



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera Abogacía

República Argentina: ¿Realidad o  
mero formalismo?

N° 875

Guillermo Martín Añaños

Tutor: Dr. Pablo Banchio

Departamento de Investigaciones  
Fecha defensa de tesina: 28 de septiembre de 2015

Universidad de Belgrano  
Zabala 1837 (C1426DQ6)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533  
e-mail: [invest@ub.edu.ar](mailto:invest@ub.edu.ar)  
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>



## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

1. BREVE PRÓLOGO .....	3
2. HIPÓTESIS .....	3

### CAPÍTULO 1: LA REPÚBLICA

1. LINEAMIENTOS PRELIMINARES .....	7
2. EL ESTADO: PODER Y GOBIERNO .....	7
2.1. El Estado .....	7
2.2. Elementos del Estado .....	8
2.3. El cuarto elemento estatal: el gobierno .....	8
3. ORIGEN DE LA REPÚBLICA .....	9
3.1. Máximos exponentes. Primeras nociones .....	9
3.1.1 Aristóteles .....	9
3.1.2 Platón .....	9
3.1.3 Las formas mixtas de gobierno .....	10
3.1.4 Maquiavelo .....	10
3.1.5 Locke .....	10
3.1.6 Montesquieu .....	11
4. LA PRIMERA REPÚBLICA .....	11
5. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL DE LA REPÚBLICA .....	11
5.1. Ideales formadores .....	11
5.2. Su carácter multívoco .....	13
5.3. Interpretación constitucional .....	13
6. CONCLUSIÓN .....	14

### CAPÍTULO 2: EL PROBLEMA EN LA DIVISIÓN DE FUNCIONES

1. INTRODUCCIÓN .....	16
2. CONTEXTO HISTÓRICO ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 1994 .....	16
3. EL PODER EJECUTIVO Y SU FACULTAD DE DICTAR NORMAS .....	18
4. LA DOCTRINA DE EMERGENCIA .....	20
5. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA .....	20
5.1. Concepto .....	20
5.2. Fundamento jurídico .....	21
5.3. Requisitos de admisibilidad .....	22
6. CONFLICTOS LEGALES .....	23
6.1. Primer conflicto: falta de sanción de ley especial .....	23
6.2. Segundo conflicto: abuso de poder. Control legal e institucional endeble .....	24
6.3. Tercero conflicto: la Comisión Bicameral Permanente .....	28
6.2.1 El abusto de polder. Basamento empírico .....	26
6.4. Cuarto conflicto: el poder de crear ley contra la ley .....	28
7. CONCLUSIONES .....	30

### CAPÍTULO 3: EL PROBLEMA DE LAS MAYORÍAS

1. INTRODUCCIÓN .....	31
1.1. El Holding Político .....	31
2. LA DEPENDENCIA SUBJETIVA .....	32
2.1. ¿Independencia o dependencia del legislador? .....	32
2.2. La partidización: un modo de influir conductas del particular. Análisis del fallo "Rizzo" ..	33
2.3. La disciplina partidaria. El conflicto del voto "en bloque" .....	34

3.	LA CONCENTRACIÓN DE PODER .....	34
3.1.	El partido político. Concepto .....	34
3.2.	El partido político como grupo de poder .....	35
4.	EL DERECHO DE LAS MINORÍAS POLÍTICAS .....	35
5.	CONFLICTOS LEGALES .....	36
5.1.	Primer conflicto: el conflicto de control .....	36
5.1.1	El juicio político .....	36
5.1.2	Auditoría General de la Nación .....	37
5.1.2.1	Concepto y funciones .....	38
5.1.2.2	El conflicto del autocontrol .....	39
5.1.3	La Comisión Bicameral Permanente .....	40
5.2.	Segundo conflicto: la falta de independencia del Poder Legislativo .....	40
6.	CONCLUSIÓN .....	40

#### **CAPÍTULO 4: EL PROBLEMA DE LA REELECCIÓN Y LA PERMANENCIA INDEFINIDA EN LOS CARGOS DE GOBIERNO**

1.	BREVE INTRODUCTORIO .....	41
2.	LA PERIODICIDAD EN LOS CARGOS: CONCEPTO Y FUNDAMENTO .....	41
2.1.	¿Periodicidad o Alternancia? .....	41
2.2.	Criterio constitucionalista histórico .....	42
3.	CONFLICTOS LEGALES .....	43
3.1.	Primer conflicto: la reelección .....	43
3.2.	Segundo conflicto: la reelección indefinida .....	45
3.2.1	La recepción provincial .....	45
3.2.1.1	El federalismo y la autonomía de las provincias .....	46
3.2.1.2	El límite a la autonomía .....	46
3.2.1.3	Análisis empírico .....	47
3.2.1.4	Síntesis .....	47
4.	CONCLUSIONES .....	47

#### **CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES FINALES**

1.	BREVE REPASO .....	49
1.1.	El ideal republicano .....	49
1.2.	El conflicto en la división de funciones .....	49
1.3.	El conflicto en la división de poderes .....	49
1.4.	El conflicto en los sistemas de control .....	49
1.5.	El conflicto en la periodicidad en los cargos y la igualdad ante la ley .....	49
2.	CONCLUSIÓN FINAL: DEMOCRACIA VS. REPÚBLICA .....	50
	BIBLIOGRAFÍA .....	51

## INTRODUCCIÓN

### 1. BREVE PRÓLOGO.

El artículo primero de la Constitución Nacional reza “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”. Son por lo tanto la Representatividad, la República y el Federalismo, tres pilares fundamentales que delimitan el correcto desempeño de las funciones del Estado.

En primer término la Constitución esboza la forma representativa, la cual debe entenderse como una forma de ejercer la democracia y en concordancia con lo que establece el art. 22, “el pueblo no gobierna ni delibera sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”. Así, explica Gelli que “la democracia representativa requiere, para hacerse efectiva, de instrumentos tales como el sufragio, los sistemas electorales y los partidos políticos”.<sup>1</sup>

En segundo término, se establece la forma de gobierno Federal entendiéndose a ésta como una manera de descentralización del poder como bien lo explica el Dr. Ricardo Gomez Diez “la forma de gobierno federal tiende a evitar la centralización de poder, descentralizándolo, logrando así una mayor participación e inmediatez en el conocimiento y resolución de problemas” y agrega que “es la forma de gobierno que más se adecúa a nuestra tradición y a la historia política del país” atento a que “las provincias son preexistentes a la Nación y se integran como miembros de un Estado Federal, delegando ciertas competencias en el poder central y reservándose los poderes no delegados”<sup>2</sup> (conf. Arts. 5, 120, 121 y 122 CN).

Por último, la República, como una forma de gobierno la cual el maestro Bidart Campos explica que “tradicionalmente, se ha delineado la forma republicana a través de las siguientes características: a) división de poderes; b) elección popular de los gobernantes; c) temporalidad del ejercicio del poder; d) publicidad de los actos de gobierno; e) responsabilidad de los gobernantes; f) igualdad ante la ley”.<sup>3</sup>

A lo largo de este trabajo iremos analizando cada una de las características de la república e iremos viendo si efectivamente son ficción o realidad. Si hay una verdadera separación de poderes, si se respeta la periodicidad en los cargos, si hay igualdad ante la ley y si funcionan efectivamente los mecanismos de control bajo la perspectiva y análisis de diferentes instituciones estatales.

Que una Nación sea republicana supone como característica fundamental una tripartición del poder estatal en un Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Tres poderes que deben ser independientes, cuyas funciones deben estar bien diferenciadas y los cuales deben controlarse mutuamente para evitar abusos en sus poderes.

También se hará un análisis del hiper presidencialismo argentino, cómo se fue acrecentando la figura del presidente a lo largo de los años, y cómo fue disminuyendo cada vez más el poder del órgano legislativo.

Se hará una severa crítica a los mecanismos de control, especialmente sobre el poder ejecutivo, pues al regirse la Argentina en base a un sistema presidencialista, los otros dos poderes deben bregar por controlar que el gigantesco órgano ejecutivo no incurra en abusos de poder. Asimismo, se hará un análisis de las falencias de los sistemas de control y de la incongruencia entre la reelección y la igualdad ante la ley y periodicidad en los cargos.

### 2. HIPÓTESIS

La hipótesis sobre la que va a versar el presente trabajo es la siguiente:

Un partido político puro llamado “X”, sin adhesiones de otros partidos políticos, postula a su líder partidario a elecciones presidenciales junto con representantes de otros 9 partidos políticos más que aspiran

<sup>1</sup> GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, ed. La Ley, 2006, p. 19.

<sup>2</sup> GOMEZ DIEZ, Ricardo; “Federalismo Político”; link: <http://www.gomezdiez.com.ar/files/seminarios/fedpol.pdf>

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T I-A, 1999-2000, EDIAR, p. 634.

al mismo cargo. El resultado de las elecciones es contundente: el partido político X gana las elecciones con el 80% de los votos de la ciudadanía.

Acto seguido, se llevan a cabo las elecciones de diputados y senadores de la Nación, en el cual los resultados son nuevamente muy favorables al partido político "X", quien logra el 80% de bancas tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores, mientras que los demás partidos opositores, se reparten el 20% restante.

Asimismo, en el presente supuesto el presidente electo de la Nación, es a su vez el jefe del partido político "X", dándose, asimismo, la figura del unicato: es jefe de Estado y jefe del partido político.

Por último, supongamos que el Presidente decide modificar la Constitución –contando con la mayoría necesaria para ello– por considerar el partido político la necesidad de establecer la reelección indefinida del cargo presidencial, como sucede en algunas provincias de nuestro país, o Estados vecinos.

Pese a la extremidad del caso, el planteo cabe dentro de las posibilidades fácticas circunstanciales que puede afrontar el país. Y lo importante es que no hay impedimento legal alguno de que ello suceda.

El problema de esta hipótesis surge, en principio, al analizar que no hay ninguna norma nacional que limite la participación legislativa de senadores o diputados que provengan de un mismo partido político. Es decir, puede suceder que a través del sistema electoral una mayoría considerable de la población vote de manera tal que las plazas en ambas cámaras sean ocupadas por diputados y senadores afiliados al partido político que gobierne de turno, lográndose de tal manera que el poder ejecutivo goce de una mayoría de diputados y senadores en cada cámara adquiriendo por ende un "control" sobre las funciones legislativas del Estado.

Al respecto de esta hipótesis, caben hacerse las siguientes interrogaciones: ¿hay un Poder Legislativo independiente?, ¿hay normas a nivel nacional que salvaguarden la división de poderes adoptada por la Constitución?, ¿es la democracia un elemento capaz de vulnerar la República?, ¿o es la República un límite al ejercicio de la democracia?, ¿el ordenamiento jurídico argentino permite un híper presidencialismo acentuado?, ¿existe el control recíproco entre los tres poderes del Estado?, ¿se controlan eficientemente los abusos en los que puede incurrir el Poder Ejecutivo?, ¿la reelección atenta contra los fundamentos de la república?, ¿vivimos en su sistema republicano o es un mero formalismo?

## CAPÍTULO 1: LA REPÚBLICA

### 1. LINEAMIENTOS PRELIMINARES

Antes de adentrarnos dentro del tema de la República en sí, es preciso desarrollar el concepto de Estado, pues la república es una forma de gobierno estatal. Por lo que antes de abordar el tema que compete directamente al presente trabajo, se procederá a desarrollar algunos temas preliminares que harán al lector una mejor comprensión del presente trabajo.

Hemos dicho precedentemente, que la república –en un sentido meramente tradicional– se la ha entendido como una forma de gobierno estatal.

Entonces, partamos por desfragmentar esta definición, ya que por un lado debemos analizar el concepto de gobierno y por otro el concepto de Estado, ya que el primero es un elemento compositor del general, el Estado.

### 2. EL ESTADO: PODER Y GOBIERNO

#### 2.1. El Estado

A lo largo de la historia, la palabra Estado ha sido empleada con múltiples sentidos. Cuando Kelsen escribió –en 1925– su *Teoría General del Estado*, comprobó la existencia de más de una docena de contenidos –todos pertinentes, pero distintos– en los que se utilizaba el vocablo en los trabajos sobre la materia; y recopilaciones de los años inmediatamente posteriores llegaron a enumerar hasta 145 definiciones. Sostienen Graña y Álvarez que ese total, en nuestros días, se vería triplicado con facilidad<sup>4</sup>.

Entre los pensadores clásicos, Cicerón entendía por Estado a “una multitud de hombres ligados por la comunidad del derecho y de la utilidad para un bienestar común y apoyo a la comunidad”; San Agustín lo concebía como “una reunión de hombres dotados de razón y enlazados en virtud de la común participación de las cosas que aman”; Von Savigny como “la representación material de un pueblo”; Immanuel Kant como “una variedad de hombres bajo leyes jurídicas”; o Hegel que entendía al Estado como “la conciencia de un pueblo”.<sup>5</sup>

Hoy en día puede decirse que es pacífica la doctrina que entiende al Estado –en un concepto básico– como una sociedad políticamente organizada.

Ya el jurista austríaco Hans Kelsen concebía este último criterio al enseñar que “el Estado es una organización política, porque es un orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza. Este es, según hemos visto, uno de los caracteres esenciales del derecho. El estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo y este orden es el derecho”.<sup>6</sup>

No es errado decir también que la noción de Estado está ligada fundamentalmente con la presencia de una organización que utiliza el ejercicio legítimo de la fuerza tal. Al respecto, sostuvo el filósofo danés Alf Ross que “en aquellos casos en los que existe un aparato para el monopolio del ejercicio de la fuerza, decimos que hay estado”.<sup>7</sup>

Es esa organización que utiliza el ejercicio legítimo de la fuerza, lo que se llama Gobierno, cuya noción desarrollaremos a la brevedad.

<sup>4</sup> GRAÑA, Eduardo R. – ÁLVAREZ, César, “Introducción al Estudio del Estado”, ed. Ad-Hoc, 2008, p. 21.

<sup>5</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Estado>

<sup>6</sup> KELSEN, Hans, “Teoría general del derecho y del Estado”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 226.

<sup>7</sup> ROSS, Alf, “Sobre la justicia y el derecho”, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 34

## 2.2. Elementos del Estado

Para que un Estado sea considerado como tal, debe estar dotado de ciertas características imprescindibles que hacen a su existencia, o más bien, a su esencia.

Así Jelinek sostiene que son elementos que deben concurrir ineludiblemente para la existencia de un Estado: la población, el poder y el territorio.<sup>8</sup>

Entiéndase por población al elemento humano del Estado, por ejemplo, nuestra constitución utiliza la palabra “habitantes” para referirse justamente a los hombres que integran y hacen al Estado. El territorio es la base física o espacio geográfico donde se asienta la población.<sup>9</sup> Y por su parte, el poder consiste en la capacidad, competencia o energía de que el Estado dispone para cumplir su fin.<sup>10</sup>

Esta es la clásica distinción de los tres elementos tradicionalmente reconocidos del Estado. Ahora bien, hay autores que consideran que los tres elementos resultan insuficientes a fin de componer acabadamente este fenómeno y le agregan una cuarta pata a la mesa.

Sin embargo, este cuarto elemento puede variar entre un pensador y otro. Fayt, por ejemplo, considera que no son tres los elementos que hacen a un Estado, sino cuatro: territorio, población, poder y derecho y expresa que “los elementos esenciales son constitutivos del Estado. No hay Estado sin territorio, población poder y derecho. Faltando uno de estos cuatro elementos no existe forma política a la que se pueda considerar estado”.<sup>11</sup>

Asimismo, distingue una segunda categoría de elementos, a los que denomina modales, y refiere que son todos aquellos “atributos adscriptos a alguno de los elementos constitutivos y caracterizan a la organización política”<sup>12</sup>. Por último, clasifica a los elementos esenciales en los de carácter natural (población y territorio) y los de carácter *cultural* (poder y derecho).<sup>13</sup>

Respecto a su posición, Fayt señala que “hay autores que incluyen al derecho como otro elemento del Estado. Sea o no compartida esta añadidura, es indubitable que el Estado, al ser un orden político y jurídico, no existe sin organización jurídica. No hay Estado sin derecho. Y el derecho que organiza y estructura al Estado es el derecho constitucional”.<sup>14</sup>

Por su parte, Bidart Campos, en disidencia con Fayt, también agrega un cuarto elemento –aunque distinto– del Estado, agregando al denominado *gobierno*.

El Estado es solamente aplicable a aquellas comunidades en las que el ejercicio del poder se encuentra sometido a una estructura predeterminada y a ciertas reglas en las que su uso queda librado al mero arbitrio de quien lo posee: el gobernante.

## 2.3 El cuarto elemento estatal: El Gobierno.

Entiende Lonigro que “el gobierno es otro elemento del Estado, y también es reflejo de la *organización política de la Nación*”.<sup>15</sup>

Como explicamos, el poder es el tercer elemento del estado y consiste en la capacidad, competencia o energía de que el Estado dispone para cumplir su fin.<sup>16</sup> Quien ejerce ese poder, es decir, esa energía o capacidad, es justamente el gobernante, quien impulsa el poder estatal y lo lleva a cabo.

<sup>8</sup> JELLINEK, Georg, “Teoría General del Estado”, Oxford University Press, México, 1999, p. 292.

<sup>9</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I-A, 2000, EDIAR, p. 605.

<sup>10</sup> BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., T. I-A, p. 630.

<sup>11</sup> FAYT, Carlos, “Derecho Político”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 163.

<sup>12</sup> FAYT, Carlos, “Derecho Político”, T. I., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 163 y ss.

<sup>13</sup> FAYT, Carlos, ob. cit., T. I, p. 163 y ss.

<sup>14</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “Teoría del Estado. Los temas de la ciencia política” Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 80

<sup>15</sup> LONIGRO, Félix, V., “Derecho Constitucional”, ed. Cathedra Jurídica, 2011, p. 28.

<sup>16</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I-A, 1999-2000, p. 630.

El gobierno, es entonces, “el conjunto de órganos que ejercen el poder a través de sus diversas funciones. La actividad del gobierno se imputa o atribuye al estado en cuanto persona jurídica a la cual los órganos representativos representan”.<sup>17</sup>

Es que justamente esta conjunción entre poder y gobierno como elementos del estado hacen al por qué del surgimiento de la teoría republicana. Esta teoría es la que viene a delimitar, encuadrar y regular la relación entre el gobernante y el poder.

La base de este trabajo comienza por entender que la república es una idealización que describe anatómicamente al poder y lo delimita para su gobierno. Es en base a estos dos elementos que surge la república, justamente, como una forma de gobierno.

### 3. ORIGEN DE LA REPÚBLICA

#### 3.1 Máximos exponentes. Primeras nociones

Entre los máximos exponentes de esta idea podemos citar a Platón, Aristóteles, Cicerón, Montesquieu, Rousseau, Maquiavelo, Locke, entre otros.

Señalábamos anteriormente que la república era una forma de gobierno. Los pensadores citados exponían sus tipologías respecto a las formas de gobierno que existían o entendían en su época, y estudiaban sobre cuál podía ser considerada la forma de gobierno por excelencia.

Señalan Graña y Álvarez que “el estudio de las distintas formas de gobierno que se ha dado en la humanidad ha sido uno de los grandes centros de interés de la filosofía política desde la antigua Grecia y, en la práctica, las primeras contribuciones al conocimiento científico de la organización del Estado han provenido de ensayos de esa índole”.<sup>18</sup>

##### 3.1.1 Aristóteles

En la tipología de Aristóteles se expresaba que *“la república no es –entonces– un estudio de la realidad de la época, sino la propuesta de una forma de gobierno justa por excelencia, de una polis ideal, en la que la división de funciones se basa en esa diferencia de aptitudes entre los individuos”*.<sup>19</sup>

A grandes rasgos podemos distinguir en la tipología de Aristóteles tres formas de gobierno tradicionalmente conocidas: el gobierno de uno, realza o monarquía; el gobierno de un grupo reducido, que representa al gobierno de los mejores, conocido como aristocracia; y el gobierno de un gran número, denominado *politeía* (o democracia). Sus paralelas formas alteradas (o defectuosas) son, cuando gobierna un individuo, la tiranía; cuando gobiernan un pequeño número de individuos, la oligarquía y el de un gran número contra los ricos, demagogia.

##### 3.1.2 Platón

En la obra “La república” de Platón el filósofo “no intenta –en realidad– una clasificación rigurosa de las formas de gobierno, sino que su objeto es plantearnos –como señalamos– una *polis* ideal cuyas virtudes confronta con defectos de las restantes. En esta obra se omite toda referencia a las leyes y a la influencia de la opinión pública”.<sup>20</sup> Asimismo, expresaba que la monarquía y la democracia eran las madres de todas las demás formas de gobierno.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I-A, 1999-2000, p. 631

<sup>18</sup> GRAÑA, Eduardo y Álvarez, César, ob. cit., p. 154.

<sup>19</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, “Introducción al Estudio del Estado”, ed. Ad-Hoc, 2008, p. 157.

<sup>20</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, ob. cit., p. 158.

<sup>21</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, ob. cit. p. 161.

### 3.1.3. Las formas mixtas de gobierno

Posteriormente, surge una noción superadora de las formas de gobierno clásicas, que propone Aristóteles en su obra *La política* en la que establece que la mejor constitución debe ser una combinación de todas las constituciones y cuando expone su teoría de las formas de gobierno describe la politeia como la forma buena de gobierno popular, como una mezcla de oligarquía y de democracia.<sup>22</sup> Así trae a colación una noción de gobierno en base a formas mixtas.

En base a esta concepción el historiador griego Polibio pone de manifiesto en sus pensamientos rasgos fundamentales que hacen a la idea republicana de hoy día: la división de poderes.

Explican Álvarez y Graña que “la más completa teoría del gobierno mixto es la que expone Polibio en sus Historias, allí donde el relato de los acontecimientos de la Segunda Guerra Púnica es interrumpido por una presentación de la Constitución romana, como el ejemplo más autorizado de gobierno mixto donde los cónsules representan el principio monárquico, el senado el oligárquico y los comicios del pueblo el democrático. La razón por la que el gobierno mixto es superior a todos los demás radica en el hecho de que, de acuerdo con Polibio, “cada órgano puede obstaculizar a los otros o colaborar con ellos” y “ninguna de las partes excede su competencia y sobrepasa la proporción”. También Cicerón (106-46 a.C.), en *La República*, sostendrá que la forma de gobierno moderado y mixto es superior a las tres formas simples de gobierno. Este argumento anticipa en siglos la famosa *teoría del equilibrio de poderes*, que será uno de los principales argumentos de los partidarios de la monarquía constitucional en polémica con los defensores de la monarquía absoluta”.<sup>23</sup>

Asimismo, continúan diciendo que “frente a la inestabilidad de las formas simples de gobierno Polibio propugna un modelo nuevo, la república, que lejos de encontrar correspondencia con alguna de aquellas, constituye una *forma mixta*, combinando los principios de las tres modalidades virtuosas: la realeza, la aristocracia y la democracia. Para Polibio, esta forma de gobierno no sólo es la mejor, sino la única verdaderamente posible, porque permite escapar de los ciclos de decadencia. Encuentra en la organización de la República Romana una realización práctica de tales principios, ya que los cónsules representan el principio real: el Senado, el aristocrático; y los comicios, el democrático”.<sup>24</sup>

### 3.1.4 Maquiavelo

Por otro lado, Maquiavelo en su tipología, abandona las antiguas clasificaciones de formas de gobierno y se inclina por “un criterio únicamente dual –no ya tripartito–, que, en adelante, se mantendrá por largo tiempo en el lenguaje político entre *república*, por una parte, y *monarquía*, por otra”.<sup>25</sup>

### 3.1.5. Locke

Para Locke, la *República* es el Estado elegido por los ciudadanos que son gobernados, está regido por leyes y su objetivo es el bien común de toda la sociedad y la garantía de las libertades individuales.<sup>26</sup>

Según este pensador, el poder del Estado no puede estar concentrado en los mismos representantes sino que por el contrario, la garantía de que no se produzca abuso de poder radica en una estricta división del mismo en tres ámbitos diferenciados que debían ser detentados por personas distintas.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, ob. cit. P. 161.

<sup>23</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, ob. cit. P. 162.

<sup>24</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, ob. cit., p. 163.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl, “Teoría de la Constitución”, Editora Nacional, México, 1970, p. 286.

<sup>26</sup> <http://agorafec.blogspot.com.ar/2013/01/apuntes-de-filosofia-locke-nocion-i.html>

<sup>27</sup> [http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke\\_fil\\_pol.htm](http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke_fil_pol.htm)

### 3.1.6. Montesquieu

Montesquieu, por su parte, aplica una clasificación tripartita de las formas de gobierno, analizando la monarquía, la república y el despotismo como únicas formas posibles, con sus subdivisiones correspondientes.

La principal preocupación de este autor radicaba en “formular una doctrina de los contrapesos, en la que la separación de poderes, los cuerpos intermedios y la descentralización, pero también la moral, sean las fuerzas que impidan el despotismo logrando una armonía entre los gobernantes por medio de una atribución conjunta del poder a las tres fuerzas político-sociales, el rey, el pueblo y la aristocracia”.<sup>28</sup> Ya sostenía Montesquieu en ese entonces que “es preciso que el poder detenga al poder”.

## 4. LA PRIMERA REPÚBLICA

El origen de la república se remonta a tiempos romanos, y surge como consecuencia de la ruptura de un sistema político monárquico. Se podría decir que el primer Estado en autoproclamarse república fue el romano.<sup>29</sup>

Si bien el año en que comenzó la república en Roma es discutido, la doctrina tradicional establece que fue en el año 509 a.C., en un contexto en el cual los patricios, que habían visto menoscabada su posición preeminente por parte de la familia de los Tarquinos, producen un cambio político importante, derrocando al último de los reyes romanos, Tarquino el Soberbio, e instituyendo un nuevo sistema político conocido con el nombre de *res pública*.<sup>30</sup>

El primer significado que se le dio a la república es la de una forma de gobierno totalmente opuesta a la monarquía. Es que justamente esta revolución romana trajo consigo la idea de la república como argumento de todo lo que no querían ser: un estado monárquico. Y como estado monárquico debe entenderse la concentración de poder en una sola persona, y cuando hablo de poder me refiero al más amplio posible (poder en la propiedad, poder político, poder justiciero, poder normativo, poder religioso, en fin, poder absoluto), tal como lo describió el rey Luis XIV de Francia, “L’État, c’est moi”, o “El Estado soy yo”.

Es por ello, que el significado más profundo, fundamental y original que se le debe dar a la república, es como una noción de gobierno opuesta a la monarquía.

La periodicidad en los cargos, la división de poderes, la responsabilidad de los gobernantes, la igualdad ante la ley, etc., son consecuencias lógicas de estos sistemas antagónicos.

## 5. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL DE LA REPÚBLICA

### 5.1. Ideales formadores.

La primera forma conocida de organización del Estado es declarada en el siglo II a.C. por Polibio, que siguiendo a Aristóteles, afirma que cada forma de gobierno tiene una virtud específica, ya sea monarquía, aristocracia o república, por lo que la forma de gobierno más exquisita sería aquella que pudiese conjugar estas tres formas de gobierno y no excluirlas, y la manera de alcanzar este gobierno ideal sería no dotando de demasiado poder a ninguna. En ningún caso un elemento podría desequilibrar al sistema, puesto que actuaría otro de los elementos para no permitirlo y hacer que se mantuviera en estado de equilibrio. Esta idea fue lo que actualmente conocemos como el sistema “de pesos y contrapesos”, cuya principal característica es que preserva la libertad de los ciudadanos.<sup>31</sup>

En el siglo XVI (año 1543) Gasparo Contarini realiza un estudio de la Constitución de la República de Venecia, la cual consistía en acuerdos institucionales no escritos mediante los cuales el poder se

<sup>28</sup> GRAÑA, Eduardo – ÁLVAREZ, César, ob. cit., p. 170.

<sup>29</sup> <http://www.erroreshistoricos.com/curiosidades-historicas/la-primera-vez-en-la-historia/1350-la-primera-republica-de-la-historia.html>

<sup>30</sup> DI PIETRO, Alfredo, “Derecho Privado Romano”, 2º ed. Depalma, 1999, Buenos Aires, p. 6.

<sup>31</sup> <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>

hallaba en manos de una aristocracia que estaba formada por el 5% de la población controlada por el Gran Consejo al que los ciudadanos nobles tenían el derecho de asistir todas las semanas. Este modelo fue tomado para la República de Florencia, pues se caracterizaba por los cargos, que eran por periodos muy breves sin posibilidad de reelección, y existía un gran sistema de múltiples y recíprocos controles de supervisión orgánica creados por políticos con una gran visión práctica.<sup>32</sup>

Cabe señalar que mientras estos sistemas de gobierno mixto –tal como hemos explicado oportunamente– realizan una distribución de las funciones del gobierno entre grupos de interés distintos (aristócratas, nobleza, patricios, etc.), la separación de poderes hace lo mismo pero con distintos órganos, independientemente del status de sus miembros. No obstante, el fin es el mismo, ambos sistemas intentan evitar la concentración del poder en pocas manos, diseñando mecanismos para controlar las acumulaciones de poder.

Es en el siglo XVII el momento en que comienza a producirse el paso de los sistemas de gobierno mixto a la separación de poderes. Ya en 1657, Levellers publica el libro *“An examination of the political part of Mr. Hobbes’ Leviathan”*, que tiene un papel fundamental en la división de las funciones del Estado, afirmando que *“Hay un triple poder civil, o al menos, tres grados de ese poder: el primero es el legislativo, el segundo el judicial y, el tercero, el ejecutivo”*, y divide el ejecutivo en actos de juzgamiento y actos de ejecución, momento en que se divide (por primera vez) la legislación y la ejecución de las leyes.<sup>33</sup>

Hacia el año 1690 había ya una conciencia popular de limitar los poderes del Parlamento y del Rey, por lo que aparece John Locke fijando límites a ambos poderes, y sentando claramente que la razón del establecimiento de un gobierno es debido a las insuficiencias del estado de naturaleza, pero falta *“una ley establecida, fija y conocida”*, *“un juez público e imparcial”* y *“un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta sea justa”*. En esta línea de pensamiento, asiente que la división orgánica de los poderes sería uno de los requisitos legitimadores del Estado constitucional.<sup>34</sup>

Para Locke, el poder del Estado no podía estar concentrado en los mismos representantes (contra el absolutismo). Bien al contrario: la garantía de que no se produzca abuso de poder radicaba en una estricta división del mismo en tres ámbitos diferenciados que debían ser detentados por personas distintas.<sup>35</sup>

Montesquieu, por su parte, hizo grandes aportaciones a la teoría de división de poderes, cuyas principales características fueron:

- Asigna clara y específicamente cada función esencial del Estado a un órgano que, por su composición, es el más adecuado para cumplirlo: es la denominada *racionalidad funcional*.
- Proporciona un modelo de validez universal, no limitándose a un Estado concreto, sino aplicable a cualquiera de ellos.
- Aplica métodos científicos propios de Newton, cuyo máximo exponente es que la resultante de las relaciones de fuerza entre los órganos estatales es la libertad individual.<sup>36</sup>

En su obra *“El espíritu de las leyes”*, interpreta la situación social, adscribe cada poder político real a una diferente función estatal. En la estructura constitucional del siglo XIX esta situación se mantiene y la esfera competencial del legislativo y ejecutivo está determinada por dos diferentes fuerzas políticas (rey y pueblo), cuyos representantes, independientes en su posición jurídico-constitucional, defienden intereses contrapuestos.<sup>37</sup> Sostenía Montesquieu que si el ejercicio del poder se distribuye entre varios órganos, el poder que ejerce cada uno de ellos configura un límite para el que tienen los restantes.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>

<sup>33</sup> [http://issuu.com/la\\_hora/docs/judicial260112](http://issuu.com/la_hora/docs/judicial260112)

<sup>34</sup> <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>

<sup>35</sup> [http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke\\_fil\\_pol.htm](http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke_fil_pol.htm)

<sup>36</sup> <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>

<sup>37</sup> <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>

<sup>38</sup> BADENI, Gregorio, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, T. I, ed. La Ley, 2º ed., 2006, p. 431.

Se trata, por tanto, de dos poderes políticos autónomos, que, desde esa fuerza real que representan, gozan en el plano constitucional de una esfera de influencia determinada. Es parte del gobierno mixto que pregonaban los antiguos pensadores, pretendiendo la participación política de diversos sectores sociales en el poder. En la situación constitucional actual, contrariamente, los poderes legislativo y ejecutivo no representan ya poderes políticos independientes, sino únicamente competencias dependientes separadas funcionalmente, que en muchos casos, representan un mismo poder político. En base a esta idea de que todos los poderes están legitimados por la Constitución democrática y sólo el pueblo representa por sí mismo un poder político propio, esto corrompe la idea originaria de república. Por tanto, aquella “separación de poderes” originaria, representativa de fuerzas sociales contrapuestas y con ideologías e intereses disímiles, se ha convertido en una “separación de funciones” permitida por la Constitución, cuyo poder lo detenta en muchos casos una sola fuerza política, como sucede en muchos lugares del mundo en esa relación Ejecutivo-Legislativo, y hasta en algunos casos, judicial.

## 5.2 Su carácter multívoco.

El origen etimológico de la palabra deriva del latín y hace referencia a la res (cosa) pública, en clara oposición a la *res privada*, en ese entonces propiedad del rey. Claramente, la noción de república antiguamente tenía una connotación distinta a la contemporánea.

Sostiene García Venturini que su esencia es muy difícil de detectar y explica que “no consiste en el hecho de que “muchos gobiernen”, ni en la “división de poderes”, ni en que “todos puedan ser elegidos” o que haya “mandato a término” –como dicen la mayoría de los autores. Eso serían tan impreciso o tan incompleto como decir que la monarquía es el gobierno de uno, o hereditario, etc. Nos parece que la esencia de la república es la contraria a la esencia de la monarquía, y consecuentemente es la forma de gobierno en que *la autoridad, la potestas, reside originariamente* (en el orden temporal) *en la totalidad de los integrantes de la sociedad política* (pueblo). El gobierno de varios, la división de poderes, la posibilidad de todos de acceder al poder, el mandato a término, etc., más que la esencia son consecuencias lógicas derivadas de la misma”.<sup>39</sup>

## 5.3. Interpretación Constitucional.

Sin perjuicio de toda la connotación histórica que se le ha dado al término república a lo largo del tiempo, la cual ha ido variando de un lado al otro en el espacio-tiempo, cabe hacernos la pregunta fundamental: ¿qué quiere decir la Constitución Nacional cuando utiliza el término “república”?

Lo cierto es que únicamente nos interesa interpretar al término en consonancia con la Constitución Nacional, es decir, con los alcances que le quiso dar el constituyente a la norma jurídica.

Y para ello, es necesario interpretar la constitución, y para llevar a cabo esta tarea es preciso elaborar una interpretación jurídica de la norma.

La interpretación de la constitución formal se maneja con ciertas pautas fundamentales. Y para llevar a cabo la interpretación adecuada citamos el criterio de Bidart Campos quien sostiene que “en primer lugar, la constitución debe interpretarse tomando en cuenta *el fin querido por su autor* al proponerlo y describirlo. Y no solo el fin que podemos rastrear en la ideología y los principios vertebrales de la constitución, sino el particular que cada norma señala –así, en la división de poderes parece existir un fin concreto de evitar la desorbitación del poder ejecutivo. En segundo lugar, la constitución lleva en sí una pretensión de futuro y de continuidad. Lanzada hacia el porvenir, es menester *interpretarla e integrarla históricamente, de modo progresivo*. Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época originaria de la constitución es atentar contra la propia voluntad de futuro y de perduración con que el autor la ha plasmado. Una tercera regla nos enseña que las normas de la constitución no pueden interpretarse en forma aislada, desconectándolas del todo que componen. La interpretación debe hacerse, al contrario, integrando las normas en *la unidad sistemática de la constitución*, relacionándolas, comparándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y compatibilidad entre ellas”.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> GARCIA VENTURINI, Jorge L., “Politeia”, ed. Troquel, 1980, p. 45.

<sup>40</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, ed. EDIAR, 1999-2000, T. I-A, p. 380

Siguiendo este criterio, analizaremos la norma en base a las tres pautas referidas:

- a) Fin querido por su autor: el artículo 1 de la CN establece para la Nación Argentina un sistema representativo, republicano y federal. La representatividad nace como una modalidad de ejercer la democracia; el federalismo, como una manera de reconocer que la Nación Argentina nace en base a un pacto entre provincias, por lo que se les delega autonomía funcional; y la república, como contracara de una monarquía, justamente todo lo que se quería evitar.
- b) Interpretación de modo progresivo: podemos citar a innumerables autores de la época y contemporáneos que coinciden en afirmar que el republicanismo consiste en una forma de gobierno cuyos pilares fundamentales son la división de poderes, la periodicidad en los cargos, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los gobernantes, etc.<sup>41</sup>
- c) Interpretación integrativa: tal como señala Bidart Campos, no puede interpretarse la norma en forma aislada, sino que debemos verla reflejada en el conjunto de la carta magna. Tal es así que podemos ver claramente las intenciones del constituyente al reflejar la república en disposiciones concernientes a la división del estado en tres poderes, delimitando claramente la función de cada órgano (conf. arts. 75 y ss., 99 y ss., y art. 116 y ss., art. 76, art. 29., entre otros); estableciendo la periodicidad en los cargos (art. 90, 56, 50); responsabilidad de los gobernantes (arts. 85, 59, 60 y cccts.); Mecanismos de control (arts. 53, 59, 85, 86, 99, inc. 3, etc.); igualdad ante la ley (art. 16 y cccts), etc.

## 6. CONCLUSIÓN

Si bien el origen del término república ha variado a lo largo del tiempo, actualmente es pacífica la doctrina nacional que entiende a la república como una forma de gobierno sujeta a ciertas características que hacen a su esencia.

La constitucionalista Gelli describe muy bien cada uno de las características que hacen a un gobierno republicano, y lo explica de la siguiente manera: “una interpretación sistemática de la Constitución le asigna al gobierno republicano las siguientes características:

- 1) Quienes gobiernan los órganos de poder han sido elegidos, directa o indirectamente, mediante el ejercicio del sufragio por cuerpo electora.
- 2) Para evitar concentración de poder, y su consecuente ejercicio abusivo, el gobierno está compuesto por una pluralidad de órganos, entre los cuales se distribuyen las funciones del poder. Tales órganos son el constituyente, el legislativo, ejecutivo y el judicial, quienes actuando en forma independiente, pero coordinada, expresan la voluntad del Estado.
- 3) La pluralidad de órganos se traduce en controles horizontales intraórganos. Los primeros se manifiestan dentro de cada órgano de gobierno. Los segundos se traducen en las relaciones que se operan entre los órganos gubernamentales. A los controles horizontales se añaden verticales que se expresan en las relaciones del gobierno con los factores sociales pluralistas, con órganos gubernamentales municipales, regionales y provinciales, y con el ejercicio por parte de la sociedad de sus libertades y garantías.
- 4) La fijación de límites precisos para el ejercicio del poder por parte de los gobernantes (art. 19 y 28 CN), mediante sanción de una Ley Fundamental, y normas reglamentarias que preserven las libertades individuales y los derechos sociales.
- 5) La responsabilidad de los gobernantes ante los ciudadanos por los actos de gobierno que ejecuten. En una República es inadmisibles convalidar la irresponsabilidad de los gobernantes. Es así que, los gobernantes que no ajusten sus conductas a las leyes o a la satisfacción del bien común, quedan sujetos a sanciones constitucionales, legales y políticas. Entre las sanciones constitucionales

<sup>41</sup> Entre algunos de estos autores podemos citar a Gelli María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, La Ley, 2006, p. 20 y ss.; Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, EDIAR, 1999-2000, T. I-A.; LONIGRO, Félix V., “Derecho Constitucional”, ed. Cathedra Jurídica, 2011, p. 33.

cabe citar la destitución dispuesta en el curso de un juicio político, e inclusive, la inhabilitación para ocupar en lo sucesivo cargos gubernamentales. También son sanciones constitucionales las establecidas por los arts. 29 y 36 de la Ley Fundamental. Son sanciones legales de la índole penal o civil aplicables a los gobernantes por la comisión, dolosa o culpable, de actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones. Son sanciones políticas las de índole moral aplicadas por la sociedad y que repercuten sobre la futura trayectoria política y el honor del gobernante infiel a su mandato político o a los principios que configuran la ética republicana.

- 6) La periodicidad en el ejercicio de las funciones gubernamentales. Quienes han sido elegidos para desempeñar cargos en el gobierno, ejercen sus mandatos por un lapso determinado para posibilitar la movilidad en aquellos. Los cambios reguladores en el elenco de los gobernantes permite la consolidación del sistema republicano y la subsistencia del mismo sin caer en el riesgo de acudir a figuras carismáticas que, usualmente, se perpetúan en el gobierno forjando regímenes autocráticos. En nuestro régimen constitucional, esta limitación no se aplica a los magistrados judiciales (art. 110 CN), aunque su fundamento se relaciona con el control sobre los órganos del gobierno que tienen funciones legislativas y ejecutivas.
- 7) La publicidad de los actos de los gobernantes resulta esencial en una república para que sus mandantes puedan conocer qué se realiza en su representación y tener un juicio formado sobre la aptitud e idoneidad de sus mandatarios. Esa publicidad no se limita a los actos de gobierno propiamente dichos, sino también a los actos privados de los gobernantes en la medida que vulneren la ley, los derechos de las personas, el orden público o la moral pública.
- 8) El debate y análisis público de los actos de los gobernantes a través de los medios técnicos de comunicación social. Es en este aspecto, como en tantos otros de una conveniencia democrática, donde resalta el rol importante que tiene la amplia libertad de expresión del pensamiento, en general, y la libertad de prensa en particular. La prensa, al ser un espejo que refleja la realidad social, se transforma en el vehículo imprescindible para el conocimiento de la vida republicana para el control de los gobernantes”.<sup>42</sup>

Creo que faltaría agregar una característica fundamental del sistema republicano de gobierno: la igualdad ante la ley.<sup>43</sup>

Resulta muy clara la noción de república que determina y exige nuestra Constitución Nacional, sin embargo, pareciera que la existencia de ciertas lagunas jurídicas, ciertos baches o silencios, o más bien la falta de una mayor regulación permiten que se violenten bajo una tela “legal” este principio constitucional rector, pues como se expondrá en el presente trabajo, en la República Argentina la división de poderes, el control recíproco de los poderes, los organismos de control, la responsabilidad de los gobernantes, la periodicidad en los cargos y la igualdad ante la ley parecen ser solamente meros formalismos.

<sup>42</sup> BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. I, ed. La Ley, 2º ed., 2006, p. 428/29.

<sup>43</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T I-A, 1999-2000, EDIAR, p. 634.

## CAPÍTULO 2: EL PROBLEMA EN LA DIVISIÓN DE FUNCIONES

### 1. INTRODUCCIÓN

No es errado decir que el Poder Ejecutivo ha ido ganando terreno en materia de facultades a lo largo de estos últimos tiempos. Más que nada con el paso del tiempo ha logrado que se fueran regularizando ciertas conductas de hecho que ejercía, y fue afianzando de esta manera sus superpoderes con un sustento legal que, bajo justificaciones extraordinarias, permite una práctica que en principio, era vedada al Poder Ejecutivo: el dictado de leyes.

Sabido es que la reforma constitucional del año 1994 estaba orientada hacia la morigeración de las facultades presidenciales. Sin embargo, el texto constitucional amplió enormemente las facultades del ejecutivo, fundamentalmente en el dictado de normas, al regular expresamente los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa y la promulgación parcial de leyes, entre otras facultades.

Sostiene Bidart Campos la peligrosidad de estas permisiones al poder ejecutivo exponiendo que “es la manía del ‘decretismo’ síntoma de una tendencia autoritaria que refuerza con desmesura al sistema presidencialista, y frustra los intentos que con la reforma se hicieron para modelarlo y matizarlo”.<sup>44</sup>

Hasta ahora hemos visto que uno de los pilares fundamentales de la república es la división de poderes, y que esta división de poderes significa poner en cabeza de cada órgano de poder funciones determinadas (legislativas, ejecutivas o judiciales).

Tal es así que el art. 99, inc. 3 de la CN establece claramente que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

Ya la Constitución de 1853 establecía en su Art. 29 (texto aún vigente)- “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales, a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

Sin embargo, posteriormente, estos principios rectores se fueron desvirtuando hasta el punto de considerarlos letra muerta.

En el presente capítulo analizaremos los decretos de necesidad y urgencia como la potestad del Poder Ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley, y demás atribuciones constitucionales que le fueron otorgadas al ejecutivo a partir de la reforma constitucional del año 1994, agrandando aún más la figura del presidente, por sobre los demás poderes. También analizaremos el abuso de esta facultad, la falta de control del Congreso sobre esta práctica, y la verdadera preeminencia que logra el Ejecutivo agigantando su figura por sobre los demás poderes.

### 2. CONTEXTO HISTÓRICO ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 1994

La constitución argentina sancionada en 1853, como todas las constituciones hispanoamericanas que se sancionaron después de la independencia, adoptó el sistema presidencialista que había establecido la constitución de los Estados Unidos. Esta constitución reconoce una división entre el poder constituyente y poderes constituidos, y entre estos últimos, las competencias se dividen entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Así, el poder ejecutivo surgía con atribuciones específicas que estaban determinadas por el principio de división de poderes.

Los constituyentes de 1853 debieron deliberar arduamente para lograr establecer un difícil equilibrio entre lo que era su experiencia histórica y la idea que Alberdi había desarrollado en las *Bases*<sup>45</sup>. Ciertamente

<sup>44</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. “Los decretos de Necesidad y Urgencia”, JA 1997-II pág. 967:971.-

<sup>45</sup> Alberdi, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 2º ed., EDUDEBA, Buenos Aires, 1984

es que la época que precedió a la sanción de la constitución de 1853 estuvo marcada por el ejercicio abusivo de gobernadores que se arrogaban facultades extraordinarias. Bien puede citarse el caso de Rosas, quien fue uno de los máximos exponentes de la ruptura de la división de poderes al establecer la suma del poder público sobre su cabeza.

La mencionada obra de Alberdi, en su proyecto de constitución, permitió que las ideas pudieran ser parcialmente impuestas, tomando para ello el sistema presidencialista que había sido adoptado por los Estados Unidos pero dándole al poder ejecutivo aún mayores atribuciones que las del ejecutivo norteamericano. Sostiene Torres Molina que la fuente de esta tendencia fue la constitución chilena, y uno de los principales motivos radicaba en que en la época del '53 se trataba de fomentar la inmigración, las inversiones extranjeras, la educación, cambios en la cultura del país e incluso el origen de su población.<sup>46</sup>

Este acentuado relieve a favor del poder ejecutivo ya era idealizado y sostenido por Alberdi quien argumentaba la necesidad de “un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano”.<sup>47</sup> Fundamento que resultaría –al menos– polémico y contradictorio.

El proyecto de Alberdi otorgaba al Poder Ejecutivo amplias facultades y entre las atribuciones que contemplaba en su obra, podría decirse que se encuentra la obra originaria que conllevó a la posterior regularización de funciones legislativas al poder ejecutivo, sin perjuicio de que pudiesen existir este tipo de provisiones jurídicas en el extranjero. Alberdi contemplaba, entre las atribuciones del Congreso, “dar facultades especiales al poder ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley, en los casos exigidos por la constitución”<sup>48</sup> y a su vez el Ejecutivo podía reglamentar leyes, iniciar la sanción de leyes y vetar leyes sancionadas en el Congreso. Explica Torres Molina que “de esta forma, Alberdi se apartó en su proyecto del constitucionalismo norteamericano con poderes presidenciales más restringidos, dotando al poder ejecutivo de mayores facultades que el propio sistema estadounidense”.<sup>49</sup>

Al final, el congreso constituyente de 1853 tomó los lineamientos básicos del proyecto de Alberdi en lo referente al Poder Ejecutivo, pero quiso establecer un sistema de división de poderes más estricto que el propuesto por Alberdi eliminando la facultad del Ejecutivo de legislar por delegación del Congreso.<sup>50</sup>

Pasaron los años y la constitución argentina fue teniendo sus vaivenes, sus reformas, y la figura del presidente poco a poco fue adquiriendo un tinte mayor, se le fueron encomendando mayores funciones y el escalón de relativa igualdad en el que se encontraban parados los tres poderes, se fue desnivelando a favor del Ejecutivo.

Alega Torres Molina que es por ello que los documentos iniciales que culminaron con la reforma constitucional de 1994, ya expresaban la necesidad de atenuar el sistema presidencialista<sup>51</sup>.

El Ejecutivo ya en ese entonces –antes de la reforma del año 1994– se había arrogado la facultad de sancionar actos de naturaleza legislativa, no previstos expresamente por la constitución, que fueron convalidados por la Corte Suprema de Justicia (caso “Peralta” entre otros), a pesar de la opinión contraria de cierta doctrina.<sup>52</sup> Durante el período anterior a la reforma se sancionaron decretos de necesidad y urgencia, el Congreso efectuó delegaciones legislativas que le daban amplias facultades al ejecutivo, hasta la facultad de derogar leyes, y se admitió la promulgación parcial de leyes que habían sido observadas en algunos artículos.<sup>53</sup>

Ya criticaba el destacado jurista Bidart Campos sobre este tipo de poderes de hecho del ejecutivo, al comentar el fallo que pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1990 (fallo “Peralta”) en el cual, si bien aún no se había regulado en esa época expresamente a los decretos de necesidad

<sup>46</sup> TORRES MOLINA, Ramón, “Absolutismo Presidencial”, ed. EDIAR, Buenos Aires, 2001, p. 12/13

<sup>47</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *ob. cit.*, p. 137

<sup>48</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *ob. cit.*, p. 227.

<sup>49</sup> TORRES MOLINA, Ramón, *ob. cit.*, p. 15

<sup>50</sup> TOORES MOLINA, Ramón, *ob. cit.*, p. 16

<sup>51</sup> TORRES MOLINA, Ramón, *ob. cit.*, p. 20

<sup>52</sup> TORRES MOLINA, Ramón, “El ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo”, ed. La Ley, 1997, p. 1066.

<sup>53</sup> TORRES MOLINA, Ramón, *ob. cit.*, p. 21

y urgencia, la Corte declaró constitucionalmente válido el decreto de necesidad y urgencia 36/90 que convirtió depósitos bancarios en títulos públicos. Al respecto, el jurista sostuvo que *“la sentencia citada tuvo en cuenta la grave situación socioeconómica del país imperante, la urgencia de la medida, la necesidad de adoptarla sigilosamente para no desbaratar su eficacia, la demora del trámite legislativo y la publicidad del debate parlamentario que conspiraban contra el remedio súbito, etc., y apeló a pautas sobre emergencia, restricción de derechos, e interpretación dinámica de la constitución, para convalidar el esquivamiento de la ley. Destacó, sobre todo, que el envío del decreto al congreso y el silencio posterior del mismo operaban como una suerte de aceptación tácita, pero ninguno de estos argumentos alambicados parece satisfacer el respeto a la división de poderes. No es el caso aquí analizar si la medida en sí misma hubiera satisfecho un contenido de constitucionalidad en caso de haberse adoptado por ley y no decreto. Ahora sólo importa dejar en claro nuestra opinión de que, sin perjuicio de ese contenido, el decreto de necesidad y urgencia es formalmente inconstitucional”*<sup>54</sup> (la negrita me pertenece). Y ahora, luego de la reforma constitucional, entiende que *“si bien esta opinión nuestra, vertida cuando la constitución guardaba silencio sobre el tema, no debe trasladarse automáticamente a la situación que hoy tenemos excepcionalmente prevista en el texto reformado, sirve para dejar intacto un criterio de suma severidad en la materia analizada”*.<sup>55</sup>

Antes de la reforma de 1994 la doctrina estuvo dividida entre quienes consideraban que situaciones de excepción prestaban fundamento para que el poder ejecutivo dictara tales reglamentos, y quienes entendían que nunca resultaba válido hacerlo por implicar, en cualquier caso, una violación al reparto de competencia efectuado por la constitución y la zona de reserva de la ley.<sup>56</sup>

Ante la necesidad de regularizar estas prácticas de hecho, en vez de vedarlas, el Congreso reformador en el año 1994 decidió incorporarlas al texto constitucional, otorgando de esta manera un nuevo poder al ejecutivo: el poder de legislar.

Pese a que los Decretos de Necesidad y Urgencia se introdujeron en la Constitución de 1994, la norma constitucional establecía la necesidad de crear una ley especial que regulara este instituto, que se creara una Comisión Bicameral Permanente de control y regulara acabadamente el procedimiento legal y demás cuestiones que hacían a esta facultad extraordinaria.

Pese a que la reforma constitucional del 94 estableció que el Congreso debía crear esta ley especial, la misma recién se sancionó en el año 2006, es decir, 12 años después. En el medio, se dictaron centenares de decretos de necesidad y urgencia que no respetaban en modo alguno los mecanismos de control enunciados por la norma suprema.

### 3. EL PODER EJECUTIVO Y SU FACULTAD DE DICTAR NORMAS

En primer lugar es correcto hacer una breve precisión sobre lo que debe entenderse por norma.

El maestro Werner Goldschmith enseñaba en su teoría del formalismo jurídico que una norma no es otra cosa que la *“captación lógica y neutral de un reparto proyectado”* y explica que la misma se compone de dos partes: *“en la primera, la norma describe la situación social que reclama un reparto (tipo legal), mientras que en la segunda esboza la solución de ella (consecuencia jurídica)”*.<sup>57</sup>

El concepto refiere a que se trata de la regularización de una conducta y la consecuencia jurídica al caso concreto.

Si bien esta definición puede resultar un tanto compleja para el lector, me atrevo a brindar una propia noción más didáctica de su concepto para su mayor comprensión: La norma jurídica es una regla de comportamiento humano obligatorio dictado por una autoridad competente cuyo incumplimiento conlleva una sanción jurídica.

<sup>54</sup> BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 303

<sup>55</sup> BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 304.

<sup>56</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Tº II-B, Ediar, 2005, p. 302.

<sup>57</sup> GOLDSCHMITH, Werner, “Derecho Internacional Privado”, ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 9.

Generalmente, impone deberes y confiere derechos. Se trata de una regla o precepto de carácter obligatorio, emanado de una autoridad estatal legitimizada, la cual tiene por objeto regular las relaciones sociales o la conducta de los hombres dentro de la sociedad.

En este sentido, cada poder tiene facultades para dictar normas dentro del ámbito de sus competencias. El Poder Legislativo es el órgano encargado de dictar la norma por excelencia, la ley. Pero ello no quita que los demás poderes puedan dictar normas con otro tipo de alcances y efectos. Así, el Poder Ejecutivo dicta normas a través del acto administrativo dictando resoluciones administrativas, reglamentos internos, etc, que son propias de su ejercicio estatal. Por su parte, el Poder Judicial también es creador de norma cuando emite sentencias o cuando, por ejemplo, dicta acordadas o resoluciones administrativas que hacen al funcionamiento interno del organismo judicial.

Por lo expuesto, el Poder Ejecutivo es creador de norma, siempre lo fue, pero hay un tipo de norma que –al menos en principio– es propia y exclusiva del poder legislativo: el dictado de leyes.

La ley, como la define Balbín, son “reglas de conducta de carácter general, abstracto y obligatorio” y es competencia en principio exclusiva, y originaria del Poder Legislativo de la Nación.

Como dijimos anteriormente, el Poder Ejecutivo puede dictar normas, ergo, reglamentos administrativos. Balbín los define como actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el Poder Ejecutivo con efectos jurídicos directos sobre las personas en virtud de una atribución expresa o implícita del poder constitucional o legal.<sup>58</sup>

La diferencia fundamental entre el reglamento administrativo y la ley según Dromi es que “la ley es la expresión de la voluntad soberana del pueblo, el reglamento es la expresión de la competencia reglamentaria o de ordenación de la Administración” y agrega que “el reglamento es dictado por la Administración, que es el aparato servicial para la ejecución de los fines estatales”.<sup>59</sup> Asimismo, si visualizamos la pirámide de Kelsen, encontramos otro rasgo diferencial entre una y otra, pues la ley cuenta con un rango jerárquico mayor al reglamento administrativo, un rango sublegal, inferior a la ley.

Sostiene Dromi que en el derecho administrativo, pueden individualizarse, de acuerdo con el contenido y según su vinculación con la ley, cinco clases de reglamentos: subordinados o de ejecución, autorizados o de integración, autónomos o independientes, de necesidad y urgencia y delegados.<sup>60</sup>

**Reglamentos subordinados o de ejecución:** Son aquellos que dicta el Poder Ejecutivo a fin de regular la aplicación de una ley. Por supuesto, que solamente serán reglamentables todas aquellas leyes que deban ser ejecutadas por el Poder Ejecutivo. Por el contrario, sería absurdo que el Poder Ejecutivo reglamentara las normas del Código Civil o del Código Procesal Penal, pues la ejecución de estas normas no le compete, y por lo tanto, un reglamento de este estilo sería completamente ilegítimo, a menos que el Congreso lo autorizara expresamente por ley. Este último supuesto es lo que Dromi define como los reglamentos autorizados o de integración, que detallaremos a continuación.

**Reglamentos autorizados o de integración:** Son aquellos que emanan de una expresa habilitación legislativa y no de la facultad reglamentaria normal del Poder Ejecutivo.<sup>61</sup> Dromi los define como los reglamentos “que emite el órgano Ejecutivo en virtud de una habilitación que le confiere expresamente el órgano Legislativo”.<sup>62</sup>

**Reglamentos autónomos, independientes o de servicio.** Se los llama de esta manera ya que no requieren para su dictado de ley alguna. Son normas que regulan estrictamente el servicio administrativo, es decir, son de orden interno del Poder Ejecutivo, sin injerencia a terceros (poderes o individuos). Por su parte Dromi los conceptualiza como “reglamentos praeter legem que en principio dicta el jefe de gabinete

<sup>58</sup> BALBIN, Carlos F., “Manual de Derecho Administrativo”, 1º ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 70.

<sup>59</sup> DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, 12º ed., act. – Buenos Aires- Madrid- México, Ciudad Argentina- Hispania Libros, 2009, p. 417-418.

<sup>60</sup> DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, 12º ed., act. – Buenos Aires- Madrid- México, Ciudad Argentina- Hispania Libros, 2009, p. 424.

<sup>61</sup> DROMI, Roberto, *ob. cit.*, p. 425.

<sup>62</sup> DROMI, Roberto, *ob. cit.*, p. 425.

bajo la denominación de decisiones administrativas, en razón de ejercer la jefatura de la administración general del país (arts. 99, inc. 1; 100, incs. 1 y 2, CN)".<sup>63</sup> Bien sostiene Bidart Campos cuando explica que son aquellos que se limitan a la esfera de reserva de la administración.<sup>64</sup>

**Reglamentos delegados.** En un principio, la Constitución Nacional prohibía la delegación legislativa en el ejecutivo. Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 amplió aún más las facultades del Ejecutivo y permitió esta delegación de funciones. Balbín brinda una definición muy clara, precisa y simple sobre este tipo de reglamentos al decir que debe entenderse por tales a "los actos de alcance general que dicta el presidente sobre materias legislativas, previa autorización del Congreso".<sup>65</sup> También debe decirse que la Constitución limita esta función sólo a *materias determinadas de administración* o de *emergencia pública*, agregando que se debe fijar un plazo para su ejercicio y dispone que las bases de la delegación deben ser establecidas por el propio Congreso (art 76 CN).

**Reglamentos de necesidad y urgencia.** A diferencia de los reglamentos delegados, éstos no requieren de autorización previa del Congreso para su emanación, y al igual que los delegados, tienen fuerza de ley. Los define Dromi como aquellos que "dicta el órgano ejecutivo por graves y urgentes necesidades públicas, ante circunstancias excepcionales, regulando materia propia del órgano legislativo"<sup>66</sup> y agrego a este criterioso concepto, que no requieren autorización previa del Congreso.

#### 4. LA DOCTRINA DE EMERGENCIA

La doctrina de la emergencia tiene origen en la legislación francesa y surge como justificativo para que el poder ejecutivo pudiera llevar a cabo funciones legislativas en forma expedita para afrontar circunstancias drásticas y temporales del país a través de decisiones que no podían aguardar el tratamiento a través de una ley dictada por el órgano competente.

Bielsa la define como "una necesidad colectiva súbita, grave, que debe satisfacerse con disposiciones que faltan en la legislación que pueden apartarse de los principios generales del sistema positivo".<sup>67</sup>

Producto de esta doctrina de la emergencia se crean las figuras de la delegación legislativa y el decreto de necesidad y urgencia.

#### 5. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

##### 5.1. Concepto

Como explicamos anteriormente, los decretos de necesidad y urgencia son normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias legislativas sin autorización previa del Congreso. En otras palabras, son normas con fuerza de ley que dicta el Poder Ejecutivo sin autorización previa del Poder Legislativo.

Bidart Campos entiende a esta facultad contraria a la división de poderes, por más que tenga un justificativo legal, al establecer que "la necesidad y la urgencia son las razones justificantes para consentir que se margine la división de poderes y que el ejecutivo ejerza una función del Congreso".<sup>68</sup>

Por su parte Balbín explica cómo este instituto afectó considerablemente la separación de poderes en la República Argentina al expresar que "más allá del texto constitucional, se produjo entre nosotros una hipertrofia de la potestad reglamentaria del presidente. Así, es fácil advertir que este poder tuvo un proceso expansivo. Por un lado, en el aspecto cuantitativo, por el caso el Poder Ejecutivo dictó cada vez

<sup>63</sup> DROMI, Roberto, *ob. cit.*, p. 426.

<sup>64</sup> BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ediar, 2005, p. 300.

<sup>65</sup> BALBÍN, Carlos F., *ob. cit.*, p. 78.

<sup>66</sup> DROMI, Roberto, *ob. cit.*, p. 427.

<sup>67</sup> BIELSA, Rafael, "El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo", en "Anuario del Instituto de Derecho Público", Rosario, t. 3, mayo 1939-abril 1940, p. 85.

<sup>68</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *ob. cit.*, p. 302.

más decretos. Por el otro, cualitativo por la incorporación de los decretos de contenido legislativo y su incidencia en el sistema constitucional y consecuente desequilibrio de los poderes”.<sup>69</sup>

Tal como sostiene Balbín “La Constitución solo preveía expresamente la potestad del Poder Ejecutivo de desarrollar o completar las leyes, conforme el inciso 2 del art. 86 del texto constitucional anterior a la reforma de 1994. En otras palabras, la Constitución de 1853 estableció un poder presidencial sumamente limitado” y agrega que “luego, el cuadro constitucional se modificó tras la reforma del año 1994 incorporándose los decretos de contenido legislativo en el marco de las potestades reglamentarias del presidente. Así, el fundamento de la potestad normativa del Ejecutivo, luego de la reforma de 1994, es el propio texto constitucional (arts. 99, incs. 2 y 3 y 76) que reconoce expresamente en el Poder Ejecutivo las facultades de dictar decretos de ejecución, delegados e inclusive de necesidad. Es decir, el Presidente no sólo dicta decretos sino también leyes en casos de excepción”.

## 5.2 Fundamento jurídico

Esta figura nace en base a la necesidad de agilizar la labor del Poder Ejecutivo, que muchas veces se ve obstruida por el burocrático y muchas veces aletargado Poder Legislativo en el tratamiento de leyes.

Ante la necesidad de dar una solución a estas situaciones de incertidumbre política en la que, en determinados casos, el gobernante requiere la aplicación de una medida política con carácter urgente que no puede esperar su debido tratamiento en el Poder Legislativo, se acude a esta figura jurídica que evita el debido debate parlamentario, la discusión de ideas, la participación de partidos opositores, facultando al Poder Ejecutivo a dictar decretos con fuerza de ley.

Explica Badeni que respecto a los decretos de necesidad y urgencia había un importante sector de nuestra doctrina constitucional que, sin perjuicio de aceptar los reglamentos delegados dentro de los límites de la Constitución, destacaba la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia por no tener cabida en la Ley Fundamental, ni estar autorizados por ella como excepción al principio de división de poderes. Los argumentos jurídicos sobre los cuales se basaba esta posición, explica Badeni que se pueden sintetizar en los siguientes:

- 1) Si la constitución consagra la doctrina de la división de poderes, no se justifica aceptar la vigencia de una técnica tan compleja si luego se pueden reunir esos poderes por la voluntad de uno de ellos. Carecería de sentido establecer la división de poderes para luego facultar a los órganos constituidos a dejarla sin efecto.
- 2) Desconoce la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos asignando, al órgano ejecutivo, facultades que la Constitución otorgó al Congreso.
- 3) Los decretos de necesidad y urgencia se oponen a la finalidad del art. 29 de la Constitución que, en forma terminante, establece la separación entre los órganos ejecutivo y legislativo en salvaguarda de las libertades que ella reconoce.
- 4) El art. 24 de la Constitución reserva, en forma exclusiva al Congreso, la función de legislar sin contener disposición similar con respecto al órgano ejecutivo.
- 5) Se supera el límite que consagraba el entonces art. 86, inc. 2 de la Constitución, olvidando que, en un sistema presidencialista basado sobre una Constitución rígida, son inaplicables los principios y doctrinas propios de un sistema parlamentario.<sup>70</sup>

Y concluye su explicación comparando que los fundamentos de la “doctrina de la inconstitucionalidad” tenían un verdadero fundamento jurídico, a diferencia de los partidarios de la “doctrina de la constitucionalidad”. Al respecto dice que “el cotejo de los argumentos esgrimidos revela que, mientras los últimos (doctrina de la inconstitucionalidad) tienen carácter jurídico, los primeros (teoría de la constitucionalidad) tienen un matiz esencialmente práctico y político desatendiendo el aspecto normativo que tipifica a un Estado de Derecho”.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> BALBIN, Carlos F., *ob. cit.*, p. 71.

<sup>70</sup> BADENI, Gregorio, *ob. cit.* p. 1714.

<sup>71</sup> BADENI, Gregorio, *ob. cit.* p. 1714.

### 5.3. Requisitos de admisibilidad

El art. 99, inc. 3 de nuestra Constitución Nacional establece que el dictado de un decreto de este estilo solamente es procedente “cuando las circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”.

Bajo estos dos requisitos, la constitución permite corromper el sistema de división de poderes, permitiendo al Ejecutivo ampliar sus facultades, entrometiéndose a funciones que no le son originales ni propias.

La consigna es clara, en primer lugar, se requieren circunstancias excepcionales que hagan imposible llevar a cabo una sesión en el Congreso, en segundo lugar, establece una prohibición clara en la materia (queda vedado el tratamiento penal, tributario, electoral o de partidos políticos), y por último, requiere que la necesidad y urgencia de la situación que lo amerite.

Pasaremos a explayar cada requisito de viabilidad por separado:

a) Circunstancias excepcionales.

En este aspecto, cuestiona Lonigro la pasividad, o poca rigurosidad del texto constitucional en la materia, al expresar que “este requisito es tan amplio y ambiguo, que le permite al Presidente considerar que cualquier circunstancia es lo suficientemente excepcional como para justificar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia”.<sup>72</sup>

Agrega que “el problema es determinar cuál es el sentido y alcance de la expresión “circunstancias excepcionales” que utiliza la Constitución Nacional para autorizar al Presidente a hacer algo que, de no mediar dichas circunstancias, no podría hacer”.<sup>73</sup>

Entiendo en realidad que las “circunstancias extraordinarias” a las que hace referencia el texto constitucional, encuentran su fundamento en razones de necesidad y urgencia, tal como ya se desarrollará en el punto c).

b) Imposibilidad de dar el trámite ordinario previsto por la Constitución.

Respecto a este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el fallo “Verrochi” que este requisito responda al hecho de que “sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal”.<sup>74</sup>

Nótese que el criterio sentado por la Corte respecto a la imposibilidad material de reunir a los congresales, no avala el hecho de que el Congreso se encuentre en receso, pues no lo considera como tal por el hecho de que puede llamarse a sesiones extraordinarias, siendo plenamente posible trámite legislativo.

Asimismo, entiende Balbin que “el estado de inacción del órgano legislativo por sus propias decisiones y de modo deliberado no puede justificar, en ningún caso, el dictado de decretos legislativos. En efecto, no debe confundirse el estado de imposibilidad legislativa que configura un hecho objetivo y contrastable en términos jurídicos y racionales con la decisión del Congreso, por acción u omisión, sobre cómo regular el estado de emergencia”.<sup>75</sup>

Sin embargo, hay un sector de la doctrina que entiende que esta exigencia legal se satisface si el Congreso se encuentra fuera del periodo de sesiones ordinarias, esto es, del 1º de Marzo al 30 de Noviembre de cada año (Lonigro, entre otros).

<sup>72</sup> Lonigro, Félix V., “Derecho Constitucional”, ed. Cathedra Jurídica, 2011, p.711

<sup>73</sup> Lonigro, Félix V., “Derecho Constitucional”, ob. cit., p. 711

<sup>74</sup> CSJN, “Verrochi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional. Administración Nacional de Aduanas s/ Amparo”, 19/08/1999.

<sup>75</sup> BALBIN, Carlos F., ob cit., p. 99.

Sin embargo, como desarrollaremos más adelante, la gran mayoría de los decretos de necesidad y urgencia fueron dictados en períodos de sesiones ordinarias del Congreso, y al respecto Lonigro culmina su razonamiento diciendo que “si el Congreso estuviera en pleno período de sesiones ordinarias (entre marzo y noviembre), la posibilidad de que el Presidente pueda dictar decretos de necesidad y urgencia **debería ser prácticamente nula**, salvo que ocurrieran hechos que hicieran imposible o difícil lograr el debate parlamentario (p. ej. Una guerra, una situación de catástrofe natural, etc.), en cuyo caso el presidente sí encontraría más fundamentos para dictar decretos de necesidad y urgencia”.<sup>76</sup> (la negrita me pertenece). Presupuesto fáctico que es de público conocimiento no ha ocurrido en la Argentina, por lo menos, en las últimas dos décadas.

### c) Necesidad y Urgencia

Explica Bidart Campos, “los vocablos “necesidad” y “urgencia” califican una situación que excede al voluntarismo subjetivista del presidente de la república y que descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia”.<sup>77</sup>

Volvemos a citar el criterio de la Corte Suprema con respecto a este requisito, entendiéndolo como de una “urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.<sup>78</sup>

En otro fallo de la Corte, en el año 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en el caso “Leguizamón Romero” que “únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción”. El tribunal entendió en este caso que no eran suficientes “para poner en evidencia que concurrieron al momento del dictado del decreto impugnado, las excepcionales circunstancias (...) como por ejemplo, el descalabro económico generalizado y el aseguramiento de la continuidad y supervivencia de la unión nacional”. Y en igual sentido agregó que “la referencia a la situación de crisis que atraviesa dicho instituto resulta insuficiente para justificar una situación de grave riesgo social que el Congreso no pueda remediar por los cauces ordinarios que la Constitución prevé, máxime cuando la medida se adoptó durante el período de sesiones ordinarias”.<sup>79</sup> En este caso la Corte rechazó un decreto de necesidad y urgencia por considerar que no se daba por cumplimentado el elemento fáctico de la necesidad y urgencia.

Ahora bien, en base a lo expuesto, cabe preguntarse: ¿se cumplieron los requisitos exigidos por ley para la sanción de decretos de necesidad y urgencia? Y en caso de que no se hayan cumplido, ¿qué ha fallado? ¿es el decreto de necesidad y urgencia una potestad excepcional o se ha convertido en un uso cotidiano? ¿hay un verdadero control? ¿esta práctica afecta al sistema republicano de gobierno? ¿se respeta la división de poderes?

## 6. CONFLICTOS LEGALES

### 6.1 PRIMER CONFLICTO: falta de sanción de ley especial.

Tal como señalamos precedentemente, en Argentina, era una práctica de facto el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Luego, con la reforma constitucional del año 1994, se asentó jurídicamente esta facultad en el art. 99, inc. 3 de la CN.

La norma constitucional establece la necesidad de que se sancionase una ley especial que regulase este instituto. Sin embargo, la ley regulatoria de los decretos de necesidad y urgencia, increíblemente se sancionó en el año 2006. Es decir, 12 años después.

<sup>76</sup> Lonigro, Félix V., “Derecho Constitucional”, ed. Cathedra Jurídica, 2011, p.711/712.

<sup>77</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *ob. cit.*, T<sup>o</sup>-B, p. 308.

<sup>78</sup> CSJN, “Verrochi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional. Administración Nacional de Aduanas s/ Amparo”, 19/08/1999.

<sup>79</sup> CSJN, “Leguizamón Romero, Abel y otra c/ ISSJyP S/ Ordinario”, 7/12/2004.

La mencionada ley justamente debía crearse para hacer operar el derecho a dictar leyes del Poder Ejecutivo, regular el control efectivo sobre los decretos de necesidad y urgencia que se dictasen, además, se requería la sanción de la ley para crear la Comisión Bicameral de Control que exigía la CN para fiscalizar esta práctica presidencial, sin embargo, esto no sucedió.

Una vez más, el Poder Ejecutivo, en un claro abuso de sus funciones, firmó decretos de necesidad y urgencia por centenares, sin un debido control estatal. Esto significa que los presidentes que ejercieron en ese lapso (Carlos Menem, Fernando de la Rúa, Adolfo Rodríguez Saá, Ramón Puerta, Eduardo Caamaño, Eduardo Duhalde y Néstor Kirchner) podían dictar decretos de necesidad y urgencia libremente, sin el debido control constitucionalmente requerido.

Durante la gestión de Carlos Menem (1989-1999), se firmaron 545 DNU, un promedio de 54,5 decretos legislativos por año. Ninguno fue pasible de control legislativo. En la presidencia de Fernando de la Rúa (1999-2001), se emitieron 73 decretos especiales en dos años de mandato. En promedio, son 36,5 DNU por año. Sus decretos de necesidad y urgencia tampoco pasaron por el Poder Legislativo. Eduardo Duhalde, presidente interino entre 2002 y 2003, firmó 158 DNU en su año de gestión. El presidente que más decretos firmó por año.<sup>80</sup>

Todos esos decretos con fuerza de ley fueron dictados sin respetar en lo más mínimo los parámetros constitucionales. Bidart Campos no duda en tildar todos estos decretos de necesidad y urgencia como inconstitucionales al explicar que “es obvio que la imposibilidad de que opere la participación obligatoria y el trámite de seguimiento y control a cargo de los órganos que la constitución determina, no sólo impide dictar decretos de necesidad y urgencia sino, además, acarrea la inconstitucionalidad de los ya emanados”.<sup>81</sup>

## 6.2. SEGUNDO CONFLICTO: Abuso de poder. Control legal e institucional endeble.

En el acápite anterior criticamos la constitucionalidad de todos los decretos de necesidad y urgencia dictaminados con anterioridad a la ley especial que requería la constitución.

La ley N° 26.122 viene a paliar este bache jurídico en Julio del año 2006 regulando los decretos de necesidad y urgencia, las delegaciones legislativas y la promulgación parcial de leyes.

En el período posterior a la sanción de la ley especial n° 26.122 se vio más atenuado el uso del decreto, pero si embargo, ponemos en tela de juicio nuevamente si los mismos cumplieron con los requisitos de fondo exigidos por la norma suprema o fueron nuevamente utilizados como una herramienta, cómoda, rápida y evasiva del poder legislativo.

A través de un nuevo análisis empírico pasaremos a analizar si los decretos de necesidad y urgencia dictados con posterioridad al dictado de la ley especial obedecen a la excepcionalidad establecida por el art. 99, inc. 3 de la CN.

En primer término, la ley requiere que se den *circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios* previsto por la Constitución.

Al respecto hemos señalado la postura de la Corte Suprema al sostener que solamente pueden darse este tipo de casos cuando el Congreso estuviese imposibilitado de reunirse en comisión por causas de fuerza mayor tales como epidemias, guerra, desastres naturales, etc.

No obstante, para no pecar de escuetos, explicamos que hay otro sector minoritario de la doctrina que entiende que estas circunstancias excepcionales que impidan el tratamiento ordinario en el Congreso pueden deberse a que el mismo se encuentre en receso.

<sup>80</sup> Estos datos fueron recabados en diversos sitios web tales como [http://es.wikipedia.org/wiki/Decreto\\_de\\_necesidad\\_y\\_urgencia](http://es.wikipedia.org/wiki/Decreto_de_necesidad_y_urgencia); <http://www.bajandolineas.com.ar/2014/01/degenerada-argentina-1983-2014/>; <http://www.lanacion.com.ar/820121-kirchner-firmo-mas-decretos-que-leyes>; [http://fido.palermo.edu/servicios\\_dyc/blog/docentes/detalle\\_tp.php?id\\_docente=5499&id\\_blog=6430](http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/blog/docentes/detalle_tp.php?id_docente=5499&id_blog=6430), entre otros.

<sup>81</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *ob. cit.*, p. 313.

Las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación versan entre el 1º de Marzo y el 30 de Noviembre de cada año. Por lo que todos los decretos de necesidad y urgencia que se dictasen durante el transcurso de esa fecha serían, por ende, ilegales.

Lo cierto es que, habiendo hecho una averiguación exhaustiva de los últimos cinco años en la Argentina, la gran mayoría de los decretos de necesidad y urgencia no atienden a esta circunstancia excepcional de reunir al Congreso, pues fueron dictados durante períodos de sesiones ordinarias. A título de ejemplo paso a detallar: Decreto Nacional N° 1.757/2013: 07/11/2013; Decreto Nacional N° 1.170/2013: 15/08/2013; Decreto Nacional N° 641/2014: 06/05/2014; Decreto Nacional N° 815/2015: 12/05/2015; Decreto Nacional N° 521/2011: 03/05/2011; Decreto Nacional N° 505/2015: 06/04/2015;; Decreto Nacional N° 1458/2009: 08/10/2009; Decreto Nacional N° 1416/2013: 18/09/2013; Decreto Nacional N° 504/2015: 06/04/2015; Decreto Nacional N° 1246/2014: 31/07/2014; Decreto Nacional N° 441/2011: 12/04/2011<sup>82</sup>, y pese a que la lista continúa, me detengo en honor a la brevedad.

En segundo lugar, mencionamos que este tipo de decretos requieren de un estado de necesidad y urgencia nacional que no pueda aguardar el tratamiento del poder legislativo.

En este sentido, hemos expuesto que el dictado de este tipo de decretos legislativos debe responder a un estado de necesidad y urgencia institucional, y amplío citando a Balbín, que “el acto debe ser **necesario** cuando se experimenta una crisis de suma gravedad y constituye el único medio institucional idóneo para superar la situación excepcional. Es más, la necesidad está vinculada con las circunstancias extraordinarias (inusuales, imprevisibles o de muy difícil previsión). A su vez, el decreto es **urgente** cuando el Estado debe responder de modo súbito o rápido, es decir que éste debe adoptar en términos inmediatos e inaplazables medidas de contenido legislativo y que, en caso de no hacerlo, se causaría un daño sumamente grave”.<sup>83</sup>

A modo de análisis, durante el periodo transcurrido desde el año 2007 al año 2011 se sancionaron 34 decretos de necesidad y urgencia que se pasan a detallar a continuación:

- 1) **9 decretos** referidos a Leyes Ministeriales, de administración, creación y disolución de ministerios. (Se incluye la remoción del Lic. Hernán Martín Pérez Redrado del BCRA).
- 2) **8 decretos** corresponden a modificaciones presupuestarias (2 en 2007, 1 en 2008, 1 en 2009, 3 en 2010, y 1 en 2011).
- 3) **5 decretos** se refieren a la creación o modificación de Fondos para el Desendeudamiento y la estabilidad, Fondos Solidarios y de libre disponibilidad de reservas para cancelación de servicios de la deuda externa (entre 2009 y 2010).
- 4) **5 decretos** están referidos a la seguridad social: la Asignación Universal por hijo y por Embarazo (2009 y 2011), la suspensión de contribuciones patronales para algunos sectores específicos (2009 y 2011), y una asignación no remunerativa por única vez para todos los trabajadores públicos y privados (2008).
- 5) **3 decretos** establecen los Feriados Nacionales (2 en 2010 y 1 en 2011).
- 6) **2 decretos** prorrogan cuestiones administrativas del Registro Civil de las Personas (2009 y 2011).
- 7) **1 decreto** estatiza los fondos jubilatorios administrados por las empresas privadas de seguros: AFJP (2011).
- 8) **1 decreto** establece el marco regulatorio de la medicina privada (2011).<sup>84</sup>

Vale observar, que tal como se desarrolló precedentemente sobre los requisitos de admisibilidad que debe reunir un decreto de estas características para que tenga fuerza de ley, es decir, la necesidad y la extrema urgencia, no se verificarían en varios de los decretos detallados *ut supra*. Basta con analizar la temática de algunos para darse cuenta, *a priori*, que no tiene ningún carácter de urgente y necesario reestructurar un ministerio o la creación de feriados nacionales.

Asimismo, pueden observarse dos medidas que, al menos, resultan muy polémicas en cuanto a su necesidad y urgencia, tales como la estatización de los fondos jubilatorios administrados por empresas privadas de seguros (AFJP) y las asignaciones universales.

<sup>82</sup> Estos datos fueron recabados en el sitio web: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

<sup>83</sup> Balbín, Carlos F., *ob. cit.*, p. 99.

<sup>84</sup> [http://www.revenciapolitica.com.ar/num19art4.php#\\_ftn14](http://www.revenciapolitica.com.ar/num19art4.php#_ftn14)

Sin perjuicio de no hacer un análisis pormenorizado sobre los fundamentos vertidos por el ejecutivo en cada decreto, no resulta nada convincente que medidas adoptadas sobre este tipo de temáticas no pudiesen ser sometidas a un debate congresal, pues durante años el país se desarrolló con AFJP y sin asignaciones universales y no hubo en el momento dado de la sanción del DNU un cambio institucional, económico y/o social de tal envergadura que ameritase en ese momento la necesidad de tratar de forma urgente este tipo de temas. Sin embargo, el ejecutivo –como en reiteradas ocasiones– omitió prestar la cuestión a un adecuado tratamiento en el órgano legitimado a tales fines.

En realidad, basta con analizar las circunstancias por las que ha atravesado el país en los últimos diez años para darse cuenta que no se viven circunstancias extraordinarias de extrema gravedad y urgencia que ameriten el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Por el contrario, este tipo de decretos se han convertido en una herramienta útil del Ejecutivo para actuar en forma expedita, conforme sus intereses políticos, desnaturalizando la razón de ser del decreto de necesidad y urgencia, convirtiéndolo, de una herramienta excepcional, a un elemento de uso cotidiano, evidenciándose claras falencias en los medios legales e institucionales de control.

### **6.2.1. El abuso de poder. Basamento Empírico**

El uso indiscriminado de los decretos de necesidad y urgencia puede verse reflejado claramente al hacer un contraste con la realidad del país en los últimos años.

La intensidad del uso de los mencionados decretos puede ser clarificada a partir del hecho de que durante el gobierno de Néstor Kirchner se firmaron 249 decretos en relación a 176 proyectos de ley enviados al Congreso de la Nación.

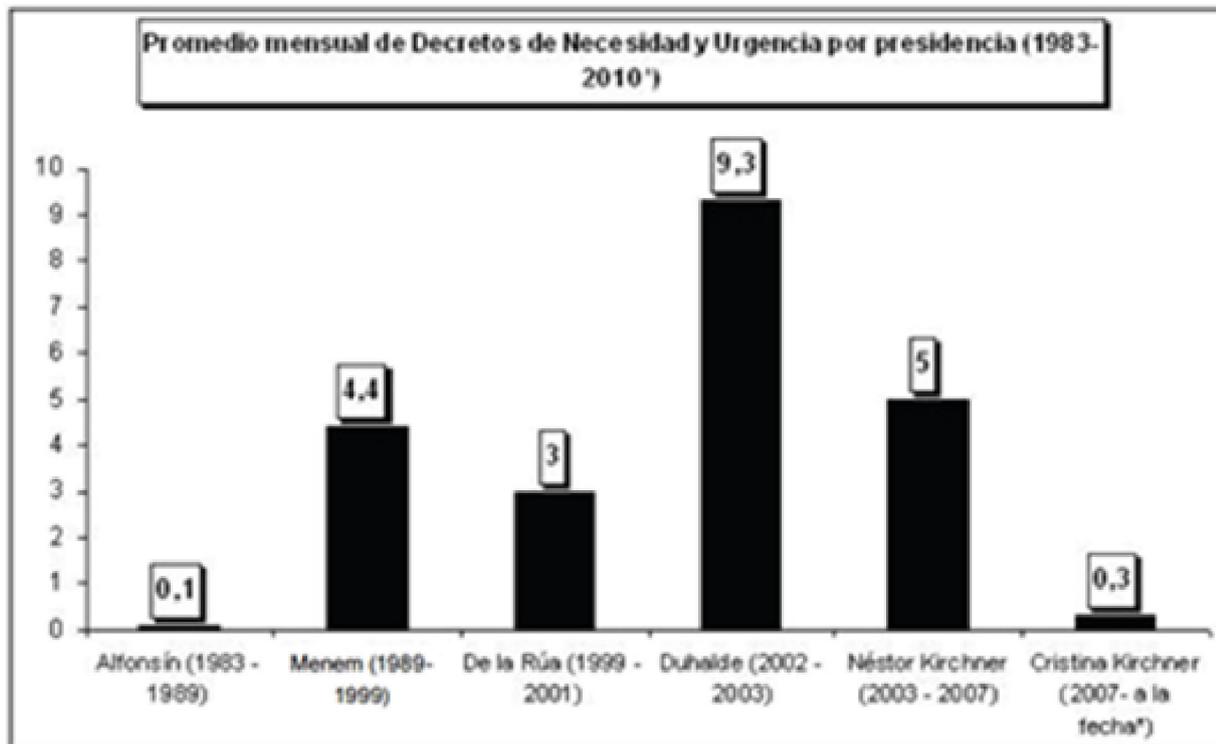
Durante su primer año de gestión se dictaron 67 decretos en contraposición con 56 proyectos de Ley enviados al Legislativo. El segundo año estuvo caracterizado por la firma de 73 contra 45, mientras que en los dos últimos años no cambió la tendencia sino que se acentuó. Durante el tercer año las herramientas citadas se utilizaron en 61 oportunidades contra 35 proyectos de Ley, mientras que en el cuarto y último año de gestión, Néstor Kirchner impulsó 48 DNU y envió al poder Legislativo 40 proyectos.

Por lo que cabe preguntarse, ¿En todas las oportunidades se registraron causas de real necesidad y urgencia? La respuesta es no; si bien en algunas situaciones ha sido valedero su uso, en la mayoría de los casos no tuvieron razón de ser, ya que se alejan de toda situación que pueda ser claramente estipulada como de Necesidad y Urgencia. Estos hechos quedaron evidenciados a partir de decretos que cambiaban el nombre al Ministerio de Salud por Ministerio de Salud y Ambiente, otros en los que se aumentaba el sueldo al presidente y a los ministros en un 100%, así como decretos que prorrogaban las licencias de radiodifusión, entre otros.<sup>85</sup>

En síntesis, durante la presidencia de Néstor Kirchner se firmaron más Decretos que proyectos de Ley, una cifra que asciende a 249 contra 174. Esto evidencia un deterioro notable en nuestro sistema republicano; sin embargo aún siendo grave que el ejecutivo legisle vía decreto, más lo es el hecho de que los legisladores que fueron electos para tal fin, no solo no defiendan la separación de poderes sino que sean cómplices de una práctica que lleva a que el Parlamento este ausente. Pues, su función de contralor se ve evidentemente ausente frente a estas prácticas ilegales.

Basta con analizar los cuadros que se muestran a continuación para entender el uso desmedido de los decretos de necesidad y urgencia.

<sup>85</sup> <http://www.revcienciapolitica.com.ar/num9art7.php>



Presidencia (**)	Decretos (DNU)	Meses	Decretos x mes	Meses cada 1 decreto
Alfonsín (10-12-1983 / 07-07-1989)	10	67	0,1	6,7
Menem (08-07-1989 / 09-12-1999)	545	125	4,4	0,2
De la Rúa (10-12-1999 / 20-12-2001)	73	24	3	0,3
Duhalde (01-01-2002 / 24-05-2003)	158	17	9,3	0,1
Néstor Kirchner (25-05-2003 / 10-12-2007)	270	53	5	0,1
Cristina Kirchner (10-12-2007 / a la fecha*)	9	28	0,3	3,1
<b>Promedio (10-12-1983 / a la fecha*)</b>	<b>1065</b>	<b>314</b>	<b>3,5</b>	<b>0,2</b>

Fuente: [http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2182&Itemid=30](http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2182&Itemid=30)

Lo que trato de mostrar con esta comparación es que el decreto de necesidad y urgencia se ha convertido en una práctica común, al punto de llegar a equipararse con la cantidad de sanción de leyes, lo que resulta a todas luces incomprensible si consideramos que la ley es la regla y el decreto de necesidad y urgencia la excepción.

### 6.3. TERCER CONFLICTO: La Comisión Bicameral Permanente

La Constitución crea esta figura como órgano de intermediación para los análisis de los decretos de necesidad y urgencia, cuyo dictamen es obligatorio pero no vinculante, por lo que su opinión sólo será una referencia válida para la apoyatura o no de la plena entrada en vigor de un decreto de este estilo.

En cuanto a su composición, el art. 99, inc. 3 de la CN establece que la misma estará compuesta por “la misma proporción de representantes que represente cada cámara del congreso”. Por lo que planteo el siguiente problema: si el oficialismo cuenta con mayoría en ambas cámaras, en consecuencia, la Comisión Bicameral Permanente estaría compuesta, en su mayoría, por congresales del mismo partido político, es decir, es el propio partido el que se controla dándose así una situación de autocontrol, lo que resultaría ilógico.

Este conflicto será desarrollado en profundidad más adelante.

### 6.4. CUARTO CONFLICTO: El poder de crear ley contra la ley.

En el año 2006 se sancionó la ley 26.122 regulatoria de los decretos de necesidad y urgencia, delegaciones legislativas y promulgación parcial de las leyes.

Considero que hay ciertas incompatibilidades entre lo regulado por esta ley y lo establecido por la Constitución Nacional, en base a las consideraciones que a continuación pasaré a exponer.

Como se ha explicado anteriormente, la función originaria y esencial del Poder Ejecutivo es el de administrar, dentro del marco legal que delimita sus competencia o facultades.

La facultad de dictar normas de alcance general está expresamente otorgado al poder legislador, sin embargo, la CN prevé ciertas excepcionalidades que permiten, a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia o la delegación legislativa, cortar con esta división de funciones, arrojándosele facultades impropias al Ejecutivo, como la de dictar leyes.

No debe dejar de remarcarse que la constitución regula estas facultades con carácter excepcional, pues afectan la separación de poderes, por lo que su regulación debe ser sumamente restrictiva para evitar abusos, mayores a los que ya se concedieron.

Sin embargo, el legislador al regular doce años después las normas constitucionales de excepción, no hizo una ley armónica con las disposiciones constitucionales.

La ley 26.122, en la parte concerniente a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, establece que todo decreto de carácter general emanado por el ejecutivo tienen plena vigencia de conformidad con lo establecido por el art. 2 del Código Civil, es decir, que se les da el mismo tratamiento que las leyes dictadas por el congreso (comienzan a ser obligatorias recién después de su publicación contado a partir de los ocho días posteriores, u otro plazo si fuese expreso).

En forma paralela, se da un trámite mucho más lento a la tratativa congresal del decreto de necesidad y urgencia (función de contralor), pues se establece que una vez dictado el decreto, el jefe de gabinete de ministros dentro del plazo de diez días someterá el decreto a decisión de la Comisión Bicameral Permanente (art. 12).

Por su parte, la Comisión Bicameral Permanente (la cual, en hipótesis, puede estar compuesta en su mayoría por el mismo partido político que dictó el decreto bajo análisis), debe emitir dentro de los diez días un dictamen sobre la constitucionalidad del decreto.

Recién a partir del día 20 de dictado el decreto, el cual ya se encontrará en plena vigencia, el Congreso puede comenzar a analizar la procedencia legal del mismo. Véase que la ley especial mencionada no pone un plazo perentorio para el tratamiento legislativo del decreto sino que se limita a expresar el deber de un “inmediato tratamiento” (art. 20), sin siquiera establecer alguna consecuencia jurídica respecto a

la omisión de esta labor. Mientras tanto, el decreto sigue generando efectos jurídicos de carácter general en la sociedad.

El art. 22 establece que, tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores deben expedirse expresamente respecto al rechazo o la aprobación del decreto, de conformidad con lo establecido por el art. 82 de la CN. No resulta lógico y – a mi criterio- mucho menos constitucional, el criterio adoptado por el legislador.

Consideremos en primer lugar, que puede darse un largo periodo desde que un decreto de necesidad y urgencia adquiere plena vigencia hasta el momento en que el Congreso se expide sobre su validez o invalidez. Y es aún más conflictiva esta situación si consideramos que el art. 24 establece que *“El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”*.

Qué significa lo establecido por el art. 24? Tanto la Cámara de Diputados y como la de Senadores, ya sea para ratificar la validez o para derogar el decreto, deben hacerlo mediante una ley. Esta ley tendrá validez recién a partir de los ocho días de su publicación oficial. Asimismo, la segunda parte de la norma establece que quedan a salvo los derechos adquiridos durante la vigencia del decreto. Es decir, que en definitiva, un decreto dictado ilegalmente, de todas formas genera efectos jurídicos desde su entrada en vigencia, sin perjuicio de su posterior rechazo. Esto a mi criterio es absolutamente inconstitucional.

El art. 82 de la CN exige que *“la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”*. Ello en referencia a que para sancionar una norma con fuerza de ley debe contar con la aprobación expresa de cada Cámara.

Si analizamos lo que dispone el art. 82 de la CN, y en especial su segunda parte, encontramos que la norma constitucional es muy clara y precisa al establecer la prohibición de que se sancionen leyes en forma tácita o ficta.

Sin embargo, si la ley 26.122 reconoce que un decreto de necesidad y urgencia rechazado por el Congreso, genera de todas formas efectos jurídicos desde su entrada en vigencia y hasta su derogación, lo cierto es que da lugar a dos interpretaciones: a) Que el Poder Ejecutivo puede dictar leyes con plena validez, sin perjuicio de que posteriormente sean rechazadas por el Congreso; b) Que el Congreso acepta tácitamente la sanción de leyes por parte del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de darle posteriormente un adecuado tratamiento, cuya decisión final, no alterará efectos jurídicos generados por el decreto.

Tanto la opción “a” como la “b” resultan inconstitucionales.

La primera en cuanto a que está vedada por la CN la facultad de dictar decretos que contraríen los requisitos desarrollados oportunamente (art. 99, inc. 3), y en el segundo supuesto, porque se estaría violando lo establecido por el art. 82 de la CN, en cuanto que de ninguna manera se permite al Poder Legislativo la aprobación tácita de leyes.

Este es otro defecto que encuentra nuestro sistema republicano, siendo que por acción y/u omisión legislativa, se permite agrandar la figura del Presidente, al punto de permitir inconstitucionalidades evidentes que afectan el sistema republicano, en cuanto a su división de poderes.

El hecho de que solamente se pueda derogar por resolución expresa de ambas Cámaras despierta severas críticas por parte de Lonigro, quien entiende que *“esto es de una gravedad inusitada, ya que un decreto de necesidad y urgencia, que refleja el ejercicio presidencial de potestades del Congreso, podría continuar vigente sin la aprobación completa de éste. Sin lugar a dudas, la solución adecuada hubiera sido la contraria: que el decreto sólo pueda mantenerse vigente so ambas Cámaras lo aprueban, y no una sola”*.<sup>86</sup>

Fíjese al punto que se llega con la permisividad legislativa, que tiene menos impedimentos un presidente para dictar leyes que el propio Congreso. Véase, si el Poder Legislativo quiere dictar una ley, basta

<sup>86</sup> Lonigro, Félix V., ob. cit., p. 718.

con que una de las Cámaras rechace el proyecto para que la misma sea desestimada. Sin embargo, si el Poder Ejecutivo dicta una norma con fuerza de ley, no basta con que una sola de las Cámaras rechace el decreto, sino que deben rechazarla ambas. De lo contrario, el decreto continuará siendo válido.

## 7. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo hemos visto que al principio, la Constitución Nacional respetaba el principio de división de poderes republicano estableciendo ciertos límites a las funciones de cada órgano del Estado.

Con el devenir del tiempo, este principio se fue desvirtuando en base a justificaciones de necesidad y urgencia institucional, creando figuras como la delegación legislativa o el decreto de necesidad y urgencia que permitían al Poder Ejecutivo llevar a cabo funciones netamente legislativas.

Hemos hecho especial en los decretos de necesidad y urgencia, sin perjuicio de entender a la delegación legislativa como otro elemento de debilitamiento propio del Poder Legislativo, como puede ejemplificarse críticamente analizando la facultad delegada al Jefe de Gabinete de readministrar el presupuesto de la Nación (conf. Art. 37 de la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional), ejecutando de esta manera una función específicamente otorgada al Poder Legislativo (art. 99, inc. 8 CN).

También se ha expuesto cómo la situación de excepción a la que alude la Ley Fundamental, en la práctica se utiliza como un pretexto para el ejercicio cotidiano de este instrumento jurídico. Quedando en evidencia que, al poder llevar este tipo de práctica, hay una clara falencia en el sistema legal y de control entre los poderes del Estado.

Al respecto, coincido con Gordillo cuando explica que “Las necesidades o crisis producidas por factores de carácter económico conducen, con lamentable frecuencia, a instrumentar soluciones que están al margen de preceptos constitucionales”<sup>87</sup> y entiende que “Cuando la administración quiere abusar de poder, dicta normas generales”.<sup>88</sup>

El abuso del dictado de decretos de necesidad y urgencia en momentos de paz social y estabilidad, para evitar la construcción de consensos legislativos, afecta los valores democráticos y republicanos establecidos en nuestra Constitución. El equilibrio entre los poderes obliga a los gobernantes de tuno la búsqueda de acuerdos y la necesidad del diálogo para llegar a tales fines, por el contrario, ante el desequilibrio de los poderes, este concepto se distorsiona y el diálogo entre oficialismo y oposición se dificulta, a tal punto que se llega a hablar de “autoritarismo presidencial”.

También hemos dado nuestro punto de vista respecto a la inconstitucionalidad de la ley 26.122 en cuanto al régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, en cuanto permite que los decretos dictados, y luego rechazados por el Congreso (por la causa que fuere), tienen plena vigencia desde su sanción hasta su rechazo en cuanto a los derechos adquiridos, dándose de esta manera una situación totalmente violatoria del republicanismo: que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos transitorios con fuerza de ley, aún sin aprobación del Poder Legislativo.

Ahora bien, en base a lo expuesto cabe plantearse si no es posible que se adopten otro tipo de medidas legales que respeten de mejor manera el sistema republicano, por qué no puede el Poder Legislativo llevar a cabo su función esencial dándole un trámite express bajo sanciones legales en caso de incumplimiento, u otro tipo de medidas que permitan al Poder Legislativo tratar este tipo de cuestiones “urgentes” sin ser rebasado por ningún otro poder. Por qué no crear una comisión especial dentro del órgano legislativo que deba aprobar en plazos expeditos y perentorios proyectos del Ejecutivo en casos de necesidad y urgencia. Excede mi trabajo buscar soluciones a la problemática planteada, pero lo cierto es que considero que hay alternativas legales diferentes que se pueden adoptar dentro del ordenamiento jurídico argentino que no vulneren su principio republicano.

<sup>87</sup> BADENI, Gregorio, *ob. cit.*, p. 1715

<sup>88</sup> GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo. Parte General”, p. VII-22. Cito en sitio web: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVII.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf)

## CAPÍTULO 3: EL PROBLEMA DE LA MAYORÍAS

### 1. INTRODUCCIÓN.

#### 1.1. El Holding Político

Me gustaría comenzar introduciendo este tema en base a lo que denomino el “holding político”, y para entender este concepto, es necesario desarrollar brevemente lo que es un holding. En materia de contratos, el holding es un contrato atípico que consiste en la situación jurídica y de hecho en la cual una compañía controla las actividades de otras mediante la adquisición de todas o de una parte significativa de sus acciones, de modo tal que pueda manejar la voluntad de las demás sociedades que forman parte del grupo económico.

Para Fernández Madero, esta última sociedad utilizada como eslabón entre los verdaderos accionistas y las sociedades “operativas” (aquellas que realizan las actividades productivas o de servicios), constituiría -en conceptos muy básicos- la denominada sociedad “holding”. A través de ésta también es posible participar indirectamente en otras sociedades de un mismo grupo económico, de modo tal que el verdadero accionista o “dueño” del grupo económico, al poseer participación directa en la sociedad holding, posee indirectamente participación en las restantes sociedades pertenecientes al grupo económico que “penden” de ella.<sup>89</sup>

Así como las sociedades comerciales pueden controlarse, el Poder Ejecutivo también puede llevar a cabo esa función de control mediante la posibilidad de tener una participación mayoritaria en otro poder u organismos del Estado, y a esto es lo que yo llamo “holding político”.

En este sentido, la Auditoría General de la Nación, la Comisión Bicameral Permanente (controladora de los decretos de necesidad y urgencia) y el propio Poder Legislativo pueden ser entidades sumamente influenciadas y controlables, tan solo hace falta que el gobierno de turno tenga una “participación mayoritaria” en el Congreso para lograr un control y romper con la independencia del organismo.

Lo que intento lograr es que el lector visualice al Poder Legislativo como una sociedad y a los diputados y senadores del mencionado organismo como integrantes del órgano asambleario (accionistas). Cada uno representa un voto que define la voluntad del Poder Legislativo. Ahora bien, si la participación en el Poder Legislativo se compone de una mayoría partidaria que representa al gobierno de turno (Poder Ejecutivo), podemos entonces decir que la voluntad del Poder Legislativo se encuentra subordinada al Poder Ejecutivo. Sucediendo ello, ¿se puede hablar estrictamente de independencia de poderes o más bien de subordinación de poderes?

La realidad político-jurídica de nuestro país nos demuestra que si un partido político oficialista cuenta con un gran apoyo popular, ello muchas veces se ve reflejado directamente en la composición de la legislatura nacional, la que factiblemente se componga en su mayoría por legisladores representantes del gobierno de turno, afectando no solo la independencia de ambos poderes, sino también afectando la el derecho de representación de las minorías, pues, que una minoría forme parte del cuerpo legislativo cuando éste ya cuenta con una voluntad partidaria, carece de sentido su participación para la toma de decisiones sobre el dictado y sanción de leyes, pierde sentido su presencia y participación en el Congreso y no permite un sano y debido debate, como así también la búsqueda acuerdo de voluntades entre los partidos políticos que compongan el Congreso. Y Ello, se deberá solamente al hecho de que las ideas que proponga el Poder Ejecutivo contarán con la aprobación de los legisladores mayoritarios que integren el congreso, y por lo tanto, aunque hubiese una oposición absoluta por parte de los restantes partidos que compusiesen el Poder Legislativo, ello sería ineficaz e improductivo, pues de nada serviría si hay un partido político mayoritario que controla la voluntad.

<sup>89</sup> “El verdadero alcance del art. 31 de la Ley 19.550 en las Sociedades “Holding”, por Nicolás Fernández Madero; para La Ley. Publicado en IMP 2003-A, 1359.

## 2. LA DEPENDENCIA SUBJETIVA

### 2.1. ¿Independencia o dependencia del legislador?

Muchos legisladores y juristas han siempre tratado de trabajar particularmente en establecer herramientas o mecanismos que permitan garantizar la independencia de los poderes, pero en especial, del poder judicial. Sin embargo, pareciera que lo que se busca es aislar al poder apolítico de los poderes políticos (legislativo y judicial), olvidando que, en realidad, la independencia debería lograrse respecto a los tres poderes del Estado.

Explica Maier, al desarrollar sobre la independencia del poder judicial frente a los demás poderes, que el legislador ha establecido en la Constitución diferentes mecanismos para lograr este ideal. Así, a través de reglas que establecen la estabilidad de los jueces permanentes (art. 110 CN), la compensación por sus tareas, insusceptible de ser disminuida (art. 110, CN), la prohibición para el presidente de ejercer funciones judiciales (art. 109, CN) y el deber general de los jueces de ajustar sus decisiones a la ley del Congreso, “son sólo aspectos de la independencia y límites de la función judicial, como atributo del Poder Judicial del Estado”. Entiende el jurista que “ello implica que cada juez, cuando juzga y decide un caso concreto, es libre –*independiente* de todo poder, inclusive del judicial– para tomar su decisión”.<sup>90</sup>

Muchas de estas garantías son inaplicables en el órgano legislativo por no ser compatibles con la modalidad del cargo legislativo (verbigracia, por la temporalidad en el cargo). Considero que la ley establece mayores garantías de independencia para el ejercicio de sus actividades a los funcionarios del Poder Judicial que a los del Poder Legislativo.

Cuando hablamos de independencia, nos referimos a la libertad en el pensamiento y al toma de decisiones, a no depender de nada ni de nadie al momento de llevar a cabo nuestras acciones.

En materia de independencia de criterio judicial, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula, una serie de causales que obligan al magistrado a apartarse de la causa por padecer su criterio en una causa de parcialidad. Dentro de estas causales, el art. 17 menciona que vale la pena destacar: “serán causas legales de recusación: (...) 8) haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes”.

Pasando este criterio al plano legislativo, cambiemos la figura de juez por la de legislador y que una de las partes sea efectivamente el Poder Ejecutivo. Siguiendo esta idea, si el Poder Ejecutivo promueve un proyecto de ley y lo presenta en el Congreso, cabe preguntarse si hay independencia de los legisladores del mismo partido político que preside el presidente.

El hecho de que un legislador se hubiese podido postular como tal, significó haber tenido el apoyo previo del partido político y/o del líder político (presidente) para que pudiese ocupar un cargo en el Poder Legislativo (beneficio). Ello, en virtud de que es el propio partido político el que subsidia su campaña, el que le abre un espacio para adquirir una banca, que de lo contrario, sería muy difícil si se postulase solo, pues nuestro sistema jurídico eleccionario no se lo permite.

Si es el líder del partido político oficialista (muchas veces el propio Presidente) quien le dio la fuente de trabajo al legislador y también quien le brindará un puesto de trabajo (o no) cuando termine el legislador su mandato en el Congreso, ello repercute considerablemente en la libertad de acción del congresal al momento de tomar una decisión. Por el contrario, el legislador tenderá a tener una conducta más adecuada a las pretensiones del líder político.

Acusa Dalla Via, desarrollando una clara crítica al sistema hiperpresidencialista argentino, que “los legisladores del partido oficialista suelen adoptar una actitud sumisa hacia el presidente”.<sup>91</sup>

El presidente tiene un conjunto de puntos a favor para influir en los votos de los legisladores, por la disciplina partidaria y el temor de los mismos a no ser ubicados en una nueva lista para la reelección, el retraso de la carrera política del legislador, presiones directas, la negociación de planes de infraestructura

<sup>90</sup> MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, T. I., Editores del Puerto SRL, 2004, p. 743/47.

<sup>91</sup> DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Manual de Derecho Constitucional”, ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 447

o de fondos, pero mas allá de todas estas, el presidente tiene una ventaja que es la convicción por parte de los legisladores, de que el presidente posee el apoyo popular para lo que quiere hacer.

Pese a que con esta idea ni cerca estoy de entender que reviste carácter absoluto, lo cierto es que influye en un legislador su toma de decisiones, su forma de trabajar y su manera de votar cuando sabe que su mandato es por tiempo limitado y hay un partido político que puede conseguirle luego un nuevo empleo o dejarlo desempleado, pues detrás de todo legislador hay una vida personal, una familia proyección, etc., como cualquier ciudadano común.

## 2.2. La partidización: un modo de influir conductas del particular. Análisis del caso Rizzo.

En un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo “Rizzo”) se declaró la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la ley N° 26.855 que generaba cambios estructurales en el Consejo de la Magistratura. Entre ellos, la elección popular político-partidaria de los integrantes de este organismo

En principio, este fallo comienza expresando lo que ya hemos desarrollado en este trabajo al referir que “La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 1º, 35 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo, y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos”.

Entre los puntos importantes del fallo, quiero traer a colación los siguientes criterios expuestos por el máximo tribunal:

a) “El segundo párrafo del artículo 114 de la CN debe interpretarse como parte de un sistema que tiende, en palabras del Preámbulo, a afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad. Para lograr esos fines **nuestra Constitución Nacional garantiza la independencia de los jueces** en tanto constituye uno de los pilares básicos del Estado Constitucional. Por ello, el nuevo mecanismo institucional de designación de magistrados de tribunales inferiores en grado a esta Corte, contemplado en la reforma de 1994, **dejó de lado el sistema de naturaleza exclusivamente político-partidario** y de absoluta discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Tal opción no puede sino entenderse como un modo de fortalecer el principio de independencia judicial” (la negrita me pertenece).

Comentario personal del fallo: ¿cómo debe interpretarse este criterio? ¿no sería también aplicable analógicamente con el Poder Legislativo? Coincido en que el poder legislativo y el ejecutivo se diferencian del poder judicial en cuanto a que los dos primeros son poderes políticos y el tercero no. Sin embargo, el hecho de que la Corte Suprema haya entendido que “partidizar” la justicia afectaba su independencia, no hace otra cosa que reconocer que la partidización de quienes integran el Poder Legislativo también puede afectar su independencia, máxime, si se da una situación en la que la mayoría de los congresistas fuesen del partido político que ejerce el gobierno de turno.

El criterio de la Corte es claro, la elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura por medio de elecciones político partidarias, afecta severamente la independencia del Poder Judicial, por cuanto se corre el severo riesgo de magistrados partidarios a un gobierno de turno colmen la justicia, afectando su imparcialidad e independencia en su toma de decisiones. El hecho de “partidizar” a un juez es sinónimo de corromper la independencia del órgano judicial, por el hecho de que corre el grave riesgo de que un juez que representa un partido político abiertamente no imparta justicia “con la misma vara” en situaciones particulares que comprometan o no al Poder Ejecutivo.

b) “Se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de magistrados, que garantizarán no solo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas”.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> CSJN, “Rizzo, Jorge (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar”, expte. 3034/13, 18/6/2013

Comentario personal del fallo: La Corte Suprema entiende que la voluntad del representante de un partido político sufre presiones que afectan su libertad. El legislador también se ve afectado en su propia independencia por las propias presiones políticas, afectando la independencia de su voluntad, tal como entiende la misma Corte Suprema.

Bielsa y Graña sostienen, con respecto al Poder Judicial, que “la politización de la justicia resulta la contracara de la condición fundamental que debe reunir el Poder Judicial en toda República que se precie de tal: su independencia”.<sup>93</sup>

Si consideramos que las decisiones de los funcionarios del Poder Judicial pueden estar influidas de un alto grado de parcialidad por pertenecer a un partido político, esta misma línea de ideas sería aplicable para quienes ejercen sus funciones dentro del órgano legislativo. Y bajo esta línea, si la mayoría legislativa fuese del mismo partido político oficialista, sería altamente cuestionable si estaríamos realmente ante un poder legislativo independiente. Es que si el razonamiento de la Corte es aplicable solamente para un ámbito (Poder Judicial) y no para ambos, en mi humilde opinión, ello sería un pensamiento errado y arbitrario.

En conclusión, ha sido criterio del máximo tribunal de justicia el entender que formar parte de un partido político afecta la independencia del funcionario público, y por ende, ello puede repercutir en Poder Estatal que lo acoja.

### 2.3. La disciplina partidaria. El conflicto del voto “en bloque”.

El politólogo Andy Tow realizó un análisis estadístico de las votaciones en el Congreso entre el año 2003 al año 2013. Sus resultados demuestran que la gran mayoría de los legisladores acuerdan siempre con las propuestas que presenta el propio partido, reflejando una clara condescendencia. Por ejemplo, entre el año 2003 al año 2013, en la Cámara Baja, hay un promedio del 79% de acatamiento de los proyectos presentados por el Poder Ejecutivo de turno. Este dato se acentúa aún más si el partido político decide que la votación se haga “en bloque”, privando la relevancia, en la votación resultante del Congreso, de los pocos votos disidentes.<sup>94</sup> Es que el voto “en bloque” afecta la libertad de expresión y la representatividad de los ciudadanos en el Congreso y tiende a lograr un mayor control sobre el Poder Legislativo

Comprendo que esta estadística se acentuaría aún más si se fundara sobre partidos políticos “puros” –como se plantea en la hipótesis de este trabajo– y no sobre frentes partidarios, o agrupaciones de partidos, como sucede con el partido político ejemplificado *ut supra*.

## 3. LA CONCENTRACIÓN DE PODER

### 3.1. El partido político. Concepto.

Tanto diputados como senadores pertenecen a agrupaciones sociales, son afiliados a una persona jurídica, como lo es un partido político.

La Ley Nacional N° 23.298 reguladora de los Partidos Políticos establece en su artículo 1 que “Se garantiza a las agrupaciones el derecho a su constitución, organización, gobierno propio y libre funcionamiento como partido político, así como también el derecho de obtener la personalidad jurídico-política para actuar en uno, varios o todos los distritos electorales, o como confederación de partidos, de acuerdo con las disposiciones y requisitos que establece esta ley”.

Véase cómo la ley misma reconoce el carácter societario y regula su organización interna. Reconoce su “gobierno propio”, el cual será presidido por su líder máximo, el cual, en muchos casos, resulta ser el Presidente de una Nación, o gobernador de una Provincia, dándose el fenómeno del unicato.

Por su parte, la ley 9.572 de la Provincia de Buenos Aires hace la siguiente definición: “Art. 1: Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público, constituidas como asociaciones voluntarias

<sup>93</sup> BIELSA, Rafael – GRAÑA, Eduardo, “Justicia y Estado”, ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 15.

<sup>94</sup> <http://www.perfil.com/politica/Las-estadisticas-confirman-la-disciplina-partidaria-de-los-legisladores-argentinos-20131221-0011.html>

de ciudadanos que a través de su doctrina propenden al bien común, respetando el sistema democrático, representativo y republicano de gobierno, conforme a los principios y derechos constitucionalmente consagrados”.

### 3.2. El partido político como grupo de poder.

El partido político es una organización de individuos con una tendencia ideológica afín. Este grupo político solamente puede llevar a cabo su tarea política (finalidad) formando parte del cuerpo estatal, por lo que estamos hablando de agrupaciones de personas cuyo fin es adentrarse al poder, en otras palabras, son grupos que buscan el poder (poder en el gobierno).

Antiguamente, la república nace como una idea de descentralización del poder, el cual en ese entonces estaba concentrado en un manos de un único soberano o grupo de personas. Luego, con las ideas de gobiernos mixtos, se intentó descontracturar esta concentración de poder social mediante la repartición de las funciones estatales en diferentes grupos sociales de poder (nobleza, plebeyos, patricios, etc.), buscando así que no fuera un solo grupo social el que detentara el poder estatal.

Esta loable idea republicana puede verse desvirtuada o corrompida en la práctica, pues el partido político es un grupo de interés, un grupo de presión, un grupo de poder que busca poder. Si, como planteamos en la hipótesis de este trabajo, se da una situación en la cual un partido político puro tiene a su líder como presidente de la nación, y a su vez, el mismo partido político cuenta con amplias mayorías parlamentarias, evidentemente hay una concentración de poder en un determinado grupo. Y ello, a mi criterio, afecta el principio republicano de división de poderes, pues dos de los tres poderes se encuentran unificados dentro de un mismo grupo.

Explica Gelli que “estas separaciones de poder –en realidad entre órganos- implican atribuciones propias y cooperación compartida entre todos ellos. La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que sucintaría la centralización en la toma de decisiones públicas. Por eso la concentración del poder es rechazada enérgicamente en el art. 29 de la Constitución Argentina”.<sup>95</sup>

En base a la reflexión de la prestigiosa constitucionalista, cabe preguntarse, ¿no hay concentración de poder cuando un mismo partido político detenta el poder ejecutivo y el legislativo?

Y en esta misma línea de pensamiento, me permito citar al Dr. Antonio David Berning Prieto, quien sostiene que “el sistema de gobierno parlamentario no es el único elemento de la realidad constitucional actual que desfigura la división de poderes, también lo hace el Estado de partidos políticos, reconocidos a nivel constitucional. La existencia de los partidos políticos que luchan por obtener la mayoría parlamentaria y la responsabilidad de gobierno es uno de los presupuestos esenciales de la deformación e incluso anulación «política» de la división de poderes. En la actualidad no se plantea una auténtica oposición entre los poderes legislativo y ejecutivo tal como la concibió Montesquieu, sino entre gobierno y mayoría parlamentaria de un lado y la oposición y las minorías parlamentarias del otro”.<sup>96</sup>

Además, vale señalar que en el año 2008 y 2010 hubo más leyes sancionadas por iniciativa del Poder Ejecutivo que por iniciativa propia del poder que las emanaba. En el caso del año 2008, 67 fueron las leyes aprobadas que el Ejecutivo envió al Legislativo como proyecto mientras que en el año 2010 fueron 37 contra 33 del Congreso.<sup>97</sup>

## 4. EL DERECHO DE LAS MINORÍAS POLÍTICAS.

A fin de desarrollar este punto téngase siempre presente el basamento hipotético del presente trabajo, el partido político gobernante de turno consigue conquistar el 80% de las bancas tanto de la cámara alta

<sup>95</sup> GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, La Ley, 2006, p. 21.

<sup>96</sup> <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>

<sup>97</sup> Los datos estadísticos fueron recabados del sitio web <http://www.revcienciapolitica.com.ar/>

como de la cámara baja. Repartiéndose, por ende, el 20% restante entre los demás partidos políticos participantes.

En un Estado de derecho representativo como el nuestro, los representantes de las provincias y de los ciudadanos en general se eligen democráticamente intentando reflejar la mayor diversidad de ideas reflejadas en partidos políticos, a los efectos de conformarse el cuerpo legislativo nacional.

La participación de la diversidad de ideas que abundan a lo largo del territorio nacional tienen derecho a formar parte en la toma de decisiones en el ejercicio de las tareas encomendadas por la Constitución al órgano legislativo, como una manera de estabilizar la balanza, de buscar consensos, de controlar abusos y de lograr una plena representatividad nacional.

En la generalidad de los casos, esta minoría política se verá reflejada como la primera minoría o partido opositor en el Congreso, y será, de alguna manera, la que intente evitar los abusos que se lleven a cabo por el partido oficialista (siempre tomando como pie de idea la hipótesis planteada en el presente trabajo).

Esta homogeneidad que se puede generar entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, tal como se ha expuesto, afecta las voces de las minorías, que deberían verse representadas en un sistema de gobierno representativo. Y ello se debe a que, si bien las minorías formarían parte en el Poder Legislativo, sus votos no servirían en lo absoluto para sancionar una ley, acusar a un presidente, controlar la transparencia en el ejercicio del Poder Ejecutivo, pues el partido oficialista contaría con más de 2/3 de los votos en el Congreso.

Asimismo, la realidad de los hechos demuestra que la participación de las minorías al intentar lograr la sanción de leyes que surgen como propuesta de los mismos, se ve muy afectada por no contar con participación suficiente en comisiones que aprueben sus proyectos.

## 5. CONFLICTOS LEGALES

### 5.1 PRIMER CONFLICTO: El conflicto de control

Una de las funciones del Poder Legislativo es la de controlar al Poder Ejecutivo, es parte de la aplicación de un sistema de pesos y contrapesos, el control recíproco de los tres poderes del Estado. Es parte de las funciones esenciales del Parlamento. Esta actividad se lleva a cabo al ponderar el cumplimiento de los planes o programas previamente elaborados. Para esta ponderación el Congreso se encuentra investido de diversas facultades que coadyuvan a ello, como la posibilidad de investigar, requerir informes, realizar tareas de campo. La reforma de 1994, al crear la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, le impuso a éste la obligación de concurrir al Congreso a informar mensualmente acerca de la marcha del gobierno.

Ahora bien, idealmente, este control deberían ejercerlo los partidos políticos opositores al partido político que gobierna de turno, de lo contrario se estaría pretendiendo una especie de autocontrol, sin embargo, en la práctica puede darse que los partidos opositores cuenten con una pequeña minoría de participación en el Congreso, tornándose esta idea de control dificultosa y hasta ilusoria.

#### 5.1.1. El juicio político

El juicio político es el procedimiento de destitución previsto para que los funcionarios pasibles de él no continúen en el desempeño de sus cargos.<sup>98</sup>

Se denomina justamente juicio político porque a diferencia de un juicio penal, la finalidad en el primero es la de destituir del cargo al funcionario público y no la de aplicar una condena contemplada por el código penal.

<sup>98</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *ob. cit.*, p. 230.

Es una herramienta más de control del poder legislativo por sobre el poder ejecutivo, por la cual el primero puede remover a determinados funcionarios públicos del ejercicio de sus funciones con fundamento en la verificación de ciertas conductas ilegales.

El art. 53 de la Constitución Nacional establece que son causales de remoción por intermedio de esta vía jurídica: a) el mal desempeño de sus funciones; b) el delito en ejercicio de sus funciones; c) los crímenes comunes.

Son sujetos pasivos de enjuiciamiento especial: a) el Presidente de la Nación; b) el Vicepresidente de la Nación; c) el jefe de gabinete de ministros; d) los ministros; e) los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El proceso de enjuiciamiento comienza en la cámara de diputados, cuyos integrantes son los encargados de acusar al funcionario público, mientras que la cámara de senadores es la encargada de enjuiciar al imputado, declarando su culpabilidad o inocencia, en otras palabras, su continuidad en el cargo o su remoción.

En fin, bajo este proceso, el Poder Legislativo se encuentra habilitado para tomar el mazo de la justicia y declarar culpable o inocente a un funcionario público dentro del ejercicio de sus funciones. Vale hacer la aclaración que la resolución senatorial no es vinculante ante un juez penal.

Para hacer efectiva esta condena, se precisa que 2/3 de ambas cámaras fallen a favor de la acusación y la culpabilidad para que la remoción prospere.

El problema de este sistema de control, radica en que si ambas cámaras están compuestas en su mayoría por el partido oficialista, el control sobre los funcionarios del Poder Ejecutivo se torna endeble.

Como hemos visto, bajo la figura del juicio político, legisladores nacionales llevan a cabo una tarea judicial, la de enjuiciamiento. En este sentido, me parece apropiado traer a colación nuevamente al fallo "Rizzo" pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al cual me remito a lo expuesto oportunamente *brevitatis causae*. Sin perjuicio de ello, permitiéndome hacer una breve síntesis, los ministros de la corte sostuvieron que la partidización en la Justicia afectaba directamente la independencia del Poder Judicial, fundamentalmente para impartir justicia.

Bajo este mismo lineamiento, el hecho de que los integrantes del Congreso se encuentren cabalmente partidizados, influye sustancialmente en la efectividad que pueda llegar a tener este mecanismo de control de poderes.

El maestro Bidart Campos, sostiene críticamente que "el juicio político importa un aparato ineficaz, además de lento, que se utiliza so color de partidos, y que a veces hasta resulta de uso imposible cuando el funcionario que puede ser objeto de él pertenece al mismo partido político que domina una o ambas cámaras".<sup>99</sup>

### 5.1.2. Auditoría General de la Nación

Se trata de un ente de control externo de la administración pública nacional, en otras palabras, de un órgano de contralor de las actividades del Poder Ejecutivo.

La figura de la Auditoría General de la Nación ya se encontraba legislada allá por el año 1992 por medio de la ley N° 24.156 de la Administración Financiera y del Control del Sector Público Nacional, arts. 116 y ss.

Posteriormente, el reformador de 1994 le asignó rango constitucional, intentando aplicar más adecuadamente un sistema de pesos y contrapesos estableciendo que la designación del presidente del mencionado órgano estuviera a cargo del partido político de la oposición que tenga mayor participación en el Congreso.

<sup>99</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *ob. cit.*, p. 244.

El art. 85 de la CN dispone que “el control externo del Sector Público Nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo” y agrega que el examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

La norma intenta establecer un nuevo perfil de equilibrio entre el poder ejecutivo y el legislativo, ya que por “sector público nacional” se ha de entender: a) la administración pública federal cuya titularidad pertenece al presidente y cuyo ejercicio incumbe al jefe de gabinete; b) las empresas y sociedades del estado, comprensivas de toda otra entidad en la que el poder ejecutivo posee participación mayoritaria de capital, o la ejerce en la toma de decisiones societarias; c) los entes privados que prestan servicios al público.<sup>100</sup>

### 5.1.2.1 Concepto y funciones.

La Constitución la define como un “organismo de asistencia técnica del Congreso”.

Consiste en un órgano extrapoder, dotado por la ley n° 24.156 de personería jurídica propia, independencia funcional e independencia financiera (art. 116).

De conformidad con lo establecido por la ley N° 24.156 la Auditoría General de la Nación tiene a su cargo las siguientes funciones:

a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes;

b) Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones. Estos trabajos podrán ser realizados directamente o mediante la contratación de profesionales independientes de auditoría;

c) Auditar, por sí o mediante profesionales independientes de auditoría, a unidades ejecutoras de programas y proyectos financiados por los organismos internacionales de crédito conforme con los acuerdos que, a estos efectos, se llegue entre la Nación Argentina y dichos organismos;

d) Examinar y emitir dictámenes sobre los estados contables financieros de los organismos de la administración nacional, preparados al cierre de cada ejercicio;

e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público y efectuar los exámenes especiales que sean necesarios para formarse opinión sobre la situación de este endeudamiento. A tales efectos puede solicitar al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y al Banco Central de la República Argentina la información que estime necesaria en relación a las operaciones de endeudamiento interno y externo;

f) Auditar y emitir dictamen sobre los estados contables financieros del Banco Central de la República Argentina independientemente de cualquier auditoría externa que pueda ser contratada por aquélla;

g) Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por sí o por indicación de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas;

h) Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros así como del grado de cumplimiento de los planes de acción y presupuesto de las empresas y sociedades del Estado;

i) Fijar los requisitos de idoneidad que deberán reunir los profesionales independientes de auditoría referidos en este artículo y las normas técnicas a las que deberá ajustarse el trabajo de éstos;

<sup>100</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *ob. cit.*, p. 22/23

j) Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos. A tal efecto, todo funcionario público con rango de ministro; secretario, subsecretario, director nacional, máxima autoridad de organismos descentralizados o integrante de directorio de empresas y sociedades del Estado, está obligado a presentar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de asumir su cargo o de la sanción de la presente ley una declaración jurada patrimonial, con arreglo a las normas y requisitos que disponga el registro, la que deberá ser actualizada anualmente y al cese de funciones.

k) Fiscalizar el efectivo cumplimiento de los cargos que se imponga al beneficiario de un bien inmueble de propiedad del Estado nacional transferido a título gratuito por ley dictada en virtud del artículo 75, inciso 5, de la Constitución Nacional.

### 5.1.2.2 El conflicto del autocontrol.

Si bien el enunciado constitucional establece que la designación del presidente del organismo estará a cargo del partido opositor que tenga mayor participación en el Congreso, la realidad es que el precepto constitucional resulta insuficiente.

La mencionada ley n° 24.156 regula la composición del ente en sus artículos 121 y 122 de la siguiente manera: a) “la Auditoría General de la Nación estará a cargo de siete (7) miembros designados cada uno como Auditor General” (art. 121; b) Seis de dichos auditores generales serán designados por resoluciones de las dos Cámaras del Congreso Nacional, correspondiendo la designación de tres (3) a la Cámara de Senadores y tres (3) a la Cámara de Diputados, **observando la composición de cada Cámara**” (art. 122) (la negrita me pertenece).

Del análisis de estas dos normas se desprende, en primer lugar, que el Presidente de la Auditoría será elegido por el partido opositor. Sin embargo, los demás miembros que hacen a la voluntad del ente serán designados respetando la composición de cada cámara, debiendo ser elegidos 3 por parte de los diputados y tres por los senadores.

Es decir, que si el partido oficialista cuenta con mayoría en el Congreso, solo se respetaría esta proporción requerida si se designan 2 miembros por el partido mayoritario y uno solo por el primer partido minoritario, de lo contrario se estaría contrariando el sentido de la norma. Ello es así toda vez que no podría el partido mayoritario contar con la misma proporción de auditores que los demás partidos. Designar un auditor por el partido mayoritario X, y otros dos auditores por los partidos Y y Z, sería ir en contra del precepto legal atento a estar efectuando una repartición igualitaria de designaciones cuando en realidad la composición de la cámara refleja que hay una situación distinta, hay un partido mayoritario.

Por ello, una correcta interpretación de la norma obliga a que el partido mayoritario designe 2 auditores y el primer partido minoritario designe al tercero, respetándose de esta manera la composición de cada cámara. Asimismo, el partido minoritario designará al Presidente de la Auditoría.

Explica Balbín que “por lo tanto, cuatro auditores sobre un total de siete pertenecen habitualmente al mismo partido político que el presidente y sólo tres restantes son del principal partido opositor” y concluye diciendo que “este esquema no es obviamente razonable en el marco institucional de control del Poder Ejecutivo”.<sup>101</sup>

Se pregunta Despouy, actual presidente de la AGN en un informe de gestión realizado lo siguiente: “¿El presidente, que es la única figura constitucional o el Colegio de Auditores que se rige por la Ley 24.156, que regulaba anteriormente a la AGN y que tal como lo prueba la práctica, hace que los auditores nombrados por los bloques oficialistas de las dos cámaras sean mayoría? ¿Puede estar el control externo, encargado de controlar la gestión del Estado que lleva a cabo el oficialismo, en manos de un organismo con predominio oficialista?”.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> BALBIN, Carlos F., “Manual de Derecho Administrativo”, ed. La Ley, 2011, p. 188.

<sup>102</sup> DESPOUY, Leandro, “El control público en la Argentina. Realidad y perspectivas”. Véase en <http://www.ucr.org.ar/data/material/El-control-publico-en-Argentina---sintesis.pdf>

Si bien la norma constitucional pareciera querer establecer el criterio de que “la mayoría gobierne y el la minoría controle”, lo realidad demuestra lo contrario. El texto constitucional requiere la necesidad del dictado de una ley especial que regule todos estos temas, pero, similarmente a lo ocurrido con los decretos de necesidad y urgencia, luego de 21 años, ya sea por ineptitud del Poder Legislativo o conveniencia política, la misma no se ha sancionado.

### 5.1.3. La Comisión Bicameral Permanente

Ya hemos desarrollado particularmente el concepto y funciones de la Comisión Bicameral Permanente en el capítulo 2 del presente trabajo.

No obstante, hago un breve repaso al mencionar que la Comisión Bicameral Permanente se crea con la finalidad de emitir juicios de valor sobre los decretos que dicta el Poder Ejecutivo, elevando dictámenes no vinculantes al congreso, apreciando la legalidad de los mismos, a fin de impedir abusos por parte del Poder Ejecutivo.

En honor a la brevedad y con el fin de no extenderme sobre lo mismo, me limito a observar que tal como sucede con los problemas planteados anteriormente, se vuelve a dar una situación de autocontrol insensata respecto al dictado de decretos de necesidad y urgencia.

La ley N° 26.122 que regula los decretos de necesidad y urgencia establece en su artículo 3 lo siguiente: “La Comisión Bicameral Permanente está integrada por OCHO (8) diputados y OCHO (8) senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios **respetando la proporción de las representaciones políticas**” (la negrita me pertenece).

Se vuelve a caer en el mismo defecto, si el partido oficialista cuenta con amplias mayorías en el Congreso, y si el líder del partido oficialista es quien lleva adelante medidas de dictados de decretos de necesidad y urgencia, difícilmente integrantes del propio partido los consideren improcedentes.

## 5.2 SEGUNDO CONFLICTO: La falta de independencia del Poder Legislativo

La “partidización” de los integrantes del poder estatal condiciona la libertad de sus acciones de gobierno. En el Poder Legislativo, cada legislador responde a un partido político. Si el partido político oficialista cuenta con una amplia mayoría en la composición del Poder Legislativo, de alguna manera controla la voluntad de este poder estatal, creándose una desfiguración de la idea de independencia y división de poderes, pues si el líder político que ejerce la función presidencial cuenta con más de 2/3 de legisladores de su partido, estamos hablando de un control del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo, el cual responde a los intereses del primero.

## 6. CONCLUSIÓN

La conducta del legislador se encuentra muchas veces subordinada o condicionada al grupo político al que pertenece, el cual muchas veces puede presentar la figura del unicato (el jefe de gobierno es a su vez jefe del partido político). La clara incidencia del Poder Ejecutivo por sobre el Poder Legislativo hace de este último un órgano subordinado al primero, máxime, si el Presidente de la Nación cuenta con amplias mayorías de su propio partido político en ambas cámaras del Congreso.

Asimismo, se ha expuesto la idea del partido político como un grupo de poder cuyo gobierno tanto en el Poder Legislativo como en el Poder Ejecutivo hace distorsionar evidentemente la idea de división de poderes propia de un sistema republicano, pues es un mismo partido político o grupo social de poder el que maneja tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo de la Nación.

Es difícil hablar, si se dieran estas circunstancias, de un Poder Legislativo independiente del Poder Ejecutivo.

## CAPÍTULO 4: EL PROBLEMA DE LA REELECCIÓN Y LA PERMANENCIA INDEFINIDA EN LOS CARGOS DE GOBIERNO

### 1. BREVE INTRODUCTORIO

Una de las características del sistema republicano es la periodicidad en los cargos como una manera de evitar la perpetuidad en el poder.

La permanencia de una misma figura en el poder da a lugar a abusos como presidencias interminables que, bajo el velo o la justificación de la democracia, hacen de sus mandatos un cargo cuasivitalicio manchado de un tinte dictatorial.

A lo largo de este capítulo plantaremos si las reelecciones indefinidas o los cargos vitalicios van a favor o en contra de la idea republicana de la periodicidad en los cargos, qué debe entenderse por ello y si en la Argentina hay un respeto por esta idea de gobierno.

### 2. LA PERIODICIDAD EN LOS CARGOS: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

#### 2.1. ¿Periodicidad o alternancia?

La idea de la periodicidad en los cargos es controvertida dentro del pensamiento jurídico argentino, pues hay autores que entienden que la periodicidad en los cargos consiste simplemente en limitar temporalmente el mandato gubernamental de un funcionario público sin perjuicio de su posterior reelección avalada por el pueblo, y quienes sostienen que la periodicidad en los cargos implica en sí la alternancia en los cargos, es decir, que la figura gubernamental, en un determinado momento, deba ceder su mandato a una personalidad distinta.

Partamos de la base de que la Constitución Nacional nada dice expresamente sobre la periodicidad en los cargos, sino que se encuentra implícito al proclamarse republicana (art. 1 CN) y al establecer en la figura del presidente de la nación, es decir, la del líder del poder ejecutivo (poder preponderante del sistema presidencialista) límites en el tiempo para el ejercicio de su cargo.

Es pacífica y unánime la doctrina que entiende a la periodicidad en los cargos como una forma de gobierno basada en la fijación de plazos determinados de gobierno, cuya finalidad es evitar cargos vitalicios de quienes gobiernen, como sucedía antiguamente con los sistemas monárquicos.

Ahora bien, esta idea encuentra un conflicto interpretativo si se permiten reelecciones indefinidas en las cuales la misma figura sea elegida constantemente, llevándose a cabo –de esta manera– gobiernos incesantes que pueden perdurar en el poder decenas de años.

Por ello, ante esta eventualidad, hay quienes entienden que la periodicidad en los cargos, en realidad, debe ser entendida como alternancia en los cargos, es decir, que si bien la reelección no sería una figura que desnaturalizaría este ideal, lo cierto es que en determinado momento debe permitirse la variación de los cargos gubernamentales para evitar concentración de poder a causa de duraciones interminables que conllevan a los abusos del poder.

Siguiendo este último criterio, sostiene Badeni que este fundamento constitucional consiste en entender que “quienes han sido elegidos para desempeñar cargos en el gobierno, ejercen sus mandatos por un lapso determinado para posibilitar la movilidad en aquellos. Los cambios reguladores en el elenco de los gobernantes permite la consolidación del sistema republicano y la subsistencia del mismo sin caer en el riesgo de acudir a figuras carismáticas que, usualmente, se perpetúan en el gobierno forjando regímenes autocráticos”.<sup>103</sup>

<sup>103</sup> BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. I, ed. La Ley, 2º ed., 2006, p. 429.

Dalmazzo por su parte, en un criterio más extremista, expresa que “siempre hemos opinado, y lo sostenemos, que las reelecciones aunque sea por única vez, violan el principio republicano de periodicidad en el ejercicio de las funciones”.<sup>104</sup>

Entre la variada doctrina sobre esta temática podemos citar también a Cayuso, quien si bien considera que una única reelección no afecta fatalmente a la república, resulta fundamental la alternancia, y en este sentido expone que “la posibilidad de dos períodos consecutivos de cuatro años se adecúa sustantivamente al principio republicano según el cual lo esencial es el resguardo de la alternancia en el ejercicio del cargo con el propósito de evitar el ejercicio del poder a perpetuidad, creando riesgo cierto para el estado constitucional de derecho”.<sup>105</sup>

En un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1998, el Dr. Fayt tuvo oportunidad de reflejar su postura sobre este tema entendiendo que la periodicidad es igual a la renovación de los cargos al expresar que “las normas que vedan la reelección para cargos electivos no obedecen a una razón persecutoria y discriminatoria sino que tienden a preservar justamente el principio republicano en uno de sus aspectos esenciales, la periodicidad de la renovación de autoridades”.<sup>106</sup>

El maestro Spota era muy firme en su opinión al expresar que “la determinación de si la reelección afecta a los principios democráticos es una cuestión de ponderación en el caso concreto. Parece evidente que sí afecta a la democracia la reelección indefinida e ilimitada; pues se trata de la contradicción antirrepublicana que significa la reelección continuada a la que se refiere”.<sup>107</sup>

En un debate judicial donde un ciudadano planteó la inconstitucionalidad de la norma provincial de Río Negro que impedía su reelección por tercera vez, el tribunal electoral tuvo oportunidad de expedirse argumentando que “lo establecido en el art. 80 COM tiene como finalidad asegurar como principio fundamental del sistema republicano, la alternancia en la titularidad del poder, impidiendo que quien fue ya electo en dos períodos consecutivos, pueda volver a postularse por tercera vez, sin aguardar el transcurso de un período de gobierno (...) Nótese que la operatividad de la limitación de elegibilidad del “reelecto”, no conculca como ya se ha visto más arriba el derecho de ser elegido, en tanto sólo impone una temporal y acotada espera, en aras a la alternancia en el poder y periodicidad en la renovación de autoridades como impronta de la democracia y del sistema republicano de gobierno”.<sup>108</sup>

Al describir Perez Guilhou las características del sistema republicano de gobierno en la Argentina, explica que la periodicidad en los cargos consiste en “la participación de todos en el poder mediante la limitación del tiempo en su ejercicio, facilitar la alternancia en las funciones, y por el otro, evitar el continuismo que puede llevar de hecho a una oligarquía abusiva”.<sup>109</sup>

## 2.2. Criterio constitucionalista histórico

La Constitución Nacional tuvo un fuerte basamento teórico en las ideas de Alberdi, como así también en la Constitución de los Estados Unidos.

Alberdi, al escribir las bases, sostenía la peligrosidad de permitir que un gobernante permaneciera un periodo prolongado en el poder. Es por ello que sostuvo la prohibición de la reelección del Presidente, salvo con el intervalo de un período. Esta prohibición la fundaba en una nota que decía lo siguiente:

*“Admitir la reelección, es extender a doce años el término de la presidencia. El presidente tiene siempre medios de hacerse reelegir, y rara vez deja de hacerlo. Toda reelección es agitada, porque lucha con prevenciones nacidas del primer periodo; y el mal de la agitación no compensa el interés del espíritu de lógica en la administración, que mas bien depende del ministro”.*<sup>110</sup>

<sup>104</sup> DALMAZZO, Omar Antonio, “Manual de derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada”, Instituto Nacional Browniano, 1998, p. 751.

<sup>105</sup> CAYUSO, Susana G., “Constitución de la Nación Argentina”, ed. La Ley, 2006, p. 302.

<sup>106</sup> CSJN, “Lascano, Jorge Héctor s/interpone acción de amparo” (Expte. N1 2991/98 CNE), fallo 2401/98, 6/4/98,

<sup>107</sup> <http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6-alejandra-perez-hualde>

<sup>108</sup> Tribunal Electoral de Justicia de la Provincia de Río Negro, Incidente de Impugnación de Candidatura en autos “Alianza Concertación para el Desarrollo s/ Sofisticación de Candidatos”, (expte. N° 222/1/TEP, año 2011 Puede verse en <http://www.loprincipal.com.ar/la-justicia-le-prohibe-a-ferreira-ir-por-su-re-reeleccion/>.

<sup>109</sup> PEREZ GUILHOU, Dardo, “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994”, ed. Depalma, 1995, p. 23.

<sup>110</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *ob. cit.*, p. 229.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la ley fundamental establecía que el presidente y vicepresidente duraban en sus cargos seis años y que no podían ser reelegidos sino con un intervalo de un periodo.

La fuente de esta disposición fue el Proyecto de Constitución de Alberdi. El autor expresaba que una reelección inmediata distorsionaba la esencia de un sistema republicano porque siempre un presidente dispondrá de los medios necesarios para obtener la reelección transformando un mandato de seis años en uno de doce. Posteriormente, Alberdi rectificó su pensamiento sosteniendo que, si tuviera que redactar nuevamente aquella cláusula, prohibiría de manera absoluta toda reelección, incluso después de haber transcurrido el intervalo de seis años, porque “toda reelección presidencial es una forma más o menos encubierta, es un ataque contra el principio republicano, cuya esencia consiste en la amovilidad periódica y continua del personal de gobierno”.<sup>111</sup>

Alberdi decía que la reelección “desnaturaliza el gobierno republicano, pues de algún modo introduce tácitamente algo de los gobiernos monárquicos, es decir, de la perpetuidad del poder en manos de un mismo gobernante. Admitir la reelección indefinida, es cambiar la forma de gobierno. Es una revolución sin ruido, hecha por la misma ley fundamental”.<sup>112</sup>

Por otro lado, la Constitución Nacional de los Estados Unidos permitía y permite actualmente la reelección de su presidente pero es tajante al prohibir a un presidente reelecto a poder postularse nuevamente, dando por concluida toda expectativa o aspiración al cargo presidencial una vez terminado su mandato. Esta disposición legal surge como base de una clara connotación teórico-constitucional de entender a la periodicidad en los cargos como la necesidad de alternancia en el ejercicio del poder.

Si nuestro constituyente estableció, en un principio, la imposibilidad de la reelección presidencial (solamente se podía ejercer el mandato por un periodo de seis años) fue por el hecho de que entendía que la perpetuidad en el cargo, aunque fuese avalado por la voluntad popular, afectaba el principio republicano de la periodicidad en los cargos. Los fundamentos se hallaban justamente en los pensamientos de Alberdi y en el modelo constitucional de los Estados Unidos.

Es decir, la idea republicana de gobierno que concibió nuestra Constitución Nacional consideraba como sinónimo de república a la alternancia en los cargos de gobierno, de lo contrario, si se permite la reelección sin posibilidad de alternancia, se estaría yendo en contra del criterio constitucional.

### 3. CONFLICTOS LEGALES

#### 3.1. PRIMER CONFLICTO: La reelección.

La alternancia en los cargos gubernamentales se encuentra íntimamente ligada con otro presupuesto básico republicano: la igualdad ante la ley.

Este principio republicano nace en un contexto histórico en el que los gobernantes gozaban de ciertos privilegios que el resto de la sociedad no, dándose una clara e injusta desigualdad social, como sucedía por ejemplo entre la plebe y la nobleza. Teniendo en vistas erradicar esta situación de desigualdad nuestra constitución recepta este principio republicano (por ejemplo, en su art. 16 al contemplar la eliminación de las prerrogativas de sangre, títulos de nobleza y disponer que todos los habitantes son iguales ante la ley). Sin embargo, como veremos, este principio republicano de igualdad entre el gobernante y el ciudadano común no se respeta.

Entre los tratados internacionales receptados por nuestro ordenamiento jurídico, el art. 25 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:... c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

<sup>111</sup> BADENI, Gregorio, ob. cit., p. 1664.

<sup>112</sup> <http://www.legislaturaneuquen.gov.ar/hln/Documentos/convencion/proyecto014.pdf>

Por su parte, art. 23 p. 1 c) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, dice: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:... c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” y “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Estos tratados internacionales vienen a ampliar este concepto de igualdad social estableciendo expresamente como principio constitucional en Argentina el acceso a los cargos de gobierno en igualdad de condiciones.

Hay quienes sustentan que la prohibición legal de permitir a un gobernante su reelección atenta contra su derecho a acceder a un cargo político. No comparto en absoluto esa postura, pues el régimen constitucional permite al ciudadano tener acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, y en las formas que el sistema jurídico delimita. El hecho de que un ciudadano hubiese podido ocupar un cargo público, ya satisface el requerimiento constitucional de acceso a los cargos públicos, y el hecho de que no pueda ser reelegido (si así lo dispusiese la ley electoral), respeta absolutamente las normas constitucionales toda vez que ningún ciudadano podrá ser reelegido en sus funciones gubernamentales, por lo que siendo ello una limitación impuesta a la totalidad de los habitantes, consiste en un trato igualitario para cualquier ciudadano, quienes tendrán la misma restricción.

Germán Bidart Campos, sostiene que “habrá que infundir en la conciencia valorativa de muchos sectores de nuestra sociedad la convicción de que las normas constitucionales que vedan o limitan reelecciones no lastiman ni el derecho a ser elegido de quienes no pueden serlo, ni el derecho a elegir de los que desearían la reelección, ni los derechos humanos emergentes de tratados internacionales, ni el poder electoral del pueblo que confiere legitimidad de origen a los gobernantes, ni la legalidad constitucional prohibitiva de discriminaciones arbitrarias, ni el derecho de los partidos políticos a proponer candidaturas”.<sup>113</sup>

El mismo autor continúa expresando que “el test de razonabilidad aplicado a la no reelección rinde su resultado cuando, con evidente pragmatismo, nos demuestra que hay razones objetivas para sostener que el desempeño actual de un cargo de origen electivo cabe holgadamente entre las causales admisibles de restricción al derecho de ser elegido”... y *–sigue–* “cuando cada derecho interno regula el caso de las reelecciones vedadas, hay de por medio razones institucionales que, con objetividad e imparcialidad no están dirigidas a privar arbitrariamente del derecho electoral pasivo a quienes no pueden volver a un cargo ya desempeñado anteriormente, de modo análogo a como asimismo son razones institucionales las que, con espacio posible de alternativa, llevan a adjudicar a los partidos el monopolio de las candidaturas con exclusión de las candidaturas independientes”.<sup>114</sup>

Considero que sí se configura una desigualdad en el acceso a los cargos públicos de gobierno si se permite la reelección. Ello en virtud de quien detenta el poder se encuentra en una natural situación de superioridad por sobre el resto de los postulantes, cuenta con todo un poderoso aparato estatal que lo respalda, cuenta con fondos públicos de publicidad oficial y el manejo de información pública que lo dotan de notorias ventajas sobre el resto de los aspirantes. Ello claramente es violatorio del derecho al acceso en igualdad de condiciones previsto por nuestra constitución y tratados internacionales.

Continuando con este fundamento, advierte el profesor Leonardelli en la Convención Constituyente de la provincia de San Juan de 1986 que: “sin lugar a dudas, nosotros nos preguntamos si resulta gravitante en una provincia el Poder Administrador en un resultado electoral; si el titular del Ejecutivo que gestiona su reelección cuenta con medios de presión suficientes para volcar al pueblo ciudadano, e imponer su resultado. Si en un momento de crisis en que la Administración se convierte en una agencia para compensar el desempleo y se burocratiza enormemente la Administración, evidentemente que el titular del Poder Ejecutivo tiene una gravitación decisiva en el pronunciamiento de fuertes franjas del electorado. Es, entonces, donde surgen las aprehensiones y los debates a este principio de la reelección. Evidentemente, que acá no es una cuestión adversa de fondo, no se la vincula a ningún principio republicano de

<sup>113</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “La reelección de los gobernadores, la organización del Poder, el federalismo, los derechos humanos, el derecho provincial”, en revista “El Derecho”, tomo 160, p. 133.

<sup>114</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., “Dos aspectos del derecho electoral: activo y pasivo”, en Revista del Tribunal Federal Electoral de México, VO. V, nº 8, 1996.

la periodicidad y de la votación, sino que lo que está en juego es impedir prácticas políticas non sanctas, los tejes y manejes de los gobernadores o la sentencia palaciega que afecta la pureza del pronunciamiento popular”.<sup>115</sup>

La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que: “resulta claro que la introducción de la segunda reelección afecta la igualdad en la contienda electoral por la Presidencia de la República, puesto que el incremento progresivo de períodos presidenciales puede conducir a que un líder se auto perpetúe en el poder y potencialmente fortalece un círculo vicioso mediante el cual se permitiría la consolidación de una sola persona en el poder”.<sup>116</sup>

Por las consideraciones que se exponen, explica Pérez Hualdo que “Resulta claro y evidente que, entonces, cada vez que se habilita la posibilidad de reelección se sacrifica la igualdad de los competidores en beneficio notorio de quien pretende ser reelecto”.<sup>117</sup>

Explicaba Pérez Guilhou que “en los sistemas políticos, en los que se suponen todos iguales es justo también que todos participen de él; y una imitación de esto es que los iguales se retiren por turno de sus funciones. Son palabras de Aristóteles que con tanta sabiduría reflexionó sobre la política. El principio de igualdad, a no ser que se crea en la aristocracia que hace irremplazables a los dirigentes, obliga a la periodicidad sin continuidad en el ejercicio del poder para permitir que otros iguales participen de él. Esa es la democracia ‘no totalitaria’ que considera a todos aptos para gobernar y además impide los abusos del continuismo”.<sup>118</sup>

Concluye Pérez Hualde alegando que “por esta razón, la misma igualdad que sustenta el valor del voto de cada ciudadano en el régimen democrático es la que sustenta la igualdad de aspiraciones al desempeño del cargo electivo y para que esa igualdad se realice efectivamente los mandatos deben ser cortos y debe evitarse la reiteración del que ya desempeñó la función”.<sup>119</sup>

Es que el gobernante que pretende la reelección cuenta con mayores elementos para lograr su cometido. Mientras por el otro lado tenemos en la mayoría de los casos ciudadanos comunes, representantes de partidos políticos pequeños que no cuentan con el espacio mediático comunicacional, el financiamiento y las herramientas para hacerse notar frente a un partido oficialista que pretende la reelección, el cual duplica o triplica los fondos de financiamiento de campaña en comparación con partidos de estructuras más pequeñas.

El dato empírico es claro y demuestra lo que se expone: desde el año 1983 hasta el año 2013, se celebraron 187 elecciones a gobernador. Los partidos de gobierno ganaron en el 78% de los casos y los gobernadores que intentaron ser reelegidos tuvieron un 90% de efectividad. En 2011, los oficialismos ganaron en 20 de los 22 distritos que eligieron gobernador.<sup>120</sup>

En síntesis, a través de este acápite dejamos en claro nuestra postura respecto a que la reelección en los cargos de gobierno trae aparejada una clara violación a derechos constitucionales como la igualdad ante la ley, afectando el sistema republicano de gobierno.

## 3.2. SEGUNDO CONFLICTO: LA REELECCIÓN INDEFINIDA.

### 3.2.1. La recepción provincial

Si bien la reelección indefinida no está contemplada en nuestra Constitución Nacional, por alterar gravemente derechos tutelados, lo cierto es que en varias provincias de la República Argentina esta práctica

<sup>115</sup> <http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6-alejandro-perez-hualde>

<sup>116</sup> Citado por PEREZ HUALDE, Alejandro, “Las reelecciones y su límite”,

<http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6-alejandro-perez-hualde>

<sup>117</sup> PEREZ HUALDE, Alejandro, “Las reelecciones y su límite”,

<http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6->

<sup>118</sup> Citado en Revista Peruana de Derecho Público, 25/2012, ed. Grijley, año 13, n° 25, julio-diciembre de 2012, p. 90.

<sup>119</sup> <http://www.justiciaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6-alejandro-perez-hualde>

<sup>120</sup> [http://www.clarin.com/opinion/re-reeleccion-paso-democracia\\_0\\_933506734.html](http://www.clarin.com/opinion/re-reeleccion-paso-democracia_0_933506734.html)

está permitida, no dando a lugar a alternancias en el ejercicio del poder, por lo que cabe preguntarse si es ello un ejercicio legítimo.

### 3.2.1.1. El federalismo y la autonomía de las provincias.

La Constitución Nacional original se sanciona sobre la base al otorgamiento a la Nación Argentina de un poder derivado de las provincias, estados preexistentes a la conformación de nuestro país. Por ello, nuestro sistema es federal, permitiendo cierta autonomía a las provincias, sin que el poder federal pueda entrometerse o intervenirlas.

El artículo 5 constituye, junto con el art. 31 de la Constitución Nacional, una expresión del principio de supremacía del derecho federal, pues subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del denominado bloque de constitucionalidad, en general, y a los principios que aquella norma impone especialmente. Al mismo tiempo garantiza la autonomía provincial y su poder constituyente derivado.<sup>121</sup>

### 3.2.1.2. El límite a la autonomía.

Las provincias cuentan con autonomía de gobierno, con la facultad de dictar sus propias normas, y ello es consecuencia del entendimiento de que las provincias son preexistentes a la Nación y que son ellas las que delegaron el poder. Sin embargo, esta libertad de autorregulación que tienen las provincias no es absoluto, y encuentran sus límites en la propia Constitución

Sostiene Gelli que “las provincias dictan sus constituciones que ya no están sujetas a la revisión política por parte del Congreso Federal, pero sí al control de constitucionalidad de la Corte Suprema y a la eventual intervención federal para restablecer la forma republicana de gobierno”.<sup>122</sup>

El art. 5 de la CN establece que “cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”. Es decir, que el poder nacional es competente frente a situaciones provinciales en las que se viole el sistema representativo y republicano de gobierno establecido por la Constitución Nacional

Tal como sostuvo la Corte Suprema, la Constitución Nacional garantiza a cada provincia – cumpliendo éstas las obligaciones impuestas por el art. 5º- el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades, sin intervención del gobierno federal. En otros términos, los entes locales diseñan sus poderes y el acceso a ellos por parte de los ciudadanos, según sus particulares opciones, **respetando siempre el sistema representativo republicano**.

En un famoso fallo que intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo conflicto radicaba en el cuestionamiento de una norma constitucional de la provincia de Catamarca que establecía impedimentos para postularse a un cargo político, sostuvieron en ese entonces los magistrados del máximo tribunal que “la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 5º y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 1 y 5) y encomienda a esta Corte el asegurarla (art. 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804)”. Concluye el tribunal que el planteo no ponía en pie de discusión el respeto a la forma republicana de gobierno al entender que “en el caso, no se advierte que la previsión contenida en la norma que se impugna haga a la esencia de la forma republicana de gobierno”.<sup>123</sup>

Explica Gelli que “el sistema de gobierno que estructuran las provincias debe ser representativo y republicano”.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> GELLI, María Angélica, *ob. cit.*, p. 47.

<sup>122</sup> GELLI, María Angélica, *ob. cit.*, p. 47-48.

<sup>123</sup> CSJN, “Partido Justicialista Distrito Electoral de Catamarca c/ Provincia de Catamarca”, 18-2-2003, La Ley, 2003, B-487.

<sup>124</sup> GELLI, María Angélica, *ob. cit.*, p. 49.

### 3.2.1.3. Análisis empírico.

Actualmente, provincias como Santa Cruz, La Pampa, Catamarca o Formosa prevén en sus constituciones la posibilidad de la reelección indefinida, permitiéndose de esta manera feudos liderados siempre por la misma persona.

Por ejemplo, en la Provincia de Formosa, el gobernador se encuentra ejerciendo el poder desde el año 1995, es decir, hace 20 años que ejerce el poder de manera ininterrumpida. Por lo que cabe preguntarse si es ello adecuado a un estado republicano de gobierno o atenta contra sus principios.

### 3.2.1.4 Síntesis

La reelección en sí impacta sensiblemente sobre principios básicos del sistema republicano de gobierno, asimismo, este problema se acentúa en casos de *reelección indefinida*, al permitirse -mediante esta permisión democrática- que el gobernante se pueda convertir en una figura eterna, generándose concentraciones de poder al mejor estilo monárquico, agrandando poderosamente la figura del presidente o gobernante acentuando aún más el hiperpresidencialismo argentino.

Cada provincia argentina tiene su propia autonomía, tiene la capacidad de dictar sus propias normas y regular su propio gobierno, sin embargo, esta autonomía funcional encuentra sus límites en la república (art. 5 CN). Este tipo de regímenes provinciales atentan directamente contra el sistema republicano por el que vela nuestra Constitución Nacional en virtud de que la reelección indefinida afecta directamente contra la idea republicana de la periodicidad en los cargos e igualdad ante la ley.

## 4. CONCLUSIONES.

La concepción de república acarrea consigo la idea de la periodicidad en los cargos. El constituyente al sancionar la primer Constitución Nacional se basó en las ideas de Alberdi y en la Constitución de los Estados Unidos, los cuales entendían que era fundamental la alternancia en los cargos de gobierno si se pretende vivir en un Estado Republicano de Gobierno.

Así, la Constitución Nacional en un principio establecía un período único de mandato presidencial por el período de seis años. En el año 1994 se redujo el período de mandato por el plazo de 4 años pero se permitió la reelección de la figura presidencial, lo que trajo serios cuestionamientos por parte de la doctrina nacional.

Se ha explicado cómo afecta al sistema republicano la simple reelección de un líder del Poder Ejecutivo, atento a que cuenta con herramientas estatales mucho mayores (propaganda oficial, financiamiento estatal, información estatal, etc.) que lo ponen en un escalón mucho más alto que los demás ciudadanos que quieren formar parte del cargo público de gobierno, afectándose de esta manera el principio de igualdad ante la ley al distorsionarse su derecho a acceder a cargos de gobierno en igualdad de condiciones previsto por los tratados internacionales de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

Asimismo, dejamos en claro nuestra postura respecto a que la reelección indefinida en los cargos de gobierno –hoy en día un fenómeno provincial– trae aparejada una clara violación a derechos constitucionales, afectando el sistema republicano de gobierno al convertirse muchas veces en cargos ilimitados generándose una perpetuación en el poder (lo que se asemeja más a las usanzas monárquicas que a la idea republicana de gobierno), agrandando poderosamente la figura del presidente o gobernante acentuando aún más el hiperpresidencialismo argentino.

Tal como lo previera *Juan Bautista Alberdi, cuando hay posibilidad de reelección, el presidente “rara vez deja de hacerlo”*.<sup>125</sup>

<sup>125</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *ob. cit.*, p. 233.

Por último, y a modo de conclusión, merece un espacio el criterio de Montes de Oca sobre este tema, quien al disentir sobre las reelecciones fundamenta claramente su posición: “Mientras el interés personal del presidente encuentre en los códigos políticos un resquicio; mientras el atractivo encefaleador del mando no se destruya con un terminante non possumus; mientras la reelección no sea vedada in totum, la libertad del sufragio será una quimera que no podrá resistir a los embates de las ambiciones”.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> MONTES DE OCA, Manuel A., “Lecciones de Derecho Constitucional”, ed. La Buenos Aires, 1903, p. 315.

## CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES FINALES

### 1. BREVE REPASO

#### 1.1. El ideal republicano

La república es una forma de gobierno fundamentada en la división de poderes, controles recíprocos, igualdad ante la ley, periodicidad en los cargos de gobierno, responsabilidad de los gobernantes y publicidad de los actos de gobierno, entre sus características más importantes.

Estas particularidades que hacen a un sistema republicano no se encuentran solamente implícitos en el art. 1 del texto constitucional, sino que fueron receptados expresamente, y en su totalidad en el texto constitucional a través de diferentes artículos.

Sin embargo, estos ideales republicanos se ven vulnerados hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico, el cual presenta falencias, lagunas y laxitud frente a un Poder Ejecutivo superpoderoso que no encuentra límites, haciendo de la república un concepto ilusorio.

#### 1.2 El conflicto en la división de funciones.

Así, hemos comenzado el trabajo demostrando que la clásica división de funciones entre cada poder del estado (legislativas, ejecutivas y judiciales) se ve vulnerada cuando el Poder Ejecutivo dicta normas con fuerza de ley que cobran plena vigencia y validez, aún sin participación del Poder Legislativo, como son los decretos de necesidad y urgencia, yendo en contra de preceptos constitucionales que lo prohíben expresamente. Asimismo, el Poder Ejecutivo gana aún más injerencia sobre facultades legislativas al regularse expresamente en la última reforma constitucional la delegación legislativa, en la cual el propio Congreso puede llegar a transferir al Poder Ejecutivo materias que son de exclusiva competencia Legislativa, pero a través de la justificación de esta figura legal, como por ejemplo, la delegación legislativa en materia de presupuestos (ver punto 7, Cap. 2). Por lo que la división de funciones entre el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, pareciera verse distorsionada.

#### 1.3 El conflicto en la división de poderes.

Se ha hecho una severa crítica a la división de poderes si el gobernante de turno cuenta con mayorías parlamentarias en las dos Cámaras de su propio partido político. Cuestionamos si efectivamente no se da un fenómeno de concentración de poder, en manos de un mismo grupo de poder, y además, si hay independencia del Poder Legislativo en la toma de decisiones, si la mayoría de los legisladores responden al partido político liderado por el gobernante de turno.

#### 1.4. El conflicto de los sistemas de control.

Se ha cuestionado el sistema de pesos y contrapesos, las funciones de control, fundamentalmente sobre el Poder Ejecutivo, atento a que se trata del órgano más preponderante por tratarse de un sistema presidencialista de gobierno. Sin embargo, se pone en cuestionamiento la efectividad de organismos de control como son el propio Poder Legislativo, la Comisión Bicameral Permanente y la Auditoría General de la Nación, si en su composición están integrados en su mayoría por legisladores que pertenecen al mismo partido político del gobierno de turno. Se da una situación de autocontrol, es el propio partido el que se controla, es la propia mayoría la que gobierna y también la que se controla a sí misma, afectando notoriamente la participación de las minorías en el desenvolvimiento gubernamental y de control.

#### 1.5 El conflicto de la periodicidad en los cargos y la igualdad ante la ley.

Se ha puesto en cuestionamiento la reelección presidencial y/o gubernamental por considerar que el gobernante de turno que pretende su segundo mandato cuenta con todo un aparato estatal que lo

respalda, cuenta con mayor financiamiento, propaganda oficial, mayor repercusión y espacio en los medios de comunicación en general, mayor acceso a información sensible a través del Estado, y demás cuestiones que hacen en una campaña electoral que el gobernante de turno cuente ampliamente con mayores oportunidades que el resto de los ciudadanos comunes para adquirir el cargo público. Se da de esta manera una situación de notoria desigualdad, pues el gobernante que pretende la reelección ya se encuentra instalado en el poder, y por lo tanto corre con una ventaja superior, al resto de los ciudadanos, siendo esto violatorio de tratados internacionales adheridos por nuestra Constitución, y fundamentalmente, resultando antagónico al principio republicano de igualdad ante la ley.

Asimismo, se ha cuestionado las prácticas de las reelecciones indefinidas, que actualmente son un fenómeno provincial que afecta el propósito republicano de gobierno propugnado por nuestra Constitución Nacional. La ida de fondo de la periodicidad en los cargos no significa solamente poner límites temporales al mandato gubernamental, sino que más aún, requiere la alternancia en los cargos de gobierno. El hecho de permitir reelecciones indefinidas, no solamente pone en un escalón mayor al gobernante cuya reelección pretende, frente a los ciudadanos comunes, sino que también se puede terminar dando el fenómeno de la perpetuidad en el poder, gobernantes que bajo el lema de que “la democracia lo justifica”, pueden llegar a permanecer en cargos durante términos eternos. Ello resulta contrario a este ideal republicano que pregona una lucha contra la limitación en los cargos de gobierno como una clara oposición a la instalación vitalicia de gobernantes de la nobleza.

## **2. CONCLUSIÓN FINAL: DEMOCRACIA VS. REPÚBLICA**

Una análisis profundo de los problemas desarrollados en el presente trabajo nos demuestra que en el fondo de la cuestión hay una puja entre lo que es la democracia y la república.

No debe confundirse democracia con república, no son sinónimos, pero pueden convivir. El primero consiste en el gobierno del pueblo (o más bien gobierno de las mayorías) y el segundo en el gobierno de la ley. Tan solo basta con que el pueblo gobierne dentro del marco de las leyes para que democracia y república puedan afianzarse sin entrometerse uno por sobre el otro.

La democracia se convierte en una especie de justificativo para el avasallamiento de los fundamentos republicanos. Si los actos de gobierno están avalados por la mayoría, ello permite que se corrompa el sistema republicano, pues estaría avalado por la mayoría del pueblo. Así, si el jefe de gobierno es a su vez jefe del partido político, el cual a su vez cuenta con una amplísima mayoría en el Poder Legislativo que responde a sus intereses, y si además, los organismos destinados al control de los actos de gobierno están compuestos en su mayoría por este mismo partido, y si se permite la reelección, y más aún, si la misma es indefinida, todo estará justificado, pues es la voluntad del pueblo la que así lo desea.

Cabe preguntarse entonces si la democracia es fundamento válido de avasallamiento de instituciones e ideales constitucionales o si el contrario se debe limitar esa voluntad mediante el imperio de la república y sus instituciones, con la finalidad de proteger al soberano de si mismo.

Esta justificación democrática afecta los más íntimos valores republicanos de gobierno, dispuestos por nuestra ley suprema, los cuales se ven desfigurados y corrompidos, perdiendo así la República Argentina su identidad republicana, tornándose su nombre un mero formalismo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 2º ed., EDUDEBA, Buenos Aires, 1984.
- BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. I, ed. La Ley, 2º ed., 2006
- BALBIN, Carlos F., “*Manual de Derecho Administrativo*”, 1º ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La reelección de los gobernadores, la organización del Poder, el federalismo, los derechos humanos, el derecho provincial”, en revista “El Derecho”, tomo 160.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Teoría del Estado. Los temas de la ciencia política” Ediar, Buenos Aires, 1991.
- BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T I-A, 1999-2000, EDIAR.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Dos aspectos del derecho electoral: activo y pasivo”, en Revista del Tribunal Federal Electoral de México, VO. V, nº 8, 1996.
- BIELSA, Rafael – GRAÑA, Eduardo, “Justicia y Estado”, ed. Ciudad Argentina, 1996
- BIELSA, Rafael, “El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo”, en “Anuario del Instituto de Derecho Público”, Rosario, t. 3, mayo 1939.
- CAYUSO, Susana G., “Constitución de la Nación Argentina”, ed. La Ley, 2006.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, “Manual de Derecho Constitucional”, ed. Abeledo Perrot, 2009.
- DALMAZZO, Omar Antonio, “Manual de derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada”, Instituto Nacional Browniano, 1998.
- DI PIETRO, Alfredo, “Derecho Privado Romano”, 2º ed. Depalma, 1999.
- DROMI, Roberto, “*Derecho Administrativo*”, 12º ed., act. – Buenos Aires- Madrid- México, Ciudad Argentina- Hispania Libros, 2009.
- FAYT, Carlos, “Derecho Político”, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- FERNANDEZ MADERO, Nicolás, “El verdadero alcance del art. 31 de la Ley 19.550 en las Sociedades “Holding”; para La Ley. Publicado en IMP 2003-A, 1359.
- GARCIA VENTURINI, Jorge L., “Politeia”, ed. Troquel, 1980.
- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, ed. La Ley, 2006.
- GOLDSCHMITH, Werner, “Derecho Internacional Privado”, ed. Abeledo Perrot, 2009.
- GRAÑA, Eduardo R. – ÁLVAREZ, Cèsar, “Introducción al Estudio del Estado”, ed. Ad-Hoc, 2008
- JELLINEK, Georg, “Teoría General del Estado”, Oxford University Press, México, 1999.
- KELSEN, Hans, “Teoría general del derecho y del Estado”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- LONIGRO, Félix, V., “Derecho Constitucional”, ed. Cathedra Jurídica, 2011.

- MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", T. I., Editores del Puerto SRL, 2004.
- MONTES DE OCA, Manuel A., "Lecciones de Derecho Constitucional", ed. La Buenos Aires, 1903.
- PEREZ GUILHOU, Dardo, "Derecho Constitucional de la Reforma de 1994", ed. Depalma, 1995.
- ROSS, Alf, "Sobre la justicia y el derecho", Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- SCHMITT, Carl, "Teoría de la Constitución", Editora Nacional, México, 1970.
- TORRES MOLINA, Ramón, "Absolutismo Presidencial", ed. EDIAR, Buenos Aires, 2001
- TORRES MOLINA, Ramón, "El ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo", ed. La Ley, 1997.

### SITIOS DE CONSULTA WEB

- <http://www.gomezdiez.com.ar/files/seminarios/fedpol.pdf>
- <http://agorafec.blogspot.com.ar/2013/01/apuntes-de-filosofia-locke-nocion-i.html>
- [http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke\\_fil\\_pol.htm](http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke_fil_pol.htm)
- <http://www.erroreshistoricos.com/curiosidades-historicas/la-primera-vez-en-la-historia/1350-la-primera-republica-de-la-historia.html>
- <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i>
- [http://issuu.com/la\\_hora/docs/judicial260112](http://issuu.com/la_hora/docs/judicial260112)
- [http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke\\_fil\\_pol.htm](http://www.webdianoia.com/moderna/locke/locke_fil_pol.htm)
- [http://es.wikipedia.org/wiki/Decreto\\_de\\_necesidad\\_y\\_urgencia](http://es.wikipedia.org/wiki/Decreto_de_necesidad_y_urgencia)
- <http://www.bajandolineas.com.ar/2014/01/degenerada-argentina-1983-2014/>
- <http://www.lanacion.com.ar/820121-kirchner-firmo-mas-decretos-que-leyes>
- [http://fido.palermo.edu/servicios\\_dyc/blog/docentes/detalle\\_tp.php?id\\_docente=5499&id\\_blog=6430](http://fido.palermo.edu/servicios_dyc/blog/docentes/detalle_tp.php?id_docente=5499&id_blog=6430)
- [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)
- [www.revinciapolitica.com.ar/num19art4.php#\\_ftn14](http://www.revinciapolitica.com.ar/num19art4.php#_ftn14)
- <http://www.revinciapolitica.com.ar/num9art7.php>
- <http://www.nuevamayoria.com>
- [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVII.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf)
- [www.revinciapolitica.com.ar/](http://www.revinciapolitica.com.ar/)
- <http://www.ucr.org.ar/data/material/El-control-publico-en-Argentina---sintesis.pdf>
- <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6-alejandro-perez-hualde>

- 
- <http://www.loprincipal.com.ar/la-justicia-le-prohibe-a-ferreira-ir-por-su-re-reeleccion/>.
  - <http://www.legislaturaneuquen.gov.ar/hln/Documentos/convencion/proyecto014.pdf>
  - <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-6>
  - [http://www.clarin.com/opinion/re-reeleccion-paso-democracia\\_0\\_933506734.html](http://www.clarin.com/opinion/re-reeleccion-paso-democracia_0_933506734.html)