

CRISIS DE LAS POTESTADES DEL CONGRESO. A PROPÓSITO DE ALGUNAS PATOLOGÍAS DEL SISTEMA DE GOBIERNO PRESIDENCIALISTA ARGENTINO

Raúl Gustavo FERREYRA

SUMARIO: I. *Planteo*. II. *Primera parte: Dogmática general. Orden constitucional y rol del Congreso*. III. *Segunda parte: Dogmática especial o tópica. Congreso argentino: ¿teatro de la democracia política de la modernidad?* IV. *Balance: peligro y oportunidad*. V. *Post scriptum: el presidente ataca; el Congreso menos que un buzón de la actividad presidencial*.

I. PLANTEO

Por un lado, este trabajo posee características similares a las de un informe clínico; por otro, es ponderación de un clima institucional, el argentino, llamando la atención sobre un aspecto de la fisiología actual del régimen presidencialista: los problemas que exhiben las potestades del Congreso. Conjeturo que habida cuenta de la estrechísima vinculación existente entre el significado de la Constitución y las tareas del Congreso, una vida parlamentaria sana, robusta, plural y decidida puede funcionar como una paradigmática garantía, política y jurídica, que efectivice las normaciones prescriptivas del ordenamiento constitucional. Tratado, además, de establecer conexiones entre tal significado con el sentido de dos prohibiciones que ha añadido al texto constitucional argentino la reforma de 1994: la de la delegación legislativa al Congreso y la de emisión de actos de naturaleza legislativa al Poder Ejecutivo; intentando desentrañar cuál es el papel de la prohibición y qué roles efectivos vienen implicando, en la práctica reciente, las respectivas excepciones.

En la primera parte se examinan con brevedad definiciones teóricas, puramente estructurales de Constitución¹ y garantías, haciendo hincapie en el papel del Congreso para la configuración y protección de las prescripciones constitucionales. Estas definiciones no están estipuladas con referencia a un ordenamiento constitucional positivo concreto, sino que pertenecen al ámbito de la teoría general del derecho constitucional. La segunda parte se halla destinada a una teoría tópica, es decir que aplicando categorías básicas de la teoría general se analizan y ponderan los principios constitucionales que configuran, de modo sobresaliente, las potestades del Congreso argentino, entregando un sesgo de su significado actual.²

II. PRIMERA PARTE: DOGMÁTICA GENERAL ORDEN CONSTITUCIONAL Y ROL DEL CONGRESO

1. *Notas definitorias de Constitución y garantías*³

Los principios y reglas constitucionales son el núcleo que sustenta al ordenamiento jurídico del Estado. La noción de “Constitución jurídica” descansa en reconocer que sus finalidades esenciales consisten en: a) proteger y satisfacer los derechos de libertad, los sociales y los de tercera generación; b) estipular los procedimientos que aseguren un ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado. Dado que la Constitución programa las formas y procedimientos para la elaboración y ulterior legitimación de toda producción jurídica subconstitucional puede advertirse que, en cierta medida, las normas que componen esta última reciben o encuentran en la Constitución la garantía para su validación formal y material. Pero ¿quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y reglas estipulados por la Constitución? La Constitución es ley fundamental del ordenamiento, a condición de que su vulneración o quebrantamiento no sólo puedan ser considerados prácticas antinormativas, sino

¹ Véase Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

² Pese a que en rigor, las mayoría de la veces el camino es recíproco, dado que la teoría tópica es la que genera la posibilidad de nuevos hallazgos teóricos generalizantes.

³ Véase Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 100-155.

también ineficaces. En consecuencia, la fuerza normativa de la Constitución, es decir su verdadera eficacia, depende centralmente de la planificación de sus “propias” garantías.

Observo en las garantías, en un sentido muy lato, los medios o herramientas o principios para hacer efectivas las pautas del sistema constitucional, en cualquier circunstancia de modo, tiempo y lugar, frente a cualquier voluntad o fuerza, por poderosa o enérgica que sea y que intente afectarlo, lesionarlo, avasallar o transgredirlo. Por lo pronto, en el caso específico del orden constitucional, las garantías constituyen un elemento inescindible de los reconocimientos e imposiciones que tal orden formula. Tal intelección autoriza esta otra afirmación: la Constitución del Estado democrático valdrá lo que valga el efectivo desempeño de sus garantías. Ni más ni menos. Las garantías constitucionales son concebidas para reducir los márgenes de distancia entre prescripción y práctica constitucional; a veces lo logran, a veces no. En estos últimos casos, las patologías de las prácticas institucionales son capaces de obturar las pretensiones garantistas, restando por tanto vigencia a determinado fragmento del orden constitucional.

En forma bastante rudimentaria puede llegar a enunciarse la siguiente clasificación de las garantías constitucionales, desde el plano de la teoría general.

- 1) Garantías de la Constitución: son previstas para defender el sistema jurídico que ella organiza. Son garantías que la Constitución se confiere a sí misma para asegurar su jerarquía lógica y axiológica dentro del ordenamiento jurídico estatal. Estas garantías pueden ser, a su vez, apreciadas en un sentido amplio y en otro más estricto.
- A) Rotundamente, el primero de los sentidos evoca la idea de que la política debe ser constitucionalmente adecuada. Cabe consignar en el campo de dicha orientación los siguientes mecanismos institucionales:
 - a) La estricta separación/división, la razonable distribución y el prudente equilibrio de las funciones de los poderes del Estado.
 - b) La rigidez constitucional.

- c) El plan de emergencias básico del derecho constitucional del poder: la declaración del estado de sitio, intervenciones del gobierno central en el manejo de los poderes constituidos de las entidades federadas, incluyendo las fórmulas normativas que regulan la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intente interrumpir su vigencia, el derecho de resistencia de la ciudadanía contra la tiranía u opresión.
- d) Los principios que estipulan un ejercicio racional del poder del Estado, exigiendo un mínimo standard de razonabilidad en los actos u omisiones de funcionarios a cargo de los poderes del estado

A decir verdad, las enumeradas son verdaderas garantías políticas: es decir, procedimientos dispuestos para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre las determinaciones normativas y las prácticas reales emergentes de las relaciones de poder entre los órganos estatales que lo ejercen.

B) Las garantías de la Constitución, en sentido más estricto, se distinguen de las amplias o políticas en razón de que sus efectos son susceptibles de cálculo más aproximado o seguro; lo que no puede saberse de antemano es si van o no a ser reconocidas en casos particulares, si son suficientes o si, rigurosamente, están bien diseñadas. Tales garantías jurídicas tienen por objeto asegurar la eficacia del derecho; no existe certeza de que lo logren. Son presupuestos de carácter general para la actuación de los poderes del Estado; los controlan y limitan. Ubico en este campo:

- a) Las fórmulas normativas que aseguran la autoaplicabilidad y la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales.
- b) Las disposiciones que imponen y aseguran la intervención del Congreso para la configuración de las determinaciones generales del orden constitucional, tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que se refiere al contenido de la ley a crearse.

- c) La garantía jurisdiccional de la Constitución, mecanismo que también merece ser comprendido como garantía de los derechos constitucionales.
- d) La garantía que motoriza o se pone en evidencia por intermedio del control parlamentario.

Ambos grupos de garantías del derecho de la Constitución tienen en común que su destinatario no es la persona o grupos de personas, sino la comunidad política en conjunto que ha decidido regirse por determinado Pacto Constitucional; naturalmente, si procediere, aquéllas podrían invocarlas en provecho propio si conviniera a su(s) derecho(s) o intereses.

- 2) Garantías de los derechos constitucionales: son herramientas específicamente diseñadas para “garantir los derechos subjetivos”; es decir, cuando son estipuladas para la reparación o satisfacción de los derechos individuales, grupales o colectivos de las personas a los que el texto normativo constitucional confiere reconocimiento.
- 3) La garantía orgánica del defensor del pueblo.
- 4) La garantía internacional, implícita o explícita en el orden constitucional, que autoriza y reglamenta regiamente el acceso a los sistemas regionales o supranacionales de protección de los derechos fundamentales.

2. *Garantías de la Constitución y su nexa con las tareas del Congreso*

Después de haber pasado por el vestíbulo donde se describen las garantías constitucionales, se ingresa en la mansión misma donde residen tres de ellas. Su punto de conexión con la vida parlamentaria es más que obvio.

Los congresos se presentan como agencias polifuncionales del poder del Estado. La heterogénea gama de funciones que se les asigna, encuentra una explicación en el papel que los parlamentos o congresos deben cumplir en los procesos políticos como instrumentos del principio de la soberanía popular; intervienen, si bien en formas diferentes, en casi todos los estadios del proceso político gubernamental.

Tradicionalmente, a los parlamentos o congresos se les reconoce o ha reconocido el cumplimiento de un catálogo de funciones que con

arbitrio podrían ser compendiadas de la siguiente forma: *a)* representativas; *b)* legislativas: creación normativa de disposiciones de alcance general; *c)* de control; y *d)* preconstituyentes.⁴

Ahora bien, dichas tareas constitucionales guardan estrecha relación con cuatro garantías de la Constitución, tanto consideradas en sentido amplísimo como en un sentido más estricto, tal como se ha expuesto en la sección anterior. Observemos:

1. La tarea representativa del Congreso, en una forma muy importante, está desencadenada u originada por el principio que garantiza la división de poderes, entendida como garantía constitucional en sentido amplísimo.
2. La tarea legislativa encargada al Congreso encuentra sitio, lógicamente, en la garantía de reserva de ley; garantía que resulta encuadrable en el elenco de las garantías de la Constitución, en sentido estricto.
3. Las tareas de control parlamentario operan como verdaderas “garantías”, pero en sentido más restringido, para la defensa de la Constitución.

Es mi propósito analizar cómo estas tres tareas parlamentarias pueden conectarse directamente con tres garantías de la Constitución: *a)* la representación, con la garantía “política” de la división de poderes *ut infra* en la sección III; *b)* la legislación, con la garantía “jurídica” de la reserva de ley *ut infra* en la sección IV; y *c)* el control,⁵ con la garantía “jurídica” del control *ut infra* en la sección V.

Resta agregar que la tarea preconstituyente, y aun constituyente, son garantías en sentido amplísimo de la Constitución que de modo usual se atribuyen, total o parcialmente, a los parlamentos o congresos. Esta

4 Es cierto que además de las expuestas, el Congreso en el caso, el de la nación Argentina cumple las siguientes labores: *a)* educativas; *b)* protocolares; *c)* velar por la ética pública; *d)* establecer cargas y otorgar beneficios. No es que sean despreciadas, son actividades más concomitantes que definitorias. Por eso quedan fuera del relevamiento.

5 Asumiendo de antemano la profunda diferencia jurídica y política que separa a los sistemas presidencialista y parlamentario, en posteriores desarrollos, y sólo por una licencia del lenguaje, cuando me refiera al control parlamentario, lo haré como sinónimo de control a cargo del órgano legislativo o Congreso. Desde luego que el control parlamentario, del Congreso a cargo del Legislativo es casi siempre analizado mirando al sistema presidencialista, teniendo en este ámbito una naturaleza y alcance distinto, que es el que se percibe cuando es llevado a cabo en los sistemas de gobiernos con orientación parlamentaria.

garantía no será tratada en los desarrollos subsiguientes, circunstancia que de ningún modo opaca su enorme gravitación institucional; su completo y correcto examen institucional requiere un panorama más amplio que el que puede brindar su ligazón sólo con las tareas constitucionales del Congreso.

3. La garantía de la división de poderes, un reaseguro para la conservación de la Constitución

El paso del Estado absoluto al Estado burgués liberal no marca la separación de las funciones del Estado, sino la división de las funciones estatales, las que otrora estaban concentradas en el monarca: administración, legislación y jurisdicción. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es emblemático: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

La garantía política de la distribución de las funciones de los poderes constituidos estatales aunque pueda no responder de modo fidedigno a la idea de democracia en tanto ésta esté asociada, de modo indeleble, al gobierno del pueblo tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídico-normativas preestablecidas. La garantía apunta a impedir la concentración de los poderes. La garantía de la división de poderes, al menos en teoría, pone de manifiesto un principio novedoso en la vida y desenvolvimiento de las grandes comunidades humanas: que el fraccionamiento del poder del Estado era y sigue siendo un formidable escudo de protección para la libertad de los ciudadanos. De este axioma se derivará un teorema: “la distribución del poder genera la aparición de departamentos gubernativos distintos, a quienes se encarga la formación de la voluntad estatal”. Por ello, y en cierto sentido, se puede asegurar que el Estado burgués liberal desencadenó la idea de representatividad, a condición de que entendamos por representación que otro a quien en principio se puede elegir y cuyo mandato temporal no es en principio revocable tome las decisiones más convenientes para la tutela y el desarrollo de los intereses generales de la sociedad civil.

El desenvolvimiento del texto constitucional depende, en buena medida, del desarrollo que de él hagan los poderes constituidos. La tarea representativa del Congreso es corolario natural y lógico de la garantía de la división de poderes. Ha sido la técnica de la representación política la que posibilitó la existencia de los parlamentos y congresos. Debe quedar descartada por impracticable, la posibilidad de que los actuales Estados puedan imitar la democracia ateniense.⁶ El poder político, que reside en el pueblo, hace imposible adoptar decisiones colectivas de conjunto, todos los días o con frecuencia parecida, tal como exigiría, por ejemplo, una forma de gobierno como es la democracia directa o participativa plena o absoluta. Democracia representativa y participativa no sólo no son alternativas que se excluyen, sino que pertenecen al mismo género que la democracia constitucional. Pues bien, como dice Norberto Bobbio, las democracias representativas conocidas son democracias en las cuales, genéricamente, las deliberaciones colectivas, o sea las que afectan a toda la comunidad, no son tomadas directamente por todos aquellos que forman parte de la misma, sino por personas elegidas para tal propósito.⁷ Por su lado, la democracia directa o participativa se encuentra usualmente ligada a la inexistencia de intermediario, entre el individuo deliberante y la decisión adoptada que lo afecta o puede afectar.

El ámbito por excelencia para el desenvolvimiento de la democracia representativa es el Congreso. De las cuatro tareas de este órgano, la representativa tiene una función introductoria. Sobre ella se montan las demás actividades del Congreso y buena parte de sus características depende de sus modalidades de desenvolvimiento. El Congreso se encuentra diseñado constitucionalmente para cumplir su privilegiada fun-

⁶ Obsérvese que el Estado federal argentino produjo entre el 10 de diciembre de 1983 y el 31 de diciembre de 1997 cerca de 2,000 leyes. De haberse seguido el procedimiento de “democracia directa”, la ciudadanía debería haber concurrido al referéndum o consulta popular por cada una de las iniciativas, a razón de un sufragio en menos de tres días. Un verdadero desparate.

⁷ En este marco, se entiende por representante a una persona que goza de las siguientes características: a) tiene y goza de la confianza del cuerpo electoral; no es su delegado, motivo por el cual, una vez elegido, deja de ser responsable frente a sus propios electores, en nombre de quienes actúa, interpretando a discreción propia los intereses de los mismos; b) es llamado a tutelar los intereses generales de la sociedad, y no los intereses particulares de ésta o aquella categoría; de tal suerte su mandato no es revocable. Véase Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, pp. 53 y ss.

ción de vehículo y caja de resonancia de la representación y opinión popular, respectivamente. No creo estar demasiado equivocado si propongo que las actividades de las asambleas del Congreso o parlamentarias pueden ser abroqueladas en dos grandes grupos: por un lado, órganos asamblearios que se ocupan de incorporar en sus agendas de trabajo perimetradas y gobernadas por el orden constitucional el intento de cumplir con las plataformas que exhibieron ante el cuerpo electoral durante el proceso de selección y votación; y por otro lado aquellos que, sencillamente, o no lo hacen, o lo realizan en muy poca o nimia medida.

La idea de la representación es la que ha permitido justificar la intervención del pueblo en forma indirecta, desde luego en la construcción del orden jurídico estatal. Si la idea de soberanía individual es la regla regia que preside la posición del ciudadano en el Estado constitucional de derecho, el único correlato posible con igual postulado que sirva para justificar la autodeterminación política de la comunidad, es entendiendo que sólo es políticamente libre el individuo que puede participar en la creación —nimia medida— del orden jurídico al que se encuentra sujeto.⁸ Siendo inviable la democracia directa plena, la función de gobierno comunitario debe ser transferida por los ciudadanos, mediante libre, secreto y universal sufragio a órganos especiales: los poderes del Estado. Si la Constitución como voluntad del pueblo dispone fraccionar el poder para limitarlo y resguardar la libertad de todos y cada uno de los habitantes, deben ser los representantes, en su rol de delegados, los encargados de garantizar que el pacto se desarrolle. Todo indica que la ley debería ser la herramienta para llevar a cabo la tarea.

4. *La Ley del Congreso, garantía para la conservación y perfeccionamiento de las determinaciones del orden constitucional*

Desde el siglo XVIII en adelante, el contenido del término ley, en sentido amplio, puede ser identificado como consistente en el lenguaje prescriptivo que expresa la regimentación del uso-contenido de la fuerza de los poderes estatales.

⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1958. p. 337.

En el ámbito del orden constitucional el término ley tiene al menos dos significados. El más amplio abarca en su interior hasta la propia Constitución; la ley fundamental y las demás leyes y casi toda la producción jurídica estatal de alcance general, en ese orden, quedan atrapadas por esta orientación conceptual. El otro significado, el más riguroso, tiene a su vez dos subespecies: ley en sentido formal y ley en sentido material. La norma jurídica emitida por el Congreso, siguiendo las pautas procedimentales de la Constitución, es ley en sentido formal. La noción de ley en sentido material es apta para comprender en su seno tanto a las leyes del órgano congresista como a los actos normativos de carácter general producidos por la administración, como son, por ejemplo, los reglamentos. Así, de este último modo suele denominarse leyes a las disposiciones prescriptivas de carácter general, en cuyo caso una disposición del Congreso que genere una regla individual, como puede ser por ejemplo la que confiere una pensión a determinada persona, no participaría del carácter de ley en sentido material, pero sí en sentido formal.

En el campo de los regímenes presidencialistas se entiende que una de las funciones primordiales del Congreso es legislar, pero no la única. Germán Bidart Campos puntualiza que el proceso legislativo consta, habitualmente, de tres etapas: iniciativa, constitutiva y de eficacia.⁹ La primera etapa puede ser compartida por el órgano congresista con el Ejecutivo, y la tercera es exclusivo resorte del poder administrador, aunque excepcionalmente esta etapa puede quedar sometida a algún tipo de control por el cuerpo electoral. Sólo la segunda etapa la constitutiva es potestad exclusiva del Congreso, a condición de que “ley” en sentido formal se utilice para abarcar los productos normativos elaborados por el Congreso, cumpliendo con rigurosidad el procedimiento previsto constitucionalmente.

Si legislar significa estipular jurídicamente y por escrito un programa político de configuración, realización económica y de puntos de apoyo institucional, aquí entra a jugar un papel decisivo la actividad del Congreso, en razón de que a él le corresponde el desarrollo de las reglas de la Constitución. El significado que interesa relevar es el de ley, en su acepción de regla de derecho elaborada por el Congreso respecto de una materia propiamente constitucional. Es decir, lo que usualmente se denomina “ley” en sentido formal y material.

⁹ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 202.

Si ha de ser cierto que la democracia constitucional sólo puede ser concebida como pluralismo democrático, hacer descansar en el Congreso la producción legal sobre determinadas materias inscriptas en la Constitución, dado que él es el órgano que encarna la representación de todo el pueblo en razón de que el Ejecutivo presidencial sólo representa a la mayoría que, en el mejor de los casos, puede ser mayoría absoluta, significa reservar al órgano que contiene la representación de la pluralidad de opciones políticas, permitiendo que todas ellas participen de la elaboración de la norma. Además, esto significa, sobre todo, la reserva de un determinado tipo de procedimiento de producción normativa dotado de las características de contradicción, publicidad y libre deliberación que le son propias, y lo diferencian sustancialmente del procedimiento de elaboración normativa a cargo del Ejecutivo presidencialista y a cargo de empleados sin responsabilidad política, en muchos casos, sin más preocupación que el seguimiento de una hoja de ruta técnica que hace caso omiso de reclamos o padecimientos ciudadanos.¹⁰

El liderazgo constitucional del órgano Ejecutivo en la República presidencialista es un principio de naturaleza general que reconoce una importante excepción: la posición del Congreso para la emanación legislativa. A través del proceso de producción legal el Congreso debe cooperar con la autodirección política de la sociedad a la que sus miembros representan.

Si la existencia del derecho y del Estado sólo encuentra justificación en la tutela y satisfacción de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, libres e iguales en dignidad y derechos al nacer, y si el derecho constitucional expresa la conjunción o unión de reglas jurídicas de dos tipos, las que ordenan el reconocimiento a los derechos de los habitantes e imponen deberes y las que confieren potestades —y controles— a los órganos del poder que autorizan ulteriores configuraciones, se patentiza que es la superioridad de la representación democrática del Congreso sobre el Ejecutivo presidencial la que brinda un argumento más consistente para predicar que sea la representación parlamentaria la que lleve adelante la reglamentación de la zona periférica de los derechos fundamentales, en caso de que sea menester.

Atribuir al Congreso la reglamentación infraconstitucional de la zona periférica de los derechos fundamentales supone privilegiar, como dice

10 Cfr. Aragón, Raúl, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1998, p. 264.

Francisco Rubio Llorente, la superioridad democrática¹¹ del procedimiento de elaboración legal que utiliza la vía parlamentaria por sobre cualquier otra, pero en especial sobre la industria legal que a veces, y no pocas, pone en evidencia los poderes ejecutivos.

La superioridad no debe ser entendida en términos de preeminencia del Congreso sobre el resto de los otros órganos del gobierno, en particular del departamento Ejecutivo. Tampoco quiere decir que el Congreso es más democrático que otros órganos. Todos los órganos que componen un sistema democrático constitucional lo son. La expresión resalta que el camino de la elaboración legal en el Congreso es comparativamente más ventajoso que cualquier otro. Entonces, superioridad democrática es lo mismo que decir que el Congreso tiene una ventaja comparativa frente a cualquier otra institución para la configuración de la ley. El pluralismo democrático con todo lo que ello debe suponer, aunque muchas veces lamentablemente no lo hace, es decir investigación, inspección, debate, contradicción, publicidad, información, transparencia, argumentación, contraargumentación, etcétera, es el fundamental anclaje de la nota definitoria de la actividad legislativa del Congreso.

En la integración del Congreso se reflejan o deberían reflejarse todas las opciones políticas existentes en la sociedad, es decir oficialismo y oposición. El libre juego de las mayorías y las minorías, que sólo el Congreso es capaz de posibilitar mediante el debate, tiene entidad para poner al descubierto su inmejorable posición constitucional. La discusión pluralista que por naturaleza auspicia y permite el órgano, autoriza, en el plano de la formulación teórica, a decir que no sólo la opción mayoritaria tiene reales posibilidades de participar eficazmente en la tarea de elaboración legislativa. Sabido es que el fenómeno opuesto se da cuando el proceso de producción normativa queda sólo a cargo del Poder Ejecutivo. Si bien es cierto que muchas veces la decisión configuradora del producto legal se forja finalmente en la mayoría del Congreso, ello no quita relevancia al hecho de que a quienes se hayan opuesto o hayan querido hacerlo, se les garantizó o debiera haberseles garantizado constitucionalmente su derecho al debate público y libre, lo cual agrega un argumento adicional a la “justificación” de la “superioridad” democrática.

¹¹ Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 378.

tica del Congreso, delimitada por los parámetros de los cuales he venido hablando.

La discusión honesta, desinhibida, amplia, libre, plural, pública, vigorosa, es la contrastación que da fundamento a la afirmación teórica de que el Congreso es el órgano cuya “superioridad democrática” garantiza su inmejorable y por ello exclusivo posicionamiento para la reglamentación (de la zona periférica) de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución.

La evaluación del nexo “Constitución y Congreso” marca en la producción de la “ley” el dato culminante de esta vinculación jurídica; en la inteligencia y si es que es cierto de que la ley desarrolla el pacto constitucional. También puede ocurrir todo lo contrario: que la ley pueda quebrantar la Constitución; situación que, ante la inflación legislativa que se percibe hoy día, dista de ser una hipótesis infrecuente o impensable. Por eso, la ley puede desarrollar progresivamente o quebrar negativamente los principios y reglas de la Constitución. Cuando sostengo que la garantía legislativa a cargo del Congreso para el desarrollo de los derechos fundamentales es una garantía para la defensa del derecho de la Constitución, se está mirando el lado positivo del asunto, es decir, la posibilidad de que la ley profundice y perfeccione el marco normativo constitucional; el otro horizonte de proyección de la ley, conceptualizado como el regresivo, se pone de manifiesto cuando la ley transgrede o viola el pacto constitucional, tema que pertenece al campo de la garantía jurisdiccional en su rol de defensa del derecho de la Constitución.

A la tesis enunciada podría objetársele que observe un fuerte sesgo naturalista, en el sentido de que ella iría acompañada implícitamente del argumento de que si es un hecho de la naturaleza que lo semejante produzca lo semejante, es decir si las asambleas constituyentes elaboran las leyes fundamentales, sería natural que las asambleas constituidas configuren las determinaciones normativas que vienen implicadas por la Constitución. Puede añadirse otra objeción: que la tesis descansa en un argumento de autoridad reñido con la epistemología de esta contribución: si la voluntad del pueblo está fijada en la Constitución, su representación más fidedigna por ello residiría en el Congreso, que es el órgano que debe principalmente ponerla en marcha. No entraré a justificar ni a excepcionar tales conjeturas. Por eso, haciendo abstracción sólo por un instante de que la autodeterminación popular está contenida efectiva-

mente en el Pacto Constitucional, hay un argumento lógico que debe ser traído a colación.

Hay un axioma de la república presidencial y del pacto constitucional que la configura. Se trata del contenido mínimo de la concepción de la democracia que conlleve la respectiva caracterización de la forma de gobierno y de Estado. Así, si en una concepción mínima de democracia como regla de juego estamos dispuestos a entenderla: *a*) como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién(es) está(n) autorizado(s) a tomar las decisiones colectivas y con qué procedimientos; *b*) en cuanto se refiere a las modalidades de la decisión, la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o bien la regla sobre la base de la cual son consideradas decisiones colectivas, y por tanto vinculantes para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de aquellos a los que corresponde tomar la decisión; *c*) siendo requisito *sine qua non* que los que son llamados a decidir o a elegir a aquellos que deberán decidir, sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder optar entre una y otra, una aplicación rigurosa y coherente de tal regla no permitiría excepcionar la participación de la mayoría en la configuración legal de principales determinaciones constitucionales.¹²

La actividad del Congreso, en el caso de la configuración legal, consiste en la elaboración de la voluntad normativa del Estado, por intermedio de un órgano colegiado, elegido por el cuerpo electoral, sobre la base del derecho de sufragio universal, igual y obligatorio, por tanto democráticamente, según el principio de la mayoría.¹³ El principio de la mayoría presupone la existencia de una minoría, y por ello el derecho de la mayoría presupone el derecho de existencia de una minoría; es más: como bien se ha dicho, la primera regla de todo pacto constitucional no es que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir sobre todo, ni siquiera, por mayoría.¹⁴ El compromiso de la democracia significa posponer lo que separa, tratando de encontrar un punto de encuentro entre fuerzas políticas que expresan puntos de vista sobre intereses contradictorios, pero capaces de ser razonablemente consensa-

¹² Cfr. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 1994, pp. 21-23.

¹³ Cfr. Kelsen, Hans, *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 86.

¹⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 859.

dos. Todo el procedimiento de elaboración legal a cargo del Congreso debería servir como garantía para que todos los grupos parlamentarios pudieran manifestarse en el debate público.

Sintetizando. Es lógicamente imposible que la mayoría que encarna el presidente de la República sea superior a la totalidad de la base de representación que encarna el Congreso; al presidente lo votaron muchos, a veces, más de la mitad del cuerpo electoral; al Congreso lo vota todo el cuerpo electoral. Es lógicamente imposible ser mayoría y minoría al mismo tiempo porque ello es, sencillamente, contradictorio. Por eso, el presidente no debería legislar sobre materias que propiamente hagan a la configuración de las determinaciones constitucionales y cuya adjudicación exija publicidad y debate.

5. *El control del Congreso, tarea para la limitación del poder*

En la anatomía del proceso del poder, su limitación se visualiza como una de las principales tareas jurídicas de la Constitución. Las garantías que integran la noción de Constitución que se ha adoptado pretenden orquestar la efectividad de dicha limitación por intermedio también de los controles. Éstos pertenecen al género “garantías”, ya que precisamente su implementación correcta puede garantizar la limitación del poder.¹⁵ El control del Congreso pertenece al campo de las garantías de la Constitución véase secciones I y II, es decir reglamentaciones constitucionales que no están vinculadas a una vulneración real y concreta de un derecho fundamental.

Correctamente se ha señalado que la palabra control adolece en los idiomas castellano, francés e inglés de una considerable equivocidad, que autoriza todos los usos que de él se hacen. Elementos comunes a todas las acepciones son: a) la dualidad de sujetos; b) la existencia de una regla de actuación con la que puede ser contrastada la actuación sometida a control. Jorge Vanossi, con razón, viene sosteniendo desde hace un cuarto de siglo que la regla básica que domina a la relación entre el ejercicio del poder y su consiguiente control, debe ser: que a mayores atribuciones deben corresponder mayores controles, un refuerzo de las garantías y un perfeccionamiento de las responsabilidades; o dicho con otras palabras, que a todo acrecentamiento de la esfera del

15 Cfr. Aragón, Raúl, *Constitución y control del poder*, Argentina, 1995, p. 81.

poder estatal debe acompañar un vigorizamiento de los mecanismos de control.¹⁶

El control, *lato sensu*, no es una función exclusiva del órgano del Congreso. Comparte su ejercicio constitucional con los tribunales constitucionales o judiciales, las contralorías, las auditorías, los tribunales de cuentas, los defensores del pueblo, las procuradurías de derechos humanos, el Ministerio Público, entre otros. Asigno al concepto de control político a cargo del Congreso una significación amplia. Es posible definirlo como la potestad constitucional que tiene el órgano de comprobar, frenar o fiscalizar algunos actos del Ejecutivo, y excepcionalmente del Judicial, con la finalidad de garantizar la limitación de los poderes republicanos y de su zona de reserva.

Dicho de otro modo. En todo lo referente al control parlamentario, veo en él más una tarea constitucional de “comprobación-intervención-preponderancia” del Congreso que una labor “de limitación supraorgánica proveniente de una preferente posición de dominio”. Por supuesto, sin desconocer que en algunos casos el control del Congreso (*v. gr.*: la remoción del jefe de Gabinete, el juicio político, la insistencia legislativa del Congreso respecto de una ley vetada por el presidente), tiene en su composición más elementos provenientes de tareas de mando-dominio que de verificación.

El control del Congreso tiene aptitud para servir como garantía para la defensa del derecho de la Constitución, debido a que su correcta implementación es capaz de garantizar el fragmento del orden jurídico constitucional que el texto de la ley fundamental le asigna. Las técnicas por medio de las cuales se pone constitucionalmente en evidencia este control del Congreso, son de diversa naturaleza, encierran magnitudes diferentes y tienen distintos efectos. La nomenclatura de estos controles es descrita *ut infra* sección IX.

¹⁶ La tesis fue expuesta por Jorge Reinaldo Vanossi en *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, t. II, 1976. La cita se realiza por su obra *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp. 176 y 181.

III. SEGUNDA PARTE: DOGMÁTICA ESPECIAL O TÓPICA. CONGRESO ARGENTINO: ¿TEATRO DE LA DEMOCRACIA POLÍTICA DE LA MODERNIDAD?

1. Advertencia

Tal como se plantea *ut supra* sección I, este segmento agrupa algunas aplicaciones de la red garantista descrita en la primera parte. La silueta y contenido de las afirmaciones que subsiguen no puede apartarse del siguiente predicado: brindo un panorama descriptivo del rol del Congreso argentino en los últimos 18 años, en orden, exclusivamente, al funcionamiento de lo que considero debe ser su significación garantista del orden constitucional.

2. División de poderes. Radiografía de la representación parlamentaria

La Constitución federal de Argentina vigente, me refiero al programa normativo fundacional de 1853-1860, con las enmiendas de 1866, 1898, 1957 y 1994 lleva a cabo en su texto la división de las tareas de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos a quienes se les encarga el gobierno federal del Estado republicano (*cf.* Constitución argentina —en adelante arg.— artículos 1o., 22, 33, 44, 75, 94, 99, 108, 116 y 117). Es decir, la división del trabajo institucional es dibujada en el texto constitucional; probar su equilibrio y razonabilidad sobre todo luego de la reforma de 1994, que enfatiza las potestades del presidente es otra cosa.

El orden normativo constitucional no sólo distingue entre poder constituyente y poder constituido y la división o separación de funciones de los poderes estatales. También realiza la fragmentación entre Estado federal y provincias agregando a partir de 1994 a la ciudad de Buenos Aires, generando las distintas competencias de los órganos e instituciones federales (*cf.* arg. artículos 1o., 121, y 129).

En pocas palabras. En orden a la efectiva distribución de los poderes constituidos el sistema gubernamental es presidencialista; el liderazgo del departamento ejecutivo es indiscutido (*cf.* arg. artículos 87-107 de la Constitución). Y naturalmente, en orden al modo de acceso al desempeño de los poderes constituidos gubernamentales, la forma de gobierno

es republicana: se accede al ejercicio del poder estatal por vía de elección popular (*cf.* arg. artículo 1o. de la Constitución). La regla de juego del sistema es la democracia *cf.* arg. artículo 36, entendida ésta como conjunto de reglas de procedimiento universales basadas en el principio de la mayoría y respeto de la minoría como fuente de legalidad. A su vez, en su seno, el pilar del sistema es la democracia representativa, donde el pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución *cf.* arg. artículos 1o. y 22, 29, 87, 44 y 108 de la Constitución; aunque a partir de 1994 tienen carta de ciudadanía en la ley fundamental institutos de democracia participativa iniciativa popular legislativa, artículo 39, y consulta popular, artículo 40 que la práctica constitucional casi no utiliza y cuando se promueve, se le obstaculiza.

La lectura de los derechos subjetivos jurídicos indica que en Argentina todos los ciudadanos tienen la obligación de participar en tan débil medida que es casi una metáfora, desde luego en la conformación del orden jurídico al que están sometidos: el sufragio no es facultativo, pero es igual, secreto y universal (*cf.* artículo 36 de la Constitución).

Dice la Constitución que un Congreso compuesto por dos cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la nación. Los diputados representan al pueblo de las entidades autónomas y la capital federal. El Senado está integrado por 72 miembros que representan a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires (*cf.* artículos 44 y 54). Los diputados han sido siempre electos en forma directa; los senadores, a partir de 2001. Desde la recuperación de la democracia constitucional diciembre de 1983 ha habido diez turnos electorales para elegir representantes parlamentarios. En ninguno de los comicios por cómputo federal obtuvo el favor del electorado una fuerza política de entidad nacional que no fuera, según el caso, la formada por los representantes del partido justicialista o del partido radical; fuerzas éstas que compusieron diferentes alianzas electorales con otros partidos pero nunca entre ellas, dejando siempre en evidencia su primacía en la matriz de la representación.

Recientemente, en octubre de 2001, se llevó a cabo la elección de representantes para cubrir escaños en el Congreso. Extraigo las siguientes conclusiones.

Primero. Los 72 senadores fueron elegidos en forma directa por el cuerpo electoral. No hay más colegios electorales. También fue un hito histórico la elección de Diputados; por novena vez ininterrumpida los representantes fueron seleccionados por el cuerpo electoral. Si se prescinde del comicio mismo que declaró reinaugurada la vigencia de la democracia constitucional en octubre de 1983, nunca antes en Argentina la ciudadanía había podido participar nueve veces seguidas en comicios legislativos; quebrantamientos del orden constitucional, proscripciones o voto no universal impidieron tal concreción.

Segundo. La representación política legitimidad de ejercicio se encuentra en crisis. Es notoria la baja calificación que el elector-ciudadano aprecia en quien se ofrece para representarlo y cumplir un trascendental servicio público. Los datos provenientes de los resultados generales para senador son elocuentes: el 26% del cuerpo electoral incumplió con la obligación cívica no yendo a votar. De los ciudadanos que decidieron ir a las urnas, alrededor del 79% emitió un voto válido afirmativo; el 8% de la ciudadanía que concurrió a la convocatoria votó en blanco, batiendo todos los récords nacionales. Pero también un grupo numeroso de ciudadanos que fue a votar el 13% aproximadamente dispuso hacerlo a sabiendas de que su decisión cívica nunca sería válida, autoanulando de antemano el sufragio; periódicamente se le llamó el voto “bronca”.

La ficción de la representación política es la base del sistema democrático; no se conoce otra modalidad aún tan imperfecta y que opere tan restringidamente como ésta, capaz de motorizar la autodeterminación política comunitaria en libertad. Si la representación no funciona, el sistema se corroe rápidamente. Por eso se encuentran en el centro del análisis político y constitucional las calidades de la tareas institucionales que debe desempeñar el Congreso, no su naturaleza. Ningún demócrata serio duda que debe haber representantes parlamentarios; la duda y la queja electoral recaen sobre los servidores públicos, quienes muchas veces se muestran más propensos a colocar sus intereses fugaces por encima de los intereses republicanos.

No obstante, pareciera que todavía hay luz al final del túnel. Si bien la desilusión cívica es mayúscula, cabe computar que más de 14 millones de electores alrededor del 57 % del padrón electoral nacional, mayoría absoluta, por ahora decidió elegir representantes, cuyas propuestas de gobierno cubrían todas las posibilidades del espectro ideológico, yendo

de izquierda a derecha, de ideas más liberales a más conservadoras o socialistas. ¿Votaron positivamente mirando al futuro?

Tercero. Hay quienes frente a esta situación creen que el principal problema es el “alto costo de la representación política”. No estoy de acuerdo; no hay que atacar las consecuencias, hay que enfrentar las causas. No es el costo del servicio el origen de la patología. La verdadera etiología de la disfunción fisiológica como se verá más adelante es la licuación y debilitamiento de los roles del Congreso: la legislación y el control. Si las propiedades de los productos que entregaran los congresistas fueran óptimas, sirviendo para consolidar o aumentar la calidad de vida ciudadana, muy pocos discutirían la valía de las funciones. Por otra parte, el gasto del Congreso argentino es de alrededor de un punto del presupuesto; el análisis iuscomparatista no lo muestra notablemente excesivo.¹⁷

En resumen. Hay causas externas e internas que conspiran contra la legitimidad de la representación parlamentaria. Y todas son ciertas, tanto que hay que corregirlas de inmediato; caso contrario, la representación de los congresistas no es garantía del orden constitucional. Entre las primeras ubico: *a)* el absolutismo presidencial, es decir la actividad legislativa del departamento ejecutivo que invade la zona de reserva del órgano parlamentario y *b)* la anacronía del sistema electoral de listas sábana. Entre las segundas: *c)* ausencia de mecanismos de simplificación para la producción legal del Congreso; *d)* enormidad de comisiones parlamentarias; pruebas al canto: en el Congreso argentino hay poco más de 300 legisladores que pretenden que su tarea sea distribuida en más de 100 comisiones unicamerales y más de 20 bicamerales. En rigor, así es técnicamente imposible la optimización de la labor parlamentaria.

¹⁷ Véase [hhtt://www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar). Presupuesto de gastos Estado Nacional año 2000: \$49.159,8 millones. *Idem* Congreso: \$498 millones.

3. *Síntomas de autocratismo presidencial: los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa y la opacidad de la Ley del Congreso*

A. *Generalidades*

El orden constitucional argentino sancionado en 1853-1860 adoptó el sistema presidencialista de gobierno de filiación estadounidense, pero poniendo énfasis en las potestades del Ejecutivo; por eso, en forma encriptada se le llamó “presidencialismo fuerte”. Pese a que al Ejecutivo se le reconocía una fuerte potestad reglamentaria la Constitución de los Estados Unidos de América sólo dice, en este caso, que el presidente cuidará que las leyes sean fielmente ejecutadas (*cfr.* arg. artículo II, sección 3 la reserva de ley), es decir, asignar al Poder Legislativo la reglamentación de los derechos fundamentales como también la atribución para configurar a nivel subconstitucional los principios básicos determinados en la ley fundamental, nunca estuvo en duda: la producción de la ley, en sentido formal y material, estaba a cargo de un Congreso compuesto por dos cámaras (*cfr.* arg. artículos 36 y 67-73 del texto originario). La elaboración de leyes encaminadas a profundizar el marco protectorio de los derechos y deberes fundamentales, y la realización de potestades y controles de los órganos constituidos eran las características sobresalientes de la atribuciones del Congreso. Por razones históricas y técnicas el programa constitucional evitó que el Poder Ejecutivo tuviera competencia para legislar en la órbita propia del Congreso; tal deformación se pensaba tenía aptitud para desfigurar el presidencialismo al romper la división de poderes.

El Congreso argentino muy pronto cumplirá siglo y medio desde su configuración constitucional originaria, aunque en ese lapso no haya funcionado por más de treinta años, ya sea por estar cerrado por dictaduras militares o porque sus miembros eran reclutados por comicios fraudulentos. Como resultado de ello hay más de 25,000 leyes; desde luego, buena parte son normas generales de facto, numeradas como leyes.

A partir de la tercera década del siglo XX comienza un franco descenso de la importancia de la actividad y de las tareas a cargo del Congreso. Causas que han colaborado en este progresivo deterioro fueron: a) los procesos de quebrantamiento de la vida constitucional y de-

mocrática que se observaron a partir de 1930 y b) la captación de la zona de reserva privativa del Congreso por el presidente.

Ni los decretos de necesidad y urgencia, ni la delegación legislativa ni el veto parcial de las leyes estaban autorizados por la ley fundamental originaria. Sin embargo, con la aducida ejecutividad y prontitud para la adopción de la decisión política, prototípica del órgano presidencialista, por un lado, y con la dinámica, por no decir la voracidad “legislativa”, del departamento ejecutivo que es muy fuerte por otro, se fue provocando de a poco, con firmeza pero sin pausa, la descapitalización de las potestades parlamentarias. En efecto, con antelación a la enmienda de 1994 no eran una práctica paraconstitucional desconocida en nuestro medio; estaba respaldada por algunos sectores de la doctrina autoral y su validez había sido declarada por fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la delegación legislativa impropia en 1927¹⁸ y 1993¹⁹ y los decretos de necesidad y urgencia en 1990.²⁰ Es decir, en sí mismas, dichas prácticas no fueron creadas por la reforma constitucional de 1994; lo que hizo fue darles carta de ciudadanía.

Luego de la enmienda de 1994, en el plano estrictamente normativo el principio general emerge de la interpretación de los artículos 76 y 99, inciso 3, de la Constitución. El primero prohíbe que el Congreso haga delegación legislativa; con salvedades. El segundo prohíbe al Departamento Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo; también con salvedades. Desde tal óptica interpretativa: ¿cuáles son los horizontes de proyección de los principios y cuáles de la excepciones que revela la práctica, sobre todo, posconstitucional? Veamos:

B. *Decretos de necesidad y urgencia*²¹

Los decretos por razones de necesidad y urgencia son un capítulo de lo que la doctrina ha denominado legislación de emergencia; se aduce

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 148:430, *in re* “Delfino y Cía”.

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 316:2624, *in re* “Cocchia, Jorge”.

20 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 313:1533, *in re* “Peralta”.

21 Atribuciones del Poder Ejecutivo. El artículo. 99, inciso 3 de la Constitución dispone. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por

su necesidad, la que elimina el debate parlamentario, para llevar adelante o consolidar procesos de transformación estatal que no admitirían demora.²² Hay tendencia, en el orden constitucional positivo argentino a conceptualarlos como “reglamentos”, casi una transgresión del lenguaje; en puridad, tal denominación es imprecisa: no reglamentan una materia, llevan adelante una verdadera y estricta configuración legal propiamente atribuida por la Constitución al Congreso. En la nomenclatura argentina “decretos de necesidad y urgencia” son típicos actos de contenido legislativo sancionados por el Poder Ejecutivo sin previa intervención del Congreso, que poseen igual jerarquía que una ley del Congreso, mientras dure su vigencia. Los ordenamientos constitucionales que dan fundamento a sistemas de gobierno de base parlamentaria suelen cobijar esta institución; es probable que el antecedente argentino haya sido tomado de fuente española: sus Constituciones republicana de 1931 (artículo 80) y monárquica de 1978 (artículo 86) pueden haber sido pistas firmes.

En la Convención Nacional Constituyente de 1994 hubo constituyentes la minoría que se opusieron a esta nueva potestad del Ejecutivo presidencialista.²³ Y aun quienes en doctrina son proclives a que el presidente

esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros. El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

22 Antes y después de la reforma, Miguel Ángel Ekmekdjian se opuso con firmeza y solvencia a la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Departamento Ejecutivo. Véase Ekmekdjian, Miguel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1999, t. IV, p. 86.

23 Véase Proyecto número 400 presentado por Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Álvarez. Ambos proponían incorporar disposiciones a la Constitución que incluían: a) la prohibición al presidente para que legisle por vía de decreto en materia reservada al Congreso, b) la prohibición al Congreso para delegar atribuciones legislativas que constitucionalmente le competen. En ambos casos el producto era reputado igual: nulo de nulidad absoluta, debiendo ser considerado por los tribunales como inexistente; *Convención Nacional Constituyente 1994*, en disco compacto, Ministerio de Justicia de la Nación.

geste estos productos legislativos, suelen proponer su configuración arquitectónica bajo dos condicionamientos: a) que no se halle reunido el Congreso y b) que el control político parlamentario posterior, el que debería derivar en la ratificación o no de la vigencia del producto. En el orden constitucional argentino el primero no es requisito: la regla dice “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” que podría ser casi siempre, según se mire la lentitud del Congreso o se pretenda que no haya debate; el segundo, tal como se puede leer en la próxima sección, prácticamente no funciona, circunstancia que habilitaría predicar que habría una potestad constitucional funcionando casi sin control: la legislación vía decreto. Ello no indica, precisamente, un ejercicio racional del poder republicano. Luego del dictado del decreto, el silencio o la inactividad es la desaliñada imagen del paisaje que ofrece la responsabilidad del Congreso.

Los siguientes datos comprueban las afirmaciones y estimulan la reflexión sobre el particular. Así, en 130 años periodo comprendido entre 1853 y 1983, quebrantamientos de la Constitución de por medio lo reducen a menos de un siglo de vida constitucional considerando los distintos presidentes constitucionales de Argentina, y analizada la tarea presidencial en su conjunto, ella produjo 25 decretos de necesidad y urgencia. Luego, Raúl Alfonsín, mientras estuvo a cargo de la presidencia entre 1983 y 1989, firmó diez decretos de necesidad y urgencia.

El presidente Carlos Menem durante sus dos mandatos consecutivos, entre 1989 y 1999, puso su rúbrica en 545 decretos por razones de necesidad y urgencia, de los cuales 210 fueron luego de la enmienda constitucional, dando una clara muestra de cómo el debilitamiento de la tarea legislativa del Parlamento puede engendrar ciertas formas de “absolutismo o totalitarismo presidencial”; en igual periodo el Congreso sancionó poco más de millar y medio de leyes.²⁴ Y a partir de diciembre

²⁴ Diario *La Nación*, 16 de junio de 2000, sobre la base de un informe producido por Delia Ferreira Rubio y Mateo Goretti. No obstante, la contabilización es muy difícil. El Poder Ejecutivo en la mayoría de los casos no reconoce que se trata de materia legislativa. Para Ramón Torres Molina, Menem en sus dos presidencias sancionó 447 decretos por razones de necesidad y urgencia a los que podrían agregarse otros 249 si se computa que tan sólo uno de ellos modificó otros tantos productos legales; menos de la mitad fueron reconocidos como tales y enviados al Congreso. Véase *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 62 y 105.

de 1999, el presidente Fernando de la Rúa no ha quedado retrasado: firmó más de medio centenar de decretos de contenido legislativo sobre una materia asignada propiamente al Congreso por la Constitución.

El análisis de la competencia legislativa del Congreso también debe ser ponderado. En Argentina durante el periodo 1983-1997 se sancionaron alrededor de 2,000 leyes, muchas de las cuales sólo lo son en sentido formal; dicho total, aproximadamente el 45% del debate de esas leyes fue inaugurado por iniciativas del Poder Ejecutivo. De todas las iniciativas presentadas por el Poder Ejecutivo al Congreso, el 60% mereció aprobación. Los resultados son absolutamente distintos si se establece la proporción entre la sanción legislativa y la cantidad de “proyectos de leyes” presentados por los legisladores. En este caso, sólo alrededor del 5% de la totalidad de las iniciativas presentadas por los diputados y senadores considerados en conjunto para este ejercicio finalmente tuvo consagración legislativa.²⁵

Si bien el Congreso no es ni debe ser una “usina generadora de leyes”, si debe ser caja de resonancia del desenvolvimiento de la vida política y motor de los cambios que la sociedad reclama. Los datos muestran notable disparidad existente entre los proyectos legales promocionados por el Poder Ejecutivo con su ulterior ingreso en el sistema normativo estatal, y los que se generan por “iniciativa” propia de los congresistas. No creo que pueda decirse que el Congreso lidere institucionalmente la incorporación de las demandas sociales, si es que ellas debieran traducirse como razonablemente parece en normas reguladoras de conducta, tanto de los ciudadanos como del Estado.

Las atribuciones del Congreso se han ido debilitando progresivamente y en algunos casos han tenido entidad suficiente como para generar, tal el caso argentino, un presidencialismo hipertrofiado, que se intentó corregir vanamente con la reforma constitucional de 1994. Pese a ello, el gran debate constitucional no parece que hoy día deba oscilar entre pre-

²⁵ En el periodo 1983-1997 el Congreso de la República Argentina sancionó 1,902 leyes. En dicho periodo se presentaron al Congreso 22,681 proyectos de ley, de los cuales 1,485 fueron elaborados por el Poder Ejecutivo nacional, 17,196 por los diputados y 4,000 por los senadores. De las iniciativas legales originadas por el Poder Ejecutivo, el Congreso convirtió en ley 887. De los proyectos de ley originados por los diputados, sólo se convirtió en ley el 3.7%; y en el caso de los senadores, el 9.7%. Fuente: Molinelli, Guillermo, Palanza, Valeria y Sin, Gisella, *Congreso, presidencia y justicia en la Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999.

sidencialismo o parlamentarismo, es decir acerca de la naturaleza jurídico-institucional del sistema de gobierno. El gran desafío significa fortalecer la actividad del organismo legislativo, es decir mejorar lo que se tiene, no cambiar de navío en el medio de la travesía, aunque en el itinerario puede ya entreverse la enorme dificultad que tendrán los legisladores que no comprendan que la tarea parlamentaria es, básicamente, la búsqueda permanente de un punto de encuentro de soluciones dialogadas. Un orden constitucional de clara orientación presidencialista como el argentino no inhibe el desenvolvimiento de algunas prácticas afines con los modelos o sistemas de gobierno parlamentaristas. Si el presidente perdió la mayoría parlamentaria, principal nudo de conflicto gubernamental, no tiene prohibido, sino que está más bien obligado, que la ley se genere en el Congreso, construyendo diferentes apoyos parlamentarios que no incluyan solamente los de su partido o alianza. Es preferible ello a gobernar vía decreto; el decretismo es una respuesta antifisiológica del sistema de gobierno: muestra que la arquitectura constitucional esta mal o no funciona.²⁶

La superación de las patologías observables exige, a no dudarlo, empezar por aplicar seriamente los principios y reglas constitucionales antes que pensar en su eventual modificación, reduciendo el elemento autocrático y perfeccionando el democrático.

En resumen. Los decretos por razones de necesidad y urgencia incrementan en forma desproporcionada e irrazonable las potestades del Ejecutivo presidencialista, distorsionando el racional equilibrio exigido para el comportamiento de los poderes. Los datos suministrados por el testeo de campo permiten advertir que: a) la excepcionalidad que viabiliza su génesis, tendencialmente puede convertirse en regla; b) los controles previstos no operan debidamente; c) ¿cómo se priva al presidente de que legisle sobre materias prohibidas: tributarias, penal, electoral o de partidos políticos?; d) ¿cómo se lo limita para las autorizadas?; e) si el presidente gobierna por decreto y el Congreso no ejerce el control político y la Corte Suprema, con timidez y en circunstancias excepcionales, sólo hace funcionar la garantía de la jurisdiccionalidad que asegure la

²⁶ Para Giovanni Sartori, el decretismo, el gobierno por decreto por encima de los líderes del Congreso es endémico y a menudo epidémico en América Latina. Véase *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 179.

primacía de los derechos fundamentales ¿no se está en presencia de una patología del presidencialismo?

C. Delegación legislativa²⁷

Hay delegación de potestad legislativa cuando el Congreso, órgano al que se atribuye la competencia para sancionar leyes, encomienda su ejercicio al Departamento Ejecutivo. Tal delegación legislativa no estaba expresamente programada por el texto normativo constitucional argentino ni por ninguna de sus enmiendas hasta 1994; situación, en ambos casos, fundada en una teórica división del trabajo estatal. Se la practicó ocasionalmente en materia presupuestaria, pero siempre con la inquietud y preocupación de que algo no se estaba haciendo en forma correcta. La reforma de 1994 la introduce en el panorama constitucional.

Con la mirada puesta en los sistemas parlamentarios, pero con el corazón latiendo en el refuerzo de las potestades presidenciales, finalmente obtiene convalidación constitucional la idea que propicia el ejercicio de funciones típicamente legislativas por el Departamento Ejecutivo.

La delegación de potestades legislativas traduce la idea de que lo transferido es el poder de hacer la ley; la atribución para reglar sus detalles y pormenores la tiene el Departamento Ejecutivo como atribución constitucional innata. Esta práctica debilita al Congreso, quitando racionalidad al producto legal, si es que se está de acuerdo en que el debate —y no otra vía— es el método propicio para acceder al conocimiento y tratamiento de la realidad política.

Una correcta interpretación del artículo 76 de la Constitución indicaría que el Congreso no debe delegar otras atribuciones que se correspondan con otra cosa que no sea la configuración legal; quedan excluidas de la transferencia todas las potestades del Congreso que no impliquen sanción de ley. La disposición autoriza como excepción la delegación en dos casos: materias determinadas de administración o de emergencia pública y dentro de las bases que el Congreso establezca. Respecto de tales ex-

²⁷ Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

presiones normativas hay algo evidente: la falta de precisión del lenguaje empleado por el Constituyente. Así, por ejemplo, los problemas interpretativos se amontonan. ¿Cuáles son las determinadas materias de administración que no quedan alcanzadas por la prohibición genérica y cuáles sí?, ¿es que hay ámbitos de la emergencia pública si es que cabe discernir un significado aceptable y compartido de tal figura expresiva que quedarían en el campo de la prohibición de la delegación legislativa?

El mensaje constitucional que late en el artículo 76 arrasa con la posibilidad de una interpretación ortodoxa, dando pábulo a una desaconsejable interpretación libre de los significados determinados en este fragmento de su textura. No obstante, la delegación legislativa que autoriza la Constitución debe ser entendida hiperrestrictivamente y dentro del contexto del orden constitucional. Así, tan sólo para quedar a cubierto de alguna arbitrariedad, cabe reputar que no deben delegarse: a) ni la potestad para sancionar los códigos de fondo (*cf.* arg. artículo 75, inciso 12); b) ni las potestades del Congreso que hacen a la alta ingeniería política, *v. gr.*: declaración del estado de sitio, intervención federal, etcétera; c) ni la sanción de leyes que exijan o mayorías del Congreso especiales (reforma constitucional, artículo 30) o determinado procedimiento constitucional (por ejemplo, iniciativa legislativa en materia tributaria de la Cámara de Diputados); d) potestades para legislar en materia tributaria.

Argentina se encuentra sumergida en la peor crisis económica financiera de su historia;²⁸ y el desempleo alcanza al 20% de la población. Para superar tal cuadro de situación, entre otras medidas, en marzo de 2001 el Congreso sancionó la ley 25.414, el paradigma de la delegación legislativa.²⁹ Las facultades delegadas caducan el 1o. de marzo de 2002;

²⁸ Según informa *La Nación* del 28 de septiembre de 2001, la deuda del sector público argentino asciende al 30 de junio a la suma de más de 132 mil millones dólares.

²⁹ Transfirió al Departamento Ejecutivo la potestad para legislar, brindándole competencia entre otros aspectos para: A) en materias determinadas de administración: a) decidir la transformación de organismos estatales; b) desregular el mercado de capitales; c) modificar la ley de ministerios; B) en materia de emergencia pública: a) crear exenciones; b) modificación de los procedimientos aduaneros, tributarios, o de recaudación previsional; c) establecer medidas tributarias especiales; d) dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional, exceptuando de toda derogación de la ley de convertibilidad, de los códigos civil, de minería, de comercio, en materia penal, tributaria, salud, previsional, asignaciones familiares, y leyes 25.164 y 25.344.

tres meses antes de su expiración parece casi probado: haber transferido el centro de la decisión política a tecnoburócratas del Departamento Ejecutivo sin responsabilidad política, por encima de la búsqueda de soluciones parlamentarias dialogadas, no ha mejorado ni el mercado de trabajo ni la economía. Y las finanzas públicas se encuentran en el abismo del *default*.

La pregunta es inevitable: ¿qué ventaja se obtiene, objetivamente, con la transferencia de funciones, alterando la interdicción de acción legislativa que lesiona el principio divisorio?, ¿o es que la delegación legislativa sirve, principalmente, para otra cosa que no sea acentuar la hegemonía institucional del departamento ejecutivo?

4. *El presidente gobierna: “contrólame si puedes”. Hacia el ocaso del control parlamentario*

A. *Preliminar*

Se examinan en este apartado los controles políticos del Congreso en la Constitución Federal de la República Argentina; se describe la correspondiente posición constitucional y, luego, aspectos de su rendimiento.³⁰

B. *Del Congreso*

- a) Fija anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, con base en el programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas. Aprueba o desecha la cuenta de inversión (*cf.* artículo 75, inciso 8).³¹
- b) Juzga en juicio político al presidente de la nación, al vicepresidente, al jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por

³⁰ Tales aspectos provenientes de la investigación de campo son fijados, normalmente en cita al pie de página.

³¹ En el periodo 1984-1997 el Congreso sólo ha aprobado las cuentas de inversión hasta 1993, las restantes están pendientes de decisión por parte del mismo. La elaboración de cada una de las 11 leyes sancionadas por el Congreso que aprobaron los respectivos periodos ha sido larga. Ninguna de ellas observó un trámite parlamentario inferior a un año y dos meses de duración. Fuente: Molinelli, Guillermo, Palanza, Valeria y Sin, Gisella, *Congreso, presidencia y justicia en la Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999, p. 477.

- crímenes comunes (*cf.* artículos 53, 59 y 60).³² De la misma forma, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- c) Aprueba o rechaza tratados concluidos con las demás naciones o con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede (*cf.* artículo 75, inciso 22). Los tratados, concordatos y otras negociaciones requeridos para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras son concluidos y firmados por el presidente de la nación (*cf.* artículo 99, inciso 11). Los tratados y concordatos tienen jerarquía suprallegal, y los once instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, tienen jerarquía constitucional.³³
 - d) Autoriza al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz (*cf.* artículo 75, inciso 25).
 - e) Faculta al Poder Ejecutivo para ordenar represalias y establecer reglamentos para las presas (*cf.* artículo 75, inciso 26).
 - f) Admite o desecha los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y convocar en caso de proceder a nueva elección (*cf.* artículo 75, inciso 21).
 - g) Aprueba o suspende el estado de sitio de uno o varios puntos de la nación que durante el receso parlamentario hubiere declarado y dispuesto el presidente de la nación (*cf.* artículo 75, inciso 29).
 - h) Aprueba o revoca la intervención federal decretada y dispuesta por el presidente de la nación durante el receso parlamentario a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires (*cf.* artículo 75, inciso 31).³⁴

³² Desde la reinauguración del régimen constitucional el 10 de diciembre de 1983 hasta 1997, se computan 57 pedidos de juicio político enderezados a la figura del presidente, y/o al vicepresidente y/o a sus ministros. El desagregado no tiene mucho valor analítico dado que, en todos los casos, la decisión de la Cámara de Diputados fue siempre idéntica: rechazar los planteos. Fuente: nota 27, pp. 513 y 514.

³³ Desde 1862 hasta 1995 el Congreso nacional aprobó 537 tratados. De ese total, 247 fueron aprobados durante el periodo 1983-1995. *Cfr.* Molinelli, Guillermo *et al.*, *op. cit.*, p. 479.

³⁴ De 10 de diciembre de 1983-1998 se registran siete intervenciones federales a ramas gubernativas de poderes provinciales. En sólo una ocasión la intervención federal fue dispuesta por ley del Congreso: ley 24.306, 17 de diciembre de 1993; intervención federal a la Provincia de Santiago del Estero. Fuente: nota 27, p. 496.

- i) Con arreglo al artículo 75, inciso 32 que atribuye al Congreso hacer todas las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio las competencias constitucionales asignadas, se ha avalado que el órgano puede formar comisiones investigadoras, las que se hacen derivar de sus potestades implícitas.³⁵ El rol de estos organismos no puede invadir la zona de reserva de los otros poderes constituidos.
- j) Pedidos de informes. Interpelaciones. Censura y remoción.

Los pedidos de informes por escrito son, probablemente, el primer movimiento, paso o eslabón de la tarea de “control” interorgánico a cargo del órgano del Congreso. Los requerimientos se dirigen al Poder Ejecutivo, y dichos actos jurídico-institucionales ponen de manifiesto la relación política entre estos órganos gubernativos.³⁶ Tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores pueden hacer concurrir a su Sala a ministros del Poder Ejecutivo, para recibir las explicaciones e informes que estimen convenientes (*cf.* artículo 71).³⁷ Luego que el Congreso abre sus sesiones, los ministros del despacho presidencial deberán presentarle una memoria detallada del estado de la nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos (*cf.* artículo 104). El

³⁵ El compendio de los años legislativos comprendidos entre 1984 y 1998 contabiliza la creación de 13 comisiones investigadoras, y de acuerdo con la información disponible, usualmente integradas por más de seis legisladores. Fuente: nota 27, p. 511.

³⁶ El resumen de los pedidos de informes por escrito de ambas cámaras del Congreso elaborados durante el periodo 1983-1995 muestra que: a) los legisladores considerados globalmente elaboraron y presentaron 14,320 iniciativas de esta naturaleza, de las cuales fueron aprobadas sólo 4,184, y de dicho total se contestaron 2,657; b) el desglose de dicha suma muestra que 11,773 iniciativas fueron elaboradas por los diputados nacionales, de las cuales sólo fue aprobado por la Cámara el 22%. El porcentaje, si se comparan los proyectos de pedidos de informes presentados por un legislador y su consiguiente aprobación por el cuerpo es mucho más alto al analizarse la actividad del Senado de la nación. En tal sentido, al aprobarse 1,593 iniciativas sobre 2,547 presentadas, nos da la idea de que el 63% de los pedidos de informes fue aprobado por la denominada en la jerga institucional argentina “Cámara alta”. Fuente: nota 27, p. 511.

³⁷ En el periodo 1983-1996 se concretaron 11 interpelaciones a ministros del Poder Ejecutivo nacional en la Cámara de Diputados de la nación, y nueve en la Cámara de Senadores. En el mismo ciclo se computan 16 “presencias voluntarias” de ministros del Poder Ejecutivo de la nación a la Cámara de Diputados, que en realidad siempre han respondido a pedidos de interpelaciones previas. Reglamentariamente se optó por adjudicarles la naturaleza de “presencias espontáneas”, distinción que tiene algunos efectos sobre las particularidades del debate. Fuente: nota 27, pp. 500 y 507.

titular de la Jefatura de Gabinete de Ministros órgano incorporado por la reforma constitucional de 1994 debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternadamente, a cada una de sus cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71 (*cf.* artículo 101).³⁸ El jefe de Gabinete puede ser interpelado a efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras (*cf.* artículo 101). Esta regla constitucional es la que en cierto modo, aunque muy débilmente, ha intentado parlamentarizar en forma del realismo mágico el fuerte presidencialismo argentino.³⁹

- k) El veto parcial de leyes no era una herramienta del presidente. El nuevo artículo 83 de la Constitución dispone que desechado en todo o en parte, un proyecto por el Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación.⁴⁰

³⁸ Entre agosto de 1995 y junio de 1998 se computaron 26 informes mensuales orales de los jefes de Gabinete de Ministros expuestos en el Parlamento. Fuente: nota 27, p. 508.

³⁹ Entre 1994 y 1997 se presentaron seis proyectos enderezados a lograr la interpe-lación para censura del jefe de Gabinete de Ministros. Todas las iniciativas tuvieron origen en la Cámara de Diputados y hasta donde tengo conocimiento, ninguno de ellos mereció aprobación. Fuente: nota, 27, p. 509.

⁴⁰ A este respecto cabe tener en cuenta lo siguiente para visualizar la fisiología del instituto. Si se examinan la presidencia de Alfonsín, la primera presidencia de Menem y su segundo mandato hasta diciembre de 1997, se llega a la conclusión de que la consideración del veto presidencial durante estos 14 años muestra que el Poder Ejecutivo vetó en total 212 leyes. De ese total de 212 leyes vetadas, 116 fueron vetadas “en forma total” sólo en 37 ocasiones lo hizo Alfonsín, y el resto Menem; y 96 leyes fueron vetadas en “forma parcial”; 84 de las cuales fueron vetadas por el expresidente Menem. Del paquete global de leyes vetadas, 212, solamente 22 leyes que habían sido vetadas previamente reconocieron luego la insistencia del Congreso en los términos dispuestos por la regla de control parlamentario bajo análisis. Fuente: nota 27, p 481. Conclusión: altísima presencia del Ejecutivo, reducido control parlamentario.

C. Control de los decretos por razones de necesidad y urgencia

El artículo 99, inciso 3, de la Constitución impone al jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días a someter los decretos de necesidad y urgencia a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

La ley de la que allí se habla aún no fue sancionada. Por lo pronto, la cuestión es espinosa; tanto que la posición de los ministros del más alto tribunal de justicia está dividida al respecto.⁴¹ Por eso, en principio, es posible afirmar que el mecanismo constitucional no está completado porque, ante la ausencia de reglamentaciones legales ordenadas por la Constitución para ponerlo en marcha, no permite que el sistema de control parlamentario haya podido empezar a funcionar en plenitud. Es casi incomprensible, y por ende difícil de explicar, por qué luego de más de siete años de la reforma constitucional, aún no haya sido sancionada por el Congreso la ley especial que reglamente el trámite y alcance de la intervención del Congreso, para el análisis (político) *ex post* de un reglamento por razones de necesidad y urgencia. Esta decisiva circunstancia de por sí inhabilita el desenvolvimiento pleno del control parlamentario en los términos previstos por la regla constitucional, que excepcionalmente reconoce la potestad de legislar al Poder Ejecutivo de la nación.

No puede dejar de reconocerse que una estrictísima interpretación de “la falta de ley reglamentaria” debido a morosidad parlamentaria o falta

41 Véase por ejemplo, posición minoritaria del juez Enrique Petracchi registrada en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 322:1738, para quien la aceptación del dictado de estos actos legislativos por el Poder Ejecutivo, sin ley especial, implicara desnaturalizar lo que la Constitución dice que son. Sin embargo, la mayoría del Tribunal no piensa en este sentido; véase doctrina registrada en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 320:2882, donde se dice que la omisión legislativa no puede restar operatividad a una potestad constitucional del Departamento Ejecutivo como es legislar por decreto.

de consenso, impediría el desenvolvimiento de una potestad del Poder Ejecutivo, que más allá de su cuestionabilidad teórica, forma parte del elenco de disposiciones constitucionales y debe ser cumplida aunque no guste o sus efectos puedan ser perniciosos. Hubiera sido recomendable la solución del punto de modo expreso por el poder constituyente derivado que reformó la Constitución, diciendo, por ejemplo, que la falta de envío al Parlamento en tiempo y forma, o el silencio de este órgano en un plazo prudencial luego de recibido el reglamento, implicaría lisa y llanamente su no ratificación, siendo sus efectos la derogación o nulidad del producto. Como es evidente, las estadísticas muestran que el comportamiento del Congreso, en este caso singular, denota que el órgano se encuentra lejos, muy lejos, de dotarle al control político de los reglamentos de necesidad y urgencia, un mínimo de eficacia.⁴²

Podría interpretarse frente a tal debilitamiento por no decir desnaturalización de la tarea constitucional de control político por parte del Congreso, para aprobar o rechazar la producción legislativa elaborada por el órgano ejecutivo en el marco de las previsiones regladas por el artículo 99, inciso 3, de la Constitución Argentina, que el uso de tales funciones, es decir las atribuciones legislativas excepcionales con que cuenta el presidente de la nación para disponer decretos de necesidad y urgencia, sólo quedarían reservadas al control judicial de constitucionalidad.

D. *Control de la legislación delegada*

Cfr. arg. artículo 76:

La comisión bicameral permanente de la que habla el artículo 100, inciso 12, de la Constitución no ha sido constituida.

⁴² Ferreira Rubio, Delia y Goretti, Mateo, *Executive-Legislative relationship in Argentina: from Menem's decretazo to a new style?*. Buenos Aires, Center for Studies in Applied Public Policies, 2000. Los autores señalan que la actitud del Congreso para asumir el retamiento de los decretos de necesidad y urgencia puede ejemplificarse del siguiente modo: a) antes de la Reforma Constitucional: sólo el 10% fue ratificado por el Congreso, manteniendo silencio respecto del 88% de esta producción legislativa. El 2% fue rechazado por el Parlamento; b) luego de la Reforma el Congreso ha mantenido silencio respecto del 92% de los decretos de necesidad y urgencia emitidos, siendo sólo el 3% materia de convalidación expresa por un acto del Legislativo. El 5% fue rechazado, derogado o anulado por el Congreso (material existente en mi archivo, gentilmente entregado por su coautora).

E. *A cargo exclusivo del Senado*

- a) Los nueve magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son nombrados por el presidente con acuerdo del Senado de la nación, con dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública convocada al efecto (artículo 99, inciso 4, párrafo 1).
- b) Los demás jueces de los tribunales federales inferiores son nombrados por el presidente de la nación, sobre la base de una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, y con acuerdo del Senado, en sesión pública que tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos (*cf.* artículo 99, inciso 4, párrafo 2).
- c) Tanto los magistrados de la Corte como los de los tribunales inferiores, al cumplir 75 años de edad, para mantener sus cargos necesitarán un nuevo nombramiento presidencial, precedido de igual acuerdo senatorial. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor, se harán por cinco años, y podrán ser renovados indefinidamente por el mismo trámite (artículo 99, inciso 4, párrafo 3).
- d) El presidente de la nación nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado (*cf.* artículo 99, inciso 7).
- e) Los nombramientos que requieran el acuerdo del Senado pueden ser llenados por el titular del Ejecutivo, a condición de que la vacante se produzca durante el receso parlamentario. Tales actos expiran al fin de la próxima Legislatura (*cf.* artículo 99, inciso 19).
- f) El cuadro del control parlamentario se completa con dos nuevos órganos constitucionales: la Defensoría del Pueblo y la Auditoría General de la Nación, artículos 86 y 85, respectivamente, de la Constitución.

F. *Aristas que ofrece el control del Congreso*

El control parlamentario se presenta de diferentes maneras en el proceso del poder gubernamental organizado por el orden jurídico constitucional en Argentina. Del control del Congreso, a tenor del perímetro impuesto a los componentes que configuran el significado constitucional otorgado, puede predicarse que en términos genéricos comprueba, verifica, inspecciona y, sólo en ocasiones, se implementa para revisar o san-

cionar actos del Poder Ejecutivo. Sin embargo, ambas tareas pueden ser, según los casos, un prerequisite del acto jurídico constitucional, o de una decisión política, o bien actuar luego de elaborado el producto estatal, es decir operar *ex post*.

Este control político, cuyo proceso y por una licencia lingüística se pueda mentar como la existencia de un controlante y otro controlado, muestra que el Congreso en líneas generales participa y, con un rol más bien secundario, específicamente limita. Los datos aportados sugieren muchas cosas; una inevitable: el Congreso interviene en el proceso institucional mediante el control en baja medida; más bajo aún es el índice que muestra al órgano desplegando el control parlamentario, desde la óptica de la restricción.

IV. BALANCE: PELIGRO Y OPORTUNIDAD

El derecho constitucional sin diseño paralelo y eficaz de las garantías que provean a su conservación, no estipula un orden constitucional; es una ficción.

Las tareas del Congreso son un elemento configurador, de primera clase, de la garantía de inmanencia del documento constitucional. Es que entre orden constitucional y Congreso existe un vínculo de tal entidad como el que tienen una madre y un padre con su criatura.

Si bien democracia constitucional y Congreso no son lo mismo, desde que la democracia directa es inviable en términos absolutos, la construcción de la voluntad normativa estatal, cuya reglamentación de la materia constitucional sea sustantiva, debería quedar básicamente ceñida a la labor parlamentaria. Las funciones atribuidas clásicamente a los “legislativos”, como son las tareas de “control” y de “producción legal”, pueden seguir siendo esgrimidas como paradigmas de la actividad parlamentaria.

En el caso argentino, la realidad muestra que hay mucho por hacer. Actualmente, en Argentina la crisis atraviesa a la actividad parlamentaria de lado a lado. Los representantes deben, inexorablemente, fortalecer su credibilidad, perfeccionando los mecanismos de reclutamiento y selección de candidatos. Pero allí comienza el camino; luego debería seguir con la recuperación del irrenunciable rol constitucionales de hacedores de la ley; poniendo también en pleno funcionamiento su trascendental

tarea de control político de la administración. Letra constitucional no falta; pareciera que hay, más bien, ausencia de voluntad política realizadora.

Las desviaciones del hiperpresidencialismo puesto en práctica, sobre todo, en forma fáctica a partir de julio de 1989, y normativamente engendrado en 1994, han logrado ir desdibujando, paulatinamente, el legajo de atribuciones del Congreso. La enmienda estuvo envuelta en el aura de la atenuación del presidencialismo. Es cierto: el presidente no es más jefe de la Capital Federal; se operó una desconcentración de funciones dentro del propio Poder Ejecutivo con la creación de la heterodoxa figura del jefe de Gabinete; también la introducción del Consejo de la Magistratura puede ser vista como una transferencia horizontal de funciones, pero muy relativa porque sigue siendo él quien nombra a los magistrados de los tribunales federales inferiores (*cfr.* arg. artículo 99, inciso 4) y se constitucionalizó la elección directa del binomio presidencial. Pero como conclusión general queda decir que nada de esto fue suficiente. En el balance, la transferencia horizontal de funciones del Legislativo, bajo las condiciones analizadas en este trabajo, en favor del Departamento Ejecutivo, lograron componer un cuadro de situación exactamente contrario al que pudo ser escrito como algún discurso preconstituyente imaginario.

Dicho de otro modo: la reforma no introdujo ninguna disposición que ordene la cooperación entre departamentos Ejecutivo y Legislativo: es más, enfatiza la potestad legislativa del presidente, la que si bien en teoría debería de ser más que excepcional, la práctica constitucional no la muestra así. Si a ello agregamos que tal transferencia horizontal está casi exenta del control o porque no existe y, si existe, es ineficaz, el menú está servido. Un poder se absolutiza cuando carece de restricciones o cuando los límites impuestos por las reglas de juego son inconsistentes, insuficientes o ineficaces.

No hay patentes de invención que aseguren un pleno y eficaz funcionamiento de sistemas y formas de gobierno. Está probado que ningún sistema o forma de gobierno es perfecto. No parece haber mayores dudas respecto de los serios peligros que puede entrañar para la vida democrática el sistema de gobierno presidencialista, sobre todo cuando en algunas de sus versiones patológicas es además desempeñado por un presidente que siente desprecio por la pluralidad democrática, y por ende

por la diversidad de ideas y proyectos. Por lo pronto, parece adecuado fomentar el debilitamiento del decisionismo que, en mayor o menor medida, acompaña a los regímenes de sesgo presidencialista.

El presidencialismo, en tanto faculta al Departamento Ejecutivo para legislar sobre materia propia del Congreso ya sea mediante la vía de los decretos de necesidad y urgencia o la delegación legislativa e impide el control parlamentario, es un sistema que impide la concertación de soluciones dialogadas, piedra angular de esa forma de gobierno que solemos denominar democracia representativa. O es que, como muy bien se pregunta Raúl Zaffaroni ¿hay algún ser humano absolutamente sano y equilibrado e inmutable a quien pueda confiarse individualmente el poder, aunque sea temporalmente?⁴³ Como es evidente, la respuesta es negativa. Y lo que es peor, es que esta patología trae como consecuencia la imposibilidad de llevar adelante una fragmentación más equilibrada y racional del poder.

El paisaje institucional argentino muestra al Congreso como una de las instituciones de menor prestigio; es que pareciera que la arquitectura constitucional que remozó el presidencialismo en 1994 ubicó en máxima tensión a las “garantías de reserva de ley al Congreso” y de “control parlamentario” lógica derivación de lo que se presenta como su presupuesto: “el fraccionamiento del poder del Estado, como garantía de la libertad” convirtiéndolas, en muchos casos, en una mera fachada normativa.

Hay un desafío: entender que hay una estricta vinculación entre régimen jurídico y calidad de vida ciudadana; ello impone resolver con inteligencia donde el ingrediente democrático, que es un modelo de desarrollo, primordial, básico y fundado, originariamente, en el compromiso de respeto, cooperación y tolerancia entre mayoría y minoría las deficiencias de nuestro sistema de gobierno.

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Mejor, el parlamentarismo”, Diario *Clarín* del 10 de enero de 2001.

V. *POST SCRIPTUM*: EL PRESIDENTE ATACA; EL CONGRESO, MENOS QUE UN BUZÓN DE LA ACTIVIDAD PRESIDENCIAL

Al cierre de estas líneas, el Poder Ejecutivo federal de Argentina dictó dos nuevos decretos de necesidad y urgencia que confirman la patología del sistema de gobierno descrita.

- 1) Decreto 1387/2001 publicado el 2 de noviembre de 2001: modifica reglas de los Códigos Civil, Comercial, Procesal y tributarias. No se trata de materias delegadas por el Congreso ni había razones para eludirlo.
- 2) Decreto 1570/2001 publicado el 3 de diciembre de 2001: prohíbe retirar en efectivo por encima de 1.000 pesos mensuales de las cuentas que la ciudadanía tiene pactadas en plazos fijos o depósitos a la vista en las entidades financieras y bancarias. Además, se prohíbe la exportación de moneda y billetes extranjeros y las transferencias al exterior; acorralándose los dineros de la ciudadanía por plazo que no está racionalmente estipulado. Técnica-mente, significa la inmovilización de activos su dinero efectivo, contante y sonante que la gente confió al sistema bancario financiero o bien recibe como sueldo, induciendo la dolarización de la economía. Es decir: se puso un pie sobre los fondos que la gente tiene depositados en los bancos para evitar fugas; ¿se puede hacer pie en la “legislación de emergencia” bajo éste perímetro, sin violentar el principio divisorio de poderes, la reserva de ley, y el contenido fundamental del derecho constitucional de propiedad?

No hace falta decirlo: ambos actos, de claro contenido legislativo del Departamento Ejecutivo, se presentan, *prima facie*, redondamente inconstitucionales, afectando los derechos fundamentales y las competencias del Congreso. Eso sí, en ambos, el presidente tiene la deferencia de concluir igual: “dése cuenta al Congreso”, órgano que no se ha autoconvocado para tratar estos temas en particular, pese a la inusitada gravedad de las medidas dispuestas (*cfr.* arg. artículo 63 de la Constitución).