



## **Trabajo final de graduación**

### ***Decretos de Necesidad y Urgencia en Democracia***

**Alumna:** Navarrot, Cintia Paola

**DNI:** 28.289.553

**Legajo:** VABG14945

**Carrera:** Abogacía

2019

## Resumen

El presente trabajo de investigación aborda la competencia del Poder Ejecutivo Nacional, de dictar decretos de necesidad y urgencia, definido en los artículos 77 y 99 inc. 3, de la Constitución Nacional.

La hipótesis del presente estudio, plantea que la facultad constitucional del Poder Ejecutivo de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia se ha ejercido violentando el Principio de División de Poderes, siendo incompatible con los principios de una democracia constitucional.

Metodológicamente el estudio a desarrollar será descriptivo comparativo y longitudinal, ya que se realizará a partir del análisis de la información recolectada sobre los distintos decretos dictados en nuestro país, utilizando legislación, bibliografía específica, informes de revistas especializadas y doctrina existente, para luego describir el tema, en un lapso de tiempo que va desde la poscrisis económica y social del año 2001 hasta el 2015.

## Palabras claves

Decretos de necesidad y urgencia, poder ejecutivo, facultades legislativas

## Abstract

The present research work deals with the jurisdiction of the Executive Branch, from issuing decrees of necessity and urgency, laid down in articles 77 and 99 inc. 3, of the Constitution. The hypothesis of this study is that the constitutional power to the Executive branch from issuing decrees of necessity and urgency has been violating the principle of Division of powers, being incompatible with the principles of a democracy constitutional.

Methodologically the study to develop will be descriptive comparative and longitudinal, since it will be held based on the analysis of the information collected about the various decrees in our country, using legislation, specific bibliography, reports from journals and existing doctrine, to then describe the topic, in a period of time ranging from the post-crisis economic and social of the year 2001 to 2011

## keywords

Decrees of necessity and urgency, Executive Branch, legislative powers

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>1.          CAPITULO I. DIVISIÓN DE PODERES.....</b>	<b>4</b>
<i>1.1 Introducción.....</i>	<i>4</i>
<i>1.2 Breve Historia Sobre la División de Poderes.....</i>	<i>4</i>
<i>1.3 La División de Poderes en la Monarquía Inglesa.....</i>	<i>6</i>
<i>1.4 La División de Poderes en la Constitución de Estados Unidos.....</i>	<i>9</i>
<i>1.5 La División de Poderes en Latinoamérica.....</i>	<i>11</i>
<i>1.6 La División de Poderes en la Constitución Argentina.....</i>	<i>11</i>
<i>1.7 Conclusiones Parciales.....</i>	<i>15</i>
<b>2.          CAPITULO II. DOCTRINA EN LA DIVISIÓN DE PODERES.....</b>	<b>17</b>
<i>2.1 Introducción.....</i>	<i>17</i>
<i>2.2 La Separación de Poderes.....</i>	<i>17</i>
<i>2.3 Los Contrapesos en la División de Poderes.....</i>	<i>20</i>
<i>2.4 Los Principales Objetivos de la Doctrina de la Separación de Poderes.....</i>	<i>22</i>
<i>2.5 Problemas en la Separación de Poderes en Argentina.....</i>	<i>23</i>
<i>2.6 Conclusiones Parciales.....</i>	<i>27</i>
<b>3.          CAPITULO III. LA DEMOCRACIA. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.  29</b>	
<i>3.1 Introducción.....</i>	<i>29</i>
<i>3.2 Reforma Constitucional de 1994.....</i>	<i>29</i>
<i>3.3 La Corte Suprema de Justicia y el Procedimiento de Revisión Constitucional.....</i>	<i>35</i>
<i>3.4 Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo.....</i>	<i>37</i>
<i>3.5 Conclusiones parciales.....</i>	<i>38</i>
<b>4.          CAPÍTULO IV. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA.....</b>	<b>41</b>

<i>4.1 Introducción</i> .....	41
<i>4.2 Decretos. Concepto y Naturaleza</i> .....	41
<i>4.3 Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina</i> .....	42
<i>4.4 El Control Político</i> .....	46
<i>4.5 El Control Judicial</i> .....	47
<i>4.6 Antecedentes</i> .....	48
<i>4.7 Conclusiones parciales</i> .....	52
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>54</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>58</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, trata sobre la competencia del Poder Ejecutivo Nacional, de dictar decretos de necesidad y urgencia, otorgada por la Constitución Nacional.

La hipótesis enunciada, es que dicha facultad se ejerció de manera antidemocrática, por encima de sus límites normativos, vulnerando el Principio de División de Poderes, durante el período post-crisis económica en 2001, hasta el año 2015.

Se evaluará la intervención del Poder Legislativo sobre los Decretos, para determinar el alcance del control efectuado por dicho organismo, como así también los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre la constitucionalidad, en aquellas causas que llegaron a su decisión y poder observar de qué manera se hizo cumplir la finalidad de reducir el hiper-presidencialismo que se propuso en la reforma constitucional de 1994.

Antes de la presidencia de Carlos Menem, los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), no estaban regulados por la Carta Magna. Era una herramienta muy poco utilizada y se encontraba circunscripta a dar respuesta a situaciones verdaderamente excepcionales.

Con la reforma constitucional, los DNU fueron incorporados a la misma, reconociéndose al Poder Ejecutivo, la facultad de dictarlos en circunstancias excepcionales, cuando fuese imposible seguir los pasos previstos en la sanción de las leyes.

En el presente trabajo se tratará de analizar, si en el período de tiempo entre 2001 y 2015 la herramienta en cuestión fue mal utilizada y no se ha ejercido suficiente

control por parte del Congreso y en consecuencia se estaría violando la división de poderes y la forma republicana de gobierno que establece nuestra Constitución.

Ante lo planteado, se desprenden los siguientes interrogantes de investigación: ¿Cómo funciona el principio de división de poderes en Argentina y en otros países sudamericanos? ¿Los Decretos de Necesidad y Urgencia se han utilizado como una herramienta de emergencia, o como una forma de llevar adelante ilegítimamente facultades legislativas? ¿Cómo evolucionó la instrumentación de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados hasta 2015?

En este marco, la investigación tiene como objetivos evaluar si la inclusión de los Decretos de Necesidad y Urgencia a la Constitución Nacional, atenúa el rasgo presidencialista del sistema y determinar si esta herramienta constitucional, se ha utilizado traspasando los límites del Poder Legislativo Nacional.

La hipótesis de este trabajo plantea que la facultad constitucional del Poder Ejecutivo de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia, se ha ejercido violentando el Principio de División de Poderes, siendo incompatible con los principios de una democracia constitucional, durante el período democrático 2001 - 2015.

Respecto a la metodología de la investigación, el tipo de estudio a desarrollar será descriptivo comparativo, ya que se realizará a partir del análisis de la información recolectada sobre los distintos decretos dictados en nuestro país, utilizando legislación, bibliografía específica, informes de revistas especializadas y doctrina existente, para luego abordar el tema.

El presente trabajo abarca un lapso de tiempo que va desde la poscrisis económica y social del año 2001, hasta el 2015, toda vez que se hayan dictado Decretos de Necesidad y Urgencia por parte del Poder Ejecutivo, en la República Argentina, pero

con recurrencia a decretos dictados con anterioridad, desde el regreso de la democracia en 1983, por lo cual el período temporal será desde el año 1983 con el gobierno de Raúl Alfonsín, hasta la culminación del segundo gobierno de Cristina Fernández.

La estrategia metodológica que se implementará, será el de una investigación cualitativa, para lo que se recurrirá a fuentes de información fidedignas y no se desarrollarán encuestas, entrevistas y ningún otro método de recolección de datos cuantitativos.

Para una mejor comprensión por parte de los lectores, el informe final se organizará en 4 capítulos donde se abordarán temas como la división de poderes y su doctrina; la democracia y la reforma constitucional de 1994 y los decretos de necesidad y urgencia instrumentados en el periodo que comprende el año 2001 hasta el 2015. Finalmente se expondrán las conclusiones finales del trabajo de investigación, dando respuestas a los objetivos planteados.

## **CAPITULO I. DIVISIÓN DE PODERES**

### ***1.1 Introducción***

La división de poderes tiene como sustento una idea de seguridad y control en pos de tutelar la libertad de los hombres y sus derechos. Estas divisiones tienen como finalidad básica evitar la concentración de poder que lleva a al autoritarismo y resguardar la libertad de las personas (Bidart Campos, 2001, pp. 14-15).

Se distribuyen responsabilidades en distintos órganos, para delimitar las funciones básicas de cada uno y así evitar que un órgano pueda ejercer las funciones del otro.

Nuestra Constitución tomó como modelo la Constitución Americana y a su vez, ésta última, devino de los principios que se fueron gestando en Francia y en el Reino Unido. Es importante realizar una aproximación histórica sobre los inicios de la división de poderes y los pensadores que influyeron en dicha transformación.

### ***1.2 Breve Historia Sobre la División de Poderes***

La organización del Estado respecto al poder político, desde sus inicios mantuvo la discusión sobre cómo distribuir facultades, funciones y poderes, teniendo sustento en diversos paradigmas sobre el origen de la sociedad, el hombre, e incluso sobre el propio origen del poder político, desarrollándose a través de la historia los más variados sistemas teóricos al respecto.

En un recorrido por la historia, la división del poder político no se originó espontáneamente, sino que proviene de distintas conquistas sociales y económicas, mezcladas con revoluciones contra antiguas religiones primitivas.

Su surgimiento estuvo vinculado con la aparición de la Polis, producto de las leyes de Pericles y con la democracia directa ateniense, que trascendió en la República romana como parte de la Constitución inicial de ésta.

Aristóteles, desarrolló por primera vez la idea de un gobierno mixto para las ciudades-estado de la antigua Grecia. En la República romana, el Senado romano, los cónsules y las asambleas mostraron un ejemplo de un gobierno mixto.

En ambas organizaciones existía la separación del Poder político en magistraturas, que surgían mediante procesos electorales o por sorteo, con las falencias propias de la época, ya que algunas de éstas ejercían en ciertas ocasiones funciones legislativas, ejecutivas y judiciales (Alvarez Garcia, 2009, pp. 30-34).

Recién en el siglo XVII, que el concepto de separación de poderes encuentra una formulación completa.

Primero, el filósofo inglés John Locke, en su obra *“Dos Tratados Sobre el Gobierno Civil”* (1690), teorizó una división de poderes entre el parlamento y el soberano, asignando al primero el poder legislativo, con la facultad de crear las leyes y al segundo, el poder ejecutivo y el federativo con la tarea de poner en práctica y hacer cumplir las leyes (poder ejecutivo) y la competencia en política exterior y en la defensa del Estado (poder federativo).

Posteriormente en Francia, que tenía gobierno monárquico, flanqueado por un parlamento compuesto por miembros de la nobleza y el alto clero, un filósofo parisino de la ilustración, Charles Louis de Secondat conocido como Barón de Montesquieu, desarrolló los primeros atisbos de un sistema tripartito, haciendo referencia a la distribución de poderes.

El poder político debía conformarse entre una legislatura, un ejecutivo y un poder judicial, un sistema de pesos, contrapesos y controles para descentralizar el poder de un solo monarca o gobernante, permitiendo así un actuar independiente de cada una de las partes.

La separación de poderes, por lo tanto, se refiere a la división de las responsabilidades del gobierno en órganos independientes para limitar que uno, ejerza las funciones centrales del otro. La intención es evitar la concentración de poder y proporcionar controles y equilibrios.

La obra de Montesquieu es considerada una de las grandes obras en la historia de la teoría política y la jurisprudencia, e inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y la Constitución de los Estados Unidos.

Las caracterizaciones tradicionales de los órganos del gobierno estadounidense son:

- El poder legislativo es responsable de promulgar las leyes del estado y apropiarse del dinero necesario para operar el gobierno.
- La rama ejecutiva es responsable de implementar y administrar la política pública promulgada y financiada por la rama legislativa.
- El poder judicial es responsable de interpretar la constitución y las leyes y aplicar sus interpretaciones a las controversias que se le presenten.

### ***1.3 La División de Poderes en la Monarquía Inglesa***

Hasta la conquista de los Normandos en el siglo XI, la legislación de impuestos en Inglaterra estaba a cargo del rey con el consentimiento de una asamblea nacional de sabios, denominada Corte Feudal, compuesta por terratenientes del Rey.

Hacia fines del siglo XIV se había establecido por principio, que el Rey no podía imponer gravámenes sin consentimiento del Parlamento y éste, se atribuía la tarea de las realizar peticiones sobre los tributos. Para el año 1400, (reinado de Enrique IV), la imposición tributaria era iniciada únicamente por el Parlamento. Para ese entonces la institución se había transformado en bicameral, compuesta por la Cámara de los Lores, formada por la jerarquía eclesiástica y la nobleza y la Cámara de los Comunes, con personas representativas elegidas en distintas ciudades. Las normas no se presentaban al Rey hasta que ambas Cámaras no se hubieran puesto de acuerdo y nunca debían ser modificadas con agregados, ni desvirtuadas con ningún término que pudiera alterar el sentido de lo solicitado.

Desde esta época se introdujo la costumbre de que el Parlamento le presentara al Rey un proyecto de ley, redactado en forma de estatuto, por lo que el Rey sólo podía asentir o rechazar. La legislación por medio de leyes escritas sustituyó el sistema de peticiones y a mediados del siglo XV, se dispuso que los estatutos debían ser confeccionados, no sólo con el conocimiento y consentimiento del Parlamento, sino por la autoridad del mismo, atribuyéndose la capacidad de aceptar, consentir y solicitar peticiones, convirtiendo al régimen en una monarquía mixta.

Durante la primera mitad del siglo XVII, en los reinados de Jacobo I y Carlos I se trató de quitarle poder al Parlamento, al que disolvieron por largos períodos de tiempo. Hacia 1.649, el parlamentarista Cromwell junto a otros generales de la aristocracia, derrotaron a Carlos I, estableciendo un sistema de republicanismo aristocrático, que trató de darle mayor autoridad al Parlamento, aunque con imperfecciones en los derechos políticos y la representatividad en la Cámara de los Comunes. Una década después, los terratenientes apoyaron a Carlos II para impulsar la restauración del régimen monárquico (Hume, 1842, pp.415-444).

Con la Gran Revolución de 1.688, en el reinado de Guillermo de Orange, el Parlamento, impone reconocer la “*Bill of Rights*” (Carta de Declaración de Derechos). El propósito de este texto era recuperar las facultades parlamentarias ya desaparecidas o mermadas, limitando el poder de la nobleza y surgiendo con ella, un sistema de gobierno mixto que dio supremacía del Parlamento sobre la Corona. Desde ese momento, se conoce como Gobierno de Gabinete o Gobierno de Parlamento, donde apareció la figura de Primer Ministro. A partir de este momento el absolutismo fue transformándose al liberalismo.

Durante el siglo XIX, con la revolución industrial, se produjeron reclamos sobre derechos al sufragio y regulación laboral, deliberación sobre sueldos y renovación de los parlamentaristas e igualdad en el número de representantes, como también la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo.

En la actualidad el Monarca, tiene función ejecutiva. Es el Jefe de Estado con la atribución organizar, comandar las fuerzas armadas y declarar la guerra, asignar o remover al Primer Ministro, disolver el Parlamento y nombrar a los obispos de la Iglesia.

Su labor es compartida con el rol del Primer Ministro, ya que éste, elige a sus ministros, y preside la Cámara Baja mediante el partido gubernamental al que él pertenece. El Parlamento compone el poder legislativo y no posee fuerza superior establecida por sobre sus facultades, pues no existe Constitución escrita (Pereira Pinto, 1974, pp. 310-318).

#### **1.4 *La División de Poderes en la Constitución de Estados Unidos***

Posterior a la Revolución de 1.688, con el aumento del poder del Parlamento en Gran Bretaña, las colonias en América también lo hicieron, permitiéndoseles que establecieran libremente su gobierno local, impuestos y ejército, pero no se sentían representadas en la Cámara de los Comunes, ya que no tenían posibilidad de enviar representantes.

El primer desacuerdo se produce cuando el Parlamento, sancionó el impuesto de sellos sobre actos legales y de comercio, extensivo a todo el reino. Los colonos expresaron su repudio contra la medida, provocando incidentes sobre los cargamentos de té, ya que la misma no había sido consentida libremente, reclamando por el derecho de pactar sin condiciones, los tributos y el funcionamiento de la legislatura.

Antes de la declaración de independencia, los trece estados coloniales, disponían para funcionar, de cartas reales concedidas por la Corona, con características diferentes, pero todas con la misma organización política, un gobernador y una legislatura. Ambos poderes eran independientes entre sí, ya que respondían por separado al Parlamento Inglés. Poseían cierto grado de división de la propiedad agraria y también reuniones o asambleas populares para discutir los asuntos públicos, cuyos representantes eran elegidos y revocados por los colonos para tal fin (Hamilton, Madison & Jay, 1787, pp.2-30, 68 y 102).

Tras desacuerdos económicos y militares con el reino, Thomas Jefferson en 1775 y tomando como base el pensamiento de Montesquieu, redactó la Declaración de la Independencia, proclamando la emancipación de los trece estados en 1776 y desencadenando la guerra de la independencia que finalizó con la derrota británica y la firma del Tratado de París en 1783 (Sánchez, Guerrero, 1979, pp.63-83).

En 1787 se envió a los diferentes estados la Constitución para ser ratificada. Constaba de ochenta y cinco artículos y contenía un diseño de frenos y contrapesos conformados por un Poder Ejecutivo, un Senado y un Poder Judicial, con el fin de impedir una posible concentración de poder, el pensamiento de los legisladores fue consolidar el Estado republicano y disponer de herramientas para limitarlo.

En sus tres primeros artículos, la Constitución de Estados Unidos establece tres órganos distintos con sus consecuentes responsabilidades. En el artículo I el poder legislativo, la autoridad para establecer reglas generales, elegido por voluntad popular. En el artículo II el poder ejecutivo, representado en la figura de un presidente y un vicepresidente que desempeñará la gestión administrativa del Estado durante un término de cuatro años. Por último, en el artículo III, se establece el poder judicial que incluye un tribunal supremo y tribunales inferiores creados por el Congreso y que administrará justicia. Los jueces, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta.

Actualmente en la Constitución de Estados Unidos, el presidente reúne las funciones de Jefe de Estado, Jefe Supremo del Gobierno Federal y jefe de las Fuerzas Armadas, mientras que el Congreso, a través de las cámaras legislativas, realizan un control de la actividad administrativa mediante comisiones, que tienen autonomía para investigar y realizar audiencias de interrogación a los altos funcionarios.

El Poder Ejecutivo no puede presentar directamente proyectos de ley. El derecho presupuestario constituye una de sus zonas de reserva del Poder Legislativo, con tratamiento en primer término en la Cámara de Diputados. El Senado interviene en materia de celebración de tratados internacionales, nombramiento de ministros, embajadores, jueces de la Corte Suprema y altos funcionarios del Estado federal. Otra

atribución, es que puede superar el veto del Presidente a una ley del legislativa, siempre que se consiga una mayoría de dos tercios de votos.

### ***1.5 La División de Poderes en Latinoamérica***

En América Latina se adoptó el sistema el norteamericano, que fue el primero en el continente profundamente influenciado por Montesquieu.

El proceso de independencia entre los distintos países, se fue dando en cascada y los gobiernos democráticos, estuvieron intercalados por procesos de facto, que alteraron la división de poderes, ya que no existieron en esos períodos las funciones institucionales del Estado de controlar y sancionar.

Al no existir el estado de derecho, se privó a los ciudadanos de participar en la formación de las decisiones colectivas, vulnerándose las libertades y garantías, aspecto fundamental de la democracia política y el estado constitucional (O'Donnell, 2007, pp.90).

### ***1.6 La División de Poderes en la Constitución Argentina***

Argentina es una democracia constitucional federal.<sup>1</sup> El federalismo se define por la preocupación en la delegación del poder en distintos órganos entre un estado central y varias unidades territoriales (Badeni, 2001, pp.3).

La Constitución argentina, sancionada en 1853 y parcialmente modificada en varias ocasiones,<sup>2</sup> prevé un sistema de gobierno tripartito formado por una órgano

---

<sup>1</sup>CONSTITUCION ARGENTINA Art. 1° "*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma federal, republicano, representativo según lo establecido por la presente Constitución.*".

<sup>2</sup>La Constitución Argentina fue modificada en seis ocasiones: en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994.

ejecutivo, encabezada por un presidente electo, una legislatura bicameral y un poder judicial independiente. La Constitución de Estados Unidos fue la fuente de influencia primordial para su sanción, y estuvo avalada en los pensamientos y la obra de Juan Bautista Alberdi "*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*" (1852), (Anselmino, 2016, pp. 191-192).

Promulgada la Constitución de 1853, el país entró en un período de unidad nacional que marcó el comienzo de una época de crecimiento en riqueza y el progreso, pero que no fue acompañada por un ejercicio responsable de los poderes constitucionales otorgados a las diferentes ramas del gobierno, en particular el poder ejecutivo.

En la primera etapa comprendida entre 1853 hasta 1860, el poder estaba distribuido entre el Poder Constituyente y el Poder Constituido, éste a su vez se fraccionaba en Poder Nacional y Poder Provincial y cada uno de los mismos, se dividían en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

Las sucesivas reformas constitucionales (1866, 1898, 1957 y 1972), no modificaron esta estructura, pero la de 1994, hizo más compleja la distribución de poder, ya que agregó órganos al Poder Legislativo como el Defensor del Pueblo (Art. 86, CN) y la Auditoría General de la Nación (Art. 85, CN). Al Poder Judicial, se introdujo el Consejo de la Magistratura (Art. 114, CN) y el Jurado de Enjuiciamiento (Art. 115, CN).

En lo referido al Poder Ejecutivo, se sumó la Jefatura de Gabinete (Art. 100 y 101, CN). El Presidente es el Jefe Supremo de la Nación, Jefe de Gobierno y responsable político de la administración (Art. 99, inc. 1, CN); tiene iniciativa legislativa (Art. 77, CN), pudiendo dictar Decretos de Necesidad y Urgencia (Art. 99,

inc. 3, CN), declarar el Estado de Sitio (Art. 99, inc. 16, CN) y concluir y firmar tratados y concordatos con otros países (Art. 99, inc. 11, CN).

Contrario a Estados Unidos, el federalismo en Argentina se debilitó ya que adquirió facultades prohibidas por la normativa constitucional originaria, donde el poder legislativo delegó en el inc. 3 del artículo 99 facultades propias, renunciando a su competencia y creando una incompleta separación de poderes, para transformarse en un sistema hiper-presidencialista.

En la actualidad el presidente de la nación tiene la facultad de emitir órdenes ejecutivas por razones de necesidad y urgencia (DNU) cuando estime que existe tal situación (con las prohibiciones del artículo mencionado).

La Constitución de 1853 no proporcionó pruebas textuales para los DNU. Sin embargo, desde 1853 hasta 1983, la medida se utilizó quince veces en su mayoría por los gobiernos militares.<sup>3</sup>

Con la recuperación de la democracia de 1983 a 1989, el presidente Alfonsín emitió doce DNU. Estos DNU se dictaron en tiempos de agitación social y económica y con motivos de preservar la democracia y la estabilidad en Argentina.

Dicha delegación implica que el Congreso como titular de la función traspase la potestad al Poder Ejecutivo en determinadas circunstancias y condiciones.

En este sentido, la doctrina ha diferenciado entre delegación propia (transferencia incondicionada de la función) e impropia (transferencia de particularidades de la función), para dar cuenta que la primera de ellas es inadmisibles

---

<sup>3</sup> El Congreso fue cerrado por los gobiernos militares en muchas ocasiones durante el siglo XX.

por vulnerar el principio de separación de poderes y otorgar al Ejecutivo una concentración de facultades reñida con la esencia de nuestra forma de gobierno.

El procedimiento de la delegación legislativa se produce como resultado de la aumento y diversidad de cuestiones que debe atender el Poder Legislativo, en relación al corto plazo que éste tiene para tratarlos, la naturaleza compleja y técnica de las iniciativas y la necesidad de respuesta rápida frente a nuevas circunstancias en el plano interno o internacional, lo que sólo puede conseguirse por medio de la intervención de Poder Ejecutivo Nacional (Badeni, 2001, pp. 12-13).

El art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional, tras la reforma del año 1994 establece que el Poder Ejecutivo, salvo circunstancias excepcionales y en normas que excluyan la regulación en materia penal, tributaria, electoral o sobre partidos políticos, podrá hacer uso de facultades legislativas mediante DNU. Los mismos deberán ser refrendados, con el acuerdo general de Ministros y el jefe de Gabinete, quien posteriormente con plazo de diez días, elevará para su tratamiento a la Comisión Bicameral Permanente.

En concordancia con Badeni, el constitucionalista Alberto Bianchi, resalta que la redacción originaria de la Constitución de 1853, establecía una estricta separación y distribución de las funciones del gobierno. Dichas facultades se vieron disminuidas mediante fallos de la Corte Suprema, que rutinariamente se limitó a convalidar el obrar del Poder Ejecutivo, sobre todo a partir del caso “*Peralta c/ Estado Nacional*” 1990, donde se convalidó el “*Plan Bonex*”, por medio del cual el Decreto N° 36/1990 ordenó la devolución de los depósitos bancarios en Bonos Externos con garantía en dólares, títulos que todavía no habían sido emitidos. Desde otros fallos posteriores esta conducta comenzó a acrecentarse, aún con la reforma de 1994, que intentó volver a un estado de mayor separación de poderes con la inclusión de nuevas facultades (pp. 16).

En conclusión, la reforma de 1994, en lugar de reducir un marcado presidencialismo, lo acrecentó, ampliando las competencias del Poder Ejecutivo en materia legislativa.

### **1.7 Conclusiones Parciales**

El principio de separación de poderes encontró su mayor logro histórico en las grandes revoluciones de la era moderna y en los documentos constitucionales contemporáneos.

De hecho, los ingleses, como los estadounidenses y los franceses contemplaron formas de organización constitucional caracterizadas por una rígida separación de poderes, la monarquía constitucional (es decir, una forma de gobierno que caracteriza la experiencia inglesa desde el final del siglo XVII hasta el final del siglo XVIII, así como la Constitución de Francia 1791) y la república presidencial (Estados Unidos con su Constitución en 1787).

Por otro lado, el hecho de que la separación de poderes fue la estrella guía del constitucionalismo moderno, atestiguado en el art. 16 de la Declaración de Derechos Humanos y del Ciudadano Francés de 1789, donde se afirma que “*Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.*”<sup>4</sup>

Si bien la separación de poderes es clave para el funcionamiento del Estado, no existe un sistema democrático con una separación absoluta o una absoluta falta de separación de poderes.

---

<sup>4</sup> [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

Los poderes y responsabilidades gubernamentales se superponen intencionalmente. Son demasiado complejos e interrelacionados para estar perfectamente compartimentados. Como resultado, existe una medida inherente de competencia y conflicto entre los órganos del gobierno.

En sociedades latinoamericanas, los gobiernos democráticos participaron de manera intermitente y la división se fue dando conforme a su proceso evolutivo. No escapa esta situación a nuestro país.

En sus inicios, la Constitución de 1853 pretendía la mayor descentralización, pero los cambios sociales, las distintas reformas constitucionales y las necesidades de mantener gobernabilidad con medidas cortoplacistas, hicieron que el poder ejecutivo ganara ciertas funciones, avanzando sobre el legislativo.

## CAPITULO II. DOCTRINA EN LA DIVISIÓN DE PODERES

### 2.1 *Introducción*

La justificación del poder soberano del Estado transitó distintas teorías. Desde aquellas que basaban el poder en la fuerza física de unos sobre otros, pasando por la fundamentación divina del poder, cedida por un Dios directamente al soberano, hasta llegar a las que sostienen su postura en un contrato social, donde la mayoría acuerda pasar de un estado o posición a otro, sometiendo parte de su libertad en pos de seguridad y certezas, todas ellas con variabilidad de matices, pero siempre de manera implícita o formal con un elemento limitante y garantista que es la Ley (Díaz Bravo, 2012, pp. 242).

El término "*división de poderes*" fue acuñado por Montesquieu, en el siglo XVIII, en su publicación "*El Espíritu de las Leyes*" (1748). Su doctrina inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y la Constitución de los Estados Unidos. Bajo su modelo, la autoridad política del estado se divide en poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, que intentan según su pensamiento instaurar un sistema de pesos, contrapesos y controles, para promover de manera más efectiva la libertad de los hombres, por el actuar independiente de cada órgano.

### 2.2 *La Separación de Poderes*

La concentración del poder, en cualquier sociedad y en cualquier momento de la historia, acaba truncando derechos sociales. Solo el ordenamiento jurídico limita el poder mediante su distribución en diversos órganos. Un Estado con funciones y

responsabilidades definidas, permiten que su ciudadanía pueda desarrollarse en libertad (Diaz Bravo, 2012, pp. 269).

Si bien la división es clave para el funcionamiento del gobierno, no existe ningún sistema democrático con una separación absoluta de poderes o una falta total de ella. Los órganos estatales deben interrelacionarse para poder lograr su desempeño, pero existen funciones específicas de competencia propia que deben mantener una zona de reserva, para evitar un conflicto de intereses.

De este modo, la doctrina de la división concuerda que las atribuciones específicas, deberes y las responsabilidades se asignan a instituciones distintivas con delimitación de competencia y jurisdicción.

Dentro del marco constitucional el significado de los términos legislativo, ejecutivo y judicial son de gran importancia:

- *Poder Legislativo*: Es el Congreso con competencia para hacer, enmendar y derogar normas de derecho.
- *Poder Ejecutivo*: Es quien tiene el liderazgo político, el poder de la administración estatal y ejecuta y hace cumplir normas de la ley.
- *Poder Judicial*: Es la función del Estado, denominada “*administración de justicia, jurisdicción o función jurisdiccional*”, que realiza el control de constitucionalidad (Bidart Campos, 2001, pp.14-19).

Montesquieu sostenía que en cada Estado debían existir tres clases de poderes: el *Legislativo*, donde el príncipe o jefe del Estado hacía las leyes, o derogaba las existentes.

Un “*Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes*”, que declaraba la guerra, o establecía la paz, enviaba y recibía embajadores e instituía la seguridad

pública. Por último, el *“Ejecutivo de las cosas que dependían del derecho civil”*, que castigaba los delitos y juzgaba las diferencias entre particulares, también denominado *“Poder Judicial”*.

Su pensamiento precisaba que estos órganos (específicamente el legislativo y el ejecutivo) podían participar de otro poder sin confundirse con él. El legislativo tenía la facultad de examinar las acciones del ejecutivo y acusar a los Ministros si consideraba que no actuaban en conformidad con lo dispuesto en la ley. El ejecutivo, por su parte, participaba del legislativo a través del derecho a veto que le permitía rechazar las resoluciones del órgano legislador.

Del mismo modo, el legislativo sólo podía sesionar a instancias del ejecutivo que lo convocaba cuando ameritaba, pero el ejecutivo estaba obligado a convocarlo al menos una vez al año para resolver sobre la recaudación de impuestos y las fuerzas armadas.

Por último, si bien el órgano judicial no participaba de los otros poderes, una de las cámaras del legislativo interactuaba con él en tres instancias: cuando la aplicación de una ley implicaba una rigurosidad mayor que aquella que ésta ley se proponía establecer; cuando un particular violaba los derechos del pueblo en un asunto público; y cuando el acusado hubiere sido un noble.

De acuerdo a Ramella (1981), Montesquieu admite la existencia de tres funciones primordiales del Estado, pero en ningún momento establece una separación categórica de los poderes. La perdurabilidad de su teoría, se basa en que el ejercicio de esas atribuciones por parte de una sola persona, anula la libertad del pueblo. Su idea eventualmente se convirtió en una norma que consistía en cuatro principios básicos:

- El principio de trías políticas, que requiere una distinción formal entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de la autoridad estatal.
- El principio de separación de poderes, donde las funciones legislativa, judicial y ejecutiva deben estar separadas en tres órganos distintos y cada uno de estos, dotados de funcionarios y empleados, inhabilitados de servir en cualquiera de los demás.
- El principio de la separación de funciones, que exige que se confíe a cada órgano de la autoridad para realizar funciones especializadas.
- El principio de control y balance, que requiere que cada órgano mantenga un control sobre el ejercicio de las funciones de los demás (pp. 325-327, 331-336).

El objetivo principal de la doctrina es prevenir el abuso de poder dentro de las diferentes esferas de gobierno. En nuestra democracia constitucional el poder público está sujeta a control constitucional, siendo los tribunales el último guardián de nuestra constitución.

### ***2.3 Los Contrapesos en la División de Poderes***

La división de poderes es el principal sistema de control del poder público, su propósito básico es lograr el imperio de la ley, no de los hombres en el poder.

La forma en que funciona es que ante cualquier desafío a la convivencia pacífica la respuesta del Estado no está exclusivamente en manos de una persona o un grupo de personas, pero que se lleva a cabo de manera objetiva mediante la aplicación de leyes que han sido previamente aprobadas y votadas en el Congreso.

Si alguien actúa fuera de la Ley, la reacción del Estado no debe depender de la conveniencia política o del juicio de una sola persona o grupo de personas, sino de las reglas establecidas a través de un proceso democrático. Esto evita decisiones arbitrarias, discriminación y abuso. En resumen, la ley de los más fuertes.

Si la administración de justicia se deja a discreción de la persona que está en el poder, sin importar cuán ilustrado o representante de la gente sea, seremos sujetos y no ciudadanos.

En este marco, los contrapesos en la división de poderes es un mecanismo que tiene como propósito evitar el abuso de poder por parte de un órgano determinado.

La doctrina de la separación y su postulado consiguiente de los controles mutuos de los poderes, ya conocidos bajo el título de gobierno mixto, en la antigüedad se convirtió en un modelo ideal de organización política en el siglo XVIII, proveniente del pensamiento de John Locke y Montesquieu, más precisamente en el período comprendido entre la Revolución Inglesa de 1688 y la Revolución Francesa de 1789.

Para Andrada (2013), el sistema de contrapesos implica una herramienta para que *“el poder detenga al poder”* y funciona cuando, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo:

- Si el derecho a reunirse fuera potestad de Poder Legislativo, éste podría no hacerlo jamás con el fin de atentar contra el Ejecutivo. Para evitar esto, el último determina cuándo deben realizarse las asambleas y su duración.
- Contra las Leyes que el Poder Ejecutivo considere nocivas para su administración, tiene la facultad del veto.
- El Poder Legislativo tiene la facultad de controlar de qué manera han sido ejecutadas las leyes que dictó.

- Si bien el monarca debe ser sagrado y su persona no puede ser juzgada, sí pueden ser investigados y castigados sus consejeros. Como el pueblo debe ser juzgado por sus pares, los monarcas serán juzgados por la Cámara de los Nobles.
- El Poder Legislativo a fines de evitar su uso como herramienta de opresión tiene la facultad de disolver el ejército, el cual depende del Ejecutivo.

Respecto del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial:

- El monarca tiene la facultad de designar a los jueces, pero nunca la función de un príncipe debe ser la de juzgar.

Del Poder Legislativo sobre el Poder Judicial:

- La Cámara de los Nobles es la adecuada para juzgar a los jueces como para atemperar el poder de juzgar (pp. 4-9).

#### ***2.4 Los Principales Objetivos de la Doctrina de la Separación de Poderes***

En el contexto de la doctrina de la separación de poderes, los tribunales están obligados a garantizar que los otros poderes del Estado se desempeñen dentro del contexto constitucional. Pero el Poder Judicial también debe respetar el límite de su propio poder.

Montesquieu pensaba que cuando los poderes legislativo y ejecutivo eran la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, no podía haber libertad, porque podía surgir la tiranía mediante la promulgación y ejecución de leyes tiránicas.

Cuando el Poder Judicial no está separado de los otros poderes, tampoco existiría libertad. Si se uniera al legislativo, el juez sería entonces el legislador y

concurriría un control arbitrario. Si se articulara al poder ejecutivo, el juez podría comportarse con violencia y opresión.

## **2.5 Problemas en la Separación de Poderes en Argentina**

En la actualidad la concepción original de división de poderes propuesta por la Montesquieu, en tres órganos de igual importancia, con pesos y contrapesos en una relación horizontal, ha cambiado a una relación vertical con el poder ejecutivo en la cúspide.

En nuestro país los controles y equilibrios se vieron disminuidos, con la utilización por parte de distintos presidentes de funciones atribuidas al poder legislativo mediante el dictado de decretos, terminando en un presidencialismo acentuado o hiper-presidencialismo. A ello, se le debe sumar que si el gobierno de turno, tiene mayoría en alguna de las cámaras del Poder Legislativo que avalen los decretos, se estaría violando directamente la Constitución por la falta de controles.

Por el contrario, un presidente electo por minoría, y con una fuerte oposición en alguna de las Cámaras del Congreso, carece de poder. Una oposición fuerte, conduce a bloquear la acción de gobierno y contribuye a deteriorar la imagen presidencial, especialmente cuando el país atraviesa alguna crisis social y económica.

Para el constitucionalista Carlos Nino, el poder aumentado del Ejecutivo, tiene sus orígenes desde 1852, con Bautista Alberdi y su obra "*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*", donde el autor expresaba: "*Ha de continuar el virrey de Buenos Aires con todo el lleno de superior autoridad y omnímodas facultades que le conceden mi real título e instrucciones y las leyes de la India*", en el art. 2º de la Ordenanza de Intendentes para el Virreinato de Buenos Aires.

Un sutil pero definitivo aumento de poder se plasmó en la diferencia de nuestra Constitución con la norteamericana, donde no se requiere acuerdo con el Senado para designar los miembros del Gabinete, o que el Ejecutivo pueda dictar estado de sitio, cuando el Congreso se encuentre en receso, o el poder intervenir directamente una provincia bajo ciertas circunstancias.

Otras cuestiones que acrecentaron el presidencialismo, fueron distintos fallos dictados por la Corte Suprema a largo de la historia. También el inmenso poder político que le retribuyó el crecimiento de la administración central, la creación de poderosas empresas estatales, cuyos directores por lo general están designados por el presidente de la nación. La pérdida de eficiencia de los demás órganos que deberían controlar, el Legislativo con amplios recesos y menores cesiones anuales y el Judicial con sistemas arcaicos que son lentos.

Una manera de reducir el poder de un gobierno donde el Ejecutivo supera ampliamente las facultades de los otros órganos, es instalar la idea de un semi-presidencialismo. Esto se logra con una mayor aproximación al parlamentarismo o gobierno mixto.

El parlamentarismo permite que el gobierno sea el resultado del consenso en diversos momentos de la vida del país, promoviendo a que los candidatos expresen sus propuestas de manera más exacta, desalentando a los que quieran apartarse de ellas una vez elegidos, con riesgo de ser censurados por los partidos de la coalición del gobierno. Los cargos de gabinete tienen una relevancia superior, las elecciones parlamentarias son más frecuentes y el resultado de tales elecciones incide directamente en la formación del gobierno.

Estos sistemas necesitan y promueven el debate público, donde se definen principios que cuando más precisos se sean mayor chance de lograr representación en el Parlamento, con la posterior incidencia en la formación del gobierno (Nino, 1990, pp. 41-43).

Como ya se mencionó, se dictaron decretos de diferente índole antes a la reforma de 1994, incluso durante los gobiernos de facto. En éstos últimos con la disolución permanente del Congreso, se los conoció con el nombre de *decreto-ley*.

Como es lógico, la mayoría de los doctrinarios considera que la legislación de facto sufre de nulidad originaria, por no haber sido creada por los legisladores. En la reforma de 1994, la Carta Magna dispuso en su artículo 36, que “*los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*” son “*insanablemente nulos*”.

Pero existen casos, donde se logró efectividad en su aplicación, o bien, el Congreso reinstalado en sus funciones posteriormente en democracia, las mantuvo explícita o implícitamente.

Pueden apreciarse dos posturas diferentes acerca de este problema. Una doctrina de la “*equivalencia*” que fue el criterio general de la Suprema Corte de Justicia hasta 1983, donde se atribuye a las leyes emanadas durante los gobiernos de facto la misma validez que a los actos legislativos en democracia y reconoce algunos derechos adquiridos como los beneficios jubilatorios, o la ultraactividad cuando fueren normas penales, con el principio de la ley penal más benigna.

Una doctrina de la “*inequivalencia*” que fue plasmada a partir de 1983, donde se sostuvo que existe una diferencia esencial entre las normas generadas en gobiernos de facto y las que derivan de las cámaras legislativas, donde la normativa debe ser

ratificada o desechada, explícita o implícitamente por los poderes del Estado constitucionalmente elegido<sup>5</sup>.

Los sectores que pactaron la reforma constitucional de 1994, sostuvieron que la inclusión y regulación de los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución era necesaria a fin de ejercer mayor control de estas facultades por parte del Congreso. También concluyeron que tales facultades, eran una respuesta rápida a las futuras emergencias sociales, institucionales y económicas que caracterizaron el devenir histórico del país.

En 2013 tras varios fallos de la Corte Suprema, medidas cautelares contra los intereses del gobierno, el ejecutivo anunció el impulso de un proyecto de ley para “*democratizar la Justicia*”. Entre los puntos más importantes se encontraban el aumento de la cantidad y la elección directa por voto popular de los miembros del Consejo de la Magistratura, la limitación de las medidas cautelares contra el Estado a seis meses y el aumento de Cámaras de Casación.

El proyecto fue cuestionado por la oposición política y diversas ONG, con el fundamento de destruir la forma republicana al someter a los jueces a la voluntad de la fuerza política triunfante.

Ese mismo año fue aprobada la ley en ambas Cámaras, con mayoría perteneciente al oficialismo. La ONU exhortó al Gobierno a reconsiderar el proyecto por ser contrario a varios artículos del “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” y a los principios básicos de la independencia de Justicia. La jueza Servini de Cubría, declaró inconstitucionales algunos artículos de la Ley 26.855.

---

<sup>5</sup> Spector, H. Secretaría Parlamentaria - Leyes de Facto.

[https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral\\_info\\_parlamentaria/dip/glosario/L/leyes\\_facto.html](https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/glosario/L/leyes_facto.html)

El Estado Nacional interpuso entonces, un recurso de salto de instancia o “*Per Saltum*”, para llegar a la Corte Suprema y ésta declaró en el caso “*Rizzo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13) s/ acción de amparo*”, inadmisibile el recurso extraordinario por salto de instancia, al sopesar que la sentencia recurrida traía, como efecto, la cancelación de un procedimiento electoral mediante el sufragio universal destinado a cubrir cargos públicos electivos, una circunstancia de gravedad institucional (artículo 114 CN).

En esa oportunidad, de haberse puesto en funcionamiento la “*democratización de la Justicia*”, el Ejecutivo y el Legislativo hubiesen avanzado sobre las facultades del Poder Judicial.

## **2.6 Conclusiones Parciales**

La concepción de los pensadores en la división de poderes, no fue otra que la de asegurar la libertad de los pueblos, con la limitación de la tiranía ejercida por las primitivas formas de gobierno, donde una sola persona tenía el poder absoluto, estableciendo normas, juzgando y ejecutando a discreción.

Existen varios sistemas de gobierno en el mundo, que fueron perfeccionándose para lograr atender los requerimientos sociales y el balance de poder que encarnan sus gobernantes. Son pocos los países donde persiste el sistema presidencialista puro, el nuestro es uno de ellos. El balance de poder, por lo general se fue adecuando con simples medidas que atenúan o aumentan las facultades de diferentes órganos a fin de establecer un equilibrio, como la elección indirecta, la duración de mandatos y las decisiones compartidas entre Ejecutivo y Legislativo.

Uno de los problemas más importantes en Argentina fue la existencia de una incompleta separación de poderes desde el origen constitucional y que se vio pronunciado sobre todo durante el siglo XX, hasta el punto que, con las reformas introducidas en 1994 y el agregado de facultades legislativas, se convirtió en un sistema presidencialista acentuado o hiper-presidencialismo.

A principios del siglo XXI, existieron intentos de avanzar por parte del Ejecutivo sobre el Poder Judicial, con el apoyo de mayorías en el Congreso.

En la actualidad los otros dos órganos que deben controlar se encuentran disminuidos, el Legislativo que se reúne en menos sesiones y el Judicial que se volvió burocrático, desactualizado y lento.

El ejercicio de las facultades legislativas por parte del Presidente de la Nación supone el reemplazo de la voluntad plural, al eliminar al Congreso en el control legislativo por la voluntad única de quien ejerce el cargo y puede ampliar sus potestades mediante el uso ordinario de facultades de excepción.

## **CAPITULO III. LA DEMOCRACIA. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.**

### ***3.1 Introducción***

A raíz de la caída del régimen militar en 1983, comenzó un largo y complejo proceso de transición democrática en Argentina. La profunda revisión de la constitución realizada en el año 1994, constituye un punto de inflexión el cual se orientó a rediseñar el equilibrio entre poderes e insertar mecanismos de control y mayores garantías, haciendo hincapié en el respeto por los derechos de las personas y las instituciones con el de las autonomías locales.

### ***3.2 Reforma Constitucional de 1994***

La base de la reforma constitucional de 1994 es el Pacto de Olivos, un acuerdo informal por el cual el presidente Menem y el ex mandatario, Alfonsín, acordaron impulsar una enmienda a la Constitución Argentina.

Este cambio fue necesario a causa de las heridas producidas a nivel político, económico y humano sufridas en la sociedad a raíz de los sucesivos gobiernos facto en el país.

El nuevo texto constitucional tendía a conciliar necesidades opuestas y establecer restricciones y principios, para imponer un nuevo orden en las reglas del juego político, lo que permitió dar a las generaciones posteriores los instrumentos legales apropiados para perpetuar la democracia.

Para el historiador Marcos Novaro (2001), es importante recordar la fuente de la que proceden las nuevas normas. Algunas son derivadas del llamado “*Pacto de Olivos y el Núcleo de Coincidencias Básicas*”, las cuales tuvieron que ser aprobadas en

bloque por la Convención Constituyente, mientras que para el resto de las normas prácticamente no hubo restricciones.

También hay que tener en cuenta que los objetivos de los electores a favor de la reforma tuvieron diversos puntos de vista, de acuerdo a los partidos políticos que integraban, e incluso dentro de ellos. El Justicialismo perseguía principalmente el propósito de la reelección presidencial, mientras que la oposición buscaba limitar los poderes presidenciales (pp. 64-69).

La ley declaratoria de necesidad de reforma, elaborada por el Pacto de Olivos, fijó algunos objetivos que sólo se han logrado parcialmente como, por ejemplo, la atenuación del sistema presidencial, el fortalecimiento del régimen federal, la consecución de un mecanismo de mayor conferencia, la creación de un nuevo sistema para la gestión de los recursos económicos del país.

Se introdujeron nuevos mecanismos participativos, comenzando por la constitucionalización del sufragio universal, el voto secreto igualitario y obligatorio. Se intentó establecer un equilibrio entre los órganos estableciendo límites a los poderes presidenciales y fortaleciendo la autonomía de los poderes legislativo y judicial. Respecto del federalismo, se ampliaron las garantías para las autonomías territoriales y consolidaron las funciones del Senado para ser el custodio efectivo del principio federal.

En noviembre de 1993, el presidente Menem y el ex mandatario Alfonsín, pactaron impulsar la reforma y los principales puntos a modificar. El 22 de agosto de 1994, la Convención Constituyente aprobó definitivamente la reforma en la ciudad de Santa Fe.

Se estableció que la función legislativa pertenece al Congreso, dividido en dos cámaras, la Cámara de Diputados y la de Senadores. Se intentó atribuir mayor peso político al Parlamento, mediante la mejora de los sistemas de control del Ejecutivo y un freno a la tendencia expansiva de las prerrogativas presidenciales. La extensión de las sesiones, la competencia exclusiva de las Cámaras para asuntos específicos, el establecimiento de la mencionada Comisión Bicameral Permanente y la disposición constitucional de mayorías calificadas o agravadas para la aprobación de leyes tales como, asuntos electorales o relativos a los partidos políticos, junto con el artículo 82 que obliga al Congreso a expresar su voluntad explícitamente.

Respecto de la composición de la cámara baja, sus miembros son elegidos por sufragio universal con un sistema mayoritario de 1 por cada 30.000 habitantes. Los diputados permanecen en el cargo durante 4 años y se espera su renovación parcial cada 2 años.

Sin embargo, las modificaciones más incisivas se referían a la composición y las funciones pertenecientes al Senado.

La reforma estableció una representación equitativa para todas las entidades federadas y la elección directa por sufragio universal para los senadores, previamente designados por las legislaturas provinciales y la ciudad autónoma de Buenos Aires, (de 2 a 3 representantes, 2 expresiones del partido ganador y 1 para el partido que obtuvo el segundo mayor número de votos).

El mandato es de seis años. con una renovación parcial cada dos años para un tercio de los distritos electorales. La función de la Cámara, que tiene la iniciativa exclusiva de todos los proyectos de ley relacionados con el equilibrio federal de la Nación (artículo 75), así como el estricto control que la Constitución le atribuye con

respecto a los nombramientos del gobierno intentaron que el nuevo Senado fuera un importante contrapeso en el equilibrio entre poderes ya que permite a la Cámara Alta ejercer efectivamente su papel de guardián del principio federal (Gargarella, 2014, pp. 1-12).

Se creó mediante el artículo 85 de la Carta Magna, la “*Auditoría General de la Nación*”, un órgano auxiliar del Congreso para el control de aspectos patrimoniales, económicos y financieros del sector público central y periférico nacional, que interviene como consultoría técnica y cuyos miembros son nombrados por las Cámaras a propuesta del principal partido de oposición. Su función es la de verificar la legitimidad de los actos y la gestión de toda la actividad de la Administración Pública.

Con el artículo 86, se instituyó la figura del “*Defensor del Pueblo*”, designado y removido por el Congreso, siendo un organismo independiente con legitimidad procesal cuya función es la protección de los derechos humanos y los demás derechos y garantías tutelados por la Constitución Argentina y demás leyes, ante actos, hechos u omisiones de la administración.

Por último, el “*Ministerio Público*” quedó definido en el artículo 120 como órgano extra poder, autónomo e independiente, con la obligación de promover la actuación de la justicia en los delitos de acción pública, el inicio de procesos no penales en defensa de la legalidad o de los intereses generales de la sociedad, defender la legalidad en cada proceso judicial y los intereses generales de la sociedad en iguales oportunidades, controlar las funciones señaladas, a los otros órganos del poder y a los del poder judicial, ejercer el control de constitucionalidad de leyes y asumir las funciones tradicionales del ministerio popular. Sus miembros sólo pueden ser removidos de sus cargos mediante juicio político, a efectos de asegurarles sus inmunidades funcionales.

Las Provincias, junto con la ciudad autónoma de Buenos Aires, pasaron a formar 24 entidades federadas. La Constitución les atribuyó autonomía constitucional y gubernamental de acuerdo a los principios y valores proclamados en ella.

El poder de las provincias mantuvo el carácter original, excepto el delegado al Gobierno Federal y conservan los recursos naturales existentes en cada territorio.

Por otro lado, se les amplió el poder al permitirles concluir acuerdos interprovinciales o acuerdos con Estados extranjeros y la posibilidad de establecer regiones entre dos o más provincias para promover el desarrollo económico y social de ciertas áreas.

Se dejó a las constituciones provinciales la organización de los municipios, pero con el establecimiento de derechos, límites y características de su autonomía. Mientras que la Ciudad de Buenos Aires, se estructuró de manera similar a las administraciones provinciales.

Se incorporaron con el artículo 75, gran variedad de tratados internacionales estrechamente relacionados con los derechos y garantías, en una posición jerárquica superior a las leyes. El inciso 22 enumeró una serie de instrumentos, aunque si bien algunos de ellos no son tratados en sentido estricto, son declaraciones sobre derechos y potestades de los individuos y que con el tiempo se les fue otorgando obligatoriedad y jerarquía. Esto permitió al Congreso aprobar otros documentos de esta naturaleza y con la misma categoría, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Hoy con jerarquía constitucional, existen diez normas de derecho internacional sobre derechos humanos: la *“Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos”*; la *“Declaración Universal de Derechos Humanos”*; la *“Convención*

*Americana sobre Derechos Humanos*”; el “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”; el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo*”; la “*Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*”; la “*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*”; la “*Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*”; la “*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*”; y la “*Convención sobre los Derechos del Niño*”.

Entre los puntos más importantes de la reforma se encuentran:

- La ratificación de soberanía legítima y no prescriptiva sobre las Islas Malvinas.
- Jerarquía constitucional sobre legislación internacional sobre derechos humanos y todos los demás Tratados internacionales.
- Acortamiento del mandato presidencial a cuatro años y su consecuente reelección por una vez consecutiva.
- Se eliminó habilitó la libertad de religión en la figura del presidente.
- Las elecciones presidenciales se convirtieron en una elección directa, con sistema de balotage de dos rondas.
- El mandato de los senadores se redujo a seis años y se estableció que cada provincia debía elegir a tres senadores mediante elecciones directas.
- La ciudad Buenos Aires, recibió el estatus especial de Ciudad Autónoma y su población recibió el derecho de elegir a un Jefe de Gobierno.
- Se declaró la ilegalidad de cualquier doctrina de facto, con sanciones graves para los autores.
- Se validó el derecho de resistir cualquier intento de golpe de Estado.

- Se introdujo el cargo de jefe del Gabinete de Ministros, para atenuar el carácter presidencialista.
- Se estableció el Consejo de la Magistratura para administrar, regular y controlar el funcionamiento del poder judicial.
- Se reglamentó la emisión de Decretos de Necesidad y Urgencia, por parte del Poder Ejecutivo.

### ***3.3 La Corte Suprema de Justicia y el Procedimiento de Revisión Constitucional***

Uno de los objetivos prioritarios de la reforma constitucional de 1994 fue afirmar la autonomía del Poder Judicial.

Se consolidó el principio de la inmovilidad de los jueces en el texto constitucional, para garantizar la independencia de los magistrados. La revisión se refería principalmente al órgano superior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interviniendo tanto sobre cómo nombrar a sus miembros, como sobre las competencias que se le deben.

Bajo el primer aspecto, se pretendía contener la influencia del Ejecutivo. La elección de los miembros permanece como responsabilidad del Presidente, pero su nombramiento está sujeto al control estricto del Senado, que debe expresar su consentimiento sobre los candidatos por una mayoría de los dos tercios de sus componentes.

Para la segunda cuestión, El Consejo de la Magistratura, regulado en una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada

Cámara, tiene a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial (artículo 114).

El órgano es responsable de incorporar magistrados a través de la competencia pública, decidir sobre cuestiones disciplinarias y la posible remoción del magistrado. También lleva adelante la gestión de los recursos económicos y la adopción en general, de todas las normas relativas a la organización judicial y las necesarias para garantizar la independencia de los jueces. Se compone de 13 miembros y es presidido por el presidente de la Corte Suprema.

Con respecto al control de la legitimidad constitucional, el sistema permite que cada juez pueda, en el dictado de una sentencia y cuando lo considere inconstitucional, no aplicar una disposición al caso específico. Por lo tanto, si cada magistrado tiene la tarea de garantizar el valor normativo de la Carta Magna, es solo la Corte Suprema la que tiene la función, como último intérprete y guardián de la Constitución, de decidir definitivamente sobre cuestiones de legitimidad.

Respecto del procedimiento de revisión constitucional, el fortalecimiento del Senado aplica una participación más incisiva de las Provincias en las propuestas de modificación del texto fundamental.

En reformas a través de asamblea extraordinaria, el procedimiento prevé que la necesidad de la revisión constitucional sea declarada preliminarmente por el Congreso, que debe pronunciarse a su favor con una mayoría en cada Cámara de al menos dos tercios de sus miembros, estableciendo los temas y artículos de la Constitución sobre los cuales la Convención constituyente tendrá que trabajar (Gargarella, 2014, pp. 1-12).

### **3.4 Potestad Legislativa del Poder Ejecutivo**

Antes de la reforma, la delegación legislativa no tenía expreso reconocimiento en el texto constitucional y las disposiciones del artículo 1º y especialmente el 29, parecían prohibirla. Sólo el Congreso tenía por competencia la de reglamentar los derechos constitucionales y se limitaban o restringían exclusivamente mediante ley.

A partir de las primeras décadas del siglo XX, se dictaron numerosas leyes en las que el Congreso habilitaba al Poder Ejecutivo a ejercer ciertas facultades que le eran propias.

La Corte Suprema con su jurisprudencia también fue legitimando la constitucionalidad de esta práctica, considerando a los reglamentos delegados como una manera más intensa de ejercer la potestad de la presidencia de la Nación, doctrina de origen jurisprudencial que se conoció como “*delegación impropia*”.

El Poder Ejecutivo tenía la autoridad para emitir proyectos de ley y vetar los proyectos aprobados por el Congreso. En este contexto sólo podía dictar dos tipos de decretos, los concernientes a reglamentar la implementación de la legislación y decretos autónomos relacionados con la iniciativa presidencial.

Desde 1994 la excepción permisiva al Ejecutivo, viene concedida para materias determinadas de administración o de emergencia pública. Las expresiones en el texto constitucional son poco concisas, por lo que se las puede invocar con casi cualquier pretexto y con escasa precisión.

De igual modo está claramente establecido que es improcedente la delegación de facultades legislativas en materia penal, tributaria, electoral o referente al régimen de los partidos políticos (Bidart Campos, 2001, pp. 249).

Desde 1853 hasta 1983, los presidentes constitucionales emitieron no más de veinte DNU. Esos decretos fueron emitidos en tiempos extremadamente complejos y situaciones, tales como emergencias políticas y económicas, especialmente durante la crisis de los años treinta.

El presidente Alfonsín emitió DNU que en su mayoría trataron sobre la base de emergencia económica, crisis financiera y en apoyo a las políticas de reforma administrativa.

La administración de Menem introdujo cambios importantes en la práctica institucional en Argentina. La relación entre el ejecutivo y el poder legislativo se modificó sustancialmente y los decretos, antes excepcionales, se convirtieron en dispositivos ordinarios de toma de decisiones (Bianchi, 2015 pp. 21-31).

Cuando el presidente emite un DNU, en realidad aprueba la ley, usurpando autoridad legislativa del Congreso sin consentimiento, por más que posteriormente deba ser refrendado.

### ***3.5 Conclusiones parciales***

Desde comienzos del siglo pasado, se produjeron cambios sociales y políticos muy importantes y de manera más acelerada.

Algunas causas judiciales fueron desvirtuando el balance de poder entre los órganos de gobierno. Los períodos de alternancia democrática con gobiernos de facto que desconocieron la Constitución y violaron el estado de derecho. Intentos de avanzar la zona de reserva del Poder Legislativo y Judicial por parte del Ejecutivo, hicieron necesario el planteo de una modificación constitucional.

Con la vuelta de la democracia en 1983, fue necesario reforzar las instituciones, en un escenario social mundial que comenzaba a vivir mayores libertades, en medio de un contexto nacional que debía ordenarse.

Variadas fueron las metas perseguidas con una reforma desde distintos ámbitos sociales. La necesidad de preservar los derechos y garantías de las personas. Un mejor equilibrio de poder que evitara un presidencialismo acentuado, permanecer en un estado de derecho permanente e introducir mecanismos de participación que permitieran, la intervención directa de la población en determinadas cuestiones de gobierno.

El diagrama de la división de poderes sufrió modificaciones importantes si se la compara con la constitución fundacional de 1853.

Si bien la trinidad originaria subsistió con un congreso bicameral, un poder ejecutivo unipersonal y un poder judicial compuesto por varios tribunales, se incorporaron tres órganos de control que son la Auditoría General de la Nación, la figura del Defensor del Pueblo y el Ministerio Público.

El nombramiento de jueces federales siguió siendo designado por el ejecutivo con acuerdo del Senado, pero con requerimiento de un quorum de decisión agravado en sesión pública y la remoción mediante un mecanismo en el que interviene el Consejo de la Magistratura. Este último también participa en la designación de jueces de tribunales inferiores.

Para el Poder Legislativo, los constituyentes hicieron énfasis, en una representación más equitativa de representación, justificados en la cantidad, como en la forma de elección, que con anterioridad para Senadores era de manera indirecta.

Al poder ejecutivo se le impuso dos prohibiciones, la principal es que le impide emitir disposiciones de carácter legislativo, *“salvo cuando se trata de decretos de*

*necesidad y urgencia*” (art. 99 inc. 3º), con lo cual se incorporó la nueva herramienta y la de vedar al congreso la delegación legislativa en el 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 (artículo 76). Como las expresiones dan lugar a interpretación, puede invocarse casi con cualquier pretexto, lo que llevó a los distintos gobernantes a emitir decretos a discreción, provocando un presidencialismo más acentuado.

Con posterioridad a la reforma, en el año 2006 se reguló con la Ley 26.122, la implementación y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo.

## **CAPÍTULO IV. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA**

### **4.1 *Introducción***

El reconocimiento de potestades legislativas al Poder Ejecutivo Nacional fue una de las cuestiones que más dividió la opinión de los constituyentes frente al proceso de reforma constitucional en 1994.

Originariamente, la Carta Magna no contemplaba la delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, promulgación parcial de leyes.

La problemática social e institucional durante el siglo XX, propició el origen de estos temas para luego ser legitimados por la jurisprudencia. Una de las cuestiones a analizar en el presente capítulo, es la delegación de las facultades legislativas a otro órgano que carece de tales facultades. Se abordará el concepto y la naturaleza de los decretos y sus tipologías. Seguidamente se describirá el contexto de aplicación de los Decretos de necesidad y Urgencia en Argentina y los antecedentes ubicado en los gobiernos de facto y constitucionales.

### **4.2 *Decretos. Concepto y Naturaleza***

La norma dictada en forma de decreto, cuando por delegación la dicta el Poder Ejecutivo, tiene naturaleza material de ley y es expresión de la función legislativa delegada, porque equivale a la ley que el Congreso, por trasladar la función, se ha abstenido de dictar por sí mismo (Bidart Campos, 2001, pág. 147).

Es un acto administrativo llevado a cabo por el Poder Ejecutivo, con contenido normativo reglamentario y jerarquía inferior a las leyes. Sin embargo, se deben tener en cuenta dos situaciones para determinar la fortaleza del poder de decreto:

- El decreto como política, tiene o no efectos inmediatos.
- El decreto se convierte o no en ley permanente, sin ningún tipo de acción legislativa

Para Bidart Campos, dentro de los tipos de decretos que existen, se pueden identificar los Decretos Delegados, y los Constitucionales.

El Decreto Delegado, involucra la posibilidad de generar modificaciones en la ley que dicta el poder Legislativo, ya que explícitamente se transfieren ciertas áreas de legislación al Ejecutivo. En este caso, el Poder Legislativo, le concede al poder ejecutivo la capacidad de legislar. Ellos distinguen dos tipos de Decretos Constitucionales: los que se dictan como poderes de emergencia, y los Decretos de autoridad estándar.

El Decreto de Necesidad y Urgencia, se corresponden con el Decreto con autoridad Constitucional con poderes de emergencia.

Este tipo de norma permite al presidente intervenir sobre la legislación por un período de tiempo predeterminado por la Constitución, y alcanza la suspensión de libertades civiles en tiempos de disturbios o crisis, donde se enmarca un momento de Necesidad y Urgencia, que posteriormente el Congreso debe refrendar a través de la Comisión Bicameral permanente (pp. 249-256).

#### ***4.3 Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina***

Antes de la reforma de 1994, la Constitución Argentina no otorgaba garantías formales sobre el poder de los presidentes para emitir DNU.

La mayoría de los gobiernos a lo largo de la historia ejercieron esta opción de manera bastante efectiva con el fin de impulsar reformas importantes, o mejorar su posición ante situaciones adversas.

Los mandatarios tenían la base legal para emitir sólo dos tipos de decretos, reglamentos y decretos delegados (por garantías legislativas explícitas).

Sin embargo, en la práctica también se ejerció el derecho de emitir un tercer tipo de DNU, que tiene fuerza de ley, pero no requiere de aprobación legislativa previa. De hecho, antes de la sentencia del citado caso Peralta (1990), no existía una base legal clara para el uso de este tipo de decreto.

Desde 1853 hasta 1983 los gobiernos democráticos dictaron aproximadamente 25 decretos de necesidad y urgencia, referentes a servicio de correos, concesión con bancos, derechos de importación, aduanas, feriados comerciales, modificación en el régimen de la moneda y tipo de cambio, nacionalización de empresas, establecimiento de estado de sitio, creación de empresas estatales, intervenciones a estados provinciales sin participación del Congreso, anulación de contratos petroleros con empresas extranjeras y el nefasto decreto que ordenó a las Fuerzas Armadas aniquilar a la subversión.

Desde 1983, el presidente Raúl Alfonsín dictó 10 decretos de necesidad y urgencia, entre los que instauró un régimen de normalización de las universidades, la implementación del Plan Austral y la moneda en circulación y el estado de emergencia previsional.

Menem, desde 1989 emitió 545 decretos en 10 años de gestión, de los cuales varios fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema. Entre ellos se encuentran el aumento de gravámenes sobre activos financieros, devolución de los

depósitos en dólares, incrementos en alícuotas de impuestos, gravámenes a la venta o locación de películas exhibidas en televisión abierta, cable o video, reducción de salarios de empleados públicos, exclusión de asignaciones familiares a quienes percibieran remuneraciones superiores a cierto monto, concesión de los aeropuertos estatales a empresas privadas, diferimiento en el pago de indemnizaciones y se concedieron beneficios aduaneros.

Entre 1999 y 2003, los gobiernos de De la Rúa y Duhalde, dictaron 227 decretos de necesidad y urgencia, referidos en su mayoría a aspectos económicos, pesificación de depósitos, disminución en salarios del sector público nacional, modificación la ley de entidades de seguros y su control.

Kirchner que ejerció la presidencia desde 2003 a 2007 firmó 270 Decretos. Durante su mandato, se reglamentó por primera vez el control parlamentario de los DNU, pero sin plazos para la aprobación del Congreso y se estableció que para derogarlos era necesario el voto de ambas cámaras. Los mismos referían a variaciones en sueldos, jubilaciones, subsidios, asignaciones familiares e indemnizaciones, ley de presupuesto, los fondos fiduciarios y deuda pública.

Entre las dos etapas del Gobierno de Fernández (2007-2015), se dictaron 54 DNU, estableciendo la asignación universal por hijo y por embarazo, el pago de parte de la deuda externa con reservas del Banco Central y la remoción de autoridades de esa institución, fijación de feriados nacionales, supresión de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA), fin a la detracción por parte de Nación sobre los fondos coparticipables a las provincias, entre otros (Ávalos, 2011, pp. 148-157).

Como su nombre lo indica, un Decreto de Necesidad y Urgencia se debe usar sólo en situaciones excepcionales, cuando no es posible seguir el procedimiento normal para crear leyes en el Congreso, invocando la excepción del artículo 99 (CN).

Además, el presidente no puede sancionar DNU que legislan sobre asuntos penales, tributarios o electorales. Al igual que con los decretos regulares, los decretos de necesidad y urgencia son promulgados por el presidente, pero solo con el Acuerdo General de Ministros. Una vez sancionado, el Jefe de Gabinete debe enviar el DNU al Comité Bicameral Permanente del Congreso en no más de diez días y éste remitirlo con su informe a la Cámara de Diputados y al Senado, donde en diez días se refrenda para el ingreso, o no en vigor.

Cada cámara legislativa debe entregar una resolución expresando su aprobación o rechazo. Si ambas cámaras rechazan el DNU, pierde validez permanentemente. Sin embargo, los derechos adquiridos por las personas afectadas por el decreto no se cancelan automáticamente.

Es importante tener en cuenta que la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, incorporada en la Constitución de 1994, es una instancia de control y seguimiento frente a la posibilidad del presidente de emitir normas de carácter legislativo. Sin la existencia de este cuerpo y sin la posibilidad de tener un tratamiento legislativo, las facultades delegadas al Poder Ejecutivo y la promulgación parcial de leyes, se violaría la esencia republicana y los principios del Estado de Derecho.

El extenso artículo artículo 99(CN), nombra las atribuciones del presidente. En el inciso 3 se expresa que *“participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar”*, con la excepción de que no puede *“en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de*

*carácter legislativo*”, pero admite la permisión de hacerlo, “*solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”.

La redacción estipula una dura prohibición sobre la facultad de legislar y luego establece una excepción sustancial, que permite al ejecutivo, sobre ciertas materias y durante un lapso de tiempo (hasta que se encuentre en funcionamiento el mecanismo de control), crear un decreto válido a discreción del gobernante, transformando esta disposición en incongruente.

Bidart Campos (2001), plantea que la norma contiene serios problemas hermenéuticos. Se desconoce ciertamente el alcance de la palabra *imposible* en esta excepción, del mismo modo, que no establece cuales son los parámetros para *necesidad y urgencia* (pp. 155).

#### **4.4 El Control Político**

Resulta importante resaltar que el presidente es quien estima y resuelve si se dan las circunstancias para el dictado de un DNU.

De este modo recae en su responsabilidad analizar la naturaleza de excepción y el impedimento del Congreso para legislar. Esta etapa se produce dentro del seno del Poder Ejecutivo.

Posteriormente se inicia la etapa de control inter órganos pues la norma en análisis le exige al presidente que la decisión sea sometida al acuerdo general de Ministros y la unanimidad de todos los miembros del gabinete para que refrenden junto con el Jefe de Gabinete la decisión de emergencia.

Antes de la reforma el decreto de necesidad y urgencia era firmado únicamente por el presidente y el ministro de sector correspondiente. Consecuentemente, la negativa a refrendar el decreto por parte de alguno de ellos conllevaría a que deje su puesto en forma inmediata, ya sea por decisión directa (remoción) o indirecta (renuncia).

Cumplido el requisito constitucional del refrendo ministerial, la norma exige que el Jefe de Gabinete, dentro de los 10 días, remita el DNU a la Comisión Bicameral Permanente, donde tiene que explicar las razones excepcionales que determinaron el dictado del decreto en cuestión

#### **4.5 *El Control Judicial***

Al Poder Judicial no le corresponde meritar sobre la conveniencia y eficacia de la medida adoptada por decreto, pero sí tiene la autoridad de inspeccionar la existencia del estado de necesidad y razonabilidad, ejerciendo el control de constitucionalidad, de la misma manera que una ley en sentido formal.

La justicia controla la razonabilidad de la medida, que consiste en el análisis de la proporcionalidad entre las limitaciones impuestas y las circunstancias extraordinarias que se pretenden superar, sin que se produzca una alteración en la sustancia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Como el decreto se llama “*de necesidad y urgencia*” debido a que objetivamente es imprescindible, está destinado a encarar la emergencia sin ningún tipo de demoras. Pero como está regulada su utilización, deben aplicarse bajo controles establecidos.

El Poder Judicial es el último recurso aplicable a la constitucionalidad. Esto no implica que deba intervenir una vez implementado, es decir, con la conclusión del trámite formal que fiscaliza la medida después de dictado.

Ante algunos supuestos anómalos, podría ocurrir que el legislativo inconstitucionalmente obvie algún procedimiento, como que el Jefe de Gabinete no remita dentro de los 10 días a la Comisión Bicameral Permanente, o que ésta no lo eleve en el mismo plazo al Congreso, o que éste último no trate la norma.

En el primer caso se supondría que el trayecto se corta, pero no es así, porque será la Comisión quién deberá asumir por decisión propia su competencia, que le está reservada directamente por la constitución y elevar su despacho al Congreso.

Para el segundo supuesto, como la Comisión forma parte del Congreso sería una situación poco probable, porque tiene una composición partidariamente pluralista y la omisión tendría que superarse, para que las cámaras emprendieran el tratamiento del decreto.

Si el Congreso decidiera no hacer lugar tratamiento del decreto, no lo rechazara ni lo convirtiera en ley, esta última omisión tendría el efecto de derogación (Bidart Campos, 2001, pp. 253-254).

#### **4.6 Antecedentes**

Desde la Constitución de 1853 tal facultad estaba prohibida, no obstante, se dictaron algunos decretos por el ejecutivo, que no revestían la naturaleza que hoy posee rango de necesidad y urgencia, sino que se tomaron como medidas de emergencia. El primer antecedente puede citarse en el gobierno de Ortiz Pellegrini en 1865.

A partir del fallo Peralta, se fue estableciendo gradualmente el aumento de control sobre las exigencias constitucionales de los mismos.

Durante los gobiernos de facto la legislación emitida se conoció como decretos-ley. Debido a que fueron gobiernos inconstitucionales, existió una controversia legal sobre la validez de dichos decretos.

En 1945 la Corte Suprema los aceptó, sólo si eran necesarios para cumplir los objetivos del gobierno. Cuando se disolvió el gobierno militar y se restableció el gobierno civil, los decretos y leyes ya no eran válidos, a menos que el Congreso los ratificara.

En 1946, una nueva sentencia del Tribunal Supremo estableció que los decretos y leyes seguirían siendo válidos después del final del gobierno de facto que los promulgó y podrían ser abolidos o modificados de la misma manera que otras leyes.

En los gobiernos constitucionales, los presidentes han utilizado este tipo de decreto de manera regular. El presidente Raúl Alfonsín en 1985, utilizando el decreto 1096/85 cambió el sistema monetario nacional, del peso argentino al austral.

Caso *“Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”*<sup>6</sup>. El Poder Ejecutivo en 1996 dictó los decretos de necesidad y urgencia N°. 770/96 y 771/96 mediante los cuáles suprimió las asignaciones familiares a los trabajadores cuyas remuneraciones superaran los \$1.000.

En 1999 afectado por la medida, Verrocchi presentó una acción de amparo aduciendo la inconstitucionalidad de los mencionados decretos por resultar violatorios de la garantía de protección integral de la familia, reconocida en el Art. 14 bis de la

---

<sup>6</sup> Fallo: 322:1726

Constitución Nacional. El actor alegó además que el decreto no estaba fundado en una situación de necesidad y urgencia.

La Corte Suprema estableció una nueva doctrina con respecto a la revisión judicial de constitucionalidad de un DNU, al sostener que las funciones legislativas en nombre del presidente, sólo se acepta en una situación excepcional.

Para ejercer legítimamente facultades legislativas que son ajenas al Poder Ejecutivo, es necesario contar con la existencia de una de estas dos circunstancias, que sea imposible dictar la ley por medio del mandato previsto en la Constitución, o que la situación que requiere solución sea de tal urgencia que deba ser resuelto en un plazo incompatible con el procedimiento normal de las leyes.

Por otro lado, estableció claramente su obligación de revisar la constitucionalidad de los DNU, ya que es una atribución propia de la Corte Suprema, ya que la Constitución no permite que elegir entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.

En diciembre de 1990, la Corte Suprema aprobó la sanción de la necesidad y el decreto de urgencia en el llamado caso “*Peralta Luis A. y otro c/ Estado nacional*”<sup>7</sup>, donde el damnificado solicitó que se declarara inconstitucional el decreto 36/90, promulgado por el presidente Menem en 1990, ya que cuestionaba que los depósitos a plazo fijo en australes, no se reintegraban en su totalidad a su vencimiento, sino sólo hasta un millón de australes y el resto, a diez años en bonex serie 89.

---

<sup>7</sup> Fallo: 313: 1513

Se utilizó como precedente una ley de emergencia económica de 1937, con lo cual se asimiló un DNU con una Ley, confundiendo las formas jurídicas y agravando la división de poderes.

La Corte justificó dicha norma con la premisa que había un riesgo real y grave que se ponía en peligro la supervivencia del Estado y existía la necesidad urgente de tomar medidas para contrarrestarlo, sin pasar por el tratamiento del Congreso, debido al tiempo que éste órgano destinaría en la labor.

En el año 2000, el caso “*Risolía de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros*”<sup>8</sup>, donde el conductor Julio César Rojas de la empresa Barrancas de Belgrano S.A. y la compañía de seguros Belgrano Sociedad Cooperativa Limitada de Seguros, fueron sentenciados al pago de una indemnización con motivo del accidente padecido por una menor atropellada por un colectivo, distribuyendo la responsabilidad derivada del hecho en un 70% a cargo de la actora y 30% de las demandadas y elevando el resarcimiento en concepto de daño moral.

La empresa de colectivos mediante recurso extraordinario, solicitó la suspensión del procedimiento, invocando el decreto 260/97 de Autotransporte Público de Pasajeros, que declaraba en estado de emergencia a las empresas prestadoras de este servicio y a sus aseguradoras. Asimismo, reclamó abonar la condena por el sistema de cuotas establecido por aquella norma.

El Tribunal Superior confirmó la sentencia recurrida, ya que advertía que el decreto de necesidad y urgencia que protegía a las empresas mencionadas de la crisis económica por otro lado afectaba los intereses generales de la sociedad. La crisis económica por sí misma, no justificaba la restricción de los derechos constitucionales

---

<sup>8</sup> Fallo: 323:1934

de los demandantes porque no existía riesgo de un desorden económico general o peligro para la supervivencia de la nación.

A finales de 2001 Argentina enfrentó una crisis económica con tasas de interés en pesos en espiral más allá del 600% y una corrida de depósitos que casi desmoronó al sistema financiero. En este contexto, el presidente emitió el Decreto 1570/01 para reordenar la economía y evitar el colapso del sistema financiero acompañado por una profunda crisis social y la corte suprema cambió de dirección nuevamente.

Existen varios antecedentes más, que son de la misma índole, que harían extenso el análisis, pero que en su mayoría fueron considerados inconstitucionales por la Suprema Corte.

#### **4.7 Conclusiones parciales**

Desde la reforma constitucional de 1994, se incluyó y reguló el uso de los decretos de necesidad y urgencia para ser utilizado excepcionalmente por parte del Poder Ejecutivo. Para algunos doctrinarios la redacción de la norma es contradictoria, incongruente y conlleva problemas hermenéuticos.

Primeramente, el inciso 3 del artículo 99 prohíbe de forma expresa al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo, pero incorpora la excepción de poder llevar a cabo la acción cuando las circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución y que el objeto de la pretensión, la necesidad y la urgencia no pueda satisfacerse por ley y no se trate sobre las materias expresamente prohibidas por el texto constitucional.

Ante una necesidad urgente y con imposibilidad de que el Congreso pueda crear una Ley por los cauces normales, el presidente puede elaborar un DNU, pero siguiendo

con el control político descrito en la Carta Magna, que ulteriormente será refrendado por el legislativo.

La revisión de constitucionalidad, más allá de que el decreto hubiere sido respaldado por el Congreso, queda a cargo del Poder Judicial, quién se enfocará sobre la implementación formal y el control de razonabilidad de la norma.

## CONCLUSIONES

En la actualidad, la concepción original de división de poderes, desde una visión pensada por Locke y Montesquieu, de órganos bien definidos en sus atribuciones y controles desde y hacia cada uno de ellos, se desplazó en casi todos los países de organización presidencialista, hacia una relación con injerencia del Poder Ejecutivo sobre los demás, en particular sobre el Legislativo, donde existe un nexo político directo. Justamente la razón que los doctrinarios pretendieron balancear de las tiranías monárquicas de su época.

Los pesos y contrapesos fueron variando en la medida que transcurrió el paso del tiempo y las sociedades fueron mutando.

Distintos países latinoamericanos, incluido el nuestro, lograron libertarse en cascada luego de la independencia norteamericana. Sus procesos se vieron afectados con intervalos antidemocráticos y se encontraron con realidades similares a la nuestra. Todos adoptaron la misma forma de organizar el poder democrático.

En la nueva Argentina, desde 1853 hasta 1860, el poder estaba distribuido entre el Poder Constituyente y el Poder Constituido, éste a su vez se fraccionaba en Poder Nacional y Poder Provincial y cada uno de los mismos, se dividían en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, estructura que prevaleció sin modificaciones hasta el presente, con el agregado de más controles luego de la reforma de 1994. La importancia de destacar la organización estatal, deviene en que la división de poderes es el principal sistema de control del poder público.

Su propósito básico es la libertad de la sociedad, alcanzada mediante el imperio de la ley y no de los hombres en el poder. Leyes que fueron previamente aprobadas y votadas en el Congreso.

Para quien actúa fuera de la Ley, la reacción del Estado no debe depender de la conveniencia política o del juicio de una sola persona o grupo de personas, sino de las normas establecidas a través de un proceso democrático.

A lo largo de la historia, el balance se vio modificado por diferentes motivos, que fue acrecentando las facultades del Poder Ejecutivo.

Desde un inicio, diferencias en la redacción originaria de la Constitución, respecto de la norteamericana, donde no se requería acuerdo con el Senado para designar los miembros del Gabinete, o que el Ejecutivo pudiera dictar estado de sitio, con el Congreso en receso, o el poder intervenir directamente las provincias bajo ciertas circunstancias.

Un abultado crecimiento de la administración central y la creación de grandes empresas estatales, con directores designados por los presidentes de turno.

La pérdida de eficiencia de los demás órganos que deberían fiscalizar. El Poder Legislativo con amplios recesos y menores cesiones anuales y el Poder Judicial con un sistema obsoleto y lento.

Concesiones otorgadas mediante súper poderes a Ministros frente a distintas situaciones sociales y económicas.

La complejidad de implementar el control cuando las mayorías ocupan dos o más poderes y uno de ellos se convierte en funcional al otro sin objeciones.

La Corte Suprema también jugó un papel importante en el aumento del poder presidencial, mediante distintos fallos que, analizados en retrospectiva, algunos parecen haber sido funcional a los gobiernos de turno.

Los regímenes dictatoriales indirectamente influyeron en un presidencialismo más acentuado. Durante los períodos inconstitucionales de facto, se dictaron decretos-

leyes, que luego en democracia se siguieron utilizando con la ratificación del Congreso, dándoseles validez constitucional.

Una gestión administrativa fluctuante desde mediados del siglo XX y desacertada por los gobiernos militares, la crisis económica latinoamericana provocada por México a principios de los 80, la necesidad de mantener el funcionamiento institucional, fallidos planes financieros y monetarios, la puja política por el poder y sobre todo el reclamo de reconocimiento de derechos sociales, llevaron a la reforma de la Constitución promulgada en 1994.

La nueva normativa permitió el ingreso de varios órganos de control en un intento de balance de los poderes. El sistema continuó siendo tripartito, pero el poder legislativo delegó en el artículo 99 facultades propias, renunciando a su competencia y sustentando un sistema hiper-presidencialista.

La regulación constitucional del dictado de los decretos de necesidad y urgencia, que hasta ese entonces fue utilizado en algunas oportunidades, en adelante se convirtió en una herramienta de uso ordinario. Incluso antes de la crisis económica de 2001, donde se suponía un uso mayor por la necesidad de sanear la crisis económica y social.

La crítica hacia el mencionado artículo 99, proviene de la potestad que le permite al presidente legislar, función exclusiva y reservada al poder legislativo y los parámetros poco definidos en la redacción de dicha permisión. Se debe aclarar que queda expresamente excluida la regulación en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

En respuesta a la hipótesis que llevó a la presente investigación, se debe destacar que el uso de esta herramienta se va acrecentando con los distintos gobiernos y que en

muchas oportunidades se vulneró el Principio de División de Poderes y en algunas se ejerció de manera antidemocrática, por encima de sus límites normativos, donde la Justicia como último recurso declaró varias de las medidas como anticonstitucionales.

También se percibe cierto avasallamiento del Poder Ejecutivo sobre los demás, por lo que sería recomendable instalar la idea de un semi-presidencialismo. Esto se logra con una mayor aproximación al parlamentarismo o gobierno mixto y la revisión del artículo 99, que por supuesto sólo se lograría con una nueva reforma constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ GARCIA, H. (2009). Las Instituciones Políticas de la Democracia Ateniense. [Versión electrónica]. *Revista de derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (4)*. Madrid, España. Recuperado el 18 de abril de 2019, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2009-4-70000/Documento.pdf>

ANDRADA, D. (2013). División de poderes. Teoría política franco-estadounidense sobre los límites a la voluntad particular. [Versión electrónica]. *El Equilibrista. Revista de la Facultad de Ciencias de la Educación (1)*. Universidad del Salvador. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de <https://p3.usal.edu.ar/index.php/equilibrista/article/view/1356/1709>

ANSELMINO, V. (2016). La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad). [Versión electrónica]. *Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata, (46)*. Recuperado el 15 de mayo de 2019, de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/3993/3813/>

ÁVALOS, E. (2012). Los decretos de necesidad y urgencia en Argentina: Desde 1853 hasta nuestros días. [Versión electrónica]. *Revista de la Facultad de Derecho (1)*. Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado el 10 de octubre de 2019 de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5972/6870>.

BADENI, G. (2001). La delegación legislativa. [Versión electrónica]. Recuperado el 28 de abril de 2019, de <https://www.ancmip.org.ar/user/files/La-delegacion-legislativa-gregorio-Badeni-2001.pdf>

BIANCHI, A. (2015). La delegación legislativa: evolución y estado actual. [Versión electrónica]. *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional* (3). Universidad Católica Argentina. Recuperado el 28 de mayo de 2019, de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/delegacion-legislativa-evolucion-estado.pdf>

BIDART CAMPOS, G. (2001) *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo III. Buenos Aires, Ediar.

DÍAZ BRAVO, E. (2012). Desarrollo histórico del Principio de Separación de Poderes. [Versión electrónica]. *Revista de Derecho* (38). Universidad del Norte. Colombia. Recuperado el 25 de junio de 2019, de <http://www.redalyc.org/pdf/851/85124997008.pdf>

GARGARELLA, R. (2014). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. [Versión electrónica]. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (15). Universidad Torcuato Di Tella. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/un-breve-balance-de-la-reforma-constitucional-de-1994-20-anos-despues.pdf>

HUME, D. (1689) *Historia de Inglaterra, desde la invasión de Julio César hasta el fin del reinado de Jacobo II*. Tomo I. Traducción: Ochoa, E. (1842). Barcelona: Imprenta Oliva.

HAMILTON, A., MADISON, J. & JAY, J. (1787) *The Federalist*. A Collection of the New Constitution, as agreed upon by the Federal Convention. Traducción R., Máiz Suarez, D., Blanch Nelson. Madrid: Ed. Akal S.A.

MONTESQUIEU (1748). *De l'esprit des loix*. Traducción: Buenaventura Selva, N. (1845) Tomo I y II. Madrid: Marcos Bueno

NINO, C. (1998). El Presidencialismo y la Justificación, Estabilidad y Eficiencia de la Democracia. *[Versión electrónica]. Propuesta y Control (13)*. Recuperado el 22 de septiembre de 2019, de <http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20El%20presidencialismo%20y%20la%20justificaci%C3%B3n,%20estabilidad%20y%20eficiencia%20de%20la%20democracia.pdf>

NOVARO, M. (2001). Presidentes, equilibrios institucionales y coaliciones de gobierno en Argentina (1989-2000). *[Versión electrónica]. Tipos de Presidencialismo y Coaliciones Políticas en América Latina*. Ed. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101028013651/lanzaro.pdf>

O'DONNELL, G. (2007). *Disonancias. Críticas Democráticas a la Democracia*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

PEREIRA PINTO, J., C. (1974). *Breve historia económica y social. Aspectos de la Historia Económica y Social desde la caída del Imperio Romano hasta la Segunda Guerra Mundial*. Buenos Aires. Ed. Coloquio.

RAMELLA, P. (1981). División de Poderes: Perspectivas en Argentina. *[Versión electrónica]. Revista Chilena de Derecho (2)*. Recuperado el 15 de mayo de 2019, de <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/11835/000306185.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SÁNCHEZ, W. & GUERRERO, C. (1979) *La Revolución Norteamericana, Auge y Perspectivas*. Santiago de Chile: Ed. Universitaria