

**Sergio Díaz Ricci\***

## **La ley en la Constitución**

### **1. Introducción**

Una cuestión central en el estudio del ordenamiento normativo es el valor de la ley en la Constitución, especialmente, después de la reforma de 1994. En otras palabras, resulta indispensable conocer el lugar que ocupa la ley dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho.

La *ley* ocupa una posición eminente dentro del ordenamiento jurídico y una función central en el sistema sociopolítico. De allí la importancia de determinar su posición en nuestro ordenamiento normativo, así como el papel que cumple como instrumento de ordenación social y política.

La ley ha seguido la suerte histórica de cada sistema político, es decir la significación jurídico-política de la ley ha ido cambiando junto a cada contexto histórico. La función de la ley en los albores del constitucionalismo liberal no fue la misma que en el Estado social o en la actualidad. Si bien esto muestra el carácter dinámico de la función de la ley a lo largo de la historia por su relación cambiante con los distintos modelos sociopolíticos, hay un núcleo de ella que permanece en el tiempo.

---

\* Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán. Fue legislador y Defensor del Pueblo en la provincia de Tucumán.

## 2. Etimología

El término *ley* proviene del latín *lex*. Originariamente aludía a un acuerdo celebrado entre un humano con la divinidad. De allí pasó a mencionar a lo convenido entre dos personas. Con relación a la raíz etimológica existen dos posiciones. Una sostiene que proviene del verbo *legare* que conlleva la noción de ‘confianza’ (de allí *legatus*, en castellano ‘legado’, ‘legar’); y otra que está vinculado al verbo *legere* que alude a la idea de ‘elección’, ‘elegir’ (Cicerón, *De legibus*, I, 6). De esta raíz surgen vocablos como *privilegium* (*privus* + *lex*, ‘ley para uno solo’), *collega* (*con* *lex* ‘unido’, ‘asociado por medio de ley’), *collegium* (‘reunión de asociados por ley’), *legislator* (*lex* + *lator*, p. p. *latus* del verbo *ferre*, ‘llevar’, o sea, ‘el que presenta o propone una ley’). Como es habitual, el análisis semántico del término no nos aporta demasiada claridad, salvo para advertir que en Roma el término *ley* no tenía la carga semántica que adquirió en la modernidad.

## 3. Concepto

Si bien la ley estuvo históricamente vinculada a la institución del Parlamento,<sup>1</sup> pues sufrió sus vicisitudes, el concepto de *ley*, tal cual la concebimos actualmente, es moderno. Es hija del iluminismo racionalista del siglo XVIII. Nacida de la revolución francesa, proyecta su influencia hasta la actualidad, aunque fueron variando algunas de sus notas originarias.

Como una primera aproximación podríamos definir a la ley *como aquella norma superior dictada según un procedimiento fijado por la Constitución*. Con esto queremos destacar dos elementos esenciales: su valor preeminente respecto de otras normas del ordenamiento jurídico<sup>2</sup> y un origen emanado de un órgano dotado de representación política en un Estado democrático.

La *cualidad* de ley surge, entonces, de una combinación de elementos predominantemente formales: por una parte, un componente procedimental (procedimiento de elaboración determinado por la Constitución) y, por la otra, una cuestión de valoración jurídica (su superior valor dentro del ordenamiento normativo).

La presencia del Parlamento no será determinante, sobre todo en aquellos sistemas dualistas que atribuyen función legislativa al Poder Ejecutivo, así como tampoco el contenido material determina el valor de ley por cuanto, si bien existen materias

---

<sup>1</sup> Aquí empleamos el término *Parlamento* en sentido genérico, para denominar al cuerpo representativo, de origen y constitución democráticos, encargado de dictar las leyes en un Estado constitucional.

<sup>2</sup> Señala con acierto José Tudela Aranda: «la trascendencia social y política de la ley se adquiere desde su especial posición en un ordenamiento jurídico que vertebran la realidad social y política» en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 52, 1.º trimestre, 2001, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, p. 143.

netamente legislativas, también se atribuye forma de ley a contenidos que nada tienen que ver con aquellas materias específicamente legislativas.<sup>3</sup>

Recordemos que desde siempre hubo una cierta noción ley incluso con anterioridad al propio Parlamento. En efecto, el Parlamento, originado en el *Concilium regis* medieval, recién adquirió potestad legislativa (en Inglaterra en el siglo XVII, en Francia en el siglo XVIII) cuando se invistió naturaleza representativa y logró imponerse a la voluntad del monarca.<sup>4</sup>

Podemos, también, encontrar algunos ingredientes materiales; por un lado, un órgano político de representación popular (generalmente el Parlamento) y, por el otro, ciertos asuntos que *ratione materiae* son de sustancia propiamente legislativa. Aunque estos, como veremos más adelante, no son elementos identificatorios determinantes.

Todos estos componentes confluyen en afianzar un principio de autoridad que determina la posición de superioridad que goza la ley dentro del sistema de fuentes del derecho.

Dentro de un sistema federal, como existe en nuestro país, la dilucidación del sistema normativo tiene vital importancia por estar integrado por dos órdenes de fuentes producción legislativa, el Estado federal y las 24 entidades locales (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con capacidad de producción legislativa.

#### 4. Teoría de la ley

Sin pretender hacer aquí un desarrollo completo de teoría de ley, podemos distinguir cuatro claras etapas en el desarrollo del concepto moderno de ley: los pensadores políticos de la Ilustración (Locke, Montesquieu y Rousseau), la Revolución Francesa y la expansión napoleónica, la Restauración y la Constitucionalización.

a. El concepto moderno se construye sobre las ideas de tres pensadores, que coinciden en el valor instrumental asignado a la ley: Locke, Montesquieu y, sobre todo, Rousseau.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Por generar más confusión que claridad no recurrimos a la distinción, elaborada por el derecho público alemán, entre ley en sentido formal y ley en sentido material, porque desnaturaliza el concepto de ley y, en definitiva, sirvió para justificar el dictado de leyes por quien no tiene legitimidad democrática para hacerlo.

<sup>4</sup> En los países monárquicos incluso hoy conservan antiguas fórmulas que remiten a la voluntad del monarca la sanción legislativa, como resabio de aquella prerrogativa real, v. g., en Gran Bretaña: «*Le Roi le veult*» o «*Le Roi remercie ses bons sujets accepte leur b n volence et ainsi le veult*»; o en España (encabezando el texto): «Don Juan Carlos, Rey de España a todos los que la presente vieren y entendieren, Sabe: que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo a sancionar la siguiente Ley. [al final del texto] Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar la presente ley».

<sup>5</sup> Reflexiones sobre la calidad de ley se encuentran en Santo Tomás de Aquino (como ordenación de la razón dirigida al bien común de carácter general), Suárez (que además de un acto de razón es

Locke interesa porque parte de la idea de libertad e igualdad preexistentes (autonomía personal) del hombre que sólo puede ser sometido legítimamente por un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad (*Dos tratados sobre el gobierno civil*, n.º 143). Por eso se lo considera el padre del liberalismo político. Por su parte, Montesquieu agrega que el Poder Legislativo facultado para hacer leyes corresponde al pueblo a través de sus representantes (*El espíritu de las leyes*, cap. VI).

Finalmente, es Rousseau quien formula el concepto moderno de ley. La ley como expresión de la voluntad colectiva permite legitimar la obediencia a ella porque emana de la voluntad general; el pueblo no hace más que obedecerse a sí mismo, pues de este modo justifica el sometimiento. «Una decisión del pueblo sobre el pueblo» (*Contrato social*, cap. VI «De la ley»). De esta concepción salen las notas centrales de la ley: a) sujeto: el pueblo; b) fundamento: amplio espacio de libertad personal (*le règne de la liberté*); c) objeto: articular la coexistencia de esa libertad entre los individuos; d) fin: limitar esa libertad desde fuera con carácter general, para todos en un pie de igualdad. La ley constituye el único instrumento aceptable de limitación de la libertad personal. En consecuencia, la ley goza de la capacidad de regular la convivencia libre, con carácter exclusivo y excluyente. Solo la ley, y por ley, puede establecer limitaciones al ejercicio de la libertad individual.

b. Este pensamiento adquiere realidad con la Revolución Francesa, que lo plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. «La libertad —expresa el artículo 4— consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; asimismo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre solo tiene como límites aquellos que aseguran el goce de los mismos derechos a los demás miembros de la sociedad. Esos límites solo pueden ser determinados por ley». A continuación, el artículo 5 aclara el fin de la ley: «Solo la ley tiene derecho a prohibir las acciones dañosas para la sociedad. Nadie puede ser impedido de hacer lo que no esté prohibido por la ley ni obligado a hacer lo que ella no ordena». Finalmente, se formula el axioma central del concepto moderno de ley: «*La loi est l'expression de la volonté générale*» (artículo 6) para aclarar, a reglón seguido, quiénes integran esa voluntad general: «todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación [de las leyes]. Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue». En suma, se parte del principio de la plena libertad personal que puede ser limitada solamente por una norma que emane de la voluntad general. La ley no solo es general por su objeto (mandatos generales) sino también por su origen (voluntad colectiva de la que emana). El fin de la ley es el

---

un acto de voluntad) y Hobbes (voluntad del soberano legítimo sobre una comunidad política originada en el pacto entre los hombres). Véase Christian Starck: *El concepto de ley en Alemania* (trad. Luis Legaz y Lacambra), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, en esp. cap. IV, pp. 159-201.

reino de la libertad, pues su contenido consiste en articular la coexistencia de derechos y libertades.

Se atribuye a la ley de una bondad intrínseca. La ley será siempre *infallible* (Diderot: «las voluntades particulares son sospechosas») y necesariamente *justa* (Rousseau: «la ley no puede ser injusta puesto nadie es injusto consigo mismo»). Las leyes son leyes de libertad porque al obedecerse a sí mismo se permanece en libertad. Rousseau formula esta fundamentación —que él mismo considera su hallazgo más importante—: la obediencia a la ley es fuente de libertad porque todos participan en la formación de la voluntad general que se expresa en el mandato legal.

Estas ideas convierten a la ley en el instrumento que va operar la revolución y la transformación hacia una nueva sociedad. En resumen, la ley constituyó de aquí en más la herramienta de demolición del Antiguo Régimen, caracterizado por una multitud de órdenes normativos, fueros, privilegios. La ley servirá para hacer desaparecer el orden normativo poliárquico del *Ancien Régime*. Un solo centro de producción de normas de ley con carácter supremo en un único sistema jurídico.

La Revolución Francesa pivotea sobre la noción de ley que llega a desplazar a la idea misma de Constitución. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, es una clara prueba de ello, pues cinco de sus diecisiete artículos están dedicados a la ley (artículos 4, 5, 6, 7, 8) y solo un artículo que se refiere a la Constitución (artículo 16). En caso de contradicción entre ley y Constitución, prevalece la primera.

La creencia optimista en la bondad de la ley se manifiesta en la confianza puesta en ella como instrumento para instaurar el reino de la libertad y la igualdad. El reino de la ley (*règne de la loi*)<sup>6</sup> se convierte en expresión simbólica; de allí el axioma de «postrarse ante la ley, no ante la voluntad de los hombres». La ley simboliza el ideario revolucionario de igualdad y de cambio social.<sup>7</sup>

Pero no será la Revolución la que logre hacer realidad estas ideas, sino que, en verdad, buena parte de ellas fue concretada por Napoleón. El principio de igualdad llevaba a afirmar la existencia de una ley, la misma e igual para todos. Todos son

---

<sup>6</sup> Si bien guardan cierto parentesco la idea de *règne de la loi* es diferente a la noción más amplia de *Rule of Law* anglosajón (aquí *Law* no es sinónimo de ley sino de derecho) y de *Rechtstaat* alemán. Estos conceptos se aproximan a la idea de *imperio de la ley* que introduce la Constitución de España en su preámbulo («Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular») y que, en nuestro país, solo es recogido por la Constitución de Santiago del Estero al mencionar que los magistrados del Poder Judicial están «sometidos al imperio de la ley» (artículo 177, tomado del artículo 117 de la Constitución española).

<sup>7</sup> Lo expresó categóricamente la Constitución francesa de 1791: «*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*» (cap. II, sección 1.ª, artículo 3). Más adelante otorga el nombre de *ley* a los decretos sancionados por el rey con el cuerpo legislativo (cap. III, sección 3.ª, artículo 6: «[...] ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de lois»).

iguales ante la ley. Todos son ciudadanos que deben obedecer una única ley, igual para todos.

La fuerza taumatúrgica de la ley alcanzó su máxima expresión en el movimiento codificador. La ley (codificada) será el instrumento para establecer el nuevo orden social. La sanción de estos Códigos hace desaparecer todo el orden jurídico anterior. Una sola ley, emanada de un único órgano representativo de la voluntad popular, general e igual para todos los ciudadanos. Ya no se admite otra fuente de derecho que no sea la ley. El antiguo orden desaparece, quedan derogadas todas las normas preexistentes y, junto con ellas, toda jurisdicción o fuero especial (eclesiástico, universitario, gremial, etcétera).

Al Código Civil se le encarga regular de forma completa y sistemática la totalidad de la vida social de la persona desde su nacimiento, pasando por su desarrollo, su casamiento, sus relaciones civiles, su patrimonio hasta más allá de su muerte. Toda otra regulación normativa sobre estas materias queda abrogada. Lo mismo con el Código Penal, el Código de Comercio y los Códigos de Procedimiento Civil y Criminal.

En este marco histórico-ideológico se produce la asimilación del derecho por la ley. En otras palabras, todo el derecho queda reducido a la ley. El derecho, según estas ideas, solo puede expresarse a través de la ley. Quizás este sea el cambio más radical del mundo jurídico introducido por la Revolución Francesa, tributaria del racionalismo iluminista burgués. Bástenos aquí señalar esta realidad, pues no podemos entrar a desarrollar en extenso esta cuestión.<sup>8</sup>

Incluso la ley llega a tener preeminencia sobre la propia Constitución, pues una ley que confronte con alguna disposición constitucional no queda invalidada. De hecho, la Constitución era vista solo como un pacto entre las fuerzas políticas que sirve para organizar el poder estatal.<sup>9</sup> En Europa predominó durante casi todo el siglo XIX este principio de la omnipotencia del legislador.

c. Otro momento importante en la evolución del concepto de ley fue la Restauración. En efecto, la caída del régimen napoleónico trajo aparejado el restablecimiento de las monarquías amenazadas aunque estas tuvieron que admitir que no era posible volver atrás, nunca más, a un régimen de monarquía absoluta. Los códigos llegaron para quedarse. A partir de entonces, el sometimiento a la ley quedó incorporado como valor social permanente. Constant, teórico de la reacción, lo

---

<sup>8</sup> Puede profundizarse este tema en Eduardo García de Entrerría: *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997; Francisco Rubio Llorente: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 283-297.

<sup>9</sup> Distinta será la perspectiva de la relación Constitución-ley que tendrá el proceso revolucionario norteamericano (véase Madison, Jay y Hamilton: *El federalista*, n.º LXXX, México, 1982, 1.ª ed., 3.ª reimpr.), la que a la larga terminará prevaleciendo en los Estados constitucionales. Hacemos hincapié en el proceso histórico europeo porque tuvo decisiva influencia en nuestra Revolución de Mayo, como veremos más adelante.

expresará claramente en su célebre conferencia de 1819 sobre la libertad de los modernos comparada con la libertad de los antiguos. Aquella es «el derecho de no estar sometido más que a leyes», en cambio esta se reducía al ejercicio directo y colectivo de funciones de gobierno de la ciudad sobre el supuesto de la esclavitud de otros.

A partir de entonces, la monarquía debe admitir esta libertad esencial que permite el dinamismo económico y social, y que para regular la vida social debe hacerlo a través de leyes escritas, claras y concisas, que garanticen ese espacio de libertad individual conquistado por la burguesía, que asegure la predictibilidad de conductas lícitas y la medida de la actuación del Estado; o sea, solo puede actuar dentro de ese espacio de libertad sobre el que se fundamenta el liberalismo moderno.

En suma, el monarca recupera su rol central dentro del Estado, retoma en sus manos el instrumento de la ley pero ahora con ese nuevo sentido dado por la Revolución Francesa de instrumento regulador de la libertad en una sociedad individualista y libre. Este cambio en la potestad legislativa, producto de la convivencia de los principios monárquico y democrático, será el origen del sistema dualista que analizaremos más adelante.

d. Sin embargo, la sanción de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico significará una completa reestructuración del sistema de fuentes del derecho. La Constitución no solo se coloca como norma suprema sino que además establece la estructura jerárquica del sistema jurídico y los procedimientos de elaboración de normas inferiores (la *Norma Normarum*, de Kelsen).

Instituida la Constitución como norma superior, la ley pasa a ocupar el escalón inmediatamente inferior, así como los reglamentos el subsiguiente. La Constitución determina la forma de elaboración de las leyes así como el contenido reservado a este procedimiento. La Constitución como norma suprema con vigor jurídico, vinculante a los poderes constituidos, entre ellos principalmente al Poder Legislativo, instituye el principio jurídico de *norma superior derogat inferiori*, por tanto, introduce una cadena jerárquica de validez jurídica. De ello se deriva que ninguna norma inferior puede contradecir la norma superior so pena de ser inválida.

Este razonamiento que hoy nos parece tan natural y obvio, no lo fue tanto en la Europa del siglo XIX, donde la omnipotencia del legislador se imponía a sus anchas. Recién bien entrado el siglo XX, la idea de Constitución como norma jurídica operante y vinculante adquirirá valor en Europa, sobre todo con la instauración de los tribunales constitucionales como garantes de la legalidad constitucional, la teoría de la ley se ordenará dentro de la Constitución con eficacia vinculante.

Este proceso, que tardó casi siglo y medio en consolidarse en Europa, en los países americanos de nuevo cuño fue resuelto sin trauma desde el mismo dictado de sus Constituciones: Estados Unidos, no sin cierta dificultad, en 1787, y Argentina, con más naturalidad, en 1853.

Aquella idea de ley como fuente exclusiva del derecho encontrará, a partir del dictado de la Constitución, con dos grandes límites que servirán para ubicarla dentro del sistema de fuentes:

1. La Constitución como *higher Law*, es decir como *Lex Leguum*, coloca a la ley en una posición de inferioridad respecto de las normas constitucionales a las que no puede contradecir y a las que debe adecuar su contenido. Por cierto, el encumbramiento constitucional de los derechos fundamentales constituirá, de allí en más, también un límite a la libertad del legislador quien, por otra parte, por su naturaleza de poder constituido no puede afectar la fuente de su origen y existencia, el poder constituyente, que le fija su cometido y a quien debe someterse por ser la fuente originaria del poder político (Sieyès).

2. Asimismo, la aparición de un control de constitucionalidad actuará como mecanismo subsanador de las extralimitaciones constitucionales en que pudiera incurrir el legislador. A tal efecto, la incorporación de principios y valores constitucionales que sirven de inspiración y de ordenación de la tarea legislativa será una herramienta eficaz para el intérprete, a fin de limitar y controlar la validez de la actuación cumplida por el legislador.

## 5. Modelos de formación de la ley

Como resultado de los procesos históricos vividos se pueden clasificar las fuentes de formación de la ley —según se hallan recogidas por las diversas Constituciones— en dos modelos: monista y dualista.<sup>10</sup>

### 5.1. Monista

Corresponde a aquel sistema asentado sobre el principio de supremacía parlamentaria, es decir, solo el Parlamento es fuente exclusiva de legitimidad. Encuentra su expresión allí donde el Parlamento adquiere centralidad en el sistema político, tal el caso del Parlamento inglés y del *Corps législatif* del jacobinismo revolucionario, donde el órgano legislativo constituía la fuente de legitimidad que se expresaba a través de la ley. Esta, originada en la voluntad parlamentaria con exclusividad, gozaba de superioridad absoluta dentro del ordenamiento normativo. Solo la ley formal es fuente de derechos y obligaciones. La supremacía política del Parlamento se traduce en la superioridad jurídica de la ley. Por tanto, toda la vida social podría ser materia de ley; nada queda excluido de la voluntad legislativa. En consecuencia, no hay asunto que justifique hacer una reserva de ley a favor del Parlamento, porque la ley

---

<sup>10</sup> Puede consultarse esta clasificación en Ignacio De Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987, en esp. caps. V a VIII, pp. 69-181; Ángel Garrarena: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1980.



no encuentra materias exentas a su regulación. La Constitución no establece zonas de reserva de ley porque el Parlamento puede ocuparse de toda materia regulable.

Sin embargo, el principio de legalidad se manifiesta de manera diversa según se refiera a un individuo o a los poderes públicos. Si se trata de un particular, rige el presupuesto de libertad y la ley solo actúa como limitación o prohibición (principio de vinculación negativa). En cambio, respecto de los poderes públicos la ley se convierte en el presupuesto de toda actuación del poder público, es decir, toda acción de las autoridades debe encontrar una ley previa que lo autorice, o sea, están impedidas de actuar a menos que una ley así lo permita (principio de vinculación positiva). En suma, solo puede dictar decretos reglamentarios de leyes precedentes que lo autoricen.

Con relación al gobierno, esto significa que el Poder Ejecutivo no puede dictar reglamentos autónomos pues carece de ámbitos de actuación autónoma, salvo los permitidos por la ley.

La Constitución norteamericana de 1787 es un claro ejemplo de monismo legislativo. Asimismo, la ley fundamental de Bonn expresamente recoge este principio: «El poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial a la ley y al derecho» (artículo 20.3 BGG).

## 5.2. Dualista

El dualismo se corresponde con aquel sistema donde existe un principio de legitimación *dual* pues se encuentra repartido en dos polos: el Gobierno (monarca o presidente), por un lado, y Parlamento, por el otro.

Tiene su origen en aquel modelo originado con la Restauración, donde el monarca, por una parte, se conservaba como una fuente de legitimidad propia y anterior a todo lo demás, compartiendo la potestad legislativa con el Parlamento; por otra, cuya legitimidad representativa tenía carácter posterior y actuaba como limitador del primero.

La ley es obra conjunta del Gobierno y del Parlamento, por tanto solo se ocupa de ciertas materias. No tiene a su disposición la totalidad de la vida social. La ley solo puede regular determinadas materias establecidas por la Constitución. Aquí adquiere pleno sentido la *reserva de ley*, es decir, aquellos ámbitos reservados en exclusividad a la regulación por ley. Solo tienen trascendencia de ley aquellas materias relacionadas con la libertad y la propiedad (conocida como la cláusula *Freiheit und Eigentum*), es decir, solo se admite la intervención legal en el ámbito *libertad-propiedad* a través de la garantía que representa la intervención parlamentaria. La materia criminal y la regulación del patrimonio (civil, comercial, fiscal) constituyen los contenidos típicos de ley reservada al Parlamento por su carácter representativo.

Si en relación con los individuos, al igual que el monismo, rige el principio de la libertad (principio de vinculación negativo), en cambio, respecto de los poderes

públicos —en particular, del gobierno—, rige un principio opuesto al monista, puesto que este aquí goza de amplia libertad para obrar, salvo que una ley se lo impida (principio de legalidad negativo). Esto significa que el Poder Ejecutivo puede dictar reglamentos autónomos con la única limitación de que no contradiga lo dispuesto por alguna ley. Goza de espacios propios de autonomía solo limitados por la ley; en consecuencia, puede dictar reglamentos con independencia de la ley, llenando los vacíos normativos (*praeter legem*), sin necesidad de contar con una habilitación previa de la ley, siempre y cuando no se sancione una ley en contrario con posterioridad.

## 6. Modelo argentino

Sobre estas premisas debemos describir el modelo establecido en nuestro país que desde el dictado de la Constitución en 1853 hasta la reforma de 1994 se transformó desde un monismo clásico a un dualismo acentuado.

Sin embargo, conviene echar un vistazo a la evolución de la idea de *ley* a lo largo de nuestra historia. Pueden distinguirse claramente seis períodos en la conformación de nuestro sistema de fuentes.

1. *Revolución de Mayo (1810-1820)*. Nuestro país no fue ajeno a las ideas de la Revolución Francesa. Si bien la Revolución de Mayo recogió buena parte de estas ideas, en un primer momento la cuestión de la ley producto de una asamblea representativa estuvo desdibujada, pues la Junta Superior Gubernativa cumplió un doble papel de gobierno y de legislador, ocupando el mismo lugar ambivalente que le correspondía al virrey en el Antiguo Régimen. Si bien el valor de la ley en el ideario liberal no estaba ausente, tardó en plasmarse en la realidad.

En 1811, por obra de la Junta Conservadora —compuesta por los diputados de algunas provincias— se dictó el Reglamento de División de Poderes, donde se estableció un poder legislativo (provisoriamente a cargo de la dicha Junta hasta la constitución de un Congreso una vez integrados los diputados de todas las provincias), un poder ejecutivo (en manos del triunvirato existente) y un poder judicial.

Sin embargo, fue la Asamblea del Año XIII, que al echar las bases del principio de igualdad (abolición de títulos de nobleza, prohibición de fueros privilegiados y, consecuentemente, de jurisdicciones especiales; libertad de vientres, etcétera), hizo posible la instauración de la idea de ley general y abstracta, igual para todos, en su nueva condición de ciudadanos.<sup>11</sup>

No hay duda de que la idea revolucionaria de *ley* estuvo presente, tal como queda reflejado en el Estatuto Provisional de 1815 cuando, luego de enumerar los derechos de los habitantes (vida, honra, libertad, igualdad, propiedad y seguridad), considera a la libertad como «la facultad de obrar cada uno a su arbitrio siempre

---

<sup>11</sup> La imprecisión conceptual se manifiesta cuando la Asamblea califica como *decretos* a sus decisiones generales y trascendentes.

que no viole las leyes» y entre los deberes, con claro sabor rousseauiano, prescribe que: «Todo hombre en el Estado debe primero sumisión completa a la ley haciendo el bien que ella prescribe y huyendo del mal que prohíbe». Estas mismas fórmulas fueron repetidas por el Estatuto de 1816.

La Constitución de 1819 expresaba con claridad que «El Poder Legislativo se expedirá por un Congreso nacional»<sup>12</sup> (artículo 3) y «Al Congreso corresponde privativamente formar las leyes» (artículo 31), pues «La Nación, en quien reside originariamente la soberanía, delega su ejercicio en el poder legislativo, ejecutivo y judicial» (artículo 56), por tanto, «Ninguna autoridad del país es superior a la ley. Ella manda, juzga y gobierna por la ley» (artículo 57), así como «nadie puede ser privado de algunos derechos sino conforme a las leyes» (artículo 59).

El lugar cimero asignado a la ley por estos documentos constitucionales nos remite a la visión dominante en la Revolución Francesa.

2. *Caudillismo (1820-1853)*. Con la disgregación del poder político en las catorce provincias en que se dividió el territorio nacional, la cuestión del valor de la ley pasó a un segundo plano. A pesar de los esfuerzos de organizar la vida provincial por medio de una Constitución local (Santa Fe, 1919; Tucumán, 1920; Córdoba, 1920; etcétera), estos intentos no prosperaron pues el poder residía en la voluntad del caudillo de cada provincia. Sin embargo, estos procuraban guardar las formas haciéndose elegir por el Cabildo y, luego de su disolución, por la Sala de Representantes. Este órgano débilmente representativo servía de fuente de legitimación política y normativa. La idea de ley como instrumento de transformación de la realidad estaba presente en la vida de los estados provinciales a través de las leyes que fueron sancionando las Salas o Juntas de Representantes de cada provincia durante esos casi treinta años de desarticulación nacional. La ley fue el instrumento que se empleó para dictar estatutos políticos y hasta Constituciones, para organizar los poderes del Estado, para regular las elecciones, para aprobar tratados con otras provincias, para declarar la guerra o aceptar la paz.

3. *Constitucionalización (1853-1930)*. Con el dictado de una Constitución en Santa Fe, en 1853, el orden normativo adquiere una nueva fisonomía que se proyecta tanto sobre el orden nacional como provincial. No solo porque la presencia de una Constitución coloca a la ley en el peldaño inferior (y esta no puede contradecir lo establecido por la ley suprema) sino que la propia Constitución, además, establece el mecanismo de sanción de la ley conforme a un régimen republicano entendido este como división de poderes con un Parlamento de naturaleza representativa encargado del dictado de la ley.

Asimismo encontramos un reconocimiento de la fuerza demiúrgica de la ley en el mandato transformador dado por la Constitución, cuando dispone que: «El

---

<sup>12</sup> Esta fórmula es reproducida por el artículo 9 de la Constitución de 1826, que no reproduce las demás expresiones de la Constitución de 1819 referidas a la ley.

Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos [...]»; que debe «dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social [...]» (artículo 67, inciso 11.º) y «proveer lo conducente a la prosperidad [...] por leyes protectoras a estos fines» (artículo 67, inciso 16.º).

La Constitución federal establece la gradación jerárquica de las fuentes del derecho, determinando la posición que ocupan la ley y los reglamentos del Ejecutivo. Por el artículo 28 le fija el lugar de la ley con relación a la Constitución («Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio»). Ubica en el grado inferior a los decretos del Poder Ejecutivo: «El presidente de la Nación [...] expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias» (artículo 86, inciso 2.º).

Este es el orden jerárquico normativo fijado por la Constitución, según lo consagra el artículo 31: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación».<sup>13</sup> Adviértase cómo se asigna a la ley un valor superlativo dentro del ordenamiento jurídico, sometido a la condición que esté conforme a la Constitución: solo así gozará de esta posición superior no solo respecto a las restantes normas del orden jurídico federal sino también de los ordenamientos normativos provinciales. De este modo ha quedado establecido un principio jerárquico dentro del ordenamiento normativo, es decir, se fijó la jerarquía de las fuentes del derecho.

El modelo adoptado por la Constitución de 1853 era de un monismo atenuado:<sup>14</sup> solo al Parlamento se le reconocía la capacidad de dictar leyes. Incluso se establece claramente las materias reservadas a las leyes, para lo cual recurre al empleo de diversas fórmulas: a) unas veces de forma enfática alude a «leyes del Congreso» (artículos 3, 4, 7, 21, 31, 41, 102, 103); b) otras veces, sin mencionar al Congreso, indica de manera explícita la necesidad del dictado de una ley (artículos 15; 17; 18; 20; 44; 52; 66; 67, incisos 11, 16-28; 86, incisos 2.º-4.º, 7.º-9.º, 13.º; 87; 93; 96; 100; 108; 109); c) otras veces acude a una fórmula elíptica indicándola como una atribución asignada al Congreso la que necesariamente necesita ser concretada con el dictado de una ley (artículos 4; 9; 13; 17; 24; 30; 37; 67, inciso 24.º; 75; 86, incisos 18.º-21.º; 94; 101; 107; 108).<sup>15</sup> También es cierto que existen algunos artículos que

<sup>13</sup> No abordamos aquí la cuestión del lugar de los tratados dentro del ordenamiento normativo, sobre todo después de la reforma de 1994, por no ser el tema específico de este trabajo.

<sup>14</sup> Decimos *atenuado* porque, a diferencia de los Estados Unidos, se admitió que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos reglamentarios y reglamentos autónomos (artículo 86, incisos 1.º y 2.º).

<sup>15</sup> Dentro de este grupo debemos incluir al artículo 5 en su versión original de 1853, dictado por Congreso General Constituyente de Santa Fe: «Las Constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación». Estas revisiones se hicieron efectivas a través del dictado de una ley para cada provincia.

cuando hablan de *ley*, en realidad aluden a un contenido más amplio o ley en sentido material: los artículos 14, 14 *bis*, 16 y 28).<sup>16</sup>

4. *Desconstitucionalización (1930-1983)*. Sin poder detenernos aquí en este período de eclipse del Estado constitucional, solo señalaremos que a partir de fines de la década de los cincuenta hasta la reconstitucionalización en 1983, el Estado constitucional de derecho fue sustituido por el Estado administrativo de derecho. Las leyes de contenido administrativo ocuparon el lugar de la Constitución. Fueron los años del gran desarrollo del derecho administrativo en Argentina. Sin embargo, este Estado autoritario recurrió a la noción de ley dictada por el jefe de Estado (obviamente no sancionada por el Congreso, pues prácticamente no había funcionado) como instrumento de regulación de la normativa administrativista. Este fue un intento, ciertamente perverso, de juridizar, de manera imperfecta e insuficiente, la actividad de un Estado que carecía de Constitución, como con tanto dolor se comprenderá más tarde. Estas «leyes», siempre que se conformaran a los postulados del régimen militar imperante, podían contradecir abiertamente la Constitución sin que nadie pudiera invalidarlas, pues se había establecido una administración de justicia condescendiente con el régimen.

5. *Democratización (1983-1994)*. Con la democratización iniciada en 1983 se restableció la vigencia de la Constitución de 1853 y con esta, inexorablemente, se rehizo la cadena de la jerarquía normativa, con la Constitución a la cabeza y un Poder Judicial controlador de la constitucionalidad de las leyes y restantes normas.

Sin embargo, durante este período el Poder Ejecutivo comenzó a hacer uso de dos instrumentos con valor de ley que desnaturalizaron en la práctica el sistema fijado por la Constitución: a) el creciente dictado de decretos de necesidad y urgencia (DNU) por el presidente,<sup>17</sup> y b) el excesivo empleo de la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo.<sup>18</sup> Esto, en definitiva, significó el uso habitual de atribuciones legislativas por el Poder Ejecutivo, lo que finalmente fue recogido por la reforma constitucional de 1994.

---

<sup>16</sup> Cf. María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 66.

<sup>17</sup> Desde 1853 a 1983, los 23 presidentes constitucionales, en 130 años, solo recurrieron 18 veces un DNU. El gobierno de Alfonsín (1983-1989) dictó diez DNU. El presidente Menem (1989-1999) se llevó el campeonato con 308 DNU. Luego los presidentes De La Rúa (1999-2001) con 44 DNU, Duhalde (2001-2003) con 147 DNU y Kirchner (2001-2006) con 136 DNU.

<sup>18</sup> Como un resabio de un Estado administrativo, en 1989 se llevó a cabo una gran transformación del sector público estatal a través de dos leyes que conducían a una notable delegación legislativa, las sedicentes leyes de «Reforma del Estado» (ley 23696) y de «Emergencia económica» (ley 23697). Un intento de reforma estatal desde el derecho administrativo con prescindencia de la Constitución, lo que en definitiva allanará el camino para la reforma constitucional de 1994. A este listado de desprendimiento de facultades del Congreso puede sumarse la ley 25453 «Déficit cero», la ley 24153 de «Equilibrio fiscal» (modificatoria del artículo 34 de la Ley de Administración Financiera).

Las graves crisis económicas de mediados de 1988 y de principios de 1989 marcaron el inicio de un cambio de modelo en el sistema de fuentes de la ley en nuestro país.

6. *Reforma constitucional de 1994 (dualismo atenuado)*. La reforma de 1994 materializó una práctica ya frecuente en nuestro sistema, caracterizada por la activa participación del Poder Ejecutivo en el dictado de normas con fuerza de ley. Así quedaron consagrados, expresamente, la delegación legislativa (artículo 76) y los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º) a favor del Poder Ejecutivo, y de este modo se produjo un corrimiento hacia un modelo dualista como sistema de fuentes de la ley.

Quizás pueda interpretarse este cambio a partir de la conformación de un sistema de legitimación dual por nuestra Constitución, el Congreso y el presidente; de allí que estos centros que gozan de legitimidad democrática compartan la facultad legislativa.<sup>19</sup>

Veamos cómo se estructura este dualismo atenuado<sup>20</sup> como modelo de producción legislativa la reforma constitucional de 1994.

a. *Congreso*. El centro de formación de las leyes sigue siendo el Congreso. Ello se recoge en las siguientes notas.

a.1. El Congreso conserva su potestad legislativa originaria. Esto surge del artículo 44 cuando inviste del Poder Legislativo a «un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires», ratificado por dos principios enfáticos establecidos en los artículos 76 («Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo [...]») y, especialmente, 99, inciso 3.º («El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente [...]»).

a.2. Origen democrático de la ley. El principio liminar de que la ley es la expresión de la voluntad popular expresada en el Congreso se funda en los artículos 1.º («La Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal, según lo establece la presente Constitución»), 33 («Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, porque nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno»), 37 («Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia») y 38 («Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático»). El principio republicano

---

<sup>19</sup> Por ello algunos autores han definido a nuestro sistema como de preponderancia presidencial (Lambert, 1973) o *democracia delegativa* (O'Donnell, 1992).

<sup>20</sup> En igual sentido véase Mario Midon: *Manual de derecho constitucional argentino*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 743.

es entendido como división de poderes, con un Poder Legislativo encargado del dictado de las leyes y con origen democrático y popular.

a.3. Fuente representativa. Asimismo, el principio representativo encarnado en el Parlamento se hace presente en el artículo 1.º ya citado y en el artículo 22 («El pueblo no *delibera* ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución»).

a.4. Principio de la libertad. El presupuesto de la libertad de los particulares (principio de vinculación negativa), solo restringida por la ley, está consagrado por el artículo 19 («Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será *obligado a hacer lo que no manda LA LEY ni privado de lo que ella no prohíbe*») integrado con el artículo 28 («Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*»).

a.5. La superioridad de la ley del Congreso respecto de las restantes normas inferiores del ordenamiento jurídico está fijada por el artículo 31 («[...] las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso [...] *son la ley suprema de la Nación*»).

a.6. La fuerza transformadora de la ley aparece claramente expresada en artículos tales como el 24 («El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación»), el artículo 75, incisos 12.º («Dictar los códigos [...]»), 18.º («Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] por leyes protectoras a estos fines [...]»), 19.º («Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social [...]. Sancionar leyes de organización y de base de la educación [...]»), 23.º («Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución [...]»), 32.º («Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina»).

a.7. Finalmente, el carácter dualista del sistema se patentiza por el uso abundante de la modalidad de *reserva de ley*, es decir, asuntos o materias reservadas en exclusivo para el Congreso, o sea que no puede ser motivo del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo.

Así, la Constitución reserva con exclusividad al Congreso el dictado de las siguientes *leyes especiales*: 1. sobre la Capital Federal (artículo 3); 2. sobre contribuciones fiscales (artículo 4); 3. sobre actos y procedimientos judiciales interjurisdiccionales (artículo 7); 4. tarifas aduaneras uniformes (artículos 9 y 75, inciso 1.º); 5. creación de nuevas provincias (artículo 13); 6. indemnización por liberación de esclavos (artículo 15); 7. expropiación y calificación de utilidad pública (artículo 17); 8. propiedad intelectual (artículo 17); 9. procedimiento de allanamiento de domicilio y apertura de correspondencia (artículo 18); 10. sobre servicio militar (artículo 21);

11. reforma constitucional (artículo 30); 12. sobre ética pública (artículo 36); 13. reglamentación de la iniciativa legislativa popular (artículo 39); 14. reglamentación de la consulta popular (artículo 40); 15. presupuestos mínimos de protección ambiental (artículo 41); 16. procedimiento de prevención y solución de conflictos relacionados con el consumo (artículo 42); 17. registro de asociaciones de consumidores y de derechos de incidencia colectiva; 18. número de habitantes por diputado nacional (artículo 45); 19. elección de diputados (artículo 49); 20. fijación de las dietas de legisladores (artículo 74); 21. régimen de coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2.º); 22. transferencia de competencias a las provincias (artículo 75, inciso 2.º); 23. organismo fiscal federal (artículo 75 inciso 2.º); 24. asignaciones específicas de recursos coparticipables (artículo 75, inciso 3.º); 25. presupuesto anual de recursos y gastos (artículo 75, inciso 8.º); 26. Códigos Civil, Penal, de Comercio, de Minería y de Seguridad Social (artículo 75, inciso 12.º); 27. sobre bancarrotas (artículo 75, inciso 12.º); 28. de naturalización y nacionalidad (artículo 75, inciso 12.º); de juicio por jurados (artículo 75, inciso 12.º); 29. gobierno de los territorios nacionales (artículo 75, inciso 15.º); 30. protección de la prosperidad y el progreso (artículo 75, inciso 18.º); 31. organización y bases de la educación (artículo 75, inciso 19.º); 32. protección cultural y artística (artículo 75, inciso 19.º); 33. aprobación de tratados (artículo 75, inciso 22.º); 34. promoción de igualdad real y protección de niños y embarazadas (artículo 75, inciso 23.º); 35. aprobación de tratados de integración (artículo 75, inciso 24.º); 36. cuestiones relativas a la capital y establecimientos de utilidad nacional (artículo 75, inciso 30.º); 37. sobre Auditoría General de la Nación (artículo 85); 38. sobre el Defensor del Pueblo (artículo 86); 39. acefalía del Poder Ejecutivo (artículo 88); 40. regulación de los DNU (artículo 99, inciso 2.º); 41. de ministerios (artículo 100); 42. sueldos de los ministros (artículo 107); 43. organización de la justicia nacional (artículo 108); 44. remuneración de los jueces (artículo 110); 45. Consejo de la Magistratura (artículo 114); 46. jurado de enjuiciamiento de magistrados judiciales (artículo 115); 47. juicios criminales contra el derecho de gentes (artículo 118); 48. delito de traición (artículo 119); 49. organización del Ministerio Público (artículo 120); 50. intereses nacionales en la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129).

De este modo, la Constitución efectúa una clara reserva de ley a favor del Congreso en cincuenta asuntos que no pueden ser objeto de regulación por el Poder Ejecutivo, ya que se hallan asignados con exclusividad al Congreso. De hecho, esto ha sido respetado, ya que todas estas materias fueron objeto de leyes del Congreso.

*b. Poder Ejecutivo.* En el sistema diseñado por la Constitución, el presidente no tiene una potestad legislativa amplia, originaria, *per se*, como es propia del modelo dualista, heredero de la monarquía. Por eso podemos calificarlo como dualismo atenuado.

b.1. Al Poder Ejecutivo solo se reconoce capacidad de dictar normas con valor de ley: a) cuando los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes



resultasen imposibles, b) no se trate de materia penal, tributaria, electoral o sobre partidos políticos (artículo 99, inciso 3.º).

La cuestión reside en definir si toda y cualquier otra materia, no relacionada con las cuatro prohibidas, puede ser motivo de un DNU del Poder Ejecutivo. Si se partiese del principio de vinculación negativo (monismo), esta facultad le estaría vedada. Pero partiendo del hecho de que la reforma de 1994 ha consagrado un sistema dualista (principio de vinculación positiva), el Poder Ejecutivo no puede abordar materias que han sido objeto de expresa reserva de ley del Congreso pues, precisamente, por eso la Constitución se ha ocupado de establecerlas explícitamente.

b.2. El Poder Ejecutivo, dentro del sistema constitucional, participa en la formación de las leyes a través de la iniciativa (artículo 77) y del veto (artículos 78, 80 y 83). En consecuencia, el Ejecutivo tiene la posibilidad de presentar proyectos de ley sobre asuntos que solo pueden ser objeto de regulación por ley del Congreso. Asimismo, la Constitución le reconoce la facultad exclusiva al Poder Ejecutivo, a través del jefe de Gabinete, para presentar el proyecto de ley de ministerio y el presupuesto anual (artículo 100, inciso 6.º).

También puede vetar algún proyecto de ley que pertenezca a las materias reservadas al Congreso. Incluso puede llegar a vetarlo parcialmente y, además, promulgarlo parcialmente. Esta facultad, introducida por la reforma de 1994, amplía notablemente la capacidad de conformación y disposición del Ejecutivo (artículo 80). Pero aun así no puede por sí dictar DNU sobre las materias reservadas a la ley.

b.3. Asimismo se admite que el Ejecutivo tiene la facultad de dictar decretos reglamentarios «para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando en no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias» (artículo 99, inciso 2.º). Esto supone la preexistencia de una ley que requiera o establezca la necesidad de su reglamentación por el Poder Ejecutivo. Esto ya había sido admitido, sin controversia, por la Constitución con anterioridad a la reforma de 1994.

b.4. La potestad legisferante del Ejecutivo resulta más evidente en materia de reglamentos autónomos permitida expresamente por los artículos 99, inciso 1.º, y 100, incisos 1.º y 2.º, con relación al jefe de Gabinete. Esta atribución nos marca la presencia de un campo de producción normativa autónoma por el Poder Ejecutivo. Por tanto, no requiere de una ley previa habilitante respecto de aquellas materias que se conocen como reserva de la administración. Esta atribución constituye un clara nota de dualismo dentro de nuestro sistema de fuentes que ya viene receptado desde la Constitución de 1853.

b.5. Aunque la Constitución comienza con una enfática prohibición de delegar facultades legislativas (artículo 76: «Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo [...]») termina por aceptarlas bajo ciertas circunstancias. Claro que en la delegación legislativa el Congreso no está ausente, ya que esta solo es posible por decisión del propio Poder Legislativo a través de una ley, siempre y cuando se trate de «materias determinadas de administración o de emergencia pública». Cuestión

aparte es si el Congreso puede delegar en el Ejecutivo materias propias fijadas como reserva de ley por la Constitución. En principio esto no es posible. Pero si se trata de determinadas materias de administración, aunque sean asuntos reservados a la ley, podrían ser objeto de una delegación legislativa del Congreso para su reglamentación por decreto delegado (en los términos y bases de la delegación) por el Ejecutivo.

b.6. Existe un ámbito vinculado a *situaciones de emergencia*, dentro del cual el Ejecutivo puede ejercitar funciones legislativas *per se*. Tales son los DNU (que ya nos hemos ocupado con cuatro materias excluidas), la intervención federal y el estado de sitio. Estas dos últimas medidas, desde la reforma de 1994, requieren ley del Congreso y solo por excepción el Poder Ejecutivo puede adoptar esta decisión.

La intervención federal en caso de receso del Congreso puede ser dispuesta por el presidente, quien deberá convocar simultáneamente al Congreso para su ratificación (artículo 99, inciso 20.º), pues si el Congreso se encuentra en actividad le corresponde a este por ley (artículo 75, inciso 31.º). De modo análogo, el Estado de sitio solo puede ser declarado por el Poder Ejecutivo si estuviese en receso el Congreso y se trata de un caso de conmoción interior (artículo 99, inciso 16.º *in fine*), pues si fuese por ataque exterior debe recabar el acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 16.º, primera parte).

En resumen, a partir de la reforma de 1994 el sistema de producción legislativa reconoce dos fuentes: en primer término, el Congreso, al que se reserva con carácter exclusivo la regulación por ley de ciertas y determinadas materias (reserva de ley) y, en segundo lugar, el Poder Ejecutivo, al que se reconoce la facultad de dictar normas con fuerza de ley en ciertas circunstancias.<sup>21</sup> En consecuencia, tan legítima y válida resulta la elaboración de materia legislativa del Congreso como, en el marco de su habilitación constitucional, del Poder Ejecutivo. Sin embargo, para este último caso se advierte una clara preocupación de la Constitución por dar intervención al Congreso cuando el Poder Ejecutivo ejercita facultades legislativas.

a) en el caso de legislación delegada hay una intervención previa y posterior al dictado del reglamento delegado. Con carácter previo, al dictarse la ley que formula la delegación el Congreso no solo debe encuadrarse en los supuestos habilitantes («materias determinadas de administración<sup>22</sup> o de emergencia pública») sino que además debe fijar las bases y el plazo de caducidad (artículo 76) y, con posterioridad, cuando interviene a través de la comisión bicameral permanente, examina el decreto delegado (procedencia formal, adecuación a la materia y bases, y al plazo de

---

<sup>21</sup> Para ampliar sobre estas fórmulas véase Francisco Rubio Llorente: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983, pp. 417-432. También *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 283-297.

<sup>22</sup> El Congreso se preocupó por definir lo que debe entenderse por *materias determinadas de administración* al sancionar la primera ley de prórroga del plazo de caducidad (25148/99), en cuyo artículo 2 enumera seis supuestos, que los reprodujo en las tres leyes de prórroga sucesivas.

ejercicio) y seguidamente es aceptado o rechazado por el plenario de cada Cámara (artículo 100, inciso 12.º, y artículos 11, 12 y 13 de la ley 26122) por medio del dictado de una ley. Incluso, recordemos, la disposición transitoria octava dispuso la caducidad en agosto de 1999 de la legislación delegada preexistente que no tuviera plazo establecido, lo que requirió que se dictara una ley ratificando la vigencia de aquella desde entonces, lo que se viene haciendo periódicamente desde 1999 (leyes 25148/99, 25645/02, 25918/04 y 26135/06 que la prorrogó por tres años hasta el 24 de agosto de 2009). Incluso más, a fin de subrayar su posición preeminente, todas estas leyes comienzan afirmando en su artículo 1.º: «Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo [...]».

b) En el caso de DNU, por expresas disposiciones constitucionales —artículos 99, inciso 3.º, y 100, inciso 13.º— el control del Congreso, si bien es posterior, se ejecuta a través de la comisión bicameral permanente que deberá controlar la adecuación del DNU a los requisitos formales y sustanciales (artículo 99, inciso 3.º) y, además, debe ser luego aprobado por el plenario de cada Cámara, a través de una ley.

En suma, el Congreso, por disposición de la Constitución, ratificada por la ley 26122, a través de decisiones adoptadas por cada una de las Cámaras, tiene la facultad de aceptar o rechazar el texto presentado por el Poder Ejecutivo por mayoría absoluta de miembros presentes (artículo 23); en este último caso, el rechazo equivale a su derogación (artículo 24).<sup>23</sup> En conclusión, a pesar de haberse legalizado el empleo de DNU y de legislación delegada, como atribuciones de naturaleza propiamente legislativa por el Poder Ejecutivo, la Constitución reservó al Congreso la facultad de controlar el cumplimiento de los recaudos constitucionales y de revocar tales normas legales. Por esta razón, el dualismo de fuentes legislativas (Congreso-Poder Ejecutivo) dispuesto por nuestra Constitución es de carácter atenuado con preeminencia final del Congreso.

Por otra parte, no debemos olvidar que nuestro sistema federal establece una limitación a la potestad legisferante del gobierno, e incluso del Parlamento, ya que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución a la federación (artículo 121); por lo tanto, ni el Congreso ni el presidente están investidos de una competencia general y amplia, sino solo aquella que encuentre su fundamento en atribuciones expresamente reconocidas por la Constitución (artículos 75, inciso 32.º, y 99).<sup>24</sup>

En el ámbito provincial las Constituciones pueden organizar su sistema de fuentes del derecho de manera autónoma. Así tenemos un monismo puro en Córdoba (artículo 77: «El Poder Legislativo de la provincia es ejercido por una Legislatura de

<sup>23</sup> El Congreso ha puesto igual celo en el control de las promulgaciones parciales hechas por el Ejecutivo (artículos 80 y 100, inciso 13.º) a las cuales se aplica el mismo procedimiento previsto para los DNU y legislación delegada.

<sup>24</sup> Cf. Jorge H. Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pp. 135 ss.

una sola Cámara [...]»; artículo 110: «Corresponde a la Legislatura provincial: inciso 1.º Dictar *todas las leyes* que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu») que no reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de dictar DNU o legislación delegada, solo admite el veto o promulgación parcial por el Poder Ejecutivo (artículo 109, *in fine*, conc. artículo 144, inciso 5.º). En el otro extremo, denotando un acentuado dualismo, la provincia de Salta: «Corresponde al Poder Legislativo: inciso 28.º Sancionar las otras leyes previstas en la Constitución y las que se relacionen con todo interés público general de la provincia que, por su naturaleza y objeto no correspondan a la Nación o que no fueren atribuciones propias de los otros poderes del Estado provincial» (artículo 127). Por su parte, al referirse a las atribuciones y deberes del gobernador, dispone que: «El gobernador, o su reemplazante legal, tiene las siguientes atribuciones y deberes: [...] inc. 18.º Adopta las medidas necesarias para conservar la paz y el orden público por todos los medios que no estén expresamente prohibidos por la Constitución y leyes vigentes», para concluir en una amplia atribución de facultades para dictar DNU al gobernador: «En caso de estado de necesidad y urgencia, o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Poder Ejecutivo, en acuerdo general de ministros, y previa consulta oficial al fiscal de Estado y a los presidentes de ambas Cámaras legislativas, *puede dictar decretos sobre materias de competencia legislativa*». Como se advierte, resultan sumamente amplias no solo las circunstancias que habilitan el dictado de DNU («caso de estado de necesidad y urgencia, o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales») sino también las materias que pueden ser objeto de un DNU (cualesquiera «materias de competencia legislativa»).

## Conclusión

A partir de la reforma de 1994 ha quedado establecido en nuestra Constitución un sistema dualista atenuado de fuentes legislativas a cargo del Congreso, con materias reservadas a la ley, y del Poder Ejecutivo, en circunstancias especiales.

Sin embargo, es tan numerosa la cantidad de leyes y disposiciones con fuerza de ley actualmente vigentes que la sociedad moderna se enfrenta a un verdadero *mare magnum* normativo,<sup>25</sup> que demanda un replanteo y ordenación de las fuentes del derecho que nos permita alcanzar mayor certeza y seguridad jurídicas.

La ordenación y sistematización de las normas legales se ha vuelto una necesidad en las sociedades modernas. Se ha vuelto a hablar de la *recodificación*. Dentro de esta corriente debemos situar la ley 24967, que dispuso la elaboración del

---

<sup>25</sup> Véase Eduardo García de Entrerría: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

«Digesto jurídico argentino» a cargo de una comisión de juristas.<sup>26</sup> Todo este esfuerzo revela la importancia y valor superior de la ley. Se busca contar con unas pocas leyes, sistematizadas y ordenadas; que permita a la ley cumplir con el cometido ordenador dentro de la sociedad. Parecería que ha empezado a tomarse conciencia del valor agregado que aporta la ley porque todo el esfuerzo es para reducir el galimatías normativo en que se encuentran inmersas las sociedades modernas a unas pocas leyes simples y conocidas.

Asimismo, dado que la Constitución por su rigidez y laconicidad solo puede fijar pautas generales para la transformación social, la ley desde su posición superior constituye el instrumento más idóneo para los cambios políticos, sociales y económicos que demanda cada tiempo. La ley aporta no solo la autoridad política de su origen representativo-democrático sino la fuerza normativa superior que brinda su superioridad jurídica, que obliga a los restantes grados de producción normativa a acomodarse a sus mandatos, so pena de invalidez, bajo la sola condición de que la ley respete aquellas pautas establecidas por la Constitución.

Da la impresión de que ha comenzado a reconocerse, en definitiva, el importancia de la intervención del Poder Legislativo para la consolidación, consistencia y perdurabilidad de las leyes en un Estado democrático. Casi nos animaríamos a decir que esta mayor solidez normativa con que está dotada la ley proviene de dos vertientes: a) la dificultad propia de edificar el consenso por un cuerpo múltiple que así como resulta trabajoso construir la mayoría necesaria para adoptar una decisión es altamente previsible que en el mediano plazo se tenga la misma dificultad para conformar una mayoría opuesta que revoque y modifique aquella decisión tomada. La *sage lenteur* del legislador que nos recordaba Haurriou adquiere hoy vital significación. Pero además, b) la ley del Parlamento aporta un ingrediente central en una democracia deliberativa: la discusión pública, la deliberación como método de aproximación a la verdad, como manifestación de una racionalidad verificable y compartida, de respeto de las minorías en un clima de libertad de expresión y de debate garantizadas por disposiciones constitucionales y los reglamentos parlamentarios, cumplen una función legitimadora, esencial en nuestra democracia. Un paso importante en este sentido fue la prohibición de leyes secretas (casi un contrasentido) y la pérdida de tal condición de aquellas sancionadas como secretas (ley 26134 del 25.8.2006).

---

<sup>26</sup> La comisión de juristas se integró el 25.8.2004 y disponía de un año para su trabajo pero por decreto 1023/2005 se prorrogó por un año adicional. La misma problemática se presentó en diversos países. Estados Unidos desde 1926 se publica el United State Code (USC), que es una recopilación de todas las leyes federales a cargo de un *Revisor of Statutes* nombrado por el Congreso y que se actualiza cada seis años. Francia creó en 1958 la Comisión Superior de Codificación, que ha dictado varios Códigos (de propiedad intelectual, de consumo, de jurisdicción financiera, de corporaciones locales, etcétera). España creó en 1997 la Comisión General de Codificación.

La *dignidad de la ley* proviene no solo de su contenido material y de la legitimidad derivada del órgano de representación popular del cual emana, sino, también, sobre todo, por la perdurabilidad temporal de su mandato, lo que equivale a seguridad y certezas jurídicas; en definitiva, el antiguo y siempre presente reclamo desde el nacimiento de las sociedades democráticas fundadas en la libertad y la igualdad. A tal efecto, la ley se convierte en el instrumento insustituible para la construcción de una sociedad libre y justa.

Alberto Ricardo Dalla Via\*

# El imperio de la ley como fundamento de la seguridad jurídica e institucional

## 1. El imperio de la ley y el Estado de derecho

Los conceptos de *imperio de la ley* y de *Estado de derecho* (*rule of law*, *État de Droit*, *Rechtstaat*) no solamente no son sinónimos sino que además cada uno de estos términos se encuentra sujeto a disputas sobre su definición normativa. Puede sin embargo afirmarse que la mayoría de las definiciones tiene un núcleo o denominador común, cual es que el sistema legal es un sistema jerárquico ordenado a partir de una Constitución que aspira a su completitud como sistema a través de la existencia de principios lógico-formales que se ordenan conforme a la lógica de los antecedentes y que contiene normas de clausura del mismo sistema.<sup>1</sup>

De tal manera resulta que las relaciones entre reglas legales se rigen entre ellas mismas, conforme a preceptos jurídicos y que no cabe lugar para el arbitrio o el capricho con que un actor en particular pudiera justificadamente cancelar o suspender las reglas que gobiernan su desempeño. De modo que puede afirmarse que en un Estado de derecho no queda lugar para el accionar discrecional y que ni siquiera los funcionarios más encumbrados de un gobierno o sistema político pueden actuar

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Belgrano. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Maestría en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> H. L. Hart: *El concepto de derecho*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

*de legibus solutus*. Como bien afirma Joseph Raz, «el gobierno habrá de regirse por la ley y estar sujeto a ella», incluyendo «la creación de derecho que está en sí mismo legalmente regulado».<sup>2</sup>

También debe señalarse que el sistema legal o el estado legal es un aspecto del orden social global que, cuando funciona correctamente, confiere definición, especificidad, claridad y, por lo tanto, predictibilidad a las relaciones humanas. Este aspecto se relaciona directamente con la seguridad jurídica, concepto que a su vez se relaciona con la idea de certeza o de previsibilidad por la que tanto abogaron autores como Hans Kelsen desde la filosofía del derecho, o Max Weber desde la sociología.

La seguridad es un valor fundamental, constituye una condición indispensable para vivir en una sociedad medianamente organizada; sin ella no pueden existir otros valores básicos, no habría derecho estable ni sería posible la justicia distributiva. Para que el derecho sea realidad necesita contar con el elemento seguridad que le permita aplicarlo. Él dará nacimiento a la norma que se impone coactivamente; esta no se puede detener ante la voluntad del sujeto, sino que obliga a respetarla. Cuando no se cuenta con la seguridad para obtener el cumplimiento de una obligación normativa o lo que se convenga legalmente con base en ella, se atenta contra la estabilidad. Decía Recanses Siches:

[...] no hay derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no basta con crear un orden cierto y seguro, pues este debe ser, además, justo. Pero no puede haber justicia donde no hay seguridad. Por lo tanto, podríamos decir que cabe que haya un derecho —orden de certeza y con seguridad impuesta inexorablemente— que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad.<sup>3</sup>

Puede resumirse que la existencia del valor seguridad es indispensable y que este consiste en fijar un mínimo de certidumbre para aquellos que concluyen un acuerdo, lo que excluye el azar o cualquier factor que origine discusiones o debates, como sería confiar su observancia a la voluntad de cualquiera de las partes o del juzgador. La inseguridad nace en el mismo momento en que se introducen en las leyes conceptos imprecisos que hagan depender el ejercicio de un derecho del arbitrio subjetivo de una persona, así sea un juez.

Retornando a los dichos del autor antes citado:

El Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para calmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase.<sup>4</sup>

Para obtener resultados en términos de seguridad jurídica, Joseph Raz ha señalado que es condición necesaria que las leyes tengan ciertas características que

<sup>2</sup> Joseph Raz: *La autoridad del derecho*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

<sup>3</sup> Luis Recanses Siches: *Tratado general de filosofía del derecho*, 10.ª edición, México, 1991.

<sup>4</sup> *Ibidem*.



el propio autor ha sistematizado: 1. todas las leyes deben ser prospectivas, públicas y claras; 2. las leyes deben ser relativamente estables; 3. la confección de leyes particulares debe estar guiada por reglas generales públicas, estables y claras; 4. la independencia del Poder Judicial debe estar garantizada; 5. deben observarse los principios de la justicia natural (audiencias abiertas y equitativas y ausencia de sesgos); 6. los tribunales deben tener poder de revisión para asegurar la conformidad con el imperio de la ley; 7. los tribunales deben ser fácilmente accesibles; y 8. no debe permitirse que la discrecionalidad de las instituciones de prevención del delito pervierta la ley.

En un interesante trabajo, señala Guillermo O'Donnell que, desde una perspectiva de la teoría de la democracia, el imperio de la ley o el Estado de derecho debería ser visto no solo como una característica genérica del sistema legal y del desempeño de los tribunales sino también como el gobierno de un Estado democrático con base legal. Esto implica la existencia de un sistema legal que sea en sí mismo democrático en tres sentidos: primero, que haga respetar las libertades y las garantías políticas de la *poliarquía*; segundo, que haga respetar los derechos civiles de toda la población; tercero, que establezca redes de responsabilidad y *accountability* que impliquen que todos los agentes, públicos y privados, incluidos los funcionarios en los puestos más altos del régimen, estén sujetos a controles adecuados y establecidos por ley de la legalidad de sus actos. Si satisface estas tres condiciones, el Estado no es tan solo un Estado regido por la ley; es un Estado democrático de derecho.<sup>5</sup>

Deben vincularse también los conceptos de *buen gobierno* y de *calidad de la democracia*, toda vez que la consolidación de las reformas económicas y la puesta en marcha de un contexto de alta competencia requiere de una dosis de alta transparencia y *accountability*. La idea de *buen gobierno* remite a una noción actualizada de la idea tradicional de *gobierno*. Contribuyen a la nueva configuración semántica tanto la convergencia de nuevos valores, como nuevas elaboraciones conceptuales, nacidas de una reconstrucción racional de la vasta experiencia histórica del Estado democrático contemporáneo en sus tres variantes fundamentales: la democracia liberal, la democracia republicana y la democracia deliberativa propia de los modernos debates sobre la justificación racional de la democracia.<sup>6</sup>

## 2. Anomia y seguridad jurídica

Si bien importantes autores han expresado distintos conceptos de seguridad jurídica, sería muy extenso referirse a ellos. Tampoco deseamos encerrarnos en una

---

<sup>5</sup> Guillermo O'Donnell: «Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina», en J. E. Méndez, G. O'Donnell y P. S. Pinheiro (eds.): *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

<sup>6</sup> Enrique Zuleta Puceiro: *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

definición en particular. Preferimos optar por una descripción conceptual que nos libere de dogmatismos al tiempo que nos permita expresar la idea con precisión y claridad.

La noción de seguridad jurídica aparece enunciada por primera vez por un gran jurista de la escuela de los posglosadores, Baldo de Ubaldis, quien ya en los albores del Renacimiento defendió ardorosamente como fines del Estado no solamente la tranquilidad y la paz sociales, proclamadas por Santo Tomás de Aquino, sino también la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del estatus de cada persona, considerada libre de querer, de obrar y de disponer de sí y de sus bienes, acentuando ampliamente el valor de las relaciones jurídicas y exigiendo la plena tutela de los derechos adquiridos.<sup>7</sup>

Pero serán los filósofos iluministas quienes difundan esta idea. En *El espíritu de las leyes* decía Montesquieu: «La libertad política consiste en la seguridad». Esos valores se garantizaban a través de la aplicación del principio de la legalidad y de la división de los poderes del Estado como protección de los ciudadanos contra el arbitrio de sus gobernantes.<sup>8</sup>

La inviolabilidad de la propiedad aparece también en esta filosofía del constitucionalismo liberal, directamente relacionada con los principios de libertad y seguridad como derechos naturales del hombre y por consistir en uno de los objetivos económicos de la ascendente burguesía revolucionaria.<sup>9</sup>

El doctor Segundo V. Linares Quintana destaca que el concepto está expresado en numerosos antecedentes constitucionales, como el Decreto de Seguridad Individual del 26 de noviembre de 1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio del Congreso Constituyente del 3 de diciembre de 1817, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826.<sup>10</sup>

Si bien nuestra Constitución nacional no menciona a la seguridad jurídica de manera expresa en la parte dogmática, el principio forma parte de la norma constitucional de manera implícita, a través del artículo 33 y directamente relacionada con las disposiciones de los artículos 14, 17 y 18.

Como señalara el doctor Julio C. Cueto Rúa:

[...] En momentos de confusión, de intolerable fractura de la continuidad del sistema institucional, económico o social, los argentinos hemos experimentado, casi al rojo vivo el incanjeable beneficio que representa convivir con la seguridad jurídica. La destrucción material y moral que importó durante décadas la inflación, la ausencia

---

<sup>7</sup> Así lo explica Luis Legaz y Lacambra en su *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1943, cap. V.

<sup>8</sup> Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, libro XII, cap. II, p. 234.

<sup>9</sup> Legaz y Lacambra: *Introducción...*, o. cit.

<sup>10</sup> Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. VI, 8.ª edición.

de representatividad de la moneda y la inestabilidad de los negocios han sido ejemplar evidencia de lo que afirmamos.<sup>11</sup>

Si bien existe una idea de seguridad jurídica, esto no impide que existan diferentes puntos de vista o *enfoques* sobre aquella, que parten desde el observador. A continuación nos referimos a algunos de ellos, sin pretender agotar la materia.

a. Desde una perspectiva sociológica de carácter amplio, la seguridad jurídica puede identificarse con el grado de acatamiento al ordenamiento jurídico que tenga una determinada sociedad. En un trabajo reciente, el doctor Carlos S. Nino sostiene que la tendencia a la *anomia*, o el elevado grado de incumplimiento de las normas, sean estas jurídicas o convencionales, es una de las características de la sociedad argentina que explican nuestro subdesarrollo como nación. Según Nino, tales conductas además de ser violatorias de normas en el sentido formal, resultan disfuncionales en términos de beneficio social.<sup>12</sup>

La *anomia* en el terreno económico se ha expresado en la existencia de una *economía informal* que en la Argentina alcanzó niveles muy altos, según lo indica un libro de Adrián Guisarrí.<sup>13</sup>

b. Desde el punto de vista de la filosofía política, la seguridad jurídica ha sido expresada en términos de doctrina para fundamentar la obligación política, vinculándose su origen con la pretensión de imponer un orden incontrovertible e invulnerable. Así fue expresado por Bodin en cuanto a la aplicación de la idea de *soberanía* hacia el interior de la comunidad, y en sentido parecido se expresa la tesis de Hobbes en *Leviatán*, en tanto el poder del monarca dura mientras sea capaz de dar seguridad a los súbditos.<sup>14</sup>

La tesis contractualista, si bien es más idílica, expresa fundamentos parecidos. La salida del estado de naturaleza significa un abandono de la situación de inseguridad de los más y su sustitución por un estado de certeza en el que cada cual sabe a qué atenerse.<sup>15</sup>

En nuestros días, Robert Nozick justifica como moralmente válida la existencia de un *Estado mínimo* destinado a preservar la seguridad de los miembros del cuerpo social; recurre como ejemplo al de una *agencia de seguridad*.<sup>16</sup>

c. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la seguridad jurídica reviste naturaleza óntica y ontológica. El derecho es el ordenamiento del orden

---

<sup>11</sup> Julio C. Cueto Rúa: «La crisis de nuestros días», en *JA*, 1991-I, p. 870.

<sup>12</sup> Juan Carlos Nino: *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

<sup>13</sup> Adrián Guisarrí: *La Argentina informal. Realidad de la vida económica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Contemporáneos, 1989.

<sup>14</sup> Bodin: *Los VI libros de La República*, Madrid, Tecnos, 1985; T. Hobbes: *Leviatán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1979. Véase J. J. Chevallier: *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1965.

<sup>15</sup> J. J. Rousseau: *El contrato social*, 1762.

<sup>16</sup> Robert Nozick: *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1980.

social, por lo que el resultado de la seguridad jurídica es el *orden*, que es un concepto primario a todo valor superior.

La atención se fija, en un elemento formal, en la posibilidad de un marco de conducta invulnerable dentro del cual pueda desplegarse seguramente la vida política, social y económica de la sociedad. El último gran teórico de esta posición fue Gustav Radbruch, quien partiendo del relativismo axiológico de los principios elevó la seguridad jurídica a roles supremos del derecho, incluyéndolo como uno de sus valores.<sup>17</sup>

No obstante que este enfoque satisface las exigencias de certeza y previsibilidad que el mercado requiere, resulta insuficiente desde el punto de vista del progreso económico; si la seguridad jurídica solamente se conformara con el orden, no cabría realizar ninguna consideración cualitativa acerca de qué tipo de orden es al cual se aspira: si a la democracia de Locke y Rosseau, o a la autocracia de Hobbes.<sup>18</sup> Cuando Mussolini invitaba a *vivir peligrosamente* estaba en realidad enunciando que el orden del Estado fascista descansaba en la inseguridad de los derechos individuales.<sup>19</sup>

Por otra parte, el mercado requiere algo más que certeza y previsibilidad; requiere de la libre concurrencia de las voluntades, libre de presiones, libertad de contratar; garantías a la propiedad y a los derechos emanados de ella. De lo contrario, tampoco sería posible la realización de los valores de ese cuerpo social.

d. Para el derecho constitucional, el concepto de seguridad jurídica se identifica con un concepto de seguridad individual que trasciende la seguridad meramente personal o física para extenderse también a los aspectos patrimoniales.

Recordando a Sarmiento: «La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad».<sup>20</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo de su historia jurisprudencial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo la importancia del principio de la *estabilidad* de las sentencias y decisiones judiciales finales (*Fallos*, 235: 501; 252: 265; 250: 750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual le ha reconocido *jerarquía constitucional* (*Fallos*, 242: 501; 252: 265; 250: 750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual le ha reconocido *jerarquía constitucional* (*Fallos*, 242: 501; 252: 134), habiéndose declarado que esa seguridad

---

<sup>17</sup> G. Radbruch: *Filosofía del derecho*, México, FCE, 1951, p. 347. Véase Jaime Malamud: separata de la obra de Federico Pinedo (y ensayos en su honor) *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1971.

<sup>18</sup> G. Radbruch, *Filosofía...*, o. cit.

<sup>19</sup> Legaz y Lacambra, *Introducción...*, o. cit.

<sup>20</sup> Domingo F. Sarmiento, *Obras completas*, t. 20, p. 104, citado por Linares Quintana en su *Tratado de la ciencia*, o. cit.

jurídica es «una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegable compete a los jueces» (*Fallos*, 242: 501).<sup>21</sup>

e. Desde el punto de vista del derecho en su aplicación práctica, es decir, desde la jurisprudencia de los tribunales, la seguridad jurídica es una consecuencia de la aplicación de la Constitución y de los principios generales del derecho. En esa dirección, la inviolabilidad de la cosa juzgada y la irretroactividad de las leyes en materia penal y en materia tributaria, así como los principios de legalidad y de no confiscatoriedad, el respeto a la propiedad y a los derechos adquiridos aparecen como algunas de las manifestaciones más firmes de ese principio.<sup>22</sup>

La *cosa juzgada* aparece como el área más convocante de la invocación de la seguridad jurídica desde un perfil de estabilidad e inmutabilidad (CS, *F.H.J.A.*, 13 de agosto de 1985, *DJ*, 1986-1-289) (CN Civ. Sala E, *Avico Lauría, Beatriz G. C/ Umerez Gómez de Lauría, Carmen y otros*, 15 de marzo de 1984, *DJ*, 1985-1-556).

También se ha dicho que: «[...] admitir una vez que el Estado pueda confiscar derechos adquiridos, puede ser el comienzo de un camino que concluya con todos los derechos».<sup>23</sup> Esta posición guarda coherencia con el concepto de *propiedad* acuñado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que alcanza a «todos los bienes apreciables que una persona posea fuera de su vida o su libertad».<sup>24</sup>

f. Finalmente, existe una visión teleológica de la seguridad jurídica, y que se define como *seguridad en lo justo*.<sup>25</sup> *El derecho es seguridad, pero ¿seguridad en qué?: seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, estimarlo ineludible para sus fines.*

*Como afirma Recanses Siches:*

[...] Desde el punto de vista estimativo, debe afirmarse terminantemente que la justicia y los demás valores inherentes a esta deben suministrar la orientación del derecho; y que, por lo tanto, lo que el derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo. Ahora bien: certeza y seguridad son valores funcionales que todo derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su cometido.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Causa *Pensa S.R.L.*, del 19 de diciembre de 1958.

<sup>22</sup> Acerca de la importancia de la seguridad jurídica en el derecho tributario, puede verse el libro del Dr. Horacio García Belsunce: *Garantías constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1984, así como los trabajos del mismo autor en las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas y en distintas publicaciones. También puede verse el libro de Rodolfo Spisso: *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

<sup>23</sup> Véase el tratamiento del tema en el libro del Dr. Horacio Tomás Liendo (h): *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios para la Nueva Mayoría, colección Estudios, 1990.

<sup>24</sup> CSN, *Fallos*, 156: 48.

<sup>25</sup> Recanses Siches: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Esta idea se encuentra recogida en nuestro ordenamiento a través de la recepción del *principio de razonabilidad* que fuera definido por el fallecido maestro Juan Francisco Linares como la adecuación proporcional entre los hechos y las normas, y entre estas y la Constitución.<sup>27</sup>

A nuestro juicio, esta idea valorativa de la seguridad jurídica es la que mejor se relaciona con el concepto, también valorativo, de progreso económico.

Si bien nos hemos preocupado por dar un concepto de seguridad jurídica, debe atenderse a que toda visión que tome a esta como objeto, solo sirve a los efectos teóricos. En su ejercicio, y por propia definición, la seguridad jurídica es instrumental, aun cuando sea pasible de apreciaciones axiológicas, según hemos visto.

El respeto por las normas y por los procedimientos es lo que diferencia a las naciones desarrolladas de las subdesarrolladas.

En épocas de transformación, cuando la realidad cambia vertiginosamente, el derecho debe ir adaptándose. Es una tarea difícil que depende en gran medida de la calidad de la legislación y de la prudencia y sapiencia de los jueces. Como señalara el doctor Marco A. Risolía: «El derecho es un orden pero nada más difícil que ordenar la realidad cuando todo se mueve».<sup>28</sup>

Muchas veces han sido los hechos los que obligaron a un cambio en la interpretación de la norma o en la legislación, como ocurrió con el paso del nominalismo a la indexación, en el primer caso, y con el divorcio vincular, en el segundo. A veces hay razones de justicia que se imponen a la seguridad.

Pero no por ello debe pensarse que el derecho deba ir cambiando al ritmo de la realidad. Debe acomodarse y servir a esta, pero sin dejar de lado los principios y los procedimientos. El derecho representa el *anclaje* de la realidad a los principios. Como destacara Ihering, la permanencia de las tradiciones en el derecho es un sabio equilibrio entre la inmutable realidad y los valores permanentes que identifican a una cultura.<sup>29</sup>

De allí también que, teniendo la seguridad jurídica carácter instrumental, su realización como valor se dé con el cumplimiento del derecho y no con su vulneración en aras de otros fines. Para Maquiavelo, el fin justifica los medios; para Kant, en cambio, el cumplimiento del derecho supone un imperativo ético ya que su fin es valioso para la sociedad. La seguridad jurídica se relaciona con la seguridad de estas ideas.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Juan Francisco Linares: La razonabilidad de las leyes y el debido proceso sustantivo, Buenos Aires, Astrea, 1970.

<sup>28</sup> Marco Aurelio Risolía: «La determinación de precios y valores y el reajuste de las obligaciones de dar sumas de dinero. Un firme avance en las atribuciones de los jueces», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 25, p. 389.

<sup>29</sup> Rudolph von Ihering: *La lucha por el derecho*, Madrid, Doncel, 1976.

<sup>30</sup> Nicolás Maquiavelo: *El príncipe*, Barcelona, Bruguera, 1984; Emmanuel Kant: *Principios de filosofía*. Véase Felipe González Vicén: *Filosofía del derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979.

### 3. El *law-making process*

En el proceso histórico de formación del constitucionalismo ha sido principalísimo el tema vinculado con la legitimidad para hacer la ley. En rigor, el quid del proceso constituyente y del debate posterior en los Estados Unidos ha sido el procedimiento legislativo (*law-making process*); en otros términos, ¿cuál es el procedimiento de sanción de las leyes que la Constitución legitima? Puesto el acento en esa cuestión sustancial, el cambio del *law-making process* impone —en definitiva— el cambio de la Constitución. En la autorizada opinión de Pizzorusso, el *law-making process* implica un complejo sistema de decisión jurídico y político.<sup>31</sup>

Como lo han demostrado importantes autores, en la Constitución originaria prevaleció la voluntad de los estados en todo acuerdo convencional para aplicar normas de alcance general. Tal es el criterio que prevaleció en la Convención de Filadelfia en derredor del artículo V, referido a la reforma de la Constitución. La representación de los estados de manera igualitaria se resguardó en el Senado como en el sistema del colegio electoral para elegir al presidente.

Con el correr de los años, el principio de la soberanía del pueblo avanzó en detrimento del procedimiento convencional entre los estados para la toma de decisiones generales. Esa tendencia se confirmó con las enmiendas posteriores a la Guerra de Secesión y —aún más— con la política del *New deal* en los años treinta, que implicaron importantes reformas en las prácticas constitucionales y afirmaron el liderazgo presidencial.<sup>32</sup>

La afirmación de un criterio sustentado en la soberanía del pueblo como fundamento del Estado de derecho constitucional, ha avanzado con tal énfasis que autores como Robert Dahl cuestionan el carácter democrático de la Constitución estadounidense por contener resabios *madisonianos* de protección de minorías que benefician a los estados más pequeños y menos poblados; opone esto al ejemplo de las democracias europeas fundadas en sistemas parlamentarios de amplio debate.<sup>33</sup>

Las connotaciones del debate norteamericano son trasladables también a nuestro caso, por haber adoptado nuestra Constitución histórica aquel modelo constitucional presidencialista y federalista, aunque potenciado en nuestro caso por la pérdida de valor relativo del federalismo frente al predominio de los grandes partidos nacionales representados en el Congreso, circunstancia a la que debe sumarse el liderazgo presidencial.

En cuanto al tema específico que nos ocupa, en la reforma de 1994 estuvo ausente un debate general que atendiera específicamente al problema del *law-making*

---

<sup>31</sup> Alesandro Pizzorusso: *Law in the Making. A comparative survey*, Nueva York, European Science Foundation. Research on the legislative process, Springle-Verlag, 1988.

<sup>32</sup> Bruce Ackerman: *We the People*, vol. 2, New Haven, Yale University Press, 1992.

<sup>33</sup> Robert Dahl: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

*process*. En rigor, la reforma de 1994 no tuvo debate en general porque las primeras semanas se ocuparon en la discusión sobre el reglamento y el alcance del llamado *núcleo de coincidencias básicas*. Entre los argumentos que se sostuvieron en esa oportunidad se dijo que el referido *núcleo* conformaba un *sistema*, justificando así la votación en conjunto de un *paquete* de normas que eran inescindibles, conforme lo había establecido el artículo 2.º de la ley 24309 declarativa de la necesidad de la reforma.

Entre las observaciones realizables en un balance a diez años vista se encuentra que en ese *sistema* o *paquete* se trataron temas de distinta naturaleza jurídica y, si bien había conexiones, en general estas tenían naturaleza política, que era resultado de los acuerdos celebrados para llevar adelante la reforma, a partir del Pacto de Olivos, que permitió alcanzar la exigente barrera del artículo 30 de la Constitución en ambas Cámaras.

Pero en rigor, tanto la incorporación —aún incompleta— de los reglamentos de necesidad y urgencia, como de la delegación legislativa y de la promulgación parcial de las leyes, se originaron en la pretensión de regularizar una práctica que para la mayoría de la doctrina constitucional conformaban verdaderos desvíos o incumplimientos de la Constitución formal. Desde esa perspectiva hemos señalado en su oportunidad que, en algunos temas, la reforma realizó verdaderos *blanqueos* que implicaron una práctica de sociologismo constitucional.<sup>34</sup>

#### 4. La función legislativa en los sistemas presidencialista y parlamentario

Las diferencias en los mecanismos para hacer las leyes en ambos sistemas se encuentran estrechamente vinculadas a las diferencias que existen en materia de relaciones entre los poderes Legislativo y Ejecutivo: De ese modo, ya Karl Loewenstein puso oportunamente el acento en la mayor flexibilidad o relaciones de *coordinación* que existen entre los poderes en un sistema parlamentario por oposición a la división más rígida que existe en la tríada presidencialista.<sup>35</sup> En efecto, en el parlamentarismo el gobierno está dentro del Parlamento, de manera que este puede muy fácilmente delegar funciones legislativas en aquel, como si se tratara de una comisión. La ruptura o separación de esa coordinación funcional solo se da cuando se plantee una moción de censura.

En cambio, en el presidencialismo los poderes se encuentran separados y la función de legislar es propia del Poder Legislativo. En el modelo estadounidense no existe la delegación de poderes del Ejecutivo al Legislativo, excepto cuando tal

---

<sup>34</sup> Alberto Ricardo Dalla Via: *Constitución de la Nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994 (comentada)*, 2.ª edición, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1996, p. 5 «Balance de la reforma».

<sup>35</sup> Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.



delegación responde a un estándar inteligible, a un propósito concreto y con límites precisos, en cuyo caso se trata más bien de legislación subordinada que de legislación delegada. La Constitución estadounidense no le concede facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo. El antecedente de nuestro artículo 99, inciso 2.º, en cuanto a los llamados *reglamentos de ejecución* es, en realidad, la Constitución de Cádiz de 1812, que concedía al monarca la potestad de poner en ejecución las leyes, cuidando no alterar su espíritu con disposiciones reglamentarias.

En general puede afirmarse que las democracias constitucionales de Europa occidental que han adoptado sistemas parlamentarios y semiparlamentarios han ido paulatinamente abandonando la exclusividad legislativa de los Parlamentos para ir delegando funciones legislativas en los poderes Ejecutivos.

La Constitución Española de 1978, que ha tenido mucha influencia en nuestra reforma constitucional y en los países latinoamericanos en general, califica a los decretos leyes como disposiciones legislativas provisionales y exige que exista un caso de extraordinaria y urgente necesidad; solo tienen eficacia durante treinta días hábiles, dentro de los cuales deben ser ratificados por el Congreso de los Diputados. Se trata de un plazo de caducidad, por lo cual si no se convalida pierde sus efectos con retroactividad al momento de la publicación.<sup>36</sup>

Por su parte, las Cortes Generales pueden delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas (leyes de bases).

La Constitución italiana de 1947 admite la delegación legislativa así como la emisión de reglamentos generales por el gobierno, por razones de necesidad y urgencia, siempre que estos sean convertidos en ley dentro de los sesenta días a partir de su publicación, en cuyo defecto perderán toda su eficacia.

La Constitución francesa de la IV República (1946) disponía en su artículo 13 que solo la Asamblea Nacional podía votar la ley y que no podía delegar ese derecho. A pesar de ello comenzó a desarrollarse la expansión del poder reglamentario y el procedimiento de las *leyes marco*; en realidad, ya a partir de la Primera Guerra Mundial comenzaron a proliferar los llamados decretos leyes. La tarea legislativa se fue tornando tan compleja y técnica que al sancionarse en 1958 la Constitución de la V República, se invirtió la regla y pasó el Poder Ejecutivo a tener al carácter de legislador en todas las materias que la Constitución no considera de dominio legal del Poder Legislativo y que son la organización de la vida privada y las relaciones entre ciudadanos y el gobierno.

También en Alemania existe una zona de reserva legal referida a prohibir intromisiones en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, el Bundestag

---

<sup>36</sup> Jorge Rodríguez Zapata: *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, citado por Eugenio Palazzo en su tesis doctoral «Las fuentes del derecho constitucional, en el cambio de milenio, en la República Argentina, presidencialista y federal», Universidad Católica Argentina.

puede habilitar al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos a través de una ley que determine la materia como los límites correspondientes.

## 5. El poder de legislar

Siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, nuestra Constitución nacional trata del Poder Legislativo en primer lugar entre los poderes del Estado, aunque aquella en realidad comienza desde su artículo 1.º con este tema porque la declaración de derechos, que fue posterior en el tiempo, se agregó al final como *enmiendas*, que fueron diez al comienzo y se fueron sucediendo después las restantes.

Pero hay otra razón que también justifica la ubicación del Legislativo en primer lugar, y este es el carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, el espejo que refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la *voluntad general* que se expresa en la ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de derecho. Rousseau decía «dentro de la ley todo, fuera de la ley nada», y el principio de reparto de nuestro sistema jurídico, que es el artículo 19 de la Constitución, enfatiza ese criterio cuando fija, en el llamado *principio de legalidad*, el límite entre lo prohibido y lo permitido.

La república representativa se funda en el respeto a la ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la ley —excepto la Constitución— y cuando la ley contraría la Constitución podrá ser declarada inconstitucional.

La consideración de la ley como norma general y abstracta aplicable con fuerza obligatoria para todos los habitantes de la Nación ha ido sin embargo perdiendo la fuerza que las corrientes positivistas del derecho en algún momento le otorgaron, bajo la pretensión de una ordenación abstracta del todo social que, en definitiva, no ha constituido sino un pretencioso anhelo del racionalismo.

Las necesidades de la especialización y de la técnica en sociedades cada vez más complejas han ido trasladando la elaboración de las normas a los distintos departamentos o dependencias del Poder Ejecutivo, dado que la excesiva generalidad de los órganos legislativos atentan precisamente contra lo específico de cada función. Por ello, y a pesar de que, en la práctica, por razones de oportunidad y urgencia muchas veces se ha trasladado hacia el Poder Ejecutivo la elaboración de normas generales, lo cierto es que la presunción de legitimidad así como la iniciativa legislativa como principio descansan en cabeza del Poder Legislativo, a quien corresponde en el Estado de derecho la función de hacer la ley. Ello sin perjuicio de otras funciones muy importantes como, por ejemplo, la función de control.

Se puede afirmar que los primeros antecedentes históricos de un cuerpo legislativo aparecen en Inglaterra, como consecuencia de la carta magna que los barones

consiguieron suscribir con el rey Juan Plantegenet, conocido como *Juan sin tierra*, en Runnimeade, en el año 1215, y en la que se formula por primera vez el concepto de *not taxation without representation*, y el derecho de petición *de los hombres libres del reino*, que modernamente se conoce como el principio de legalidad en materia fiscal y derecho de petionar, cuya fundamentación fue enunciada ya por John Locke.

En esas cláusulas se establecía que el rey se abstendría de imponer gravámenes sin el acuerdo del Consejo del reino, salvo para rescatar al rey o su familia en caso de cautiverio, para armar caballero al mayor de sus hijos y para casar a la mayor de sus hijas, que eran las excepciones aceptadas por las costumbres del reino, estableciéndose además que el Consejo del reino estaría compuesto por los pares temporales (obispos, nobles y terratenientes).

Pero el primer Parlamento extraordinario en la historia de Inglaterra fue convocado por Simón de Montfort, conde de Leicester, que sancionó los denominados *estatutos* de Oxford, convocando otro Parlamento en 1265 que limitó los poderes del monarca. En este Parlamento se llamó por primera vez a los *comuneros*, es decir a los representantes de los burgos, ciudades, villas y condados. A partir de entonces comenzaría verdaderamente a utilizarse la expresión *Parlamento*, que sería incorporada al *common law*. En 1297, con la sanción del estatuto *De tallagio non concedendo*, se reafirmó la ilegalidad de los tributos impuestos sin el acuerdo parlamentario.<sup>37</sup>

A partir del siglo XV, la Cámara de los Comunes comenzó a dirigir peticiones al rey, demandando reclamaciones de interés general, a cambio de votar los impuestos, siempre mayores, requeridos por el monarca. Estas peticiones, denominadas *Bills*, eran llevadas al rey por el presidente de la Cámara o *speaker*.

En 1611, el rey Jacobo I solicitó al Parlamento la aprobación de un impuesto de 200 000 libras, que le fue denegada. Ante ello, el monarca disolvió el Parlamento. Esos hechos se repitieron diez años más tarde cuando, ante el pedido de un nuevo impuesto, el Parlamento solicitó a cambio competencias políticas y legislativas; el rey no solamente volvió a cerrar el Parlamento sino que además arrestó a siete diputados acusados de traición. El sucesor, Carlos I, convocó a un nuevo Parlamento y, en 1628, aceptó la *Petición of rights* que restringió las prerrogativas reales. Poco después, el Parlamento se atribuyó el poder exclusivo de la creación de impuestos y contribuciones, provocando la ira del rey, quien arrestó a varios diputados y disolvió el Parlamento por un largo período.<sup>38</sup>

La guerra civil que se desató posteriormente terminó con la ejecución de Carlos I Estuardo y la toma del poder por el *Lord Protector* Oliverio Cromwell, quien

---

<sup>37</sup> Manuel Jiménez de Parga: *Sistemas políticos contemporáneos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 277.

<sup>38</sup> Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 140.

reorganizó el Parlamento conforme al *Instrument of Government* de 1653; pero con la restauración de la monarquía volvió a provocarse otra revuelta que terminó con un cambio de dinastía y el nuevo monarca Guillermo de Orange juró el *Bill of rights* que otorgó al Parlamento el poder exclusivo para legislar, transformándolo en un órgano independiente.

La Cámara de los Lores fue perdiendo poder a favor de la Cámara de los Comunes, de cuyo partido mayoritario surgió el gobierno (gabinete). Esa tendencia se profundizó con Jorge III de Hannover, monarca que no sabía hablar inglés, por lo que delegó sus prerrogativas en un primer ministro o *primus inter pares*.

En Francia, por su parte, la evolución del Parlamento fue distinta de la inglesa. Los Estados Generales eran asambleas que raramente se convocaban para aconsejar al rey y sesionaban separadamente por estamentos: la nobleza, el clero y el tercer estado o estado llano. Cuando fueron convocados por Luis XVI, en 1789, marcaron el comienzo de la sucesión de actos que culminarían con la Revolución Francesa. Los Estados Llanos se convirtieron en Convención Constituyente, sancionaron la Constitución de 1793 elaborada por el abate Sieyés, en la cual se creaba, como Poder Legislativo, a la Asamblea Nacional, la que —con muchos altibajos— subsistió hasta la actualidad.<sup>39</sup>

En el siglo XIX, el movimiento constitucionalista que comienza con la Constitución de Filadelfia de 1787, se afirma en la mayoría de los países de Europa y América sobre la base de la libertad política y civil y de la igualdad ante la ley, el Poder Legislativo se integra por representantes elegidos directamente por los ciudadanos, que sustituyen al pueblo soberano en su función de creación de normas jurídicas obligatorias para el mismo pueblo.

En el siglo XX, por su parte, el dato a destacar es la declinación del Poder Legislativo al tiempo en que se produce una hipertrofia del Poder Ejecutivo. Vanossi se ha referido a este tema sosteniendo que las causas de la crisis del Congreso exceden el nivel de la clase política porque responden a un fenómeno de toda la sociedad, y destaca entre otros aspectos el achicamiento del rol de la clase política, el vaciamiento de las estructuras partidarias, la invasión de los contrapoderes, la falta de información y de asesoramiento eficaz del Congreso, etcétera.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Alberto R. Zarza Mensaque: *El Congreso en la Argentina finisecular*, Córdoba, edición del autor, 1986, pp. 26 ss, citado por Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., p. 143.

<sup>40</sup> Jorge Reinaldo Vanossi: «¿Modernización parlamentaria?», en *El Derecho*, 20.9.1993.

## 6. La formación y sanción de las leyes en la Constitución de la nación argentina

Este es un tema de especial importancia dentro del texto constitucional, toda vez que trata de la formación de la voluntad colectiva para dar nacimiento al acto de gobierno por naturaleza en un sistema político democrático: la ley como manifestación y expresión de la *voluntad general*; en tal sentido, para la configuración de esa voluntad hacen falta presupuestos sustanciales y formales. De allí que el proceso de formación y sanción de las leyes sea en verdad un proceso constitucional, no contenido en normas adjetivas, sino dentro del propio texto constitucional y que se complementa con las prácticas propias del derecho parlamentario.

Sin embargo, debe señalarse que en la práctica constitucional argentina este es un tema que, a la par de su importancia, presenta también llamativos déficits en cuanto a los límites de las competencias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo para sancionar actos de contenido legislativo. La cuestión estaba más clara en el sistema presidencialista establecido en 1853 en que, si bien el Poder Ejecutivo actuaba como colegislador, la función legislativa propiamente dicha pertenecía con exclusividad al Congreso.

En los sistemas parlamentarios y semiparlamentarios, las relaciones entre el Parlamento y el gobierno se hacen más flexibles y, por lo tanto, al ser de coordinación entre ellas, son también de una más estrecha cooperación funcional. La reforma constitucional de 1994, al buscar una mayor aproximación con aquellos modelos de raíz europea, generó también problemas aún no resueltos en materia de límites de competencia legislativa entre Parlamento y gobierno.

Con la habilitación otorgada al Poder Ejecutivo —en situaciones excepcionales o de emergencia— para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º), para actuar mediante delegación legislativa (artículo 76) y aun para el trámite de promulgación parcial de leyes (artículo 80) se ha generado una zona de penumbra que encima muchas veces la competencia de los distintos poderes del Estado. En efecto, la condición *sine qua non* que el constituyente reformador impuso, más allá de la existencia de una real situación de emergencia, fue que se cumplieran ciertos pasos procedimentales que hasta la fecha no fueron cumplidos (v. g., intervención de comisiones bicamerales permanentes para ambas categorías de decretos así como trámites especiales de aprobación parlamentaria.)

En nuestra opinión, este es uno de los temas institucionales más importantes al que debe darse respuesta, ya sea dando cumplimiento a los pasos institucionales marcados, o bien considerando la oportunidad de una reforma constitucional futura. Está en juego el acto de gobierno fundamental: la ley, el respeto a la ley, con todas las consecuencias sobre seguridad jurídica que de ella derivan.

La regla general es que los proyectos pueden tener principio en cualquiera de las dos Cámaras, aunque se trata de una regla que reconoce varias excepciones, de

manera que la Cámara de Diputados tiene la iniciativa exclusiva: a) en materia impositiva y de reclutamiento de tropas (artículo 52 CN), así como b) en los proyectos de ley por iniciativa popular (artículo 39 CN), y c) en los referéndums (artículo 40 CN); en tanto que al Senado corresponde la iniciativa exclusiva: a) en leyes sobre coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2.º), y b) en las leyes sobre desarrollo humano (artículo 75, inciso 19).

Los proyectos de ley pueden ser presentados por uno o varios integrantes de cada Cámara, que en el caso de la Cámara de Diputados pueden ser hasta 15 (cf. artículo 101 del reglamento de la Cámara). El Poder Ejecutivo también tiene iniciativa legislativa, siendo en los hechos el que da impulso a la mayor cantidad de iniciativas que se transforman en leyes. La Cámara que inicia y aprueba un proyecto en primer término es la Cámara iniciadora o *Cámara de origen*, en tanto que la que actúa en segundo lugar se llama *Cámara revisora*.

La segunda parte del artículo 77 de la Constitución nacional establece una mayoría agravada para la modificación del régimen electoral y de partidos políticos, conformando una zona de reserva del legislador que se complementa con el artículo 99, inciso 3.º, cuando prohíbe la práctica del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en esas materias, por tratarse de decisiones políticas que requieren de un amplio debate al fundamentar las reglas de juego básicas del sistema democrático. También es razonable que tales decisiones respondan a una mayoría agravada y no a mayorías ocasionales.

El caso más simple de aprobación de un proyecto de ley se produce cuando la Cámara revisora aprueba sin modificaciones el proyecto de la Cámara de origen; en tal caso, el proyecto sancionado pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación: siendo la ley un acto complejo, el Ejecutivo actúa como colegislador.

Después de aprobar un proyecto de ley en general, cada Cámara puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto. Se trata de una práctica que tiene antecedentes en el derecho comparado europeo, donde los Parlamentos tienen una actividad muy dinámica. La reforma constitucional de 1994 tomó ese antecedente, ya considerado en la reforma transitoria de 1972, aunque limitando la delegación al tratamiento en particular; en la búsqueda de alcanzar agilidad en la tarea legislativa y atendiendo a que es por lo general en las comisiones donde se realiza la tarea técnica de elaboración de las leyes.

La reforma constitucional de 1994 ha establecido límites a la práctica del *veto parcial*, muy utilizada en los últimos tiempos; señala que la regla es el veto total, es decir que si una ley es vetada por el presidente de la Nación, esta cae en su totalidad —quedando a salvo la instancia del Congreso— y admite únicamente el veto parcial cuando la parte no vetada tenga *autonomía normativa*; es decir, cuando conserve una unidad sistemática a pesar de la parte observada. Asimismo, la reforma constitucional ha pormenorizado en el artículo 81 el procedimiento parlamentario de sanción de las leyes, previendo puntualmente los casos de correcciones y rechazos.

El artículo 82 de la Constitución complementa el caso anteriormente mencionado al señalar que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, quedando excluida la posibilidad de una sanción tácita o ficta. Para aprobar una ley, el Congreso debe expresar su voluntad sancionándola. El tema tiene especial importancia en cuanto a la facultad excepcional que tiene el Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º CN). La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el fallo *Peralta Luis c/ Estado nacional (Ministerio de Economía s/ amparo)*, había establecido que los decretos se convertían en ley si el Congreso no se pronunciaba. Del artículo 82 se desprende la necesidad de una expresión concreta de voluntad.

La reforma de 1994 modificó la redacción que tenía el anterior artículo 71; suprimió la segunda insistencia de la Cámara revisora en el trámite de los proyectos de ley, que permitía llegar hasta cinco votaciones en ambas Cámaras. En la actualidad, si hubiere discrepancias entre la Cámara iniciadora y la Cámara revisora respecto a un proyecto de ley, el máximo de votaciones posibles entre ambas puede llegar hasta tres, y ya en la primera revisión se podrá saber cuál es el criterio que prevalecerá según las respectivas mayorías con que se haya votado en cada Cámara del Congreso.

Antes de la reforma, los artículos 71 y 72 establecían un mecanismo de insistencias para el caso de que la Cámara revisora discrepara con la sanción de la Cámara iniciadora, que era mucho más complicado que el actual, toda vez que se encontraba prevista una segunda lectura de ambas Cámaras. De todos modos, se mantiene el principio general conforme al cual, a igualdad de mayorías, prevalece la Cámara de origen.

La Constitución no contempla un procedimiento específico para la derogación de las leyes por el Congreso, pero la simple aplicación de los principios generales del derecho, entre los que se encuentra el denominado principio del *paralelismo de las formas y de los actos jurídicos*, indica que el mismo órgano que tiene competencia para establecer una norma tiene también la facultad de derogarla, ya sea de manera expresa, es decir dictando una norma específica para derogar una ley determinada, o bien por aplicación de determinados principios clásicos como ley anterior deroga ley posterior, o ley especial deroga ley general, etcétera.

En los últimos tiempos se ha planteado la novedosa cuestión acerca de la posibilidad de *anular* normas sancionadas por el Congreso. Tal es lo ocurrido con la sanción de una norma por el Congreso declarando nulas las llamadas leyes *de obediencia debida y de punto final*. Se ha discutido sobre la facultad del Congreso en ese sentido, o si —en realidad— tal *declaración* de nulidad representaría, en realidad, una declaración política acerca de la que oportunamente debería opinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre una causa concreta.

Los actos del derecho público tienen particularidades que los diferencian de los actos jurídicos en el campo del derecho privado, y entre ellos se encuentra el que las competencias de los órganos del poder público deban ser siempre expresas

(cf. artículo 19, conc. 121 CN). Pero aun si hiciéramos una aplicación general de los principios generales del derecho que provienen del derecho civil, tenemos que para declarar la nulidad de un acto jurídico, este debe adolecer de un vicio del consentimiento en su origen, es decir que haya vicio de error, dolo o violencia. De ello fácilmente se advierte el absurdo de suponer que todo un cuerpo legislativo haya actuado por error o que se haya ejercitado violencia sobre una mayoría. Mal puede entenderse en ese caso que la violencia consista en *presiones* de carácter político, porque es de la esencia misma de la política el actuar dinámico en el que no faltan presiones de todo tipo y clase, de las que la Constitución preserva a los representantes del pueblo concediéndoles prerrogativas e inmunidades propias de su cargo.

En definitiva, el problema de la validez de las leyes, una vez sancionadas por el Congreso y promulgadas por el Poder Ejecutivo, es materia que corresponde revisar al Poder Judicial al ejercer el llamado control de constitucionalidad, que se ejerce en casos concretos, llevados a su conocimiento y decisión en el marco de la división de poderes que la Constitución ha establecido en su artículo 1.º

## 7. La iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo

En sus *Lecciones de derecho constitucional*, el Dr. Manuel Augusto Montes de Oca definió a la iniciativa legislativa como «la invitación hecha al legislador para adoptar una norma jurídica». <sup>41</sup> Por su parte, el profesor catalán Jorge Xifra Heras señalaba que la iniciativa legislativa constituía un acto vinculante material y formal que, por un lado, limita la materia de la actividad legislativa y por otro fuerza a determinados órganos a que actúen. <sup>42</sup> La iniciativa conforma la primera etapa en el proceso de formación y sanción de las leyes; es la etapa de creación de la norma, en la que se elabora el proyecto y se presenta ante las Cámaras del Congreso.

Si bien la función legislativa es competencia primaria del Poder Legislativo, la doctrina le ha reconocido al Poder Ejecutivo el carácter de *colegislador*, ya que participa de la labor legislativa mediante la iniciativa, el debate, la promulgación, la publicación y el veto. La fase de iniciativa legislativa reviste gran importancia, ya que en ella la norma se estructura y adquiere su forma inicial, siendo frecuente que esa norma pase a ser la norma definitiva, dado que el Parlamento o el órgano legislativo competente suele limitarse a solo colocar un sello formal de aprobación.

En el plano institucional, en todos los Estados existen oficios o divisiones técnicas destinadas a la preparación de los proyectos de ley. Son dependencias del Poder Ejecutivo que se ocupan de la redacción de los proyectos de ley de iniciativa

---

<sup>41</sup> Manuel Augusto Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Buenos Aires, 1917, p. 264.

<sup>42</sup> Jorge Xifra Heras: *Curso de derecho constitucional*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1992, p. 241.



gubernamental y de las demás normas cuya emisión es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. Las reglas escritas que le conciernen (cuando existen) generalmente se refieren a atribuciones de competencia y a procedimientos que hay que observar en la preparación de un proyecto de ley o de reglamentación; raramente hasta ahora han tocado aspectos de técnica legislativa.<sup>43</sup>

Algunas modificaciones en materia de iniciativa legislativa fueron dispuestas en la reforma constitucional de 1994. El artículo 99 en su inciso 3.º (ex 86, inciso 4.º) establece que el presidente de la Nación «participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución. Las promulga y hace publicar». El requisito de la publicación fue incluido por la reforma.

Por su parte, el artículo 77 de la Constitución nacional dispone: «Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución». De ese modo, se han generalizado las excepciones en cuanto a la Cámara de origen, que anteriormente se limitaba a la Cámara de Diputados para materia concerniente a contribuciones y reclutamiento de tropas, en tanto que actualmente las excepciones se han ampliado a los casos de los artículos 39, 40, 52, y 75 incisos 2.º y 19.

En un trabajo realizado por Molinelli se indica que en el período 1862-1985 el Poder Ejecutivo era el iniciador del 40 a 50% de las leyes (eje a través de todo el período, con algunas variaciones de año en año). Este porcentaje se eleva hasta 52 a 62% si no se toman en cuenta las leyes de menor importancia.<sup>44</sup>

En el período 1983-1999, el Poder Ejecutivo fue iniciador del 47% de las leyes sancionadas. Si se excluyen las leyes menos importantes (monumentos, donaciones, transferencia de inmuebles, declaraciones) el porcentaje de las iniciativas presidenciales restantes sobre las leyes sancionadas aumenta al 55%. Pero si se excluyen también las leyes que aprueban tratados internacionales, se verá que solo 33% de las leyes sancionadas fueron iniciadas por el Poder Ejecutivo.

De allí resulta que Molinelli afirme que se puede interpretar que el Congreso mantiene una influencia relevante en cuanto a legislación; por el contrario, Sagüés afirma que, desde el punto de vista de su importancia económica o institucional, las normas más relevantes han tenido por lo común origen presidencial.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> María Celia Castorina de Tarquini: «Sistematización de las funciones del Ejecutivo en orden a sus atribuciones», en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos: *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 223.

<sup>44</sup> Guillermo Molinelli: «Relaciones presidente-Congreso en Argentina 1883-95», II Congreso Nacional de Ciencia Política, Mendoza, noviembre de 1995.

<sup>45</sup> Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 421.

## 8. La iniciativa popular

Antes de la reforma de 1994, la mayoría de la doctrina consideraba inviables en nuestro sistema las llamadas *formas de democracia semidirecta* por entender que estas se contraponían con el artículo 22, que afirma que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes o autoridades creadas por la Constitución. Esa limitación ha cedido con la sanción constitucional de los artículos 39 y 40 que, sin embargo, deben armonizarse con el artículo 22 por el principio de unidad interpretativa.

En ese sentido, pensamos que si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de los artículos 1.º y 22. Nótese que si bien la iniciativa popular es un muy importante avance, no limita el monopolio legislativo del Congreso porque será solamente ese órgano el que sancione o no la ley que un número determinado de ciudadanos someta a su consideración cumpliendo con las condiciones del artículo 39. La fuerza del nuevo instituto está en la fuerza popular y el consenso que significa la iniciativa en sí misma.

De esa manera se ha incorporado a la Constitución un derecho de iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular, a partir de la introducción de este importante instrumento de la democracia participativa. Las Constituciones provinciales reformadas desde 1983 a la fecha han venido recogiendo este nuevo derecho, con escasa práctica aún, pero de indudable fuerza en materia de representatividad popular.

La norma excluye expresamente la posibilidad de iniciativas en materia de reformas constitucionales, tratados internacionales, presupuesto y materia penal, y estableció que la ley reglamentaria no podría exigir más del 3% del padrón electoral para que las presentaciones fuesen aceptadas. La ley reglamentaria n.º 24747 fue sancionada el 27 de noviembre de 1996 y promulgada el 19 de diciembre del mismo año y exige un piso mínimo del 1,5% del padrón electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales con el fin de mantener un equilibrio federal, excepto que la iniciativa se refiera a una cuestión de alcance regional, en cuyo caso bastará que se encuentren representados los distritos de esa región.

Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte días, prorrogables por resolución fundada del tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0,5%) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad, aquella se desestimará del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar. La planilla de adhesiones es un documento público. En caso de verificarse que el cinco por ciento (5%) o más de las firmas presentadas sean falsas, se desestimará el proyecto de iniciativa popular (artículo 7, ley 24747).

Las presentaciones deben efectuarse en la mesa de entradas de la Cámara de Diputados y una vez cumplido su ingreso con todos los requisitos, el Congreso está obligado a darle tratamiento dentro del plazo de doce meses. A los fines de facilitar a la ciudadanía el cumplimiento de los requisitos que establece la ley 24747 en cuanto al número de adhesiones por distrito, una acordada de la Cámara Nacional Electoral ha admitido que las presentaciones de las listas de adhesiones con las firmas puedan hacerse directamente ante dicha Cámara, la que remitirá los listados a cada secretaría electoral para realizar las certificaciones correspondientes.

## 9. El referéndum y el plebiscito

En igual sentido que la iniciativa, la figura de la consulta popular amplía los márgenes de la participación ciudadana en la toma de decisiones del gobierno, sin alterar los límites del artículo 22. La consulta puede ser sometida, por decisión del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados (que incorpora una facultad exclusiva a las ya enumeradas en el artículo 52), consulta que en ese caso será vinculante. Puede tratarse de una consulta no vinculante cuando es convocada por el presidente de la Nación.

Los dos institutos de democracia semidirecta incorporados en el artículo 40 son los que en la doctrina se denominan respectivamente *referéndum* y *plebiscito*. El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que estos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según que la Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla a estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no vinculantes para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del primer párrafo de nuestro artículo 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre un acto o una decisión de carácter político. La doctrina constitucional francesa, basada en la experiencia de los plebiscitos napoleónicos, entiende que el plebiscito es una especie de *referéndum imperfecto*, por cuanto ofrece otra alternativa al cuerpo electoral, más que aceptar o rechazar un acto elaborado previamente. En nuestro país, cabe citar el antecedente del plebiscito convocado por el decreto 2272/84, para aprobar o rechazar el proyecto de tratado con Chile resolviendo la cuestión fronteriza del canal de Beagle, que casi lleva a la guerra entre los dos países.

La ley reglamentaria es la n.º 25432, sancionada el 23 de mayo de 2001 y promulgada tácitamente el 21 de junio de 2001, que trata sobre la consulta popular vinculante y no vinculante. La norma ha sido criticada por la doctrina toda vez que establece requisitos de procedencia y mayorías calificadas que aumentan las restricciones a su ejercicio con respecto a lo establecido en la Constitución.

Así, por ejemplo, para la consulta popular vinculante (referéndum) se exige que la convocatoria del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, sea en sesión especial y aprobada por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (artículos 1 y 2, ley 25432), y será válida la consulta cuando haya votado al menos el 35% de los empadronados (artículo 4, ley 25432).

Con respecto a la consulta no vinculante (plebiscito), la convocatoria del Poder Ejecutivo debe ser mediante decreto firmado por todos los ministros, o el Congreso por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (artículo 7, ley 25432). La consulta deberá realizarse en un plazo no inferior a los 60 días y no superior a los 120 días desde la fecha de publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial* (artículo 12), no se computarán los votos en blanco (artículo 13) y no podrá coincidir con otro acto electoral (artículo 14).

## 10. El veto del Poder Ejecutivo

Nuestra Constitución nacional se refiere, en los artículos 80 y 83, a los proyectos *desechados* por el Poder Ejecutivo y a las *observaciones* que el presidente efectúa, admitiendo de ese modo el veto o rechazo parcial que no contempla el derecho constitucional norteamericano. El poder de vetar las leyes consiste en una atribución que tiene el presidente de la Nación para rechazar una ley sancionada por el Congreso. Es propio de los sistemas presidencialistas donde la separación de poderes es clara y definida, desdibujándose en los sistemas parlamentarios en los que existe el llamado voto de censura o la disolución de las Cámaras.

El artículo 80 de la Constitución nacional establece la promulgación ficta o tácita de las leyes por el Poder Ejecutivo al cumplirse diez días hábiles sin que haya rechazo o devolución del proyecto. El precedente de la Constitución norteamericana admite una modalidad de veto denominada *pocket*, por la cual debe cumplirse todo ese plazo aun ante el fin de las sesiones ordinarias; en nuestro caso —en cambio— el fin del período de sesiones del Poder Legislativo no interrumpe el plazo que tiene el Poder Ejecutivo para vetar las leyes.

A diferencia de la promulgación parcial, que se encuentra sujeta a requisitos específicos en materia de habilitación y control, el veto no implica el ejercicio de atribuciones de emergencia. Se trata de una competencia de naturaleza política del presidente para examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley, así como su oportunidad, mérito o conveniencia. De allí que el veto, sea total o parcial, no pueda declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo legal establecido.

El artículo 83 contempla los casos que se presentan cuando el Ejecutivo veta un proceso de ley y este vuelve al Congreso: a) el presidente de la Nación puede desearcharlo en todo o en parte. En el caso de observaciones parciales puede promulgar parcialmente la parte no vetada y devolver la parte vetada (artículo 80 CN), regresando con las correspondientes objeciones a la Cámara de origen, la que la discute nuevamente y, de obtener una mayoría de dos tercios de los votos de los presentes, pasa a la Cámara revisora. Si esta también insiste con igual mayoría (dos tercios de miembros presentes), el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo, que está obligado a promulgarlo, no pudiendo vetarlo nuevamente; b) si las Cámaras —en cambio— difieren sobre las objeciones, el proyecto no puede volver a tratarse dentro del año.

Cada Cámara aprueba entonces por sí el proyecto de ley, siguiendo el procedimiento que señala la Constitución en sus artículos 77 a 83. Una vez aprobados por ambas Cámaras, se sancionan las leyes de acuerdo con la fórmula establecida en el artículo 84 de la Constitución, que es la siguiente: «El senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso [...] decretan o sancionan con fuerza de ley».

## 11. La delegación legislativa

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia, que son los reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º) y la delegación legislativa (artículo 76 CN). Ambos se fundan en razones de excepcionalidad, aunque la delegación legislativa también procede en materias de *administración*. Se trata de instituciones que tienen su fuente en el derecho comparado europeo, sobre todo en sistemas parlamentaristas o semiparlamentaristas donde es frecuente tanto la práctica de los decretos leyes como la técnica de la delegación. No se da en tales sistemas la nítida separación de poderes de los sistemas presidencialistas, toda vez que aparecen allí relaciones de colaboración más flexibles entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, y se asegura asimismo el control a través de los votos de censura.

La inclusión de los reglamentos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada, en el texto de la Constitución nacional, expresó entre sus fundamentos el propósito de limitar y acotar esa práctica a las situaciones en que su uso excepcional fuese imprescindible. Sin embargo, aún están pendientes de creación de las comisiones bicamerales permanentes que deberían actuar en uno y otro caso. De manera que aun cuando el ejercicio de las instituciones de emergencia requiere de límites procesales precisos a ser cumplidos, en el caso, las normas de excepción han seguido multiplicándose cada vez más.

La prohibición de la delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994 fue una respuesta a una desmesurada práctica que llegó a su extremo con el caso *Cocchia*, de 1993, convalidando una amplia facultad reglamentaria en la medida en

que encuadrara en un *bloque de legalidad* identificado con el programa económico del gobierno nacional.

Esa prohibición solo cede por razones de emergencia declarada, en el marco de la doctrina de la emergencia que venimos exponiendo, toda vez que las llamadas materias *de administración* forman parte de la competencia que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como potestad autónoma de la administración dentro de la zona de reserva que emana del artículo 99, inciso 1.º, de la Constitución nacional.

La doctrina administrativista, siguiendo las enseñanzas del derecho francés, que entre nosotros difundiera el maestro Rafael Bielsa, reconocía cuatro categorías de reglamentos administrativos: a) reglamentos autónomos (artículo 99, inciso 1.º) dentro de la zona de reserva de la administración; b) reglamentos de ejecución (artículo 99, inciso 2.º), los únicos expresamente contenidos en la Constitución nacional; c) reglamentos delegados; y d) reglamentos de necesidad y urgencia. Las dos últimas categorías recibían el rechazo de la mayoría de los constitucionalistas, a pesar de lo cual eran de práctica frecuente, especialmente en el ámbito de la denominada *reforma del Estado*.

El nuevo artículo 76 establece:

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 impondrá revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.* (El énfasis es nuestro.)

La *disposición transitoria octava* estableció:

La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta excepción, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.

La materia en estudio debe necesariamente relacionarse con el artículo 99, inciso 3.º, referido a los reglamentos de necesidad y urgencia, y con el artículo 100, referido al Jefe de Gabinete de Ministros, en su inciso 12.

El artículo 99, inciso 3.º, en la parte pertinente, dice: «[...] El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo». El artículo 100, por su parte, en su inciso 12 manda al Jefe de Gabinete de Ministros «[...] refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la comisión bicameral permanente».

Las *materias determinadas de administración* se refieren a la ya mencionada potestad autonómica, en tanto que la delegación legislativa, como instituto de emergencia constitucional, conforma, junto con los reglamentos de necesidad y urgencia, potestades excepcionales y de interpretación restringida. Ambas son dos caras de una misma moneda y deben interpretarse como un sistema, de manera que las

prohibiciones expresas para los decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, de régimen electoral y partidos políticos son prohibiciones también a la delegación legislativa, cuya sanción es la nulidad absoluta e insanable, conforme surge de la propia Constitución.

Tales materias conforman una área específica que en la doctrina italiana autores como Pizzorusso y Zagrebelsky denominan zona de reserva de ley *absoluta*, en tanto existen otras zonas de reserva de ley *relativas*. En nuestra doctrina se han considerado también incluidas en la zona de reserva de ley absoluta las materias codificadas o de derecho común y las leyes para cuya sanción la Constitución fija mayorías o procedimientos especiales.<sup>46</sup> Algunas Constituciones optan por enumerar de manera limitada la llamada reserva de ley, ampliando el campo de acción discrecional para la zona de ley relativa que puede ser materia de delegación por razones técnicas.<sup>47</sup>

La delegación legislativa, tanto en cuanto a las materias determinadas de administración como a las razones de emergencia pública que la habiliten, debe ejercerse dentro de las *bases de la legislación* que la Constitución manda al Congreso disponer y que, en rigor, representa un concepto más estrecho que el *bloque de legalidad* aplicado en el caso *Cocchia* (1993) pero más amplio que los principios de *política legislativa* del caso *Prattico c. Basso* (1960).

Varias de las condiciones establecidas por el convencional constituyente tanto en cuanto al funcionamiento de la comisión bicameral permanente como en cuanto al mecanismo a seguir, no están aún fijadas en la ley y, empero, la práctica de la delegación ha sido continua, no tanto, es cierto, en el número de leyes que habilitaron tal práctica cuanto en la importancia y la cantidad de materias comprendidas.

El acatamiento estricto de los límites procedimentales es una condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de la delegación legislativa en la emergencia. Solo de ese modo se cumple con los principios del Estado de derecho. De lo contrario, solo se cumple con una ficción de legalidad que los habilita a la facultad de legislar sobre lo excepcional y que no es más que mero decisionismo.

## 12. Los reglamentos de necesidad y urgencia

Uno de los aspectos en que más se ha manifestado el incremento de los poderes presidenciales en desmedro de los otros poderes del Estado es la asunción de facultades legislativas, como es el caso de la *delegación legislativa* y la práctica de los *decretos de necesidad y urgencia*. La delegación legislativa se incrementó con el proceso de transformación económica, siendo frecuente en materia aduanera y en

---

<sup>46</sup> Jaime Luis Anaya: «Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/01)», en *El Derecho*, 24.1.2002.

<sup>47</sup> Alessandro Pizzorusso: *Derecho constitucional*, 2 vols., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

materias propias relacionadas con las privatizaciones de servicios públicos. La reforma la ha prohibido *expresamente* en el artículo 76 de la Constitución, aunque ha dejado subsistentes dos casos de excepción: que se trate de «determinadas materias de administración o emergencia pública». En los hechos, las delegaciones se han seguido produciendo.

Un caso paradigmático es el de los decretos de necesidad y urgencia que la mayoría de la doctrina constitucional considera inválidos mientras que la doctrina de los administrativistas entendía procedente en casos limitados siempre que hubiera una ratificación legislativa inmediata, en cuyo caso contrario se considerarían inválidos. Hasta el gobierno de Alfonsín se habían dictado solo quince decretos de este tipo en toda la historia constitucional argentina. Los decretos de necesidad y urgencia dictados durante este período encontraron su fundamento en situaciones de dos tipos: políticas (para controlar o contener situaciones graves y casos de conmoción interna) y económicas (para paliar situaciones económicas o financieras de gravedad, sobre todo durante las crisis de finales de siglo pasado y del treinta).

El gobierno de Alfonsín (diciembre de 1983 - julio de 1989) emitió diez decretos de necesidad y urgencia. En todos los casos se adujeron razones vinculadas con la emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado. Entre los decretos de necesidad y urgencia dictados en este período pueden mencionarse: el decreto 1096/85, conocido como Plan Austral, que dispuso la reforma y el cambio del signo monetario; el decreto 2192/86, por el cual se derogaron las llamadas normas de enganches salariales en el seno de la Administración pública nacional; el decreto 2196/86 que declaró el estado de emergencia del sistema previsional; el decreto 632/87, que declaró el estado de emergencia agropecuaria; y el decreto 1411/87, por el que se suspendió la intervención del Tribunal de Cuentas en la ejecución de los actos administrativos, a raíz de una huelga de su personal.<sup>48</sup>

Entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el presidente Menem dictó 308 decretos de necesidad y urgencia. La cifra adquiere importancia comparada con los no más de 35 que dictaron todos los presidentes constitucionales entre 1853 y 1989. No todos los decretos han sido reconocidos como tales por el Poder Ejecutivo; no obstante, en la actualidad su número supera los seiscientos. La gama de cuestiones reguladas por los decretos de necesidad y urgencia es muy amplia y abarca desde temas impositivos hasta la trasmisión de eventos deportivos por televisión. No obstante los reparos doctrinarios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia en la sentencia recaída en el fallo *Peralta c/ Gobierno nacional (Ministerio de Economía)*, de enero de 1990. Se trató de la validez del decreto 36/90 por el que se dispuso la incautación de depósitos a plazo fijo de los ahorristas y su conversión en bonos de deuda externa (Bonex)

---

<sup>48</sup> Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti: «Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)», en *Ágora*, n.º 3, invierno de 1995.



pagaderos a diez años con un interés mínimo a fin de paliar un grave déficit en una situación de hiperinflación que se produjo a fines de 1989. La Corte convalidó la práctica siempre que se dieran las siguientes circunstancias:

a) «que en definitiva el Congreso nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados», y

b) que medie «una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas [...] cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados».

En este fallo, la Corte dispuso que en la medida que el Congreso no dicte normas expresas que contradigan las disposiciones de un decreto de necesidad y urgencia, debe presumirse que existe el consentimiento de la legislatura.

Esta doctrina de la inversión de la iniciativa legislativa en favor del presidente y en desmedro del Congreso fue subsanada en la reforma de 1994, cuyo artículo 99, inciso 3.º, legitima expresamente esa práctica, aun cuando le establece límites. El artículo comienza prohibiendo enfáticamente el ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo y solo las permite en casos excepcionales; y las prohíbe expresamente en materia impositiva, penal, de partidos políticos y sistema electoral. Fija además un complicado procedimiento por el que el decreto de necesidad y urgencia debe ser decidido y firmado en acuerdo general de ministros y debe ser el jefe de Gabinete quien lo lleve a la comisión bicameral permanente del Congreso para su ratificación dentro de los diez días de dictado. La Constitución establece que no puede haber ratificación tácita, por lo que se requiere el ejercicio de una voluntad expresa por el Legislativo. Este procedimiento debería regularse expresamente por una ley que aún no ha sido dictada. No obstante, el Ejecutivo ha persistido y ha aumentado tal práctica aún en las materias prohibidas —como la impositiva— basándose en la interpretación de que, aunque falte la reglamentación legal, cuya mora imputa al Congreso, su consagración constitucional les otorga legitimidad por sí mismos.

Cabe plantearse si la fijación de límites constitucionales ha significado un acotamiento de la práctica de los decretos de necesidad y urgencia. Estamos entre los que piensan que, por el contrario, su incorporación en la Constitución los ha favorecido operándose una suerte de *blanqueo* consistente en introducir en el texto algunas prácticas que conformaban verdaderos *desvíos*.<sup>49</sup> El desmesurado incremento de esta práctica cuasi legislativa sumada a los vetos y promulgaciones parciales y a la delegación legislativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los factores reales de mayor crecimiento del poder presidencial, mas allá de las anunciadas intenciones de *atenuarlo*. El Jefe de Gabinete, lejos de conformar un Ejecutivo bicéfalo que comparte el poder en alguna medida, resulta ser un auxiliar más de la actividad presidencial.

---

<sup>49</sup> Alberto Ricardo Dalla Via: *Constitución de la nación argentina...*, o. cit.

### 13. Consideraciones finales

Desde el punto de vista sustancial, el *law-making process* bien hubiera justificado un profundo debate *sistémico* en lugar de limitarse a incorporaciones aisladas de carácter coyuntural que en la práctica contribuyeron a profundizar un tratamiento ilimitado de las emergencias constitucionales, cuando era menester encuadrar las prácticas políticas en el marco de la Constitución, tanto más cuanto esa práctica es nada más ni nada menos que la formación de la voluntad general al hacer la ley.

Existían muchos debates previos que hubieran servido de base a esa discusión. Entre otros cabe enumerar a los *dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que propusieron pasar desde un presidencialismo hegemónico a formas semiparlamentarias que favorecieran el debate en la formación y sanción de las leyes.

El problema no está tanto en el sistema, sino en la fijación de límites en las competencias, toda vez que esa es, precisamente, la esencia de un texto constitucional. En la actualidad, y por distintas razones en práctica constitucional a partir de la propia reforma, que llevaron al Poder Ejecutivo a sentirse legitimado para avanzar en el dictado de normas de alcance general, aun cuando no fueron implementados los mecanismos de fiscalización y control previstos en la Constitución, han aumentado las zonas de penumbra.

En la política puede haber grises, y también hay grises en materia de interpretación, pero cuando se trata de definir quién tiene la competencia para hacer la ley, las Constituciones deben ser muy claras: es blanco o es negro. Cualquiera sea el modelo que se adopte. Algunos países han optado, con crudo realismo, por sincerar las cosas y limitar taxativamente la zona de reserva legal del Poder Legislativo, dejando una amplia competencia general del Poder Ejecutivo para dictar decretos leyes de alcance general. No propugno esa solución, pero sí afirmo que este es el tema que más justificaría reabrir un debate constitucional para definir —con claridad— quién hace las leyes en la nación argentina.

Alberto A. Natale\*

## La técnica de la decisión legislativa

### 1. El texto constitucional de 1853

El procedimiento original de la Constitución asignaba a los miembros de ambas Cámaras del Congreso y al Poder Ejecutivo la iniciativa en materia de sanción de las leyes, con la exclusividad del artículo 44 reservada a la Cámara de Diputados en materia de contribuciones y reclutamiento de tropas.

Aprobado un proyecto por una Cámara pasaba a la otra y después de ser sancionado por esta se remitía al Poder Ejecutivo para su promulgación. Si mediaban adiciones o correcciones por la Cámara revisora, volvía a la de origen. Si en esta se aprobaban las modificaciones por mayoría absoluta, pasaba al Poder Ejecutivo. Si eran desechadas pasaba a la Cámara revisora por segunda vez y si aquí se insistía con el voto de dos tercios del total de sus miembros, volvía a la Cámara de origen que para insistir en su postura debía reunir dos tercios de votos de los miembros presentes. En síntesis, la posibilidad de *cinco* pasos, con predominio final de la Cámara de origen (voto favorable de dos tercios de presentes, contra voto favorable de dos tercios del total de miembros exigidos para la Cámara revisora).

Luego la posibilidad del veto parcial o total del Poder Ejecutivo, susceptible de ser rechazado por el voto de dos tercios de miembros presentes de cada una de ambas Cámaras.

---

\* Ex profesor titular de Derecho Político (UNR). Diputado nacional. Convencional constituyente.

## 2. Las reformas de 1994

Fueron varias, que analizaré separadamente.

### 2.1. Reducción de pasos

Ahora son tres, no cinco. Si el proyecto es modificado por la Cámara revisora se debe consignar el resultado de la votación para establecer si fueron hechas por mayoría absoluta o dos tercios, en ambos casos de los miembros presentes. Vuelto a la Cámara de origen, esta puede por mayoría absoluta de los presentes aprobar las reformas. Si la Cámara revisora aprobó las modificaciones por dos tercios de sus miembros presentes, la Cámara de origen puede insistir en su sanción original pero para ello requiere el voto favorable de dos tercios de sus miembros presentes. En resumen, habiendo discrepancia entre ambas Cámaras: a) si las dos aprobaron con mayoría absoluta de los presentes, predomina la sanción de la Cámara de origen; b) si una Cámara sancionó con mayoría absoluta y la otra con dos tercios, predomina la Cámara que obtuvo dos tercios; c) si ambas Cámaras sancionan con dos tercios, predomina la de origen.

El objeto de la reforma fue acelerar el trámite parlamentario. Su resultado no fue satisfactorio, por dos razones. Primero, fue más teórico que práctico: desde 1983 hasta 1994 solamente una ley tuvo que afrontar los cinco pasos y diez requirieron cuatro pasos, las demás sancionadas en más de una década solo requirieron dos o tres pasos. La experiencia indica que el tiempo que insume la sanción de una ley no depende de los pasos constitucionales, sino de la voluntad política del Poder Ejecutivo y de la mayoría del Congreso para alcanzar su aprobación. Leyes muy importantes fueron sancionadas en pocos días (con el régimen anterior), mientras que otras promovidas inclusive por el Poder Ejecutivo durmieron eternamente el sueño de los justos porque no había voluntad política de aprobarlas. La segunda razón que motiva la crítica es que el nuevo sistema ata de manos a la Cámara revisora, que queda muy sometida a la voluntad de la Cámara de origen. Por eso, ante la posibilidad de tener que aceptar lisa y llanamente la voluntad de una Cámara, la otra muchas veces prefiere dejar de considerar el proyecto y hacer que pase al archivo. La reforma no mejoró la vida parlamentaria; al contrario, creó el déficit que se apunta.

### 2.2. Delegación en comisiones

El principio tiene algunos defectos. La composición numérica de las comisiones no es exactamente proporcional a la de las Cámaras, por lo que pueden surgir desigualdades. Es posible sustraer del debate particular la opinión de algunos legisladores que por sus condiciones intelectuales suelen hacer aportes de interés. En la práctica, el debate particular puede insumir algunas horas pero no afecta la

aprobación de las leyes. En los hechos, esta reforma no fue nunca aplicada. Desde 1994 hasta el presente, ninguna de las dos Cámaras hizo esta delegación, con lo que se demuestra que no era necesaria.

### 2.3. *Prohibición de la sanción ficta*

El artículo 82 CN dispone: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta». La norma tiene un origen muy particular, ya que en principio dice una obviedad. La historia es simple. Después del Pacto de Olivos, cuando los representantes de sus actores discutieron lo que dio en llamarse el *núcleo de coincidencias básicas*, plasmado después en la convocatoria de la ley 24309, no faltó quien pensara en introducir una disposición similar a la de la V República Francesa, que admite que si un determinado proyecto del Poder Ejecutivo no es rechazado en un lapso perentorio por la Asamblea, queda automáticamente transformado en ley. Esto levantó críticas y, para aventarlas, se escribió el texto del que después resultaría el artículo 82.

Así quedó en la Constitución. Pero si está, para algo está. No podemos sostener la tesis de la virtualidad jurídica de una perogrullada. El tema motivó debate en la Convención Constituyente. Me tocó preguntarle al miembro informante de la mayoría cuál era el sentido de su exclusión y su respuesta fue contundente. Con este principio se descartaba la posibilidad de que los decretos de necesidad y urgencia, que se incorporarían a la Constitución, tuvieran efectos si no mediaba un pronunciamiento favorable expreso del Congreso. Así está escrito y se puede leer en el *Diario de Sesiones*.

Claro que entre nosotros la distinción weberiana entre normatividad y normalidad es frecuente. La tardía ley reguladora de los DNU admite en los hechos la sanción ficta, rechazada por el texto expreso del artículo 82 y la correcta interpretación que se le dio en la Convención.

### 2.4. *Proyectos especiales*

El artículo perdido. Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deben ser sancionados por la mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras, establece el actual artículo 77, segunda parte. La norma persigue evitar que cuestiones políticas tan sensibles como son el régimen electoral y la regulación de los partidos políticos queden en manos de mayorías circunstanciales. La exigencia del voto de la mayoría absoluta de componentes es una garantía más. Fue aprobado por la Convención sin que mereciera reparos.

El nuevo artículo que, siguiendo la numeración anterior, la Convención había sancionado como 68 *bis*, no fue incorporado al texto final. ¿Qué pasó? Para explicarlo se deben recordar los acontecimientos. Las deliberaciones en Santa Fe llegaban a su fin, los últimos artículos de la reforma eran aprobados en extenuantes jornadas.

Se había acordado que la sesión de cierre fuese destinada para que cada bloque parlamentario fijara su posición, antes del juramento en el Palacio San José, en Entre Ríos. Mientras esto ocurría, dos o tres miembros, no más, de la comisión de redacción trabajaban intensamente ordenando en forma correlativa cada uno de los artículos sancionados y, al mismo tiempo, compaginando las 17 disposiciones transitorias. El texto debía ser visto por todos los miembros de la comisión, impreso y entregado a los convencionales antes de la sesión de clausura. Por un error, con seguridad involuntario, se omitió la inclusión del artículo. Así se hizo el juramento.

Al descubrirse el olvido surgieron distintas opiniones. Unos decían que al no haberse jurado quedaba fuera de la Constitución, no recordándose que la Convención ya lo había sancionado y además había aprobado una disposición interna que establecía que todo lo parcialmente aprobado era válido. La pregunta —con su implícita respuesta negativa— era obvia. ¿Acaso el juramento hace a la vigencia de una norma constitucional? Se sostuvo también que debía ser el Poder Judicial quien zanjase el asunto. ¿La Corte o cualquier tribunal? Cualquier juez, se dijo, desde una alta opinión intelectual, aunque fuese poco probable que el tema llegase a ser justiciable. El artículo había sido aprobado por la Convención, el presidente del cuerpo proclamó su incorporación, pero no estaba en el texto ordenado. Para aclarar la cuestión hay que preguntarse sobre la naturaleza jurídica del acto que ordena el texto de una ley o, en este caso, la Constitución. ¿Es un acto legislativo o constituyente, o tiene otra naturaleza? Personalmente no admito que se sostenga que la confección del texto ordenado de una ley sea un acto legislativo, porque este, propiamente dicho, es aquel que crea, modifica o extingue derechos subjetivos. Así lo tiene resuelto desde hace tiempo la doctrina del derecho político. El acto legislativo, producto del ejercicio de la función legislativa, surge cuando la ley se sanciona y promulga. La ordenación del texto legal no es más que un acto administrativo destinado a precisar la secuencia de disposiciones que antes ya habían sido emitidas por el órgano habilitado para hacerlo, en lo que nos interesa, la Convención Constituyente. No se crea derecho ordenando un texto legal. La creación es anterior. La ordenación persigue solo hacer una sucesión lógica de normas que han sido previamente producidas. Alguien podrá preguntar: ¿por qué la Convención aprobó un texto ordenado? Porque, obviamente, alguien debía hacerlo. Pero si no lo hizo la Convención, ¿pierde por eso la norma su carácter constitucional? La disposición, sancionada por la Convención, proclamada por su presidente, además estaba amparada por la decisión del mismo cuerpo que habilitó todas las sanciones parciales que se fueran haciendo. Por eso, el Congreso de la Nación sancionó una ley especial, promulgada por el Poder Ejecutivo, ordenando el texto legal que había aprobado la Convención e incorporó el artículo 68 *bis* renumerándolo como segundo párrafo del artículo 77 de la Constitución.

### 2.5. *El veto parcial*

La Constitución de 1853 estableció que los proyectos sancionados por el Congreso podían ser observados total o parcialmente por el Poder Ejecutivo. Siempre se entendió que mediando un veto, el proyecto volvía al Congreso para que lo considerase y no era ley hasta completar el trámite constitucional. Excepcionalmente se admitió el veto parcial con promulgación y sanción del resto, en el caso de las leyes de presupuesto. Sin embargo hubo algunos antecedentes, generalizados después de 1983, de leyes vetadas en forma parcial y promulgadas y publicadas por el Poder Ejecutivo en su parte llamemos residual. Para evitar el vicio se lo reglamentó en la reforma de 1994 y, como siempre ocurre, la enmienda terminó siendo peor que el soneto.

El nuevo artículo 80 dispuso que:

Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

¿Quién evalúa si la norma tiene autonomía funcional o si no altera el espíritu o la unidad de la sanción parlamentaria? ¿El Poder Ejecutivo, el Congreso, los jueces? Una nueva puerta abierta a la arbitrariedad del Ejecutivo que de esa manera recorta a su gusto las sanciones del Congreso. Después de arduas discusiones se sanciona una ley y resulta que, más tarde, a su capricho, el Poder Ejecutivo veta lo que no le gusta. Una ley sale del Poder Legislativo con un determinado contenido pero a causa del veto parcial con su consiguiente promulgación también parcial y su publicación, adquiere fuerza dispositiva en aquello que quiso el Poder Ejecutivo y no el Congreso. Esta práctica viciosa, que la reforma de 1994 no hizo más que consolidar, sirve —juntamente con otros institutos que después mencionaré— para que el Poder Ejecutivo absorba cada día más atributos legislativos del Congreso.

### 3. **Cómo se hacen las leyes**

Expuestos los aspectos institucionales, veamos cómo funciona en la práctica el mecanismo de formación y sanción de las leyes.

3.1. Cada una de ambas Cámaras comienza a funcionar una vez logrado el quórum, vale decir que estén presentes más de la mitad de los integrantes del cuerpo. El artículo 64 CN dispone que: «Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros». La norma es clara y no admite discusiones; mayoría absoluta equivale a más de la mitad de sus integrantes y no la mitad más uno, como equivocadamente se suele decir. En la Cámara de Diputados años atrás se planteó un problema a causa de la contradicción de su reglamento con la Constitución nacional. Diputados tiene 257

miembros, el reglamento calificaba al quórum con el impreciso concepto de la mitad más uno, por eso su Presidencia entendía que se formaba quórum cuando estaban sentados 130 diputados y no 129 como correctamente indican las matemáticas al aplicar el concepto de más de la mitad. Algún escándalo periodístico se originó en la circunstancia de haber 129 y no los erradamente requeridos 130. Por eso en 1996 se modificó el reglamento estableciéndose en el artículo 15 que: «Para formar quórum legal será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, *entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes*».

3.2. La iniciativa. Los proyectos pueden tener origen en el Poder Ejecutivo o en los legisladores (artículo 77 CN). Para ciertas iniciativas, la Constitución le asigna derecho de origen a la Cámara de Diputados y después de la reforma de 1994 también a la Cámara de Senadores. Esta reforma introdujo también la *iniciativa popular* en su artículo 39 respondiendo a las viejas aspiraciones de democracia semidirecta que estuvieron tan en boga en el constitucionalismo pasado. En nuestro país estas formas de democracia semidirecta, pese a la regulación constitucional, hasta ahora no han alcanzado a tener aplicación práctica.

Los diputados y senadores, por supuesto, gozan del derecho de iniciativa pero ¡qué difícil le resulta a un legislador conseguir la sanción de una ley! Lograr que se trate en las comisiones a las que se gira el proyecto, luego obtener un despacho favorable, más tarde que la Presidencia y la Comisión de Labor Parlamentaria lo ubiquen entre los temas a tratar, por último que efectivamente se considere —porque es corriente que las sesiones terminen antes de que llegue el asunto a ser discutido— y, por último, que la Cámara lo apruebe. Éxito, aplausos, alegría..., pero la historia recién empieza. Porque tras la sanción de la Cámara pasa a la otra y allí el periplo comienza de nuevo, con el agravante de que el autor del proyecto no forma parte de ese cuerpo y allí se debe valer de terceros para impulsarlo. Admitamos que con una buena dosis de suerte la Cámara revisora, después de todos los trámites conocidos, lo apruebe: falta todavía la disposición favorable del Poder Ejecutivo que debe promulgarlo o dejar correr los diez días sin objetarlo. Claro que el presidente de la Nación tiene sus oficinas —habitualmente la Secretaría Legal y Técnica— que le pone una lupa a la sanción del Congreso y dos por tres redacta el veto. No es imposible; muchas leyes tienen su origen estrictamente parlamentario, algunas están bautizadas con el nombre de quien las impulsó, pero convengamos que en los tiempos que corren cada vez le resulta más difícil a un legislador obtener la sanción de una ley. Por eso es risible cuando algunas organizaciones sociales pretenden evaluar el trabajo de los legisladores por la cantidad de proyectos que han presentado. Así y todo, uno insiste y sigue aportando iniciativas parlamentarias.

La gran fuente de legislación es el Poder Ejecutivo. Si hacemos un balance de las leyes sancionadas desde 1983 hasta el presente —aproximándonos al cuarto de siglo— advertiremos que la enorme mayoría de las que son verdaderamente importantes tuvieron su origen en mensajes del Poder Ejecutivo. Pero tampoco este las



tiene todas consigo. En primer término hay que recordar que los distintos presidentes constitucionales que gobernaron en dicho lapso han presentado iniciativas, a veces sólidamente fundadas, que jamás llegaron a tratarse siquiera en la Cámara de origen. Aun teniendo cómodas mayorías parlamentarias. Promovidas por el presidente, con el firme respaldo de sus ministros que concurrían a la Cámara de origen para explicarlas, quedaron en el archivo por aplicación de la Ley Olmedo, que les resta estado parlamentario al cabo de un tiempo. Otras fueron sí efectivamente aprobadas, pero después de deambular meses, y a veces más de un año, por el Congreso. Todo depende de la voluntad política que exista en el Gobierno y en los parlamentarios. Desde luego que aquellas iniciativas que interesan al Poder Ejecutivo porque hacen a sus políticas, cuando tiene respaldo de la mayoría de legisladores, terminan siendo leyes, pero no siempre necesariamente es así.

El verdadero impulso legislativo proviene del Poder Ejecutivo, la agenda de los debates es fijada por quien dispone de la mayoría parlamentaria. Los legisladores que no son del partido de gobierno deben hacer infinitos esfuerzos para lograr que sea ley un proyecto propio; su papel más importante es el de control sobre el Ejecutivo, además de dejar testimonio de pensamientos y opiniones. Pero el rol del Congreso no es solamente legislar; su función de control es también singular. Así se amalgaman en actitudes y papeles el desenvolvimiento de un órgano esencial de la democracia.

3.3. Las comisiones. Los reglamentos de ambas Cámaras contemplan la existencia de comisiones, que son ordinarias —previstas en los reglamentos— y también especiales —creadas por una decisión parlamentaria—, habiendo asimismo bicamerales, algunas de origen reglamentario y otras dispuestas por una norma aprobada al efecto. A lo largo de la historia de nuestro Congreso hubo algunas comisiones investigadoras y otras de control, cuya actuación aún se recuerda después de mucho tiempo.

Las iniciativas parlamentarias (proyectos de ley, resolución, declaración) son giradas directamente a las comisiones, donde comienza su tratamiento. A veces una sola; otras, dos o varias, según el reglamento y la interpretación que de su texto suela hacer la oficina respectiva. Allí se discuten los proyectos hasta que obtienen despacho. En otras épocas, hoy muy lejanas, los diputados y senadores fundaban en el recinto sus proyectos antes de enviarlos a comisión. Esa práctica ya no existe pero se puede verificar leyendo *Diarios de Sesiones* de tiempos remotos.

Muchas veces el debate en comisión supera en profundidad a la discusión en el recinto plenario. El presupuesto, por ejemplo, que normalmente se aprueba en una extensa sesión que insume buena cantidad de horas, antes ha sido analizado minuciosamente en la comisión específica de la Cámara de Diputados durante semanas en las que desfilan funcionarios de las distintas ramas de la Administración, quienes son sometidos a las preguntas y exposiciones de los legisladores. Lo mismo suele ocurrir con otras leyes importantes. Recuerdo el caso de la nueva Ley de Matrimonio Civil,

que originó una discusión con muchos ribetes técnicos durante más de un año en la Comisión de Legislación General. Ejemplos como estos son inagotables. Lo jugoso del debate está en las comisiones, mientras que la discusión en el plenario del recinto sirve más bien para dejar testimonio de las posiciones.

No hay reglas fijas en cuanto al funcionamiento empírico de las comisiones. Desde luego que el reglamento trae disposiciones precisas sobre el quórum, el debate, los despachos. Normas que se cumplen en los asuntos importantes, pero también es usual que los expedientes circulen buscando la cantidad de firmas necesarias sin que medien reuniones formales. Esto acaece con mayor asiduidad en el Senado, aunque se lo practica también en Diputados.

3.4. Cada despacho de comisión es presentado por la Presidencia a la Comisión de Labor Parlamentaria. Este es un cuerpo creado por una reforma reglamentaria de Diputados en 1963. Lo forman los presidentes de los bloques legislativos, quienes buscan consenso sobre los temas que se tratarán en la sesión, acuerdo que naturalmente no siempre se logra, pero que contribuye a ordenar el funcionamiento del plenario de cada una de las Cámaras.

En la sesión plenaria el debate se hace primero en general y, después de aprobado, se lo realiza en particular. Las posiciones, por lo menos de muchos bloques, están tomadas de antemano y los discursos, más que convencer, buscan dejar testimonio. Sin embargo, en algunos casos los bloques dejan en libertad de acción a sus miembros (cuestiones de libertad de conciencia, se dice) y aquí los argumentos pueden pesar en una dirección o en otra. Hecha la aprobación en general (que se vota nominalmente por medios electrónicos, mecánicamente —queda constancia del número pero sin identificar al votante— o a mano levantada, según la importancia del asunto y el pedido debidamente apoyado de los legisladores) viene el debate en particular. Aquí las cosas pueden cambiar, o no. Depende de la actitud de la mayoría, de su disposición para aceptar sugerencias o su necesidad de alcanzar el número suficiente. A veces, la discusión particular habilita la introducción de modificaciones al despacho que había sido aprobado en general; otras veces la mayoría plenamente dominante de la cantidad de votos requeridos se aferra al texto primitivo. No siempre las cosas son iguales y el debate en particular puede ayudar a mejorar la ley.

Aprobado el proyecto por la Cámara de origen, pasa a la revisora siguiendo el procedimiento constitucional. La aprobación que la primera otorga constituye una sanción (no *media sanción* como vulgarmente se dice), que motiva el envío a la otra Cámara. Esta lo considera inmediatamente, si la cuestión es urgente o el gobierno tiene especial interés, o queda sometida al largo trajinar de la revisión que, muchas veces, ni siquiera se hace, frustrándose la iniciativa de la Cámara de origen. Revisando archivos parlamentarios aparecen muchísimas sanciones de una Cámara que jamás llegaron a ser consideradas por la otra.

3.5. En la Cámara de Diputados existe un mecanismo especial destinado a la aprobación de aquellos despachos de comisión que no tengan disidencias ni

observaciones. Lo establece el artículo 152 de su reglamento. Los dictámenes son impresos y puestos a disposición de los diputados durante siete días hábiles (artículo 113). Si no hay disidencias en la comisión y tampoco mereció observación de ningún diputado vencido este plazo, la Presidencia lo pone a consideración del cuerpo el que lo aprueba sin debate de ninguna naturaleza. Esto ocurre con gran frecuencia respecto a declaraciones y resoluciones que no motivan impugnación, también de leyes no objetadas. ¿Qué puede hacer un diputado que no alcanzó a advertir su discrepancia dentro de los siete días hábiles? En especial teniendo en cuenta que no siempre media una relación cronológica entre la fecha impresa en el dictamen y el vencimiento del plazo reglamentario. Aparentemente no puede hacer nada para oponerse. Sin embargo, en estos casos hay un medio. Formular una moción de orden de vuelta a comisión del despacho. Para ello debe fundarla. Si las razones que invoca, en el breve lapso que dispone para hacerlo, convence a sus pares, es posible que el cuerpo acepte la vuelta a la comisión. De cualquier manera, la norma reglamentaria de Diputados contribuye a agilizar las sesiones. Esta disposición no está contemplada en el reglamento de la Cámara de Senadores.

3.6. Una vez sancionado el proyecto por ambas Cámaras pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación, quien puede observarlo total o parcialmente dentro del plazo de diez días útiles, como dice la Constitución. Sobre esto se hará referencia a continuación.

#### **4. El fortalecimiento del Poder Ejecutivo, la consiguiente declinación del Congreso**

Conocidos los alcances del acuerdo político que habilitó la reforma constitucional de 1994, critiqué con toda la fuerza posible determinados contenidos de la proyectada modificación. Lo hice en la Cámara de Diputados cuando se discutió, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y en el plenario, la ley que declaró la necesidad de la reforma, al mismo tiempo en varios artículos periodísticos y, también, en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe. Califiqué al nuevo sistema que se instrumentaba como *presidencialismo autoritario*. Lamentablemente no estaba equivocado. ¿Por qué esta contundente afirmación? Porque además de impugnar la introducción de la reelección presidencial —lo ocurrido hace poco en Misiones demuestra que otros aires empiezan a circular— existen tres factores que a mi juicio hacen decaer la potestad legislativa del Congreso fortaleciendo los atributos del Poder Ejecutivo. Ellos son la institucionalización de la delegación legislativa, de los decretos de necesidad y urgencia, y del veto parcial con su consiguiente promulgación. Algo se dijo antes, y ahora queda solo una referencia final.

Desde el célebre caso *Delfino*, la CSJN había admitido la delegación legislativa, no prevista en la Constitución nacional. Gradualmente, el hábito fue aumentando.

Al institucionalizarse el vicio, maguer la imperativa prohibición del artículo 76 que los fulmina pero a renglón seguido (literalmente) los acepta, lo que antes era un pecado capital ahora es apenas venial. Lo mismo respecto a los *decretos de necesidad y urgencia*, que antes de la reforma se ejercieron con alguna vergüenza y con el tiempo bastante frecuencia, pero que al quedar institucionalizados por el artículo 99, inciso 3.º, CN habilitaron al presidente para ejercer la función legislativa propia del Congreso cada vez que tuvo ganas de hacerlo. Con mayor razón aún la crítica, después de la sanción de la ley reglamentaria que incorporó la constitucionalmente prohibida sanción ficta. Por último, el veto parcial con la promulgación de lo no observado. Antes un proyecto vetado parcialmente volvía al Congreso y no era ley hasta que este aceptara las observaciones o insistiera con su sanción. Ahora el presidente veta lo que no le gusta, promulga lo que le gusta y ya es ley que manda a publicar. Si revisamos los decretos de vetos parciales habidos después de la reforma de 1994 encontraremos una interminable lista de leyes mutiladas por las observaciones del Poder Ejecutivo, en las que se altera el espíritu y la unidad del proyecto sancionado por el Congreso, a pesar de la terminante disposición del artículo 80 CN.

¿Cómo se hacen las leyes? Están las normas constitucionales y sus aspectos prácticos, algunos de los cuales se reseñan aquí. Pero además del Congreso, titular de la función legislativa, está el Poder Ejecutivo con los atributos que fue sustrayendo, convalidados en la reforma de 1994 y consolidados aún más por recientes decisiones parlamentarias. Esta es la realidad de un sistema republicano, proclamado por el artículo 1.º pero cada vez más alejado de lo querido en 1853. Alguna vez nos conformamos con tener la *república posible* en vez de la *república ideal*. Seguramente ha llegado el momento del volver a pensar y trabajar por el ideal de república que nos constituyó como nación.

**Juan Carlos Maqueda\***

## **La formación y sanción de las leyes**

En los inicios de la República, los constituyentes de 1853 coincidieron con el pensamiento de Juan Bautista Alberdi al acordar que la división de poderes no es un principio absoluto —pues ello significaría que los poderes se ignoran entre ellos— sino uno relativo, que supone la colaboración y coordinación de sus tareas con miras a lograr la realización del proyecto democrático de la nación.

En este entendimiento, la Constitución histórica y la reforma de 1994 asumieron la delicada tarea de diseñar un proceso de formación y sanción de las leyes que fuera apto para resguardar el difícil equilibrio que debe gobernar la convivencia del presidente y del Congreso, sin que la independencia de los poderes afectara el buen desempeño de sus respectivas funciones.

Tributario de esta concepción, propongo repasar en estas páginas las alternativas del trámite de formación y sanción legislativa, procurando resaltar los aciertos que en este capítulo trasluce el sistema de nuestra Constitución.

---

\* Senador de la Nación (MC). Diputado de la Nación (MC).

## 1. La iniciativa legislativa

El proyecto de Alberdi y la Constitución unitaria de 1826 previeron la iniciativa legislativa de forma sustancialmente idéntica a la que diseñaría tiempo después el constituyente originario en 1853.<sup>1</sup>

Así, el texto del artículo 77 en la parte pertinente dice: «Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo».

Esta regla de atribución perdura tras la reforma de 1994, pero con un agregado trascendente: a los legisladores y al Poder Ejecutivo se ha sumado el derecho de iniciativa de los ciudadanos, mediante un mecanismo específico.

Naturalmente, la norma cita en primer término al legislador, en la medida que la tarea bajo examen es inherente a sus funciones. Sus proyectos deben ser propuestos por escrito («con carácter rigurosamente preceptivo sin contener los motivos determinantes de sus disposiciones» prevé el reglamento de la Cámara de Diputados), firmado por su(s) autor(es) (si son diputados, no pueden ser más de quince) y precedidos de fundamentos.<sup>2</sup>

En cuanto a la iniciativa presidencial, el constituyente histórico hizo primar las bondades que parte de la doctrina nacional y comparada asignaba al Poder Ejecutivo como iniciador de leyes. Esta elección, que define decisivamente la forma en que el Congreso y el presidente interactúan en el nivel federal, supuso apartarse del modelo de la Constitución de los Estados Unidos, que no le concede semejante facultad al primer mandatario, pues solo prevé que produzca informes al Congreso sobre el «Estado de la Unión» y *recomiende* las medidas que juzgue necesarias y convenientes. De tal forma, en el texto que dictó la asamblea constituyente de Filadelfia el Poder Ejecutivo no presenta directamente el proyecto porque de hacerlo incursionaría en una competencia exclusiva del Congreso.<sup>3</sup>

En nuestro modelo, explica Juan A. González Calderón, la Convención de 1853 le atribuyó la facultad de iniciar leyes porque valoró que el presidente:

está en constante y estrecho contacto con todos los factores de la vida nacional: dirige la política interna y exterior, maneja las finanzas, ejecuta las leyes, provee los puestos públicos, dispone de las fuerzas militares, mantiene el orden social; en dos palabras, gobierna y administra el país. ¿Quién estará, por consiguiente, mejor capacitado que él para comprender la necesidad o conveniencia de una oportuna medida

---

<sup>1</sup> Para un análisis de los artículos 59 de la Constitución de 1826, y 71 del proyecto de Juan Bautista Alberdi, véase Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo III, Buenos Aires, Lajouanne, 1931, pp. 10-11.

<sup>2</sup> Artículos 124 a 138 del reglamento de la Cámara de Senadores; 115 a 125 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>3</sup> Constitución de los Estados Unidos de América, artículo II, sección 3.ª; véase al respecto Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 112.

legislativa? [para concluir que] es lógico que se le reconozca el derecho de contribuir con sus propias luces y con su criterio práctico a la formación de aquellas.<sup>4</sup>

En el ejercicio de su rol de colegislador, el presidente remite sus proyectos de ley con un *mensaje*: los fundamentos en que explica las motivaciones y conveniencias para la nación del dictado de las normas que impulsa. La reforma de 1994 previó que el mensaje del presidente que promueve la iniciativa legislativa debe ir refrendado por el jefe de Gabinete, lo que se deriva del principio según el cual este, junto al ministro del área, refrendan los actos del Poder Ejecutivo.<sup>5</sup>

En tercer término, el nuevo artículo 39 de la Constitución consagra el derecho de iniciativa popular —entiéndase ciudadana— e introduce en el proceso de formación de la ley a la ciudadanía sin intermediación de sus representantes. Cabe distinguir esta innovación del derecho de peticionar a las autoridades (artículo 14) en ejercicio del cual todos los habitantes pueden proponer leyes, pues en ese caso es imperativo que un legislador haga propio el proyecto para que pueda proseguir el trámite parlamentario.

En uso de este *nuevo* derecho, cualquier ciudadano puede presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, con excepción de aquellos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. El Congreso debe darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses, lo que constituye una excepción al principio según el cual las Cámaras no están obligadas a tratar todos los proyectos de ley que se presentan. Según su reglamentación legal,<sup>6</sup> la iniciativa requiere la adhesión de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y debe representar por lo menos a seis distritos electorales.<sup>7</sup> De ser declarado formalmente admisible por la Comisión de Asuntos Constitucionales, la presidencia de la Cámara de Diputados ordena su inclusión en el orden del día con tratamiento preferente, siguiendo por el resto el trámite ordinario de sanción de leyes.

El artículo 77 comienza disponiendo que los proyectos pueden presentarse en cualquiera de las Cámaras que componen el Congreso de la Nación, *salvo las excepciones que establece la Constitución*, que son las siguientes: le corresponde exclusivamente

---

<sup>4</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., p. 12.

<sup>5</sup> Artículo 100, primer párrafo, inciso 8.º, de la Constitución de la Nación Argentina.

<sup>6</sup> Los requisitos de la iniciativa popular están especificados en el artículo 5 de la ley 24747:

«La iniciativa popular deberá deducirse por escrito y contendrá: La petición redactada en forma de ley en términos claros; b) Una exposición de motivos fundada; c) Nombre y domicilio del o los promotores de la iniciativa, los que podrán participar de las reuniones de Comisión con voz de acuerdo con la reglamentación que fijen las mismas; d) Descripción de los gastos y origen de los recursos que se ocasionaren durante el período previo a presentar el proyecto de iniciativa popular ante la Cámara de Diputados; e) Los pliegos con las firmas de los peticionantes, con la aclaración del nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que figure en el padrón electoral».

<sup>7</sup> Artículo 4 de la misma ley.

a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas (artículo 52); iniciar el proyecto de ley de convocatoria para someter a consulta popular un determinado proyecto legislativo (artículo 40); tratar en primer término los proyectos que emanan del derecho de iniciativa ejercido por los ciudadanos en los términos del artículo 39 y normas reglamentarias; finalmente, y aunque esta facultad no es propiamente dicha una de iniciativa legislativa, también ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al Jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema (artículo 53).

Por conveniencia metodológica traigo en este punto a colación que la reforma introdujo la iniciativa presidencial para la ley de presupuestos y ministerios: «El Jefe de Gabinete de Ministros [...] le corresponde: enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo».<sup>8</sup>

Se ha planteado en doctrina si el proyecto de presupuesto nacional es atribución excluyente del Poder Ejecutivo nacional; al respecto, advierto que con prescindencia de los atendibles argumentos que pueden sustentar o no la exclusividad ejecutiva de esta potestad, la experiencia indica que es el Poder Ejecutivo el que, sobre la base de los organismos técnicos que responden a sus directivas políticas, se encuentra en mejor posición para atribuir los gastos y recursos del Estado nacional. Si bien es cierto que el poder de disponer de los dineros públicos reside en el Congreso, corresponde al Ejecutivo por la naturaleza de sus funciones hacer efectivas las disposiciones de aquel poder.

Señalado entonces que es el presidente quien presenta la Ley de Presupuesto, corresponde ahora precisar que lo hace en la Cámara de Diputados, y no en el Senado: tal práctica, a más de ser avalada por la costumbre parlamentaria, se apoya en dos argumentos: el primero surge de la interpretación del artículo 52, que dispone que corresponde a la Cámara baja la iniciativa sobre contribuciones, de lo que se deriva que en ella debe iniciarse el trámite de atribución de gastos; el segundo, corolario lógico del primero, es que la *ley de leyes* debe ser analizada en primer término por Diputados, directamente elegida por el pueblo, «que es quien paga las contribuciones».<sup>9</sup>

Esta última afirmación permite plantear un interrogante que ha surgido sobre la interpretación del nuevo artículo 54, en tanto introduce la elección directa de los senadores: si es la forma de elegir los diputados lo que volvía a la Cámara baja más próxima al pueblo, y si esta *proximidad* ha dejado de ser exclusiva a los diputados dado que la reforma instaura igual forma de elección para los senadores, ¿ha desaparecido la causa del privilegio de iniciativa de la Cámara de Diputados para la ley de presupuesto?

<sup>8</sup> Artículo 100, inciso 6.º, de la Constitución de la Nación Argentina.

<sup>9</sup> Carlos M. Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, o. cit., p. 112.



En este punto, una adecuada interpretación de nuestra Constitución histórica permite sostener que las Cámaras no se distinguen únicamente por la forma en que son elegidos sus miembros. Antes bien, la Cámara baja mantiene una característica que le es propia: la mayor representatividad de sus miembros, en tanto su número es proporcional a la población de la Nación. Esta característica, que revela que en el seno de la Cámara de Diputados se expresa la voz de los representantes del pueblo —y no de las provincias— fundamenta el privilegio para tratar en primer término el proyecto de ley de presupuesto. En este marco también puede entenderse que cuando la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar en el juicio político, actúa de forma tal que los habitantes de la Nación puedan reconocerse ellos mismos como consecuencia de su actuación. Finalmente, ello también explica su condición de Cámara iniciadora en los supuestos de los artículos 39 y 40, en tanto instrumentan métodos de democracia semidirecta que apuntan a acercar el cuerpo electoral a la tarea de legislar.

En cuanto aquí interesa, el Senado de la Nación es *Cámara de origen* para los proyectos de ley convenio que «sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos», así como para los proyectos que provean:

lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (artículo 75, inciso 19).

El Senado mantiene además la competencia *privativa* que ya le atribuía el artículo 51, actual 59, de «juzgar en juicio político a los acusados por la Cámara de Diputados»; de autorizar al presidente de la Nación para que declare el estado de sitio en uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior (conforme a los artículos 53 [hoy 61] y 86, inciso 19 [hoy 99, inciso 16]) y de prestar acuerdos (artículo 99, incisos 4, 7 y 13 [antes 86, incisos 5, 10 y 16]).

## 2. La expresión de voluntad del Congreso de la Nación

Surge prístino del texto constitucional que la voluntad del Poder Legislativo se perfecciona con la concordancia de la Cámara de Diputados y del Senado en dar sanción al proyecto con el quórum y las mayorías en cada caso previstas.

En lo que respecta al quórum, la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara es el principio general. El artículo 64 (idéntico al artículo 56 de la Constitución histórica) establece en su parte pertinente que las Cámaras no entrarán «en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros», consigna que fue interpretada en el reglamento

de la Cámara de Senadores de la siguiente manera: «La mayoría absoluta del número constitucional de senadores hace Cámara» y en el de la Cámara de Diputados, que «será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes».<sup>10</sup>

En cuanto a la mayoría necesaria para aprobar un proyecto de ley, la regla general previa a la reforma subsiste pues sigue siendo la mayoría absoluta de los presentes. Pero el principio ha sumado excepciones a las existentes, dado que determinados procesos requieren mayorías especiales.

El voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para la declaración de la necesidad de la reforma constitucional (artículo 30) y el otorgamiento de jerarquía constitucional a tratados de derechos humanos (artículo 75, inciso 22). Se exige el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara para sancionar los proyectos de ley reglamentarios de la iniciativa popular y de la consulta popular; ley convenio sobre coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2.º); leyes que modifican ese régimen (artículo 75, inciso 3.º); la aprobación y denuncia de los tratados internacionales (en el caso de la aprobación, si son tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación debe declarar —además y con la misma mayoría agravada— la conveniencia de la aprobación del tratado, artículo 75, inciso 22); leyes que modifican el régimen electoral y de partidos políticos (artículo 77); la ley de creación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación (artículo 85); la que regula la intervención del Congreso en el control de los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º); la ley que regula las atribuciones del Consejo de la Magistratura (artículo 114). También se exige esa mayoría para la delegación a comisión prevista en el artículo 79, para la remoción del jefe de Gabinete, y la mayoría absoluta de cualquiera de las Cámaras para interpelarlo (artículo 101).

En cuanto a las mayorías necesarias para ejercer las facultades disciplinarias, el artículo 66 prevé que:

Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno; pero basta la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos.

Finalmente, la Constitución prevé el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en cada Cámara para remover al Defensor del Pueblo (artículo 86); de esa misma mayoría en la Cámara de Diputados para sustanciar y acusar en proceso de juicio político (artículo 53); dos tercios de los presentes en el Senado para dictar el fallo condenatorio de este (artículo 59), y para otorgar el acuerdo a los ministros

---

<sup>10</sup> Artículos 16 del reglamento de la Cámara de Senadores y 15 del reglamento de la Cámara de Diputados.

de la Corte Suprema (artículo 99, inciso 4.º); igual número de la Cámara respectiva para el desafuero de sus miembros (artículo 70).

En cuanto a la forma de expresar la voluntad del Legislativo, el artículo 82 fue incluido en 1994: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta», lo que descarta el silencio como modo para presumir la voluntad del órgano.

Al referirse a la prohibición de la aprobación tácita, es útil recordar la ley 13640 (modificada por leyes 23821 y 23992) o Ley Olmedo<sup>11</sup> porque en la práctica parlamentaria esta ley es complementaria de los reglamentos de las Cámaras al establecer en su redacción actual un sistema de caducidad para los proyectos de ley, aunque con algunas excepciones en su artículo 2. Según esta norma, un proyecto de ley pierde estado parlamentario por no haber completado su ciclo de tratamiento, que idealmente finaliza con la sanción, en el tiempo previsto por la ley. Si el iniciador

---

<sup>11</sup> La ley vigente —modificada— es de 1949, aunque el primer tratamiento legislativo de esta temática data de 1890. El texto completo de la norma es el siguiente:

«Artículo 1. Todo proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso que no obtenga sanción en una de sus Cámaras durante el año parlamentario en que tuvo entrada en el cuerpo o en el siguiente, se tendrá por caducado. Si obtuvo sanción en alguna de ellas en el término indicado, este se prorrogará por un año más. Todo proyecto de ley aprobado con modificaciones por la Cámara revisora que no termine el trámite establecido en el artículo 71 [según texto de la ley 23992] de la Constitución nacional en el año parlamentario en que obtuvo la referida aprobación o en el siguiente, se tendrá por caducado.

Artículo 2. Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior, los proyectos de códigos, tratados con las naciones extranjeras, los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo sobre provisión de fondos para pagar los créditos contra la Nación y los reclamos de particulares con igual carácter.

Artículo 3. Los proyectos de ley o parte de ellos que el Poder Ejecutivo devuelva observados en uso de la facultad que le acuerda el artículo 72 [según texto de la ley 23992] de la Constitución nacional, que el Congreso no confirme en el año parlamentario en que fueran devueltos o en el siguiente, se tendrán por caducados.

Artículo 4. Los presidentes de las comisiones de ambas Cámaras presentarán al principio de cada período de sesiones ordinarias, una nómina de los asuntos que existan en sus carteras y que estén comprendidos en los artículos 1 y 3 de esta ley, los que sin más trámite serán mandados al archivo con la anotación correspondiente puesta por Secretaría, devolviéndose a los interesados los documentos que les pertenezcan y soliciten, previo recibo que deberán otorgar en el mismo expediente. Esta nómina se incluirá en el Diario de Sesiones.

Artículo 5. Los asuntos pendientes en órdenes del día que caducaran en virtud de la presente ley, se girarán a las respectivas comisiones, a los efectos del artículo anterior.

Artículo 5 bis. Cada Cámara establecerá los planos de vigencia y reglamentará los procedimientos para la caducidad y archivo de las iniciativas parlamentarias que no sean proyecto de ley que se hubieran sometido a su consideración.

Artículo 6. Esta ley se aplicará a los asuntos pendientes.

Artículo 7. Deróganse las leyes números 2714/1890 y 3721/1898.

Artículo 8. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Quijano, Cámpora, Reales, Zavalla Carbó».

del proyecto pretende que este conserve el estado parlamentario, puede reproducirlo —incluso textualmente— como nuevo proyecto.

La expresión de voluntad del Congreso se perfecciona cuando ambas Cámaras han expresado su voluntad en la forma precisada en cada caso. Es evidente que el respeto irrestricto de esta premisa es esencial al diseño político que marca la Constitución nacional, en tanto el bicameralismo le inspira vida al federalismo cuando refleja por un lado la igualdad histórica y jurídica de las provincias como sujetos autónomos de derecho en el Senado y, por el otro, al pueblo representado en la Cámara de Diputados. Juntos, en palabras de Juan González Calderón, constituyen «la expresión exacta de la soberanía nacional».

A la luz de estas consideraciones, el caso del rechazo total por la Cámara revisora recibe una solución previsible: «Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año».<sup>12</sup> De no ser así, la esencia misma del sistema bicameral desaparecería «si cualquiera de las ramas en que se divide el Congreso pudiese hacer primar su voluntad sobre la voluntad del todo negativa de la otra». De esta forma, la solución del constituyente argentino conforma la finalidad del sistema de doble Cámara, en la medida que impide que prevalezca en algún caso la decisión de una sobre el desacuerdo total de la otra.

Explica Germán Bidart Campos:

Hay identidad de proyectos —y por ende, prohibición de repetirse— cuando se proponen los mismos objetivos aunque el texto y las palabras estén redactados de modo distinto. Pero no hay identidad de proyectos —y por ende, puede tratarse el nuevo a pesar del rechazo total del anterior— aunque se propongan el mismo objeto, si emplean medios diferentes para llegar a él.<sup>13</sup>

Tampoco permite el artículo que una vez iniciado el trámite por una Cámara, esta «se arrepienta» y deseche su proyecto modificado: «Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora».

El rechazo total de un proyecto es entonces una facultad reservada para la primera intervención de cada Cámara, lo que se explica de la siguiente manera: una vez

---

<sup>12</sup> Cabe observar que esta norma reproduce en sustancia el artículo 74 del proyecto de Alberdi, que se apartó de la Constitución chilena de 1833, inspiración del autor para el procedimiento general de formación y sanción de leyes. La norma que dejó de lado preveía lo siguiente: «El proyecto de ley que aprobado por una Cámara fuera desechado en su totalidad por la otra, volverá a la de su origen, donde se tomará nuevamente en consideración, y si fuere en ella aprobado por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, pasará segunda vez a la Cámara que lo desechó, y no se entenderá que esta lo reprueba si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes» (artículo 50). La Constitución chilena solo consideraba en el artículo 71 que no podría proponerse hasta el año siguiente el proyecto desechado en la Cámara de origen. Véase al respecto Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., pp. 17-18.

<sup>13</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo II-B, Buenos Aires, Ediar, 2000/2001, p. 219.

modificado por la revisora, ambas Cámaras —aun con distinto alcance si el proyecto fue modificado— han asumido la responsabilidad institucional del proyecto, por lo que admitir que pueda ser desechado por la de origen quebraría el principio de igualdad que gobierna la labor bicameral.

Prosigue el artículo bajo análisis:

Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes.

El procedimiento reseñado varía el existente en la Constitución histórica: en el anterior se preveía que, si la Cámara de origen desechaba las enmiendas propuestas, el proyecto volvía a la revisora «por segunda vez»:

Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Pero si sólo fuese adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen; y si en esta se aprobasen las adiciones o correcciones por mayoría absoluta, pasará al Poder Ejecutivo de la Nación. Si las adiciones o correcciones fuesen desechadas, volverá por segunda vez el proyecto a la Cámara revisora, y si aquí fuesen nuevamente sancionadas por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, pasará el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que esta reprueba dichas adiciones o correcciones, si no ocurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.<sup>14</sup>

De la lectura del artículo original y del reformado surge que la reforma de 1994 no modificó el juego de las mayorías de la Constitución histórica, sino que abrevió el trámite: esto equivale a decir que la capacidad de introducir reformas y la posibilidad de insistir con ellas se ha mantenido; lo que ha cambiado es la cantidad de reenvíos posibles. Al referirse a esta innovación, el constituyente informante del despacho mayoritario de la Comisión del Núcleo de Coincidencia Básicas en el plenario de la convención de 1994 sostuvo que este cambio obedecía a la necesidad de un medio para acelerar el trámite parlamentario.<sup>15</sup>

El examen de la norma reformada admite dos consideraciones. Por un lado, si «el proyecto es objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora», se vuelve imprescindible para avanzar en la sanción del proyecto que el desacuerdo sea superado por las vías previstas en el mismo artículo. De no seguirse esa vía, se violentaría el principio de igualdad de las Cámaras. Para lograr el consenso, el

<sup>14</sup> Artículo 71 de la Constitución, texto 1853-60.

<sup>15</sup> Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994, tomo V, p. 4887.

constituyente limitó la sucesión de pronunciamientos: Cámara de origen, revisora y vuelta a la Cámara de origen. En ambos casos, la mayoría requerida para mantener la decisión aumenta a dos tercios.

Por otro lado, hay que reparar que en última instancia prevalece la voluntad de la Cámara de origen, que ostenta el privilegio de que «el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes». La ventaja de la Cámara iniciadora se revela también al explicitar el mecanismo de reenvío en los términos siguientes: dado que la mayoría absoluta de la Cámara de origen bastará en tanto no reúna los dos tercios la Cámara revisora, se puede concluir que la mayoría absoluta de la Cámara de origen prevalece sobre los dos tercios «menos uno» de la Cámara revisora.

Sin duda, este privilegio debe ser considerado al momento de elegir la Cámara en que el Ejecutivo o un grupo parlamentario representado en ambas Cámaras inicia un proyecto, pues no es ocioso considerar que de la táctica parlamentaria elegida dependerá —en parte— el éxito de la sanción del proyecto.

Concluye el artículo 81 de esta forma: «La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora». Una vez evaluado por la revisora, no puede la de origen introducir nuevos elementos a los términos del proyecto. Esta dinámica, mientras garantiza a cada Cámara una participación amplia en el debate, circunscribe el contenido del diálogo parlamentario al proyecto y sus correcciones, para no prolongar indefinidamente los reenvíos entre Cámaras. En este entendimiento, el convencional informante Alberto García Lema precisó en el plenario de la Convención que, de no adoptarse este criterio, no se concretaría la reducción de las intervenciones de las Cámaras, prevista en la reforma.<sup>16</sup>

También se puede suponer que esta veda no comprende la corrección de errores formales o de técnica legislativa que pueden ser corregidos por la Cámara de origen al conocer el proyecto por segunda vez, en la medida que esas correcciones solo pretenden evitar dificultades en la aplicación ulterior de la norma. Sin embargo, el acta del 26 de octubre de 1995, dictada por los presidentes de ambas Cámaras,<sup>17</sup> interpretativa del artículo 81 de la Constitución nacional, especifica derechamente que

<sup>16</sup> *Ibíd.*, tomo IV, p. 3212.

<sup>17</sup> El texto completo del acta es el siguiente: «En dependencias del Congreso de la Nación, el día 26 de octubre de 1995 se reúnen las autoridades de ambas Cámaras que firman al pie, a efectos de compatibilizar la interpretación del procedimiento previsto en el artículo 81 de la Constitución nacional, y al respecto se acuerda:

1. Cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora, podrá aquella aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora.

2. Las comunicaciones de las sanciones de la revisora cuando el proyecto de ley vuelve a la de origen, deberán indicar el resultado de la votación que correspondió en particular a cada artículo,

la Cámara de origen no podrá «en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora». En última instancia, entonces, de advertirse la necesidad de una corrección, se pueden dictar leyes correctivas posteriores.

En cuanto a las enmiendas y modificaciones introducidas por la Cámara revisora, estas pueden ser votadas separadamente, esto es, algunas pueden ser aprobadas y otras rechazadas, tal como acordaron los presidentes de las Cámaras en la parte pertinente del punto primero del acta referida.

### 3. El trámite del proyecto de ley en cada Cámara

El trámite parlamentario ordinario prosigue según lo dispone el artículo 78: «aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley».

La reforma de 1994 dejó redactado de la siguiente manera el artículo 79:

Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Me referiré en esta parte a la tarea en comisión, al debate en general y a las alternativas que se presentan para el tratamiento en particular de los proyectos, aunque solo en síntesis, pues un tratamiento completo de esta cuestión supera la pretensión de estas páginas, que es circunscribirse al proceso de formación y sanción de leyes (y accesoriamente a la promulgación y publicación de estas), no así el funcionamiento general del Congreso.

En este contexto diré que cumplidos los requisitos de presentación —ya reseñados— que exigen los reglamentos de las Cámaras, se anuncian en la sesión los proyectos de los legisladores y pasan a la comisión respectiva, mientras que los proyectos presentados por el presidente y los devueltos por la otra Cámara son anunciados por la secretaría de la Cámara en cuestión, antes de pasar a la comisión que conocerá.<sup>18</sup> Mediante este anuncio los proyectos adquieren *estado parlamentario*.

---

a fin de establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.

Se eleva la presente a los respectivos Plenarios de Labor Parlamentaria, a efectos de darle el tratamiento legislativo que se estime corresponder». (Publicado en *Práctica Parlamentaria*, editado por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1999, p. 275.)

<sup>18</sup> Artículos 113 y 138 del reglamento de la Cámara de Senadores; 122 y 123 del reglamento de la Cámara de Diputados.

Agrego que una vez presentados los proyectos originados en los propios legisladores no pueden ser retirados sin el consentimiento del plenario, práctica que se ha extendido a los presentados por el Poder Ejecutivo. Los proyectos son dados a la prensa y publicados en el *Diario de Sesiones*.<sup>19</sup>

Los proyectos pueden ser asignados a más de una comisión; y si existe duda sobre la comisión a la que compete un determinado proyecto, el dilema será resuelto por la Cámara. Cada comisión puede pedir a la Cámara, cuando la gravedad del asunto o algún otro motivo especial lo demande, el aumento de sus miembros o bien que se le reúna alguna otra comisión.<sup>20</sup>

En la tarea de confección de la ley vale subrayar que el rigor técnico se complementa con la convicción de las posturas que traducirán la decisión política de sancionarla. Esta última es propia del debate en plenario, mas la naturaleza técnica y el trabajo minucioso y sostenido es propio de las comisiones, claves en consecuencia para lograr calidad en los debates parlamentarios, y en el producto de aquellos, las leyes que se sancionan.

Para funcionar, cada comisión necesita de la presencia de la mayoría de sus miembros. Después de considerar un asunto y convenir en los puntos de su dictamen, se designa al miembro a cargo de la redacción del informe y fundamentos del despacho acordado; será el que lo sostendrá en el recinto. Si no hay unanimidad de los integrantes de la comisión, la minoría podrá exponer su dictamen en el recinto. En caso de empate, el dictamen de la mayoría es el que lleva la firma del presidente de la comisión.<sup>21</sup>

La elaboración del orden del día es tarea de la Comisión o Plenario de Labor Parlamentaria. Reunido el quórum establecido en la Constitución, el presidente de la Cámara declara abierta la sesión. La primera discusión o discusión en general del proyecto «tiene por objeto la idea fundamental del asunto considerado en conjunto».<sup>22</sup>

Esta etapa es esencial en el trámite de sanción para lograr un amplio debate sobre el proyecto, pero puede ser omitida cuando el asunto fue considerado previamente por la Cámara en comisión,<sup>23</sup> en cuyo caso, luego de constituida en sesión, se limitará a votar si se aprueba o no el proyecto en general; también puede omitirse

<sup>19</sup> Artículos 136 y 138 del reglamento de la Cámara de Senadores; 124 y 148, inciso *d*, del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>20</sup> Artículos 89 y 90 del reglamento de la Cámara de Senadores; 102 y 103 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>21</sup> Artículos 100 y 105 del reglamento de la Cámara de Senadores; 108, 111 y 112 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>22</sup> Artículos 145 y 146 del reglamento de la Cámara de Senadores; 162 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>23</sup> El procedimiento de discusión en comisión del Senado está diseñado en los artículos 154 a 160, y 170, del reglamento de la Cámara de Senadores; 141 a 143, y 156, del reglamento de la Cámara de Diputados.



cuando se consideren despachos de comisión sin disidencias generales y sin observaciones, extremo en el cual el presidente lo anuncia; prescindiéndose de todo debate, se vota el proyecto.

Si resulta desechado el proyecto en general, concluye toda discusión a su respecto; mas si resulta aprobado pasa a su discusión en particular, o sea el debate y votación en detalle «por artículo, período o parte» recayendo sucesivamente votación sobre cada uno, la cual puede llevarse a cabo conforme el procedimiento ordinario o del artículo 79.<sup>24</sup>

El trámite ordinario —tratamiento en el plenario— sigue predominando ampliamente en la práctica del Congreso.<sup>25</sup> En la discusión en particular debe guardarse la *unidad del debate*, pues las consideraciones ajenas al punto en discusión desvían la atención detallada que se le brinda a este.

Se admiten mociones de reconsideración y se pueden presentar proyectos de artículos que modifiquen o sustituyan los que se discuten, de acuerdo con determinadas formalidades dispuestas por las respectivas Cámaras. Si *la mayoría de la comisión* acepta el cambio, este se considera parte del despacho.

Como adelanté, la segunda opción para el debate y la aprobación en particular de cada uno de los artículos es la delegación en comisión,<sup>26</sup> que constituye un procedimiento especial optativo —diferente al ordinario— introducido por la reforma de 1994.

Germán Bidart Campos prefiere hablar de una *imputación de funciones* a la comisión, pues no constituiría una delegación propiamente dicha. Vale agregar que el novedoso trámite reseñado destaca uno de los roles fundamentales que el Congreso argentino cumple por mandato constitucional: ser el responsable primario de *hacer la ley*, ya sea que el proyecto sea iniciativa del legislador o del presidente.

En otro orden de ideas, corresponde acentuar que el trámite delegado debe realizarse de manera de no impedir la aplicación del artículo 81, en tanto este prevé mayorías agravadas de los presentes para las Cámaras revisora y de origen en su segunda intervención para hacer prevalecer el proyecto. Como lo apunta Alberto García Lema, la cuestión queda sujeta a reglamentación de las respectivas Cámaras, pues es preciso —para cumplir con el mandato constitucional— indicar si la votación mediante la cual la Cámara delega en comisión la aprobación en particular de un proyecto (que requiere la mayoría absoluta de los miembros totales de las Cámaras según el artículo 79) alcanzó a cumplimentar la mayoría de los dos tercios de los legisladores presentes. También debe prever si bastan las mayorías que se obtengan

---

<sup>24</sup> Artículos 169 y 171 del reglamento de la Cámara de Senadores; 144 a 146, y 154, del reglamento de Diputados.

<sup>25</sup> Artículos 171 a 178 del reglamento de la Cámara de Senadores; 157 a 162 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>26</sup> Artículos 178 a 185 del reglamento de la Cámara de Senadores; el reglamento de Diputados nada dice al respecto.

en el plenario cuando se lleva a cabo la delegación, o si corresponde indicar en comisión que se computen los dos tercios de los miembros presentes.<sup>27</sup>

En cualquier caso, como la voluntad del constituyente fue agilizar el trámite legislativo y, sin perder de vista que la delegación es una potestad y nunca una obligación para las Cámaras —de lo que se infiere que la atribución no se efectúa sino tras una valoración cuidadosa de su conveniencia por el plenario—, una interpretación integradora de la Constitución reformada permite considerar que, más allá de la terminología utilizada por el artículo 79, resta por ver si es necesario a los efectos del artículo 81 la aprobación en comisión de las *adiciones o modificaciones* por los dos tercios de sus miembros. Germán Bidart Campos observa que el quórum de la mayoría absoluta del total de los miembros de la comisión es para proyectos que no requieren de una mayoría agravada, pero cuando se trata de una ley que requiere un quórum mayor por mandato constitucional, tal requisito se aplica lógicamente al tratamiento en comisión.<sup>28</sup>

Advierto, para concluir este punto, que se ha sostenido que la delegación del artículo 79 puede perjudicar las minorías parlamentarias en tanto la conformación de las comisiones no reproduce la del plenario de la Cámara en cuestión. Esa distorsión numérica puede efectivamente producirse, mas no queda claro en qué medida ello afecta el derecho de las minorías parlamentarias. En efecto, tal afirmación pierde de vista que la delegación solo se produce por voluntad de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara respectiva, circunstancia de la que cabe concluir que cuando un proyecto es delegado a comisión, ello es el resultado de una votación en donde la minoría no pudo hacer primar su voluntad en el pleno del cuerpo, de manera que sus aportes al proyecto de ley —ya sea en el plenario o en comisión— no modificarían en ningún caso la voluntad de la mayoría.

Finalmente, concluido el debate, ya sea por el procedimiento ordinario o por delegación a comisión, ambos reglamentos prevén que con la resolución del último artículo (de no haber moción de reconsideración) queda terminada toda discusión al respecto.

En tales condiciones, si la resolución aprueba totalmente un proyecto remitido por la otra Cámara, se comunica al Poder Ejecutivo y a la Cámara de origen. Si se votan adiciones o correcciones en la revisora, se tendrá en cuenta si fueron hechas por mayoría absoluta o dos tercios de los presentes para que el proyecto de ley vuelva a la Cámara de origen; esta puede aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora. Huelga decir que prevalecerá el proyecto de la Cámara de origen si lo dispone por dos tercios.

---

<sup>27</sup> Alberto M. García Lema: «Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de leyes», en AA. VV.: *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 410.

<sup>28</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., p. 208.

Pero también puede ocurrir que el proyecto, después de sancionado en general, o en general y parcialmente en particular, vuelva a comisión; al considerarlo nuevamente la Cámara respectiva, se someterá al trámite ordinario como si no hubiese recibido sanción alguna.<sup>29</sup>

#### **4. La consulta popular como forma alternativa de sanción y promulgación de la ley**

En la etapa de sanción, el Congreso puede decidir someter a consulta popular un proyecto de ley:

El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Evidentemente, el artículo 40 introdujo un supuesto en el que concurre la sociedad para convertir en ley un proyecto «integrando al acto estatal con una voluntad ajena al aparato gubernativo»,<sup>30</sup> excluyendo tanto la sanción por el Congreso como la posibilidad de veto del Poder Ejecutivo, que debe promulgar automáticamente la ley.

A los efectos de evaluar el alcance del artículo 40 como forma de participación de la sociedad en la sanción de leyes, subrayo que las previsiones de esta norma se integran con la iniciativa ciudadana prevista en el artículo que lo precede; los dos preceptos —juntos— consolidan la democracia semidirecta que la convención diseñó en 1994.

La lectura integrada de ambas normas demuestra que, en las condiciones fijadas por el Congreso,<sup>31</sup> el pueblo puede integrarse en las tres fases de la formación de la ley de la siguiente forma: mientras que la iniciativa popular permite a los ciudadanos presentar proyectos y así intervenir en la etapa de iniciativa de las leyes, la consulta popular de un proyecto, cuando es aprobado, posibilita la participación de la sociedad en la sanción y posterior promulgación automática.

---

<sup>29</sup> Artículo 177 del reglamento de la Cámara de Senadores; 149 y 155 del reglamento de la Cámara de Diputados.

<sup>30</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., p. 203.

<sup>31</sup> El artículo 40 ha sido reglamentado por la ley 25342; el 39, por la ley 24747; cf. notas al pie 6 y 7.

## 5. El poder presidencial de veto

Vistas las distintas alternativas que pueden producirse en el trámite de sanción, cabe en esta parte precisar que el proceso continúa en el artículo 78: «Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley».

El proyecto se convertirá en ley si es aprobado expresamente por el Poder Ejecutivo, pero también ocurrirá tácitamente si transcurre el plazo de diez días útiles<sup>32</sup> que contempla el artículo 80 sin que el Ejecutivo devuelva al Congreso el proyecto sancionado con objeciones: «Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles».<sup>33</sup>

Pero si el presidente ejerce su poder de veto, esto es, si el Poder Ejecutivo mediante un decreto y sus fundamentos comunica al Congreso las objeciones que realiza a la sanción de un proyecto de ley, se inicia el procedimiento previsto en los artículos 80 y 83.

«Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante». Se infiere del amplio marco de libertad que deja esta parte del artículo 80 que los fundamentos del veto que el Ejecutivo impone a la sanción de un proyecto de ley no están calificados ni determinados, de tal forma que las objeciones podrán originarse en «la prudencia, el buen juicio y el conocimiento directo que el Ejecutivo puede tener de los negocios públicos».<sup>34</sup>

Continúa el actual artículo 80:

Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Así, el texto constitucional enuncia el principio general que gobierna la promulgación de leyes, pero incorpora la posibilidad de la promulgación parcial, introduciendo a su vez un importante límite a esta facultad: las partes no observadas deben tener autonomía normativa y su aprobación parcial no debe alterar el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. El procedimiento que prevé la norma remite al del artículo 99, inciso 3.º, del texto reformado.

---

<sup>32</sup> *Días útiles*: días hábiles para la Administración; el plazo se cuenta a partir de la fecha de recepción por el Poder Ejecutivo del proyecto sancionado.

<sup>33</sup> La Constitución argentina no prevé el *veto de bolsillo* que existe en Estados Unidos, según el cual los proyectos sancionados quedan vetados si antes de los diez días hábiles las Cámaras levantan las sesiones y el presidente no los aprueba dentro de ese plazo (artículo 1, sección 7, 2.º, de la Constitución de los Estados Unidos).

<sup>34</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., p. 33.

La reforma plasmó una práctica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado desde antiguo.<sup>35</sup> En síntesis, las consideraciones de la jurisprudencia en torno a la constitucionalidad de la promulgación parcial han sido, por un lado, que el veto parcial y la promulgación de la parte no vetada no se excluyen recíprocamente, pues «ambos son independientes y el primero produce por lo menos, el efecto de suspender la promulgación de la ley con relación a la parte vetada»; por el otro, que será posible la promulgación parcial si la separación del proyecto no afecta el conjunto del proyecto.<sup>36</sup>

En cuanto a las limitaciones del poder de veto, el nuevo artículo 40 de la Constitución nacional prevé que la ley de convocatoria a consulta popular de un proyecto de ley no puede ser vetada, y que de ser aprobado por el pueblo de la Nación será automáticamente promulgado, de manera que se obvia el trámite ordinario de discusión y votación en el Congreso. Debe repararse entonces la doble prohibición del veto presidencial en este artículo: tanto para la ley que convoca a consulta popular, como para la ley sancionada por el pueblo, cuya promulgación automática excluye esa posibilidad.

El artículo 72 de la Constitución histórica ha sido reenumerado 83 tras la reforma; su texto —que fue aprobado por unanimidad en la convención constituyente de 1853— no ha sufrido ninguna modificación. Reglamenta el trámite a seguirse en el caso de veto presidencial:

Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; esta 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. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa.

Al hacer uso de esta facultad, el presidente incita al Congreso a analizar nuevamente el proyecto sancionado antes de que adquiera fuerza de ley. Las ventajas de este reenvío son innegables para el diálogo entre los poderes: al análisis del legislador se suma la opinión del poder administrador, que al devolver el proyecto puede medir la firmeza del Congreso —órgano inmediato de la voluntad popular— para convertir en ley lo que él ha resistido.

Este tránsito es esencial para que el Poder Ejecutivo pueda concretar eficazmente su participación en el proceso de sanción de las leyes. Aunque la Constitución prevé diferentes atribuciones para el poder administrador, existe un mismo objetivo para los dos poderes involucrados: proveer a la solución práctica de los problemas políticos, sociales y económicos de la Nación.

<sup>35</sup> *Fallos*, 189: 156, 256: 556, 268: 352.

<sup>36</sup> Susana G. Cayuso: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 280.

En este contexto, el poder de veto traduce la cooperación necesaria pero prudente —Juan A. González Calderón define al veto como un instrumento de uso *limitado y condicional*— que debe existir entre estos dos poderes para alcanzar el proyecto democrático de la Constitución.

Repárese que, a diferencia de lo que establece el artículo 81 («ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año»), el veto total por el Ejecutivo de un proyecto sancionado por ambas Cámaras no impide que se repita su presentación en las sesiones del mismo año legislativo. Sin embargo, cuando «las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año» (artículo 83), es decir que si frente a las objeciones del presidente el Congreso no logra una decisión homogénea, el poder de veto aparece como un instrumento eficaz para impedir que el texto sancionado (pero vetado) sea sometido en esas sesiones a un nuevo análisis legislativo. Por lo tanto, aunque el presidente no puede impedir *per se* que el proyecto se repita en el mismo año legislativo, sí puede hacer caer la balanza decisivamente para que el proyecto quede diferido para mejor oportunidad, en la medida que aporte nuevos elementos u objeciones que logren conmovir las mayorías legislativas que oportunamente lo sancionaron.

Cuando las Cámaras ratifican su voluntad, y lo sancionan por la mayoría señalada, la votación es nominal «por sí o por no» y «tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa». La explicación del convencional Zapata en 1853 es inmejorable para entender el objetivo de esta norma: «la publicación es como una garantía dada al país respecto de los motivos y razones que habían pesado en el ánimo de los legisladores; una garantía de haber obrado bien, puesto que cada uno lleva sobre sí la responsabilidad de sus opiniones».<sup>37</sup>

## 6. La promulgación de la ley

Finalmente, el artículo 84 prevé que: «En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, [...] decretan, o sancionan con fuerza de ley». Este artículo debe analizarse a la luz de lo expresado en torno al artículo 80, que establece las posibilidades de promulgación tácita y parcial, de modo que solo recordaré que la promulgación es un acto esencial que se perfecciona cuando el Ejecutivo presta expresamente su aprobación (en ese caso, el decreto es refrendado por el ministro del ramo y, después de la reforma, también por el jefe de Gabinete); o lo hace implícitamente cuando no veta el proyecto de ley sancionado, dentro del término de diez días hábiles.

---

<sup>37</sup> Citado en Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. VII, Buenos Aires, Alfa, 1963, pp. 328-329.

## 7. La publicación de la ley

Antes de la reforma, la publicación ya era exigida (aunque no de forma expresa) no solamente por el principio de publicidad de los actos de gobierno, que exige dar noticia pública de la ley, sino también por el hecho de que es imperativa su publicación para que el Poder Ejecutivo la ejecute y la haga cumplir en consonancia con el artículo 19, que determina que nadie «será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

Ello dicho, para la doctrina se suscitaban dudas en torno a la forma de relacionar los conceptos de promulgación y publicación: sin perjuicio de la distinción doctrinal según la cual el primer término define el acto por el cual el Poder Ejecutivo mandaba a cumplir la ley, establecía de un modo cierto su existencia y le daba autenticidad, y el segundo era el que llevaba a conocimiento de la ciudadanía su existencia,<sup>38</sup> González Calderón tomaba partido por una fusión de los conceptos al enseñar *que*:

La promulgación de las leyes consiste en la publicación de las mismas no solo está reconocido por nuestros antecedentes legislativos, sino también por la jurisprudencia de nuestros tribunales: la promulgación de las leyes es facultad atribuida al presidente de la Nación, por el inciso 4.º del artículo 86 de la Constitución y este la realiza por la publicación que hace de las mismas.<sup>39</sup>

A partir de 1994, la publicación constituye una atribución presidencial según lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3.º, que dispone la participación del Poder Ejecutivo en «la formación de las leyes con arreglo a la Constitución», disponiendo que este «las promulga y hace publicar».

En tal entendimiento, pareciera que la promulgación no se identifica con la publicación, aunque esta se encuentra indisolublemente unida a la primera, y viene a completar la etapa de eficacia de la ley, otorgándole obligatoriedad en su cumplimiento conforme lo dispone el artículo dos del Código Civil, que completa el panorama constitucional al determinar que «las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial».

## 8. Conclusión

Estas líneas pretendieron destacar los recaudos que gobiernan, tras la reforma de 1994, el trámite de formación y sanción de las leyes, los que traslucen por sus contornos claros y definidos el cuidado y la destreza del constituyente en crear el marco propicio para cumplir con el mandato constitucional que le compete al Poder Legislativo.

---

<sup>38</sup> Raymundo M. Salvat: *Tratado de derecho civil argentino*, tomo I, actualizado por Víctor N. Romero de Prado, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, pp. 137-138.

<sup>39</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., p. 40.

Tras los primeros cien años de actividad legislativa en el edificio del Congreso nacional son estas las reglas que en él deben aplicarse para garantizar en forma cotidiana el eficiente trámite legislativo y, fundamentalmente, el respeto irrestricto de la forma federal y republicana que adoptó la Argentina.



Horacio Rosatti\*

## Reflexiones sobre el proceso de formación y sanción de las leyes

### 1. Introducción

Reúno en este artículo reflexiones sobre tres temas poco trabajados en la doctrina constitucional, hasta donde llega mi lectura.

Se trata de temas supuestamente *menores*, pero que tienen la particularidad de incidir fuertemente sobre el resultado legislativo, sobre la relación *proceso legislativo-ley* y sobre la relación *ley-realidad*.

Conviene indagar en estos recovecos de la *microfísica legislativa*, para comprobar cuántas buenas intenciones pueden frustrarse en el trayecto que se abre entre la gestación del derecho y su aplicación concreta.

### 1. Las mayorías legislativas requeridas ¿reflejan la importancia de los temas debatidos?

#### 1.1 Sobre la valoración de los procedimientos

Un procedimiento es un instrumento, una herramienta, un camino para llegar a algún lugar. Desde el punto de vista de su *instrumentalidad*, puede decirse que todo procedimiento es neutro, en el sentido de que no tiene objetivos propios, desligados

---

\* Profesor titular por concurso de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Litoral. Profesor de posgrado en las Universidades Nacional de Rosario, Austral de Buenos Aires y Católica de Santa Fe. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

de la finalidad para la que es creado; pero desde el punto de vista de su *constitutividad*, un procedimiento no es cualquier instrumento: es un instrumento que se ha escogido por sobre otros posibles, del mismo modo que se escoge un violín y no una cítara para interpretar una melodía.

En materia de procedimientos, la opción por un instrumento y no por otro expresa una valoración, en el sentido en que todo procedimiento constituye una expresión decantada del pensamiento comunitario (piénsese en la opción —en materia penal— por el juicio por jurados en lugar del sistema inquisitorial). De modo que, en el extremo, sería posible descubrir la relevancia de los valores en juego a partir de los procedimientos empleados. Dicho con un aforismo: *dime qué procedimiento de resolución eliges y te diré qué piensas o, más modestamente, qué importancia le das al tema a resolver*.

## 1.2. Sobre el procedimiento legislativo

En tanto no se considere al tema de los valores de una sociedad como un tema solamente teórico, podría decirse que el diseño (como matriz) y el funcionamiento (como práctica) de las instituciones políticas constituyen un buen lugar donde buscarlos. Dicho de otro modo: «Una matriz de instituciones “está en conformidad” con un conjunto de valores cuando alguien que comprende y suscribe esos valores y sabe cómo funcionan las instituciones la aprobaría».<sup>1</sup>

En el extremo, podría incluso concluirse que la matriz y el funcionamiento institucionales reflejan los valores socialmente compartidos y que los productos emergentes de las votaciones no son sino la resultante de aplicar tales valoraciones a cuestiones de hecho necesitadas de una adecuada ponderación axiológica.

A título de ejemplo:

- la garantía de libre expresión para todos, asegurada en la reglamentación que regula el debate parlamentario, revela la importancia que la comunidad otorga a la libertad de pensamiento y a la igualdad de oportunidades;<sup>2</sup>
- la ponderación —y eventual asignación de un rol específico— al pensamiento devenido minoritario, como consecuencia de una votación, permite deducir que la tolerancia forma parte de los valores compartidos por la comunidad.

---

<sup>1</sup> Joshua Cohen: «El comunitarismo y el punto de vista universalista», en *La política*, revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, Barcelona, Paidós, 1996, n° 1, p. 85, trad. Sebastián Abad. Es sumamente interesante el debate que plantea Cohen en el artículo precitado al pensamiento de Michael Walzer, en especial al de su obra *Spheres of Justice*.

<sup>2</sup> Robert Dahl: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Buenos Aires, Taurus, 1999, trad. Fernando Vallespín, p. 60.

Más específicamente, siempre con referencia al procedimiento legislativo, podríamos afirmar que debería ser posible reconocer la mayor jerarquía de la materia debatida cuando se apela a alguno de los siguientes procedimientos *agravados*, resumidos a título ejemplificativo:

- la exigencia de mayorías especiales para decidir (mayoría sobre la *totalidad de los miembros* y *no de los presentes*, mayoría de *dos tercios*, etcétera);
- la exigencia de producir *varias votaciones* (y no solo una), *concordantes* en el resultado pero *separadas en el tiempo*;
- la exigencia de la participación del cuerpo electoral para convalidar, mediante *referéndum*, una votación afirmativa del órgano legislativo.

### **1.3. Sobre la relación entre la importancia de los temas debatidos y el procedimiento legislativo**

Si lo anterior *debiera ser así*, lo cierto es que *no es así*. En mi criterio, la relevancia temática no va acompañada en la Argentina con el agravamiento o la especialización del procedimiento legislativo.

Tomemos, entre otros tantos posibles, algunos ejemplos de los casos de agravamiento procedimental previstos por la Constitución nacional para preguntarnos:

- ¿La ley de coparticipación (artículo 75, inciso 2) es más importante que la ley de educación (artículo 75, inciso 19)?
- ¿La aprobación de un tratado de integración con Estados de Latinoamérica o con otros Estados (artículo 75, inciso 24) es más importante que la legislación sobre eutanasia (artículo 75, inciso 12)?
- ¿La regulación del Consejo de la Magistratura (artículo 114) es más importante que la determinación de los presupuestos mínimos en materia de protección del medio ambiente (artículo 41)?

Si las preguntas anteriores, entre tantas otras que podrían formularse, merecen una respuesta negativa, ¿por qué los temas más relevantes no vienen acompañados de mayorías agravadas?

Es inexorable que, en esta materia, el derecho constitucional abandone la superficialidad y recobre un sentido de valiosidad.

## **2. La ley como proyecto y como reliquia**

### **2.1. La complejidad del proceso legislativo**

Desde el punto de vista de su contenido, es normal reconocer en el proceso de gestación de la ley, aquel que se encuadra formalmente desde la instancia de

la iniciativa hasta la de la eficacia, una multiplicidad de intereses que se agregan, compiten, confluyen o se enfrentan, generando estados de avance, parálisis o retroceso.

Desde el punto de vista de la trayectoria técnica de la ley, existen condicionamientos *procesales* (plazos máximos para aprobar proyectos, imposibilidad de nuevos tratamientos, etcétera) y *políticos* (cuestiones de oportunidad y conveniencia) que influyen asimismo en su ritmo, en su concreción o en su fracaso.

Desde el punto de vista de sus protagonistas, los regímenes democráticos agregan a esta trama el entrelazamiento de estructuras partidarias y de corrientes internas, influenciadas —a su vez— por alianzas tácticas o de coyuntura con sus correspondientes concesiones recíprocas. A ello debe agregarse la dispar incidencia de los actores parlamentarios en punto a su idoneidad técnica, capacidad política, influencia carismática o aptitud negociadora.

El entrecruzamiento de los factores antedichos permitiría corroborar la complejidad material del proceso legislativo. Pero hay otro factor de enriquecimiento (y también de complicación) que suele pasar inadvertido al momento de ponderar una norma, de entenderla, de interpretarla y de aplicarla, que se deduce a partir de la brecha que se abre entre el complejo proceso de gestación legislativa, compuesto por insumos heterogéneos (palabras —escritas y no escritas— y gestos) que generan un producto (el texto definitivo de la ley) solamente escrito.

## 2.2. La ley como síntesis y como residuo

¿En qué quedaron los gestos, las actitudes, las aclamaciones, los disensos, los retiros del recinto, los abucheos? ¿Qué se hizo de las alocuciones, los argumentos, los fundamentos, las discusiones, en suma, el debate? ¿Cómo saber, al leerla, si esta ley A o aquella otra ley B responden al voto unánime de los legisladores o si —en cambio— fueron logradas con sonoras disidencias?

En un plano más intimista, ¿cómo saber cuál fue el autor relevante de la norma, si es que hubo uno, ya por ser el impulsor de la iniciativa o por ser quien luego, en alguna de las Cámaras, delimitó con sus opiniones el texto definitivamente aprobado?

Si se atiende al texto escrito de la ley, estas preguntas quedan sin respuesta. Pues si bien desde una perspectiva política la ley puede entenderse como una *síntesis* o una *transacción* de los intereses en pugna, es claro que desde una perspectiva fisiológica su texto no resume toda la riqueza de sus componentes (en especial los no escritos), e incluso en ocasiones ni siquiera los puede contemplar.

Desde este punto de vista, queda claro que la ley formal no *resume* toda la riqueza de sus componentes no escritos. En este último caso, la ley es *lo que queda*, es algo *residual*. Para decirlo etimológicamente: es una *reliquia*.

### 2.3. *La ley como reliquia: consecuencias*

Deducimos de lo expuesto que la exigencia de la escritura y del estilo preceptivo obligatorio para la formulación de la ley son, desde un ángulo, necesarios y, desde otro, insuficientes.

No se trata de proponer mecanismos no escritos para la explicitación formal de la ley: aun hoy la escritura sigue constituyendo una garantía jurídica. De lo que se trata es de advertir sobre la peligrosidad que se deriva de la falta de reflejo de lo oral y de lo gestual a través de lo escrito y de la necesidad de adoptar caminos accesorios, complementarios, que correlacionen lo debatido (proceso parlamentario) con el producto terminado (ley sancionada).

Es posible que en el caso de los *monumentos históricos* (edificios, estatuas, sepulcros, etcétera), entendidos como *documentos históricos*, lo que pervive al paso de los años, la *reliquia*, sea suficientemente representativa de lo que *se fue*, de lo que quedó en el pasado. Es probable también que la reliquia sea —no solo desde el punto de vista material— lo más noble de todo cuanto existía y, por ello, lo más resistente a la corrosión temporal.

En el caso de las leyes, difícilmente pueda extraerse una conclusión similar a la de los monumentos históricos, porque la mayor parte de su proceso constructivo (el debate) se evapora.

¿Cómo recuperar todo aquello que se pierde, que queda en el camino parlamentario y que nadie llega a conocer? Las posibilidades son múltiples. He aquí algunas ideas:

- la televisación de las sesiones del Congreso;
- la revitalización de la figura del cronista parlamentario;
- la publicación de las leyes por medios complementarios al *Boletín Oficial* (diarios, revistas, folletos), no para sustituirlo como medio oficial que fija fecha cierta y autenticidad de texto, sino como alternativa adicional de divulgación masiva;
- la publicación de los despachos disidentes;
- la asunción de la difusión pedagógica de las leyes como un cometido específico del Estado, con la correspondiente inclusión en la currícula educativa.

## 3. La definición de la fecha de entrada en vigencia de las leyes: ¿una cuestión civil o constitucional?

### 3.1. *La cláusula del Código Civil*

El artículo 2 del Código Civil estipula que «las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial».

La cláusula establece un principio saludable, consistente en impedir la entrada en vigencia de las normas antes de la publicación, pues si la presunción legal del conocimiento generalizado a partir de la publicación es de por sí una ficción, pretender que la norma se repunte conocida antes de que se publique es poco menos que una utopía.

El artículo tiene sentido en lo atinente a la entrada en vigencia de la ley civil en caso de silencio de la propia norma sobre el tema, pues afirmar que las leyes civiles son obligatorias desde el día que determinen constituye casi una redundancia, en la medida en que —siendo el propio Código una ley civil— toda ley civil posterior estaría en aptitud de fijar el momento de su entrada en vigencia. Aun más, recordando que si bien el Código es —desde una perspectiva contenidista— una ley civil más completa y más compleja que las otras leyes civiles, desde una perspectiva técnico-formal es una ley civil más (ley A); de modo que otra ley civil posterior, de un solo artículo (ley B), que modificara el principio y estableciera la entrada en vigencia después de los nueve o los diez días siguientes a la publicación, podría cambiar el criterio general en materia de silencio y regir el tema sobre las futuras normas civiles (leyes C, D, E, etcétera).

La cláusula no distingue entre leyes civiles y leyes no civiles (v. g. penales, previsionales, etcétera) aunque una interpretación sistémica y armónica del derecho permitiría concluir que es obvio que el Código se refiere a las primeras, pues sobre las otras carece de alcance (o competencia, en sentido técnico). De este modo, una interpretación adecuada del párrafo del artículo sería aquella que lo entendiera iniciado de este modo: las leyes civiles no son obligatorias sino después...

Sin embargo, como se verá, la cláusula no fue interpretada del modo que sugerimos sino que fue extrapolada a otros ámbitos del derecho argentino.

### 3.2. *La interpretación extensiva de la cláusula*

La interpretación extensiva de la cláusula civil abarca al ámbito *formal* (extendiéndose a otras expresiones jurídicas distintas de la ley), *material* (a otras ramas del derecho distinta de la civil) y *territorial* (incluyendo a las normas de provincia).

Seguidamente citamos algunos ejemplos.

#### 3.2.1. *Aplicación extensiva desde un punto de vista formal (a todo tipo de normas y no solo a las leyes)*

Afirma Salerno:

El Código Civil, en su versión original de 1869, contempló expresamente el tema de que la ley es obligatoria a partir de la fecha de su publicación oficial (artículo 2.º) y, si el legislador no designase el tiempo correspondiente para que entre en vigor, se entenderá que rige en todo el territorio de la Nación después de los ocho días siguientes a dicha impresión (conforme la reforma hecha por la ley 16504). Esta es una

directiva insoslayable —salvo para las leyes consideradas secretas— que alcanza a los decretos (artículo 11, ley 19549) y a las resoluciones, en especial las de la Dirección General Impositiva (artículo 7.º, ley 11683). No se entiende por qué tendrían que hacer excepción los decretos de necesidad y urgencia —hoy consagrados en el artículo 99, inciso 3.º, Constitución nacional—, pues nada obsta a imprimir un número extraordinario del *Boletín Oficial* a ese efecto con la prontitud que el caso demande.

Respecto a los tratados y convenciones internacionales rige un sistema diferente, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 24080 del año 1992, donde se dispone que la publicación habrá de hacerse dentro de los quince días hábiles a la ratificación, al depósito o canje. En lo demás, le alcanza lo previsto por el Código Civil.<sup>3</sup>

También Rivera entiende la palabra *leyes* —mencionada en el artículo 2 del Código Civil— en sentido amplio, es decir abarcativo de todas las normas de carácter general dictadas por los órganos competentes (leyes en sentido formal + decretos + resoluciones).<sup>4</sup>

### 3.2.2. *Aplicación extensiva desde el punto de vista material* (a otras ramas del derecho)

#### a. Al derecho administrativo

La ley 20713, no obstante su naturaleza administrativa, resulta alcanzada por las previsiones del artículo 2.º del Código Civil, y queda convertida en obligatoria después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial, solución que coincide, por lo demás, con la sustentada en forma expresa por el legislador para los reglamentos administrativos (artículos 108 y 109, decreto 1759/72, aprobatorio de la reglamentación de la ley de procedimientos administrativos 19549) (CSJN, *Fallos*, 304: 435 in re *Forestieri, Antonio V. c/ Nación Argentina*).

#### b. Al derecho procesal

Si bien la resolución que deniega el recurso extraordinario por falta de oportuno planteamiento de la cuestión constitucional no es, en principio, revisable por la Corte, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando, como en el caso, el auto respectivo incurre en un exceso de rigor formal al exigir que se invoque la inconstitucionalidad de una ley que al tiempo de responder a los agravios de los ministerios públicos de Cámara —aunque se había publicado— aún no había alcanzado vigencia (artículo 2.º, *in fine*, del Código Civil). (CSJN, *Fallos*, 322: 1349 in re *IEH s/ adopción*,

---

<sup>3</sup> Marcelo Urbano Salerno: «Conocimiento de la norma ante el recaudo de su publicidad», en *La Ley*, tomo 1995-D, p. 448.

<sup>4</sup> Juan Ignacio Alonso y Leandro Rizicman: «Comentario del artículo 2 del Código Civil Argentino», en Julio César Rivera (dir.): *Código Civil comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, artículos 1 a 158, p. 22.

30.6.1999). Véase también: CámNacContAdmFed, Sala IV, in re *Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Argentina s/ contrato de obra pública*, 13.8.1997.

c. Al derecho tributario

Como no existe una disposición específica para el derecho tributario, las leyes de ese contenido, de conformidad con lo que dispone la regla del artículo 2 del Código Civil, no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Así entonces, si no designan tiempo, por regla solo serán obligatorias después de los ocho días de su publicación oficial. Este principio del derecho privado, como es sabido, rige o es aprovechado por el derecho tributario, en cuanto no exista una norma contraria o incompatible, y por aplicación de lo que dispone el artículo 11, 2.<sup>a</sup> parte de la ley 11683 (CámNacContAdmFed, Sala III, in re *Autolatina S. A. c/ DGI s/ repetición*, 29.9.1994).

d. Al derecho industrial

La interpretación mas acertada sobre la fecha de entrada en vigencia del nuevo texto legal —y la consecuente derogación de la ley 111— es la que realizó en fecha reciente la Sala 3 de esta Cámara, en el sentido de que los términos acotados de la observación del Poder Ejecutivo nacional (decreto 548/95, *BO*, 21.4.1995) solo gravitan respecto de la retroactividad, pero no con relación a la inmediata entrada en vigencia, que se debe regir por la regla general del artículo 2 del Código Civil. Se coincide, por lo tanto, en que la ley 111 quedó derogada después de los ocho días de la publicación oficial de la ley 24481 (CámCivComFed n.º 1 in re *Sandoz Ltd. c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegación de patente*, 30.4.1998. En análogo sentido, Sala I, *Henkel Corporation c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente*, fallo del 13.6.2000.

3.2.3. *Aplicación extensiva desde el punto de vista territorial (a las provincias)*<sup>5</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que, aun cuando la ley 5868 de la provincia de Santiago del Estero dispuso su entrada en vigencia al día siguiente de su promulgación (artículo 67), debe interpretársela de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil, lo que autoriza a considerarla vigente tan solo a partir de su publicación oficial (*Fallos*, 313: 1049 in re *Giménez, Delfor Ariel c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios*).

---

<sup>5</sup> Para Rivera, la cláusula del artículo 2 del Código Civil respecto de la entrada en vigencia de las leyes se aplica a la legislación provincial. Julio César Rivera: *Instituciones de derecho civil*, tomo 1, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2004, p. 126.



### 3.3. *El tema de la entrada en vigencia de las leyes como cuestión constitucional*

¿Es propio de la legislación común establecer el criterio general en materia de entrada en vigencia de sus normas o este es un tema constitucional, vinculado con el proceso de construcción legislativa?

Desde mi punto de vista, la etapa de la *eficacia* de la ley, que se ubica temporalmente al final del camino legislativo (luego de las etapas de *iniciativa* o formulación del proyecto y *constitutiva* o de sanción del proyecto), comprende todo aquello que permite poner en práctica o aplicar la norma sancionada: la promulgación, la publicación y la determinación del criterio general de entrada en vigencia de la norma. De modo que las formas de la publicación válida y los criterios generales de entrada en vigencia de las leyes integran el proceso legislativo.

Así como en el ámbito nacional la determinación del *quórum* para sesionar, la delimitación de los sujetos legitimados para presentar proyectos de ley, la fijación de las mayorías necesarias para aprobarlos o la posibilidad de vetar o promulgar parcialmente (para citar algunos ejemplos) son temas no derivados a la legislación común por ramas sino definidos por la Constitución nacional, también la delimitación del principio de la entrada en vigencia de las leyes es una *cuestión materialmente constitucional* aunque formalmente no esté inserta en la carta fundamental, siendo suplida en la práctica por cláusulas como las del artículo 2 del Código Civil.

Y si esto es claro, a mi criterio, para el ámbito nacional, con más razón lo es en los ámbitos provinciales, donde los principios rectores del proceso de formación de las leyes se encuentran regulados en las Constituciones locales, por resultar materia de derecho público local.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ejemplos de Constituciones provinciales que regulan la entrada en vigencia de las normas locales:

*Constitución de la Provincia del Chubut*

Artículo 145: «[...] En su publicación oficial las leyes de la Provincia se numeran por orden correlativo con la fecha de promulgación.

Al día siguiente de su publicación oficial, si no tienen fecha efectiva de entrada en vigencia, son obligatorias [...]».

*Constitución de la Provincia de Córdoba*

Artículo 111: «Las leyes tienen vigencia a partir del día de su publicación, a menos que las mismas determinen otra fecha [...]».

*Constitución de la Provincia de Río Negro*

Artículo 148: «Las leyes son obligatorias después de su publicación y desde el día que en ellas se determina. Si no designan tiempo, las leyes son obligatorias ocho días después de su publicación».

*Constitución de la Provincia de Santa Fe*

Artículo 60: «Las leyes son obligatorias luego de su publicación.

El Poder Ejecutivo debe publicarlas dentro de los ocho días de promulgadas y, en su defecto, dispone la publicación el presidente de la Cámara que hubiere prestado la sanción definitiva.

Las leyes entran en vigor el noveno día siguiente al de su publicación, salvo que las mismas leyes establezcan otras fechas al efecto».

*Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*

Bien entendido que no se trata de impedir que las leyes determinen la fecha de su entrada en vigencia, sino de establecer un criterio general (límites, en definitiva) para la fijación de esa fecha. El criterio-límite que en nuestra opinión es materialmente constitucional, nacional o provincial, según sea el ámbito de competencia, debería establecer que las leyes entran en vigencia:

- a) luego de la publicación (P);
- b) nunca antes de los X días de publicada (P+X); y
- c) si nada dice, se entenderá a los X días de publicada (P+X).

En un ámbito infraconstitucional, respetando esos límites, las leyes podrán decir que entran en vigencia en P+X o en P+X+1 días, o en P+X+2 días o en P+X+Y días.

---

Artículo 112: «Las leyes provinciales no son obligatorias, sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan fecha, serán obligatorias a partir del día siguiente al de su publicación oficial».

Patricio Alejandro Maraniello\*

## La promulgación parcial de normas y su procedimiento reglado

### 1. Introducción

Dentro de las atribuciones que ostenta el Poder Ejecutivo existen tres que son consideradas facultades legislativas, en las que actúa supliendo al legislador, por que este no puede, no quiere o no resulta eficaz para hacerlo en debido tiempo y forma.

Estos son: los *decretos de necesidad y urgencia* (artículo 75, inciso 3.º, CN), los *decretos delegados* (artículo 76 CN) y la *promulgación parcial de normas* (artículo 80 CN).

En los últimos citados encontramos como características esenciales su complementariedad necesaria con otro instituto, el veto parcial, ya que sin este la promulgación parcial no podría existir, lo que no ocurre a la inversa.

Una de las obligaciones que los convencionales constituyentes le han dado al poder constituido fue la creación de una ley que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en los casos en análisis, cuyo cumplimiento fue efectuado después de doce años.

La reciente ley 26122, del 28 de julio de 2006, ha cumplido con la deuda constitucional, por la cual se ha regulado el accionar de la Comisión Bicameral Permanente.

---

\* Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado de la Universidad del Salvador. Profesor en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura Nacional. Funcionario del Poder Judicial de la Nación.

Ahora bien, de un análisis exegético debemos verificar si esta ley ha cumplido con la manda constitucional o en caso contrario cual sería la modificación que tendría que hacerse.

## 2. Veto presidencial

Previo a todo debate debemos analizar el veto parcial, porque este es el primer paso para llegar a la promulgación parcial, pues sin veto no hay promulgación, pero sin promulgación puede haber veto.

### 2.1. Concepto

El *veto* (del latín, ‘prohibir’), es una prerrogativa de alguno de los poderes del Estado (normalmente el Poder Ejecutivo, bien el presidente del gobierno, bien el de la República en los regímenes presidencialistas, pero también las Cámaras altas de algunos Parlamentos).<sup>1</sup>

El término *veto* tiene también una acepción referida al derecho internacional, que se manifiesta en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Cada uno de sus cinco miembros permanentes (Francia, Gran Bretaña, China, Rusia y Estados Unidos) tiene poder de veto en todos los asuntos fundamentales.

### 2.2. Antecedentes históricos

El monarca de Gran Bretaña tiene poder de veto absoluto desde hace mucho tiempo, pero esta prerrogativa no ha sido ejercida desde 1708. El presidente de Estados Unidos puede vetar un proyecto de ley ya aprobado por el Congreso, aunque este veto puede ser anulado si en el Congreso se obtiene una mayoría de dos tercios en la votación. El derecho al veto concedido a Luis XVI de Francia en la Constitución de 1790, redactada durante la Revolución Francesa, le valió a él y a María Antonieta de Austria los apodos de *monsieur Véto* (señor Veto) y *madame Véto* (señora Veto), después de que aquel vetara la legislación de la nueva Asamblea Legislativa.

En España, como queda recogido en el artículo 90 de la Constitución, corresponde al Senado ejercer el derecho de veto, por mayoría absoluta, respecto a los proyectos de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, en un plazo de dos meses, de seguir el procedimiento habitual, o de veinte días, en los proyectos tramitados por vía de urgencia. No obstante, este derecho de veto no es absoluto frente a la ratificación del Congreso, por mayoría absoluta, e incluso por mayoría simple si dicha ratificación se verifica al cabo de dos meses desde la interposición del veto por el Senado.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Patricio Alejandro Maraniello: «Alcances del veto parcial del Poder Ejecutivo en el tributo de la medicina prepa», en *La Ley*, diario del 26.5.1999.

<sup>2</sup> Extraído de la *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 98* © 1993-1997 Microsoft Corporation.

### 2.3. Regulación nacional

En nuestro país la palabra *veto* no es usada por la Constitución nacional, pero sí lo es habitualmente en el lenguaje constitucional. El veto es la herramienta que utiliza el Poder Ejecutivo para aprobar o desechar total o parcialmente un proyecto de ley haciendo funcionar de esta manera la actividad colegislativa que la carta magna le reconoce al Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo nacional puede vetar total o parcialmente las leyes que vienen del Congreso nacional, potestad que puede ser parcial o total; en el primer caso puede vetar parcialmente un proyecto y ordenar su publicación con fuerza de ley de la parte restante, siempre que no se altere su unidad y sentido, según criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *Colella*,<sup>3</sup> del año 1967, que fuera receptado por la reforma del año 1994 en el artículo 80 de la Constitución nacional.

Al respecto, es dable destacar las consideraciones efectuadas por el máximo tribunal en el caso *Giulitta* entre el veto parcial y la promulgación fragmentaria de un proyecto de ley, en que destacó que ambas decisiones no se excluyen recíprocamente y son independientes, y el primero produce por lo menos el efecto de suspender la promulgación de la ley con relación a la parte vetada, o sea, impedir que tenga lugar la promulgación tácita.<sup>4</sup>

De ese modo, ambas figuras deben ser analizadas en forma independiente y mientras el veto produce la suspensión de la parte observada, la promulgación de la parte restante produce efecto al momento de entrar en vigencia, siempre que tenga autonomía normativa.

## 3. Promulgación parcial de la parte no vetada

### 3.1. Fuentes y regulación

La fuente de esta disposición es, en lo sustantivo, la Constitución de los Estados Unidos pero, a diferencia de esa norma, la Constitución nacional no admite el llamado *veto de bolsillo*.<sup>5</sup> En consecuencia, la interrupción de las sesiones del Congreso no interrumpe, en la Argentina, el plazo de diez días que la Constitución acuerda al presidente para aprobar u observar —parcial o totalmente— el proyecto de ley.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> CSJN, in re *Colella Ciriaco c/ Fevre y Basset y/u otro S. A.*, del año 1967, *Fallos*, 268: 352.

<sup>4</sup> CSJN, in re *Giulitta, Orencio Al y otro v. Nación*, *Fallos*, 189: 156.

<sup>5</sup> El veto de bolsillo permite al presidente —cuando un proyecto de ley ha sido aprobado a menos de diez días de finalizadas las sesiones del Congreso— guardar el proyecto hasta la reanudación de las sesiones. Sobre este punto, la Constitución de los Estados Unidos dispone: «[...] Si el presidente no devuelve un proyecto dentro de los diez días (exceptuados los domingos) de habersele presentado, el mismo será ley tal como lo hubiera firmado a menos que el Congreso con la suspensión de sus sesiones impida su devolución en cuyo caso no será ley» (Cf. artículo I, sección 7, inciso 2, de la Constitución de los Estados Unidos).

<sup>6</sup> María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

Sobre la viabilidad de la promulgación parcial, antes de su introducción en el año 1994, no existía una uniformidad de criterios en la doctrina constitucional. Algunos autores, tales como González Calderón, Linares Quintana y Bidart Campos,<sup>7</sup> la han reputado inconstitucional, porque ven en esa incorporación constitucional un acrecentamiento de las facultades presidenciales sin debido control; en cambio, para Bielsa, Romero, Bidegain, Ramella y Vanossi,<sup>8</sup> entre otros, la Constitución no se opone a la promulgación parcial, siempre que la supresión de la parte vetada no altere la esencia y finalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso, según la apreciación que en cada caso concreto realice el órgano judicial.

El interrogante —dado que la Constitución nacional es ambigua al respecto— apunta hacia cuál es el órgano encargado de decidir si la parte no vetada que se promulga parcialmente tiene o no autonomía normativa y si altera o no el espíritu y la unidad de la ley.

La Constitución nacional le ha conferido esta potestad de promulgación al órgano ejecutivo y este órgano es el encargado, según su criterio, de sancionar parte de una ley que considera necesaria y que el proyecto no constituye un todo irrevocable.

Al ser una función netamente política y ser parte del proceso de formación de las leyes, su conducta no es susceptible de revisión judicial, quedando impedido suplir la manifestación de voluntad que ha efectuado el Poder Ejecutivo con una resolución judicial.

Pero, como es sabido, las garantías del debido proceso adjetivo exigen el cumplimiento de los mecanismos formales dispuestos en la Constitución para la sanción de normas, reglas todas ellas diseñadas para evitar los desbordes del poder y facilitar los controles mutuos. Por su parte, el principio de legalidad impone la existencia de una ley formal y debidamente dictada por el Congreso para reglamentar los derechos constitucionales.<sup>9</sup>

Es decir que para que una ley sea tal, requiere la participación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo más el control de constitucionalidad del Poder Judicial, y no de uno solo, por razones que hacen al sistema de *checks and balances*, o pesos y contrapesos, es decir, como técnica inherente a la aplicación del principio de la separación y distribución equilibrada de los poderes del Estado, como afirmaba

---

<sup>7</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional*, t. III, p. 37; Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, p. 322; Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 241.

<sup>8</sup> Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 436; César E. Romero: *Derecho constitucional*, t. II, p. 224; Carlos M. Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t. IV, p. 92; Pablo Ramella: *Derecho constitucional*, p. 681; Jorge R. Vanossi: «Problemas constitucionales del veto», en *Derecho del Trabajo*, 1996, p. 261.

<sup>9</sup> María Angélica Gelli: «Alcance y extensión del agravio en la promulgación parcial de leyes», en *JA*, 1994-II, p. 180.

Montesquieu: «es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder».

### 3.2. *Órganos de control*

La potestad del veto es amplia y no está sujeta a otra condición que la de ser ejercida dentro del plazo de diez días útiles. En consecuencia el veto, sea total o parcial, no puede declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo, en cuyo caso sería inexistente y no inconstitucional. Pero ello no impide que el Poder Judicial pudiera efectuar el control sustantivo, por el contenido que resulta de la norma promulgada parcialmente.

La promulgación de las partes no vetadas ostentan un doble control: legislativo y jurisdiccional.

#### 3.2.1. *El control legislativo*

El control legislativo se encuentra establecido en el mismo artículo 80 de la Constitución nacional, que en su parte *in fine* establece que para este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia, es decir, que requiere la aprobación del Congreso de la Nación.

La remisión al artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución nacional es solo procedimental, es decir, no necesariamente debe cumplir con las exigencias de admisibilidad establecidas en el párrafo tercero del citado inciso, ya que esa requisitoria solo se da para los decretos de necesidad y urgencia, y no en la promulgación parcial de la ley. Insisto, no es un decreto de necesidad y urgencia sino es un decreto de promulgación con las mismas condiciones de tiempo y forma que aquel.

El control del Poder Legislativo supedita su intervención a la llamada Comisión Bicameral Permanente, regulada por la ley 26122.

La creación de esta comisión es de gran ayuda en el engranaje de la formación legislativa. La intermediación de la Comisión Bicameral es obligatoria pero su despacho no resulta vinculante para el Congreso; la norma no lo estipula y, de hacerlo, habría convertido la posterior intervención de las Cámaras en puramente decorativa, por lo cual estamos ciertos de que la ley que regule el trámite y alcance de dicha intervención no establece que el Congreso queda obligado por el despacho de la Comisión Bicameral.<sup>10</sup>

Sin perjuicio de que ya tengamos una ley regulatoria, la falta de esta no imposibilitó el ejercicio de la promulgación parcial de normas. La Corte Suprema de Justicia se ha expedido al respecto y en el caso *Rodríguez* señaló que:

---

<sup>10</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 432.

[...] El controlador en sede parlamentaria previsto por el artículo 99 inciso 3.º párrafo cuarto de la Constitución nacional, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ley especial contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la Comisión Bicameral Permanente ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar sine die al titular del Poder Ejecutivo de una facultad conferida por el constituyente [...].<sup>11</sup>

### 3.2.2. Control judicial

Sostener que las promulgaciones parciales de las leyes solo están sujetas al control parlamentario establecido por el artículo 80 *in fine* de la Constitución nacional y sin intervención del Poder Judicial, estaría llegando a un absurdo donde el Poder Judicial invalida leyes, decretos o actos administrativos pero no lo atinente a las leyes parcialmente promulgadas. Por ello, y dado que inveterada jurisprudencia se ha expedido sobre la judiciabilidad de este tipo de procedimiento a lo largo de los años, no se ve ningún motivo para que no siga interviniendo, más aún que los tribunales cumplen una actividad institucional en su carácter de guardián e interprete final de la ley fundamental en orden al adecuado respeto del principio de separación de los poderes del Estado consagrado en aquella, y en orden a asegurar, como titular de unos de ellos, su coordinado accionar.

De esta forma, el control judicial verificará si el veto ha dejado inalterado el objeto central de la ley, ya que las normas observadas han podido escindirse del proyecto total sancionado por el Congreso, sin detrimento de aquel.

## 4. Jurisprudencia nacional

### 4.1. Antecedentes

Como ya se ha señalado, el primer antecedente de la promulgación parcial de normas se encuentra en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Colella*,<sup>12</sup> del año 1967, que fuera receptado por la reforma del año 1994 en el artículo 80 de la Constitución nacional.

Pero fue en el caso *Giulitta* donde el máximo tribunal de justicia de la Nación destacó que entre ambas decisiones —veto parcial y promulgación fragmentaria de un proyecto de ley—, no se excluyen recíprocamente y son independientes, y el primero produce, por lo menos, el efecto de suspender la promulgación de la ley con relación a la parte vetada, o sea, impedir que tenga lugar la promulgación tácita.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> CSJN *in re Rodríguez Jorge c/ Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia*, del 17.12.1997. *JA*, 1998-I, p. 147.

<sup>12</sup> CSJN, *in re Colella Ciriaco c/ Fevre y Basset y/u otro S.A.*, del año 1967. *Fallos*, 268: 352.

<sup>13</sup> CSJN, *in re Giulitta, Orencio Al y otro v. Nación. Fallos*, 189: 156.



#### 4.2. *Casos tributarios*

En el caso de las *prepagas* se solicitó, por medio de las acciones de amparo, el control de constitucionalidad de las normas respectivas y en dicha tarea se resolvió declarar, como bien lo señala el doctor Marinelli en el considerando 11 del caso *Adecua*,<sup>14</sup> que el decreto 1517/98 efectivamente quebró la unidad de dicho proyecto, alterando el espíritu de la norma creada por el Congreso de la Nación, pues, contrariamente a lo que se pretende, las partes aprobadas no gozaban de autonomía normativa, declarando la invalidez por inconstitucional del artículo 7 del mencionado decreto, mediante el que fue promulgada parcialmente la ley citada. En consecuencia, las medicinas prepagas no están gravadas con el 21% del IVA, como se estableció en ese decreto.

Ello solo en referencia al control judicial, pero nos queda analizar el control legislativo del decreto 1517/98. Respecto a este puede decirse que al guardar silencio el órgano legislativo, es decir que no conformó una nueva ley ni a favor ni en contra del decreto señalado, efectuó una aprobación tácita de dicha promulgación; es decir, se podría aplicar la doctrina de la *ratificación virtual* teniéndose por válida la norma dictada.

Pero el artículo 82 de la Constitución nacional establece al respecto: «[...] la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; excluyéndose en todos los casos, la sanción tácita o ficta». Es decir que el silencio nunca puede ser tomado como una aprobación o negación del Congreso, como nos recuerda Sagüés, que en la hipótesis de que el Poder Legislativo guarde silencio, no cabe extraer otra conclusión que la de que ese órgano del Estado se calla, sin aprobar ni rechazar el decreto, pues ninguna norma constitucional permite inferir de tal omisión conformidad o disconformidad con lo resuelto por el Poder Ejecutivo nacional.<sup>15</sup>

De ese modo, no puede tampoco tener vigencia la ley 25063, que en su artículo 1, inciso *m*, grava los servicios de medicina privada con una alícuota del 10,5%, dado que esta se encuentra vetada —suspendida— por el Poder Ejecutivo nacional hasta que se expida el órgano legislativo, teniendo este la posibilidad de insistir con su propuesta por mayoría de dos tercios de votos en ambas Cámaras, atento a lo estipulado por el artículo 83 de la Constitución nacional.

En consecuencia, dado que el decreto 1517/98 es inconstitucional y la ley 25063 se encuentra vetada en lo que aquí respecta, no cabe otra solución que volver a la exención impositiva dada a las entidades de medicina prepaga existente en la ley 23349 artículo 7.º, inciso *H*, punto 7.

---

<sup>14</sup> Resuelto el día 3 de febrero de 1999, dicho pronunciamiento cautelar a favor de *Adecua* fue ratificado con fecha 26.3.1999 por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, suspendiendo el pago del tributo hasta tanto se dirima definitivamente la cuestión de fondo.

<sup>15</sup> Néstor P. Sagüés: «Los decretos de necesidad y urgencia, derecho comparado y derecho argentino», en *LL*, 1985-E, p. 798.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia el 29 de agosto de 2000 se expidió en otra causa, el caso *Famyl S. A.* El tribunal concluyó que la promulgación parcial respecto a aquel tributo y a esos obligados por él, no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución nacional pues el Congreso aprobó dos normas por las que se fijó el referido régimen impositivo. Aunque, en realidad, se trataba de dos textos legales que formaban una única norma jurídica. A criterio del tribunal resultaba manifiesta la unidad entre ambas normas que fueron escindidas por el veto y la promulgación parcial.<sup>16</sup>

Sea como fuere, la unicidad de la normas o de los textos legales se encontraba corroborada, según sostuvo la Corte Suprema, por el trámite parlamentario que puso en evidencia la interrelación de una de aquellas disposiciones con la otra, en la intención del Poder Legislativo de equilibrar el incremento de la recaudación fiscal, por un lado, con la disminución del nivel de imposición en un servicio de interés social, por el otro. En consecuencia de ello, el tribunal declaró inválida la promulgación parcial.

## 5. Regulación procedimental

### 5.1. Etapa inicial

Si bien no existe en el propio artículo 80 una regulación procesal específica, en su parte final remite sus aspectos formales a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3.º, CN, pero ello tan solo significa que ostenta las mismas características adjetivas y no sustantivas que el decreto de necesidad y urgencia, es decir, no es un instituto de emergencia.

Una vez que el presidente haya promulgado parcialmente la parte no vetada de una norma, el artículo 99, inciso 3.º, CN establece que decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, este último 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.

Como ya se dijo, luego de doce años la ley especial citada es la 26122, sancionada el 28 de julio de 2006; esta norma tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder

---

<sup>16</sup> María Angélica Gelli: «Alcance y extensión del agravio...», o. cit.

Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia, b) por delegación legislativa, c) de promulgación parcial de leyes (artículo 1).

En caso de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de Gabinete (artículo 18).

## 5.2. *Actuación de la Comisión Bicameral Permanente*

En su segunda etapa, la Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3.º, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución nacional se rige por ley 26122 y las disposiciones de su reglamento interno;<sup>17</sup> tiene la competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3.º; 76; 80; y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional.

Según el artículo 3 de la ley citada, estará integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas.

Sus miembros durarán en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos.

La propia comisión elegirá anualmente un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que pueden ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponde un año a cada Cámara. La comisión cumple funciones aun durante el receso del Congreso de la Nación y sesionará cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros.

Los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente.

En el artículo 14 de la ley 26122 establece como función específica la de expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto de promulgación parcial y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y sustancial del decreto. En este último caso debe indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen

---

<sup>17</sup> Ante una falta de previsión en el reglamento interno y en todo aquello que es procedente, son de aplicación supletoria los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del cuerpo que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación subsidiaria.

autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso.

Como se podrá notar, la actuación de la Comisión no se limita a cuestiones formales sino que es un verdadero órgano de control del elemento sustantivo, porque de otro modo se limitaría a un mero trámite procesal y, de este modo, el Poder Legislativo tiene una verdadera función de frenos y contrapesos del sistema republicano.

Todo ello no es óbice para que el Congreso dentro de sus potestades ordinarias insista respecto de normas legales total o parcialmente vetadas (artículo 15).

La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los capítulos I, II, III del presente título de la ley citada.

La Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la ley 25561 solo mantendrá la competencia prevista por el artículo 4.º de la ley 25790.

### 5.3. *Etapa plenaria o final*

Si vencido el plazo de diez días sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3.º, y 82 de la Constitución nacional (artículo 20).

Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento. Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso, conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución nacional.

Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata. Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 23).

El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2.º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Las disposiciones de la ley mencionada y el curso de los procedimientos en ella establecidos no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo.

Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el *Boletín Oficial* (artículo 26).

## 6. Conclusión

Las facultades legislativas más cuestionadas y más delicadas que ostenta el Poder Ejecutivo son los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) de delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo en los términos de los artículos 99, inciso 3.º (párrafos 3.º y 4.º); 76; 80; 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional.

Y uno de los objetivos de la nueva ley 26122 fue precisamente establecer un mayor control —adjetivo y sustantivo—, con plena vigencia de lo establecido en el artículo 2.º del Código Civil.

Los elementos diferenciadores de todos ellos se encuentran en la dependencia que existe en la promulgación parcial con el veto parcial del Poder Ejecutivo y en falta de emergencia en su elemento sustantivo, atento a que tan solo se asemeja con el decreto de necesidad y urgencia en su aspecto formal o procedimental.

Cabe recordar que la promulgación parcial en materia tributaria no se aparta del principio general donde se establece que el organismo encargado para fijar los tributos es el Poder Legislativo Nacional (artículos 4, 17, 52 y 75 CN) y no otro, respetando los principios de legalidad y reserva de ley, donde no puede haber impuesto sin ley del Congreso (artículos 4 y 75, inciso 2.º, CN), aunque el Poder Ejecutivo participa de la promulgación y publicación de dicha norma, pero no puede llevar a extender un tributo a supuestos distintos, o crear hechos impondibles nuevos o diferentes, pero el legislador puede conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo para regular pormenores de la obligación tributaria, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida en la ley que el presidente por vía de decreto promulga parcialmente.

Finalmente, cabe instituir, la ley 26122 ha llenado un vacío muy importante en el engranaje del procedimiento constitucional y además ha cumplido con el Estado de derecho, evitando pues un poder soberano, es decir, un poder sustraído a toda regla; con sus controles y sus exigencias que son coherentes con el sistema republicano de gobierno.

Habrà que observar si la ley es bien aplicada por los legisladores, para que de este modo podamos encontrar el rumbo que estaba perdido o desconectado por la trilogía de decretos en debate, porque cuando no hay un objetivo y un deseo de mejorar, las leyes que se dicten en consecuencia no cambiarán el rumbo ambiguo e indefinido de un gobierno. Como decía Lucio Anneo Séneca (estoico del siglo I de nuestra era), «para un navegante que no sabe adónde va nunca hay vientos favorables».

**Roberto Sukerman\***

# **Inconstitucionalidad por defectos en el procedimiento legislativo. El caso de la ley 25326**

## **1. Introducción**

La reforma constitucional de 1994 proyectó diversas modificaciones al capítulo titulado «De la formación y sanción de las leyes». Algunas de ellas, como la incluida en el hoy renumerado artículo 79, sobre la delegación en comisión de la aprobación en particular de proyectos de ley, nunca fue utilizada, según nuestro conocimiento, por ninguna de las dos Cámaras del Congreso.

En otros casos, como el que aquí analizaremos, la interpretación de las nuevas cláusulas constitucionales generó conflictos de gran magnitud.

En este trabajo estudiaremos un caso en particular, el del procedimiento de sanción de la ley 25326 denominada «Protección de datos personales o hábeas data», y trataremos de elaborar conclusiones generales sobre el tema.

## **2. Labor constituyente**

El artículo 2.º de la ley 24309 «Declaración de la necesidad de la reforma» contenía el cuestionado núcleo de coincidencias básicas.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Identificado con la letra G se preveía modificar la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y el procedimiento para la agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes.

Individualizado con la letra *c* dentro de la letra G, preveía la reducción a tres intervenciones posibles de las Cámaras en el proceso legislativo. Se buscaba acotar el reenvío de proyectos de ley entre las Cámaras debido a que resultaba lento y engorroso.

El artículo proyectado en la ley 24309 sufrió leves modificaciones en la Convención Constituyente de 1994. Primeramente fue modificado por el dictamen de comisión n.º 21, luego por el dictamen de la Comisión de Redacción —orden del día n.º 6— y finalmente al decidirse su redacción definitiva en el plenario.

Las modificaciones se basaron en cuestiones: a) terminológicas (v. gr. *excepto, a menos, salvo*); b) de mayorías, en cuanto a si debían ser miembros presentes.

En definitiva, el actual artículo 81 quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 81. Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. *La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.*<sup>1</sup>

## 2.1. Nuestra crítica

El artículo contiene varias normas, aunque lo aconsejable sea la uninormatividad. Es recomendable que: cada oración contenga una idea; cada párrafo, una oración; cada artículo, un párrafo y cada artículo, un tema. Pero teniendo en cuenta que se trata de un texto constitucional, las críticas pueden moderarse dada su especial característica normativa.

Sin embargo, hay errores que no pueden pasar inadvertidos. Este artículo es el más extenso de todo el capítulo V por contener seis oraciones en un solo párrafo.

Por otro lado, primero utiliza la expresión *adicionado o enmendado* para luego cambiarla por *adiciones o correcciones*. Es inexplicable y paradójico el uso de las

<sup>1</sup> El resaltado nos pertenece.

palabras *enmendado* y *correcciones* como sinónimos, pues si sabían su significado —léase: ‘quitar defectos o errores’— no las tenían que haber utilizado.

Otro aspecto defectuoso de la norma es el innecesario uso enfático de los absolutos *ningún*, *ninguna*, ya que de no existir en la norma nada se pierde y se gana en claridad. Recordamos, una vez más, que la norma es preceptiva y no necesita ningún énfasis gramatical para que sea cumplida por sus destinatarios.

Pero qué más se puede decir de un capítulo que regula la formación y sanción de leyes y que contiene en el artículo 77 un segundo párrafo agregado por la ley 24430 —siendo a todas luces, inconstitucional— porque se habían olvidado de jurarlo en la Convención.

A pesar de todas estas críticas, consideramos que el artículo no llega a ser ininteligible y que luego de ser leído detenidamente —en varias oportunidades— no da lugar a problemas de interpretación.

Nuestra interpretación es la siguiente:

- a) El proyecto de ley desechado en su totalidad por una Cámara no puede repetirse en las sesiones de ese año.
- b) La Cámara de origen no puede desechar en su totalidad un proyecto propio, si la Cámara revisora realiza adiciones o correcciones en el proyecto.
- c) Cuando la Cámara revisora realiza adiciones o correcciones se debe indicar si el resultado obtenido para su aprobación es por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.
- d) La Cámara de origen puede aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora o insistir en la redacción originaria.
- e) Si ambas Cámaras aprueban el proyecto de ley con mayoría absoluta de los presentes, prevalece la redacción de la Cámara de origen.
- f) Si ambas Cámaras aprueban el proyecto de ley con dos tercios de los presentes, prevalece la redacción de la Cámara de origen.
- g) Si una Cámara lo aprueba con mayoría absoluta de los presentes y otra lo aprueba con dos tercios de los presentes, prevalece la redacción de la Cámara que obtenga dos tercios de los presentes.
- h) La Cámara de origen no puede introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

### 3. Análisis del procedimiento legislativo de la ley 25326

Esta ley tuvo origen en el Senado de la Nación en 1998. El 26 de noviembre de 1998 fue aprobada en dicha Cámara. Recién el 14 de setiembre de 2000 fue aprobada con modificaciones en Diputados como Cámara revisora. Finalmente, el 4 de octubre de 2000 fue sancionada por el Senado.



### 3.1 *Discusión en Senadores como Cámara revisora*<sup>2</sup>

Cuando el Senado revisó la aprobación realizada por Diputados, en el debate se planteó un problema al tratar el artículo 29.

El senador Molinari Romero solicitó la incorporación de una frase que tomó del proyecto aprobado por Diputados.

Si me permiten, la leeré directamente para evitar confusiones. La redacción del Senado dice: «El director tendrá dedicación exclusiva en su función, encontrándose alcanzado por las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y podrá ser removido por el Poder Ejecutivo por mal desempeño de sus funciones». Pero el agregado sería: «[...] funciones, incapacidad sobreviniente o condena por delito doloso».

Y continúa agregando: «El director, así como también el resto del personal, están obligados a guardar secreto de los datos de carácter personal que conozcan en el desarrollo de su función». A su término, el senador Menem expresó:

Pediría al senador por Córdoba que obviara la modificación que acaba de proponer. En esto de la insistencia o de la aceptación hemos hecho una aplicación extensiva relacionada con el tema del veto parcial, en el sentido de que se puede aceptar o insistir parcialmente en cuanto haya una autonomía normativa de las normas. En este caso estamos haciendo una mezcla; estamos modificando e intercalando expresiones. Creo sinceramente que podemos caer en una causa de nulidad. Me parece que en este caso no estamos respetando la normativa constitucional. Una cosa es que se acepten párrafos separados, otra que se modifique un plazo y otra que se mezclen de esta forma las sanciones de una y otra Cámara. Pienso que estamos haciendo una mala interpretación de la cláusula constitucional, que la estamos haciendo extensiva por el tema del veto. Por eso pediría que dejemos el artículo como está, evitando de esa manera eventuales nulidades.

Acto seguido, el senador Molinari Romero insistió en la importancia de incorporar los cambios por él solicitados y pidió al presidente de la comisión —senador Yoma— que dijera cuál es la interpretación de las observaciones postuladas por el senador Menem.

A su turno, el senador Yoma sostuvo:

Lo que podríamos hacer para salvar la previsión que atinadamente plantea el senador Menem es tomar el párrafo final, que sí tiene autonomía normativa —el relativo al director y al resto del personal— y obviar lo de incapacidad sobreviniente o condena por delito doloso. O sea, no aceptaríamos esa modificación de la Cámara de Diputados porque ya estaría contemplada dentro del «mal desempeño de sus funciones», y tomar el último párrafo, que sí tiene autonomía normativa [...].

El senador Menem insistió en su tesitura expresando:

Me parece que deberíamos tener mucho cuidado en hacer este tipo de inserciones porque vamos a sentar un mal precedente para casos futuros. Considero que

---

<sup>2</sup> Todas las transcripciones del debate fueron tomadas de la obra «Antecedentes parlamentarios», en *La Ley*, año VIII, n.º 11, diciembre de 2000, pp. 488 y 489, parágrafos 264 a 270.

deberíamos mantener el criterio. Creo que se está cambiando el espíritu de la normativa, sobre la cual lo único que podemos hacer es aceptar o insistir. No es un prejuicio constitucional. En estos casos estamos transitando por un terreno que ha sido muy discutido. Incluso algunos rechazan la posibilidad de que parcialmente se pueda hacer este tipo de aceptaciones o insistencias. No le niego importancia al tema, pero en todo caso creo que debemos tomar conciencia de que estamos limitados en esta segunda revisión a aceptar o rechazar la sanción de la Cámara de Diputados. Por eso le pediría que dejemos de lado esta modificación para salvar la posibilidad de que en el día de mañana se pueda utilizar como precedente para otros casos.

Tan convincente resultó lo expresado por Menem que Molinari Romero retiró su propuesta con el fin de «contribuir a que podamos sancionar esta ley, y que sea la mejor que podamos tener hoy».

Para dar término a esta discusión, Yoma dijo:

[...] disiento cordialmente con mi colega de bancada y de provincia. Si aplicamos el criterio que plantea el senador con este artículo son cuestionables la mayoría de las modificaciones que aceptamos de Diputados, empezando por el artículo 1.º Además, hay un acta firmada por los presidentes de ambas Cámaras, donde se establece taxativamente que la insistencia puede ser por la totalidad de la norma o por período legislativo. Esto fue firmado por los presidentes de ambas Cámaras en 1995. Por eso no creo que sea cuestionable la legalidad o el carácter reglamentario de las modificaciones que estamos aceptando.

Y para concluir agregó:

[...] reitero, no creo que lo planteado por el senador Menem sea aplicable en todo su contexto, porque esto invalidaría la mayor parte de los artículos que estamos tratando. Es importante dejar en claro que de ninguna manera comparto el hecho de que esto no se considera período. Si aceptamos este criterio, abrimos la puerta para que se persiga la nulidad de cláusulas que se han votado en este sentido. Pero nos comprometemos a tratar el tema.

### 3.2 *El acta*

El acta mencionada por el senador Yoma —que fue una odisea hallar— la transcribimos a continuación. En fecha 26 de octubre de 1995 ambas Cámaras del Congreso firmaron un acta con el fin de compatibilizar la interpretación del procedimiento previsto en el artículo 81 de la Constitución nacional y al respecto acordaron:

- 1) Cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora, podrá aquella aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora.
- 2) Las comunicaciones de las sanciones de la revisora cuando el proyecto de ley vuelve a la de origen, deberán indicar el resultado de la votación que correspondió en particular a cada artículo, a fin de establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.

Se eleva la presente a los respectivos Plenarios de Labor Parlamentaria, a efectos de darle el tratamiento legislativo que se estime corresponder.

### 3.3 El término período<sup>3</sup>

En tren de aclarar algunas cosas resulta pertinente definir el término *período*, mencionado por Yoma en la discusión arriba transcripta. Este término desconocido en la doctrina constitucional, es de uso corriente en la jerga parlamentaria. Los reglamentos de las Cámaras del Congreso lo mencionan en varias oportunidades. Veamos:

El reglamento de Diputados, en el capítulo XV «De la discusión en sesión», contiene dos artículos que mencionan este término.

Artículo 146. Discusión en particular. La discusión en particular tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o *períodos* del proyecto pendiente.

Artículo 148. La discusión de un proyecto quedará terminada con la resolución recaída sobre el último artículo o *período*.

En el capítulo XVII «De la discusión en particular» se utiliza este término una sola vez.

Artículo 157. Modo. La discusión en particular en el plenario de la Cámara se hará en detalle, artículo por artículo, capítulo por capítulo, o título por título, debiéndose votar cada uno sucesivamente.

Artículo 160. Reconsideración. Ningún artículo o *período* ya sancionado de cualquier proyecto podrá ser reconsiderado durante la discusión del mismo, sino en la forma establecida por el artículo 135.

Artículo 172. Cuando no hubiere ningún diputado que tome la palabra o después de cerrado el debate, el presidente propondrá la votación en estos términos: «Si se aprueba o no el proyecto, artículo o punto en discusión».

Otra vez, en el capítulo XXI se utiliza esta palabra, en una oportunidad.

Artículo 192. Votación en particular. Toda votación se limitará a un solo y determinado artículo, salvo que la Comisión de Labor Parlamentaria o el cuerpo acordaran hacerlo capítulo por capítulo o título por título.

Artículo 193. Afirmativa o negativa. Toda votación se reducirá a la afirmativa o negativa, precisamente en los términos en que está escrito el artículo, proposición o *período* que se vote.

En tanto, el reglamento de Senadores, en el título XIV «De la discusión en sesión», sección segunda «La segunda discusión o en particular», también contiene el término en cuestión.

Artículo 170. La discusión en particular será en detalle, artículo por artículo o *período por período*, recayendo sucesivamente votación sobre cada uno.

---

<sup>3</sup> En todos los casos, el resaltado del término *período* nos pertenece.

En el título XVIII «De la votación», una vez más, se encuentra el término *período*.

Artículo 206. Votación por artículo. Toda votación por signos se contraerá a un solo y determinado artículo, proposición o *período*; mas cuando sea inevitable que un artículo o período contenga varios miembros, se votará por partes, si así lo pidiese algún senador.

### 3.4 Nuestra interpretación

Como vemos, a pesar de estar presente varias veces en los reglamentos internos de las Cámaras, su definición precisa resulta dificultosa, dada la ambigüedad de su utilización.

No encontramos bibliografía especializada que defina este término. Los diccionarios de uso común brindan varias acepciones de la palabra. Las que a nosotros incumben son estas: a) ‘Conjunto de frases que en un texto componen un pensamiento unitario’; y b) ‘Conjunto de oraciones que, enlazadas, tienen sentido cabal’.

En la práctica parlamentaria no están definidos sus alcances de manera rígida. Es un término que fluye del tronco del chicozapote (*chicle*), es la arcilla que se modela según las necesidades del caso, es decir, de la práctica parlamentaria.

Por ello, no podemos hacer otra cosa que intentar una definición amplia y vaga, dada la aplicación que los legisladores hacen de este término.

*Período* para nuestros legisladores es ‘una fracción de la ley’.

Esta fracción puede ser superior o inferior al artículo. Superiores son: libro, parte, título, capítulo, sección. Inferiores son: apartado, párrafo, inciso, oración.

### 3.5 Las modificaciones

La normativa modificada y aprobada en Senadores como Cámara revisora con relación a su aprobación como Cámara de origen, son las siguientes:

- a) agregaron un tercer párrafo al artículo 1.º
- b) eliminaron el término *los* de la definición *Titular de datos*, en el artículo 2.º
- c) eliminaron el término *de* del párrafo 4 del artículo 4.º
- d) agregaron la frase «o en virtud de una obligación legal» al final del inciso *b* del párrafo 2 del artículo 5.º
- e) eliminaron la frase «número de teléfono» al final del inciso *c* del párrafo 2 del artículo 5.º
- f) modificaron las frases «Los hospitales y demás instituciones sanitarias [...]» y «[...] a la ciencia médica [...]» del artículo 8.º
- g) agregaron el párrafo 4 del artículo 14.

- h) agregaron un párrafo —sin número— a continuación del párrafo 3 del artículo 21.
- i) modificaron el período establecido en el párrafo 2 del artículo 25, que era de *cinco* años.
- j) agregaron una segunda oración al párrafo 4 del artículo 26.
- k) agregaron la frase «mediciones y estadísticas relevadas conforme a la ley 17622» en el párrafo 1 del artículo 28.

Seguramente producto de la secuela de la discusión —que arriba transcribimos— al tratar el artículo 29, que en definitiva no fue modificado, no se produjeron nuevas modificaciones.

#### 4. Algunas conclusiones

Para concluir con este tema, y por todo lo expuesto, debemos preguntarnos: ¿es inconstitucional la ley 25326 por vicios en el procedimiento legislativo de sanción? Si le preguntáramos al senador Yoma nos diría que no. Si lo hiciéramos al senador Menem diría que sí.

Al no encontrar material sobre el tema, preguntamos en distintas oportunidades a distintos y distinguidos colegas su opinión. Ciertamente las aguas están divididas. Los que están por el no, lo sostienen en la búsqueda de consenso. Cuando no hay mayoría suficiente en la Cámara revisora donde tuvo origen el proyecto (generalmente calificada, dos tercios), con el fin de obtenerlo aceptan cambios propuestos por otras bancadas. Estos cambios provienen del proyecto frustrado en la Cámara revisora.

Los que están por el sí consideran que la inconstitucionalidad por defectos de forma en el trámite legislativo es parcial en este caso y solo deben impugnarse los tramos incorporados o modificados en contra de lo establecido en el procedimiento de formación y sanción de leyes regulado por los artículos 77 a 84 CN y la reglamentación que se dicte en consecuencia.

Esta postura se basa en el respeto a las reglas de juego establecidas. No puede pensarse en el fin —en este caso, el consenso para la sanción de una ley— sin tener presentes los medios para obtener este consenso.

Nosotros mostramos un solo caso y seguramente hay otros. Desde ya, no es una tarea muy sencilla encontrarlos. Igualmente, lo importante era mostrar lo que sucedió, los peligrosos precedentes que se pueden crear si se legisla de manera imprudente, y brindar un margen para que cada uno saque sus propias conclusiones.