaza la presentación del Jefe de Gabinete de Ministros
Comentario: hay disidencias que poseen toda la entidad y fortaleza de un voto mayoritario (también la del Dr. Petrachi, que por razones de espacio no comentamos)...pero nuevamente la realidad hizo pesar la fuerza de la mayoría automática de la Corte Suprema, que se esfuerza por retacear controles institucionales al accionar del Presidente de la República e inaugura una oscura era en la que es posible contrariar el expreso mandato que impide la sanción ficta de las normas	

27.7.- Relaciones del Poder Ejecutivo con el Congreso de la Nación. Relaciones con la Iglesia, con las Fuerzas Armadas y la comunidad internacional.-

Ya hemos especificado cual es la modalidad de participación que el Poder Ejecutivo tiene según el diseño de nuestro sistema constitucional, en el proceso formativo de las leyes. Aún así, existen ciertas vinculaciones adicionales entre el Congreso y el Poder Ejecutivo que estimamos de importancia destacar.

En ese orden de ideas, el artículo 99 inciso 8° de la C.N. indica que es el Presidente quien procede a la apertura de las sesiones anuales del Congreso, dando cuenta allí del estado del país, al leer su habitual mensaje anual al Poder Legislativo, que es presentado por los ministros a los legisladores en forma individual y por escrito, también por imperativo constitucional. Asimismo, es el propio Presidente quien tiene potestad para prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso y para convocar a sesiones extraordinarias de ese cuerpo, en los términos que serán estudiados en el Capítulo XXX. También existen otras relaciones que vinculan al Presidente con el Congreso, desde que es a éste cuerpo colegiado que la Constitución le impone autorizar la ausencia del país del primer mandatario.

Es también al Congreso que le toca admitir o desechar los motivos de la *dimisión* del Presidente. Creemos con Bidart Campos, que si la renuncia del Presidente se produce en el receso del Congreso, el mismo acto de renuncia debiera incluir la convocatoria a sesiones extraordinarias para que el tema sea tratado, dada la gravedad institucional que la situación importa para la buena marcha de la República y sus instituciones.

El Presidente, en su carácter de Jefe de Estado, tiene fluidas relaciones con la Iglesia y particularmente con la Iglesia Católica, en atención a la

obligación de sostenimiento de tal culto que le impone el art. 2 de la C.N. De todas formas, éste tema ha sido desarrollado con amplitud, en cuanto ello es pertinente, en los Capítulos IV y VII, a cuya lectura remitimos.

Podemos decir también que el Presidente de la nación ha sido llamado a desempeñarse en el sistema de la Constitución, como un gran articulador de las relaciones entre las diferentes fuerzas políticas, ello teniendo además en cuenta que es usualmente el presidente del partido político mayoritario en el poder, en el tránsito de su gestión gubernamental. Por otra parte, la Constitución ha realzado desde su texto al ámbito de la participación, destacando en ese contexto a los partidos políticos como instituciones fundamentales de la República. Debe señalarse en este punto, que uno de los fundamentos de la incorporación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, fue la intención expresa de fortalecer este tipo de relaciones (como asimismo las que mantiene el Presidente con el Congreso) en el marco de un sistema constitucional integrado y fortalecido políticamente. Para ahondar en esta cuestión, remitimos a lo ya expuesto en los Capítulos XXV y XXVI.

¿Cómo se vincula el Presidente a las FF.AA.? Ya hemos dicho en párrafos anteriores cual es el sentido institucional de haber destacado en el texto constitucional que el primer mandatario es el jefe supremo de las fuerzas armadas del Estado. Agregaremos ahora, que en ese contexto el presidente concentra en sí la mayor jerarquía institucional de las FF.AA.

Esquematizaremos esos roles que vinculan y subordinan a la institución militar al Presidente, siguiendo el claro esquema trazado por Ismael Ferrando:

<u>VINCULACIONES DE LAS FF AA Y EL PODER EJECUTIVO</u> (Las modalidades constitucionales de la subordinación de la institución militar al Presidente de la República)				
Elemento causal ¿Porqué se manda?	Elemento subjetivo ¿A quién se manda?	Elemento temporal ¿Cuándo se manda?	Elemento modal ¿Cómo se manda?	Elemento teleológico ¿Para qué se manda?

Mando es la autoridad y responsabilidad con que se ha investido a determinada persona para conducir una unidad, y denota poder legal sobre los subordinados. El presidente ejerce constitucionalmente el mando supremo de las FFAA, por delegación de las provincias Por ello el presidente es la cúspide de la pirámide administrativa militar y órgano jerárquico superior de esa organización Las FFAA presentan una modalidad de desconcentración "sui generis" que implica por un lado la distribución funcional de la competencias de defensa nacional, y por el otro la existencia de una legislación especial que las rige (fuero militar)	Las atribuciones presidenciales de comandancia de las FFAA se ejercen tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra El ámbito temporal del poder presidencial en este punto comprende la totalidad del período por el que ejerce sus funciones.	La comandancia en jefe no implica la obligación de sumir personalmente el comando de las fuerzas militares en campaña Los presidentes Urquiza y Mitre estuvieron - a su tiempo - al frente de las fuerzas militares en campaña. El presidente comanda por medio de órdenes que desde el punto de vista jurídico revisten la forma de actos administrativos La característica de las ordenes que imparte el Presidente en este rol, es la discrecionalidad Actúa ejerciendo su comandancia en rol político en tiempos de guerra, y en rol administrativo en tiempos de paz	La atribución de mando se hace en ejercicio de funciones administrativas pero la atribución militar de "mandar" será efectuada en ejercicio de la función administrativa o de gobierno. El Presidente ejerce su mando en razón de que posee grado militar, y los honores que se corresponden legalmente al mismo. Así, debido a su comandancia tiene las siguientes funciones: de dirección/reglamentarias, de nombramientos, de ejecución, disciplinarias y derivadas	Es claro que en nuestro sistema constitucional la causa final del poder y su ejercicio es el bien común en el contexto democrático El sometimiento de las FFAA a la Constitución y a las leyes hacen que consoliden el derecho de libertad, y particularmente respecto de ellas mismas: Fuerzas Armadas en un contexto democrático Coincidimos con Bidart Campos en que toda doctrina sobre el poder político debe coincidir en la necesidad y conveniencia de someterle y subordinarle a él el, la estructura militar.
--	---	--	---	--

CONSTITUCION NACIONAL Y FFAA

(Roles expresamente atribuidos al Presidente)

Empleo militar y función pública	Provisión de empleos militares	Disposición de fuerzas militares	Utilización de poderes de guerra por parte del Presidente
---	---------------------------------------	---	--

• El Presidente provee los empleos militares de la nación (salvo delegación que haga expresamente en el jefe de Gabinete en aquellos ascensos o nombramientos que no requieran acuerdo del Senado. • La facultad de nombramiento, implica la de remoción (El Congreso crea los empleos militares)	CON ACUERDO DEL SENADO: • Implica una garantía federal a favor de las provincias • Una manera de evitar que el Presidente favorezca discrecionalmente a sus amigos • Una actuación específica de la teoría de los controles SIN ACUERDO : • Los grados inferiores al de Coronel y sus equivalentes • Los grados superiores "en comisión" durante los recesos del Congreso • Cualquier grado, en el frente de batalla	A FIN DE MANTENER Y CONSOLIDAR LA PÁZ INTERIOR PUEDE: • llevar a todas las fuerzas militares, sin recabar acuerdo del poder Legislativo, de un punto a otro de la República • Dispone el manejo, el alta y la baja de las tropas reclutadas en forma discrecional. • Dentro de su facultad de distribución, puede trasladar, concentrar, hacer permanecer a las fuerzas militares nacionales en determinado punto del país y a las milicias provinciales en cuanto sean llamadas por el ejército nacional. • Para la salida de las tropas militares del país, debe recabar autorización del Congreso	• La declaración de guerra (hoy en desuetudo en el derecho internacional), le incumbe al Presidente en el ejercicio de su función gubernativa del Poder Ejecutivo- • En virtud de sus poderes de guerra, no puede el Presidente violar la Constitución, ni quebrantar las garantías de los ciudadanos
--	--	--	--

Al momento de abordar las relaciones del Poder Ejecutivo con la comunidad internacional hemos de rescatar lo ya dicho cuando sostuvimos que el Presidente, en su carácter de Jefe de Estado asume la representación de la Nación, como persona jurídica en el ámbito internacional. Hemos ya explicitado que muchas de las facultades en materia de relaciones internacionales que el sistema constitucional encomienda a los poderes políticos, se ejercen conjunta y sistemáticamente por parte el Poder Legislativo y el poder Ejecutivo, integrando esta modo su accionar en pos de lograr la unidad de la nación frente a otras potencias.

Aún así, es indudable que el Poder Ejecutivo conduce esas complejas relaciones en el marco de una realidad internacional que tiende cada vez más a la "globalización" y "regionalización" tal como lo hemos explicado al desarrollar el Capítulo VII.

En ese contexto es que el Presidente monopoliza la prerrogativa del estado de relacionarse "oficialmente" con otras Naciones, y también la de reconocer a gobiernos extranjeros, recibiendo Ministros y Cónsules de tales

Estados. Concluye y firma tratados y concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de las buenas relaciones con las potencias extranjeras (por supuesto que sin exceder los infranqueables límites que la Constitución le impone en sus artículos 31, 27, 75inc. 22 y cc.).

Creemos que este punto tendrá una gran relevancia a fin de evaluar como se integrarán al "sistema constitucional" las nuevas potestades que en materia de derecho internacional surgen de los denominados "acuerdos ejecutivos" que generan efectos con prescindencia de las aprobaciones e las legislaturas de los Estados firmantes y tienen lugar respecto de los tratados y concordatos.

Una importante pregunta a su respecto, es si ellos integran el grupo de tratados o instrumentos a los que la Constitución se refiere en el art. 75 inc. 22 y 24. Todo un nuevo interrogante que deberá ser enmarcado en el tránsito democrático que el sistema constitucional ha de generar para consolidar su crecimiento. Creemos nosotros, siguiendo aquí a Alberto Bianchi, que un Acuerdo Ejecutivo celebrado en función de facultades propias del Presidente y que fuera contrario a una Ley del Congreso resultaría inconstitucional atento lo surgente en los arts. 31 y 27 de la Constitución nacional

Para ahondar en el contexto de éstas relaciones, remitimos a lo ya expuesto por nosotros en el Capítulo VII.

27.8.- Las potestades del poder Ejecutivo en materia de indulto y conmutación de pena. -

Abordaremos en el final de ésta capítulo, la denominada en doctrina "función jurisdiccional del Poder Ejecutivo" estudiando en particular la facultad que la Constitución le otorga al Presidente en su artículo 99 inciso 5° para otorgar indultos o conmutar penas. Diremos, fin de clarificar terminológicamente el contexto de actuación del instituto en nuestro sistema constitucional, que:

- Indulto: es el acto jurídico por el que la autoridad competente para hacerlo, deja totalmente sin efecto una pena, aplicada por sentencia firme de tribunal competente
- Conmutación de pena: es el acto jurídico por el que la autoridad competente para hacerlo, cambia la pena impuesta por sentencia firme de tribunal competente por otra mas benigna

La doctrina constitucionalista se ha pronunciado en modo diverso

respecto de esta facultad constitucional del poder Ejecutivo, habiendo sostenido al respecto del instituto Montes de Oca, que el mismo implica una intromisión del Poder Ejecutivo en la Administración de Justicia, por motivos de dudosa equidad o sentimientos de mal entendida filantropía.

Este instituto es en realidad un resabio de los poderes monárquicos ejercidos para otorgar el "perdón" a modo de gracia. Creemos que no tiene cabida sistémica en el contexto de un sistema constitucional republicano donde todos debemos someternos al imperio de la ley. Esta modalidad de "dispensa constitucional" han sido de todas maneras fundamentadas en el fin del Estado y la adecuada realización de las funciones gubernativas conducentes a la consecución de ése rol fundamental. Hablamos aquí de la consecución del bien común y el afianzamiento de la justicia, indicados ambos en el preámbulo de la Constitución.

Se ha dicho a consecuencia de ello, que no parece justo que el Estado se arroge poder para aquello que es contrario al bien común, o que se contradice con él. Por lo expuesto, y como herramienta para conseguir la realización del bien común que el preámbulo indica, la Constitución concede al Presidente la potestad de indultar o conmutar penas, lo que acompaña al propósito constitucional de organizar una justicia independiente.

Así, y cumplido su rol por parte del Poder Judicial en el caso concreto, con el dictado de una sentencia definitiva que se encuentre firme, la Constitución otorga al Poder Ejecutivo la opción de ejercer la "equidad" concebida como la "dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal" en un marco conceptual en el que los tres poderes de Estado tienen un determinado marco del ejercicio del poder jurisdiccional, que detallamos conforme el siguiente cuadro:

<u>PODER JURISDICCIONAL DEL ESTADO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO</u>		
Poder Ejecutivo	Poder Legislativo	Poder Judicial
• Produce arrestos y traslados de detenidos en el marco de un • Ejerce roles jurisdiccionales en el ámbito de la Administración y	• Otorga amnistías , • Puede remover al Jefe de Gabinete de Ministros • Ejerce funciones disciplinarias	• Ejerce con exclusividad el poder de juzgar (arts. 116/117 C.N.) en los casos concretos sometidos a contienda

el militar.	frente a sus miembros y respecto de terceros
	• Puede iniciar juicio político a los funcionarios indicados por la Constitución
Nota: Como vemos, la Constitución mantiene el monopolio de la función judicial en el Poder Judicial de la Nación, permitiendo a los otros Poderes de Estado, ejercer funciones meramente jurisdiccionales, pero no judiciales	

De lo expuesto debe derivarse que cuando el presidente usa su competencia en materia de indulto o conmutación de penas actúa como órgano de gobierno con facultad para realizar justicia en una situación concreta y determinada. Creemos nosotros que si bien esa función tiene por fin realizar la justicia, no es judicial, ya que el Presidente no juzga en un proceso, sino que perdona o reduce la pena de un condenado por la justicia. En realidad, tiende a generar la plenitud del valor justicia a partir de la aplicación de la equidad.

Creemos con Bidart Campos que el indulto es en consecuencia, un acto de clara y neta naturaleza política y no judicial. Bien dice el maestro que la potestad de conceder una "gracia" es netamente política. Nosotros nos pronunciamos en contra de la existencia de esta figura, que debió haber sido desterrada de la Constitución por los reformadores de 1994.

Sin perjuicio de ello, su vigencia ha de sostenerse porque representa la voluntad del constituyente. Además, diremos que posee hoy cierta utilidad en el contexto del sistema, mientras se mantenga en el mismo algún supuesto de pena de muerte, único caso sobre el podríamos justificar su actuación (en la modalidad de la conmutación de pena).

¿Cómo funciona la figura en el sistema de la Constitución?

En principio, el Presidente de la Nación solamente puede indultar o conmutar penas que estén sujetas a la jurisdicción federal, y antes de hacerlo debe requerir un informe al tribunal que entiende en la causa, lo que se realiza por la vía del Ministerio de Justicia.

Existen discrepancias doctrinarias respecto de la oportunidad en que el mismo puede ser concedido, pese a la clara redacción del instituto en la Constitución. Se ha sugerido entonces, que el indulto, o la conmutación de una pena podrían concederse:

- Antes de la comisión del delito: en este caso, no sólo se violaría la regla del cumplimiento de la ley, sino además de la presunción de inocencia
- Después de cometido el delito

(pero antes de iniciado proceso judicial): en este caso, se violaría el principio de inocencia, el derecho del imputado a ser sometido a proceso, las reglas del debido proceso y el derecho de la víctima a

- conocer la verdad)
- Después de cometido el delito (pero antes de culminado el proceso judicial ya iniciado): Se violarían aquí el principio de inocencia, las reglas del debido proceso y el derecho de la víctima a conocer la verdad)
- Después de cometido el delito, y de

dictada sentencia de condena (que se encuentre firme y consentida): aquí el indulto puede ser concedido, ya que su eventual otorgamiento (respetando las formalidades indicadas por la Constitución) respeta plenamente los márgenes dispuestos en el texto fundamental.

Creemos con Bidart Campos que para conceder un indulto es menester la existencia de sentencia firme que haya impuesto una pena en el respectivo proceso judicial. No creemos que la pena a la que se refiere la Constitución, a fin de poder otorgar un indulto, sea la pena genéricamente descripta para el caso en el Código Penal. Esa interpretación no condice con las restantes líneas de resguardo constitucional que la Constitución también ofrece a los ciudadanos, y su aceptación permite un serio y preocupante flanco de infiltración del Poder Ejecutivo en el ámbito de accionar del Poder Judicial, vedada expresamente por el artículo 109, 29, 75 inc. 22 y ccs. De la C.N.)

O sea que el indulto respetuoso del sistema constitucional, solo puede recaer sobre una condena derivada de una sentencia firme que dicte un tribunal de la Nación regularmente constituido.

Si bien la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se ha mostrado vacilante en el punto, sus pronunciamientos más recientes abordan justamente la doctrina que rechazamos, admitiendo la potestad presidencial de indultar a procesados. Frente a ello, hemos de rescatar que esas decisiones han hecho que el Estado Argentino fuera denunciado por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que decidió en su oportunidad⁹ que el indulto otorgado a un procesado es incompatible con normas de la Declaración Americana de Derechos Humanos y la CADH, por lesión al derecho del acceso a la justicia y del derecho a la protección judicial y por incumplimiento de la obligación asumida por el Estado Argentino para efectivizar tales derechos.

Respecto del informe previo que la Constitución requiere para indultar, el mismo debe ser formalmente requerido, pero su respuesta no es vinculante para la decisión del Presidente, que puede apartarse de ella. En realidad el sentido del informe es que el Presidente pueda contar con los antecedentes del caso, para resolver lo que crea conveniente, siendo irrelevante el consejo que

⁹ CIDH Informe N°28 del 2/10/1992 frente a la impugnación del Dec. PEN (Argentina) N°1002/92 que fuera declarado constitucional por nuestra Corte Suprema en el caso "Aquino" del 14 de octubre de 1992.

los jueces indiquen acompañando su informe.

Queda claro que esta es una facultad intransferible del Presidente, y en consecuencia no puede ser delegada a ningún funcionario. El vicepresidente sólo podrá indultar o conmutar penas cuando ejerza constitucionalmente la presidencia de la Nación, en los casos indicados por el texto fundamental y las leyes respectivas. También creemos que es - al menos desprolijo - y trasunta inconstitucionalidad el indulto otorgado a un número plural de personas, pues creemos que el acto de indultar debe ser referido a persona determinada, como así también el de juzgar.

¿Cuándo no procede el indulto?

La Constitución especifica que el indulto o la conmutación de pena no procede para el caso del juicio político. Y ello es lógico, porque los legisladores no pueden imponer penas que el presidente pueda a su vez indultar.

O sea que la destitución (y eventual inhabilitación) dispuestas como consecuencia de un juicio político llevado adelante por el Senado de la nación o enjuiciamiento dispuesto por el "jurado de enjuiciamiento", no pueden ser objeto de indulto.

Bidart Campos aclara que asimismo, y aunque no lo diga el inciso 5° del art. 99 C.N. tampoco pueden indultarse los delitos constitucionales (definidos por la propia Constitución en los arts. 15, 22, 29, 36 y 119). Nosotros no encontramos que tal afirmación pueda derivarse de la propia Constitución, salvo en el caso del art. 36 del texto fundamental. Sí coincidimos con Bidart Campos en que el presidente no podría indultarse a sí mismo (ya que una condena penal dictada en su contra lo alejaría necesariamente de su cargo y en consecuencia no podría ejercer tal prerrogativa en su favor).

Finalmente, que no encontramos reparo constitucional a que en el ámbito de las provincias pueda constitucionalizarse la figura del indulto, lo que de hecho sucede en la mayoría de ellas. Nuestra objeción en definitiva, va dirigida a la existencia de la figura en sí, en un sistema republicano, pero se basa en aristas y fundamentos éticos y no jurídicos.

Que por otra parte, pueden no ser compartidos por el lector, lo que en sí no representa un problema, sino más bien una buena señal, que da cuenta de la existencia de pluralismo de ideas...

27.9.- Preguntas, notas y concordancias.-

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. **¿Considera Ud. adecuado que el Poder Ejecutivo no detente ya la jefatura inmediata y local de la Capital Federal?**
2. **¿Como evalúa Ud . la relación entre el Jefe de Gabinete de Ministros y el Presidente de la Nación en lo referente a la conducción de la Administración Pública?**
3. **¿Que opina Ud. de la estructuración constitucional del ámbito del poder reglamentario del Presidente luego de operada la reforma constitucional de 1994?**
4. **¿Qué opina Ud. de la constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia?**
5. **¿Qué opina Ud. de la potestad presidencial de promulgar parcialmente las leyes?**
6. **¿Cuál es su opinión respecto a las potestades presidenciales en materia de otorgamiento de indultos y conmutación de penas?**

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Bianchi, Alberto: Status constitucional de los Acuerdos Ejecutivos luego de la reforma constitucional. En revista Jurídica "La Ley" (Suplemento de Derecho Constitucional) del 15 de febrero de 1999, pag. 6 y ss.
2. Loewenstein, Karl: Teoría de la constitución. Edit. Ariel, Barcelona, 1983.
3. Loñ, Félix: Constitución y democracia. Edit. Lerner, Buenos Aires, 1987.
4. De autores varios: Atribuciones del Presidente Argentino (Coordinador, Dardo Perez Guilhou) Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986.
5. De autores varios: Reforma Constitucional. Edit. Ciudad Argentina, Buenos

Aires, 1994

6. De autores varios: Estudios sobre la reforma constitucional (Coordinador, Eduardo Cassagne). Edit Depalma, Buenos Aires, 1995 (En particular Capítulos 6 a 8).
7. Ekmekdjian, Miguel Angel: Extraños diálogos políticos. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1993

Respecto de las concordancias del capítulo, presentaremos al lector una tabla enunciativa de las diversas modalidades que en el derecho comparado puede ofrecer la adopción de los denominados "acuerdos ejecutivos" que son aquellos que se perfeccionan por parte del Poder Ejecutivo, sin la intervención del Congreso, interviniendo en su diligenciamiento sólo funcionarios diplomáticos y cancilleres, concluyendo su trámite en el preciso momento de la firma, que coincide - por lo general - con la terminación de las negociaciones y también usualmente con la fecha de su entrada en vigencia inmediata.

Señala Bianchi que con ellos, el proceso que generalmente se traduce en tres etapas es reducido sólo a la primera (a modo de combinación entre la primera y la tercera). Creemos que la ubicación del desarrollo en este punto, enfatiza el increíble vigorizamiento que en los tiempos que corren ha tenido el poder de los presidentes en los sistemas políticos actuales.

TIPOS DE ACUERDOS EJECUTIVOS (Esquema del derecho norteamericano)			
Acuerdos Ejecutivos que concluye el Presidente en ejercicio de sus poderes constitucionales	Acuerdos Ejecutivos que se firman como consecuencia de una autorización que surge de un Tratado anterior	Acuerdos Ejecutivos que derivan de la delegación legislativa	Acuerdos ejecutivos que luego de haber sido negociados obtienen ratificación del Congreso
Caso de Reconocimiento de Gobiernos Extranjeros	Bianchi cita al precedente norteamericano	Casos U.S.A. vs. Belmont y U.S.A. vs. Pink	El caso no presenta mayor problema, pues la ratificación

Los que el Presidente concluye como Comandanmte en jefe de las FFAA	"Wilson c/Girard", de 1957		congresional (2/3) purga el eventual vicio del acuerdo ejecutivo
En realidad el accionar del Presidente en los Acuerdos Ejecutivos, puede implicar un doble modo de conflicto: en primer lugar, si sobrepasa los roles del Congreso (Por ejemplo no surge claro si la delegación legislativa del art. 76 puede efectuarse en estos supuestos). Para el caso en que la conclusión de estos acuerdo surja de facultades presidenciales, deberá situarse estrictamente en esos márgenes. Respecto de la autorización de un tratado anterior, deberá evaluarse si el mismo fue ratificado pro el Congreso o no. También nos preguntamos si la Constitución admite que el Congreso delegue sus facultades internacionales en el Presidente, ya que la delegación permitida se circunscribe a los términos y condiciones del art. 75 inc. 24. En realidad, la mayoría de estas preguntas no pueden ser respondidas por nosotros de inmediato, dada la novedad que para nuestro sistema constitucional presenta hoy la cuestión. De todos modos, dejamos planteados los interrogantes, ya que creemos que ésta es otra importante forma de motivar el cambio democrático, a partir de la libre discusión de las ideas...			

27.10. Autoevaluación.-

1. Enuncie y desarrolle brevemente las jefaturas del Poder Ejecutivo de la nación en el sistema de la reforma constitucional de 1994:

.....

.....

.....

.....

.....

2. Desarrolle brevemente el contexto de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo luego de operada la reforma constitucional de 1994:

.....

.....

.....

.....

3. Defina y explique el funcionamiento de los decretos de necesidad y urgencia en el contexto de la reforma constitucional de 1994:

.....

.....

.....

.....

4. ¿Cuáles son los supuestos de procedencia del veto presidencial en el sistema constitucional argentino?

.....

.....

.....

.....

5. Explique y desarrolle las potestades presidenciales en materia de indulto y conmutación de pena:

.....

.....

.....

.....

