

## TÍTULO CUARTO Poder Ejecutivo

### INTRODUCCIÓN: EL JEFE DE GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES ¿UN PODER EJECUTIVO FUERTE O DÉBIL?

Por Alberto B. Bianchi

#### PLANTEO

Tradicionalmente el Poder Ejecutivo en la Argentina ha sido fuerte, característica que siempre ha desequilibrado el –ya de suyo– difícil balance de poderes. Conscientes de esta realidad y persiguiendo el loable propósito de moderarla, los constituyentes de la Ciudad de Buenos Ai-

res introdujeron en la Constitución de 1996 algunas cláusulas tendientes a limitar el poder del Jefe de Gobierno.

Mi intención en estas líneas es verificar si esta tarea ha estado encaminada por la senda adecuada, en otras palabras, si es proporcional a los fines perseguidos.

Antes de emprender esta tarea, me parece útil echar una mirada al derecho comparado y a la realidad del Poder Ejecutivo nacional, pues son el marco inevitable en el cual se desempeña el microcosmos institucional de la Ciudad de Buenos Aires.

## EL (DES)EQUILIBRIO DE LOS PODERES EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de analizar las instituciones de la República Argentina y, en particular, las de la Ciudad de Buenos Aires, conviene examinar, siquiera someramente, el estado de la cuestión en el derecho comparado, donde encontramos tres modelos diferentes en el reparto de los poderes: (a) el modelo inglés, donde rige todavía la supremacía del Parlamento, (b) el modelo francés, donde la supremacía es claramente ejecutiva y (c) el modelo norteamericano, del cual somos tributarios, que ha establecido –al menos formalmente– la igualdad jerárquica entre los tres poderes. Veamos cada uno de estos modelos en una apretada síntesis.

### El Reino Unido: la soberanía del Parlamento

La nota más típica del sistema constitucional del Reino Unido ha sido –y sigue siendo– la soberanía o supremacía parlamentaria (*parliamentary sovereignty*), nacida luego de la Gloriosa Revolución de 1688, que sustituyó el poder divino de los reyes por el poder que a partir de entonces les otorgó el Parlamento. Esta supremacía fue establecida por John Locke, en el Capítulo XIII de su obra *An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, habitualmente traducido al español como “Ensayo sobre el Gobierno Civil”. Allí señala Locke claramente que el legislativo es el poder supremo y que todos los demás están subordinados

a él.<sup>1</sup> Dos siglos más tarde, en la segunda mitad del siglo XIX, Albert V. Dicey consideraba que la soberanía del Parlamento era la característica dominante de las instituciones políticas inglesas,<sup>2</sup> un Parlamento que en el siglo XVIII Blackstone calificaba como “omnipotente”, capaz de hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible<sup>3</sup> y que De Lolme, en esa misma época pero con sentido crítico, dijo que podía hacer cualquier cosa excepto convertir un hombre en una mujer.<sup>4</sup> Ciertamente es que ya en el siglo XX el sistema constitucional inglés fue evolucionando hacia un “gobierno del gabinete”, merced en parte a la declinación del poder del *House of Lords* y del crecimiento del poder del Primer Ministro, tal como lo describió más tarde Sir Ivor Jennings<sup>5</sup> y luego John P. Mackintosh.<sup>6</sup> Pero aun así, estas transformaciones que son tan profundas a tal punto que hoy en día se habla de la “presidencia británica”,<sup>7</sup> en el Reino Unido el centro de la escena política recae en el Parlamento y la doctrina de la soberanía parlamentaria está vigente.<sup>8</sup> Veamos en qué consiste.

La primera nota que pone de manifiesto la trascendencia del Parlamento inglés es que sanciona las leyes constitucionales, es decir, las que conforman la Constitución inglesa, escrita pero dispersa. Sólo por mencionar las más importantes de los últimos cien años tenemos: la

1. § 149: “... there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate...”.

2. Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianápolis, Liberty classic edition (reimpresión de la 8<sup>va</sup>. ed. de McMillan Press, 1915), 1982, p. 107 y ss., p. 3.

3. Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, facsímil de la primera edición de 1765-1769, con una introducción de Stanley N. Katz, The University of Chicago Press, 1979, vol 1, p. 156. En adelante Blackstone, *Commentaries*.

4. “... it is a fundamental principle with the English Lawyers that Parliament can do every thing, except making a Woman a Man or a Man a Woman”, De Lolme, Jean Louis, *The Constitution of England, Or an account of the English Government* (originalmente publicada en francés en 1771). He consultado la edición preparada por Liberty Fund, Indianápolis, 2007, p. 101.

5. En su estudio sobre el gabinete, Jennings comenzaba diciendo: “El Gabinete es el núcleo (*core*) del sistema constitucional británico”. Jennings, Ivor (Sir), *Cabinet Government*, Cambridge University Press, 3<sup>o</sup> edición, 1961, p. 1. La primera edición de esta obra fue publicada en 1936.

6. Mackintosh, John P., *The British Cabinet*, London, Routledge, 1981.

7. Foley, Michael, *The British Presidency. Tony Blair and the Politics of Public Leadership*, Manchester University Press, 2000.

8. Ver Goldsworthy, Jeffery, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

*Parliament Act* de 1911,<sup>9</sup> que redujo sensiblemente el poder del *House of Lords* al quitarle el poder de veto de las leyes de contenido financiero sancionadas en el *House of Commons*; el *Statute of Westminster* de 1931,<sup>10</sup> que reguló la relación con Australia y Canadá reconociéndolas como dominios soberanos; la *Parliament Act* de 1949,<sup>11</sup> que redujo nuevamente el poder del *House of Lords* al quitarle el poder de demorar el tratamiento de ciertas leyes; las *House of Commons Disqualification Acts* de 1957 y 1975,<sup>12</sup> que establecieron ciertas prohibiciones para ser miembros del Parlamento; la *European Communities Act* de 1972,<sup>13</sup> que legisló sobre el acceso del Reino Unido a la entonces Comunidad Económica Europea; la *Scotland Act* de 1998,<sup>14</sup> que regula lo atinente al gobierno en Escocia; la *Constitutional Reform Act* de 2005,<sup>15</sup> mediante la cual fue creada la Corte Suprema del Reino Unido; la *Government of Wales Act* de 2006,<sup>16</sup> que regula el gobierno de Gales; la *Fixed-term Parliaments Act* de 2011,<sup>17</sup> que fija en cinco años la duración de cada período parlamentario, al cabo de los cuales debe llamarse a una nueva elección general; la *House of Lords Reform Act* de 2014,<sup>18</sup> que permite la renuncia de los miembros del *House of Lords*, lo que antes no estaba permitido, etc. Todo ello indica que no existe en el Reino Unido un órgano o poder específica y formalmente investido del poder constituyente. Como resultado de ello, el control de constitucionalidad que ejercen los jueces en el Reino Unido es muy limitado, ya que no existe un orden constitucional superior a las leyes que deba ser respetado.

La segunda nota es que el rey o la reina reciben su poder del Parlamento,<sup>19</sup> y además lo integran. Se entiende así que el Parlamen-

---

9. 1 & 2 Geo. 5 c.13.

10. 22 & 23 Geo. 5 c. 4.

11. 12, 13 & 14 Geo 6 c. 103.

12. 1975 c. 24.

13. 1972 c. 68.

14. 1998 c. 46.

15. 2005 c. 4.

16. 2006 c 32.

17. c. 14.

18. 2014 c. 24.

19. Este fue el gran cambio que produjo la Gloriosa Revolución que quedó reflejado en el Bill of Rights de 1688.

to no lo integran solamente las dos cámaras legislativas sino también quien ciñe la corona. Dicey afirmaba que el Parlamento se compone del Rey de la Cámara de Lores y de la Cámara de Comunes actuando conjuntamente.<sup>20</sup> Ello queda de manifiesto en la fórmula que se emplea hasta el presente para sancionar las leyes:

Be ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows...<sup>21</sup>

La tercera nota es que el Primer Ministro y los miembros del Gabinete deben ser miembros del Parlamento. Otrora provenían de la Cámara de Lores y ahora ocupan una banca en los Comunes, como resultado de la democratización del país.<sup>22</sup> Nada de esto está regulado en ley alguna, pues, curiosamente, el cargo de Primer Ministro, pese a su importancia política, casi no ha merecido regulación legal alguna,<sup>23</sup> pero es una práctica inveterada que todos deben ser miembros del Parlamento y así lo reconoce la doctrina.<sup>24</sup> Como resultado de ello el Primer

20. Dicey, Albert Venn, "Introduction", en *The Law of the Constitution*, p. xxxvi.

21. "Sea sancionado con fuerza de ley por su Majestad Excelentísima la Reina y por y con el consejo y consentimiento de los Lores Espirituales y Temporales y por los Comunes lo siguiente...".

22. Fruto de esta evolución política, el cargo de Primer Ministro, otrora ocupado por poderosos nobles de rancio abolengo, como el conde de Derby o el marqués de Salisbury, fue pasando a manos de hombres de clase media o aun de clases populares. Herbert Asquith (1908-1916), el último de los primeros ministros del Partido Liberal, era hijo de un fabricante de telas de lana, y James Ramsay MacDonald (1924, 1929-1935), el primer laborista en el cargo, era hijo de un labrador. Es más, los primeros ministros conservadores de los últimos 50 años tampoco han provenido de la nobleza. El padre de Harold Macmillan (1957-1963) era profesor en St. Paul's School en Londres y luego fundó la actualmente célebre editorial Macmillan. Edward Heath (1970-1974) era hijo de un carpintero; Margaret Thatcher (1979-1990) era hija de un almacenero y John Major (1990-1997) era hijo de un trapezista de circo. Por el contrario, Clement Attlee (1945-1951), célebre líder laborista y vencedor de Churchill en las elecciones de 1945, era hijo de un conocido abogado que había presidido la Law Society (el colegio de abogados) en 1906. Los datos sobre los primeros ministros fueron tomados de: Englefield, Dermot; Seaton Janet y White, Isobel, *Facts about the British Prime Ministers*, Londres, Mansell Publishing Limited, 1995.

23. Ver Turpin, Colin y Tomkins, Adam, *British Government and the Constitution*, Cambridge University Press, 7ª edición, 2011, p. 408.

24. James, Simon, *British Cabinet Government*, Londres y Nueva York, Routledge, 2ª edición, p. 8.

Ministro y los restantes miembros del Gabinete deben rendir cuentas de su gestión ante el Parlamento.<sup>25</sup>

Probablemente, el golpe más fuerte que ha sufrido la soberanía parlamentaria en los últimos años ha sido la pérdida de las funciones judiciales que ejercía la Cámara de Lores desde el Medioevo y que, a partir de octubre de 2009, ejerce la Corte Suprema del Reino Unido, creada por la *Constitutional Reform Act* de 2005.<sup>26</sup> Hasta la sanción de esta ley, el superior tribunal del reino era la Cámara de Lores, función que ejercía por medio de un cuerpo de lores llamados *Lords of Appeal in Ordinary*, más comúnmente conocidos como *Law Lords*, que integran el *Appellate Committee del House of Lords*.<sup>27</sup> Existía también el *Privy Council* pero tenía una jurisdicción limitada.<sup>28</sup> A su vez, el Presidente (*Speaker*), de la

---

25. Ver Weir, Stuart y Beetham, David, *Political Power and Democratic control in Britain. The democratic audit of the United kingdom*, Londres - Nueva York, Routledge, 1999, en especial el cap. 12.

26. 2005 c 4.

27. El conocimiento de los casos por el pleno del *House of Lords* ya había colapsado a principios del siglo XIX, pues las demoras en resolver las apelaciones eran extraordinarias. Por tal motivo, en 1824 se decidió delegar la tarea en un reducido grupo de lores integrado por todos los miembros de la Cámara en forma rotativa y presidido por el *Lord Chancellor*. Esta solución no fue enteramente satisfactoria y bajo el gobierno de Gladstone –por medio de las leyes de 1873 y 1875– se suprimieron las funciones judiciales de la Cámara con la intención de crear una Corte Suprema independiente. Sin embargo, poco después, en 1876, bajo el gobierno de Disraeli, se llegó a una solución intermedia. La *Appellate Jurisdiction Act* devolvió las funciones judiciales a la Cámara pero creó un cuerpo estable de lores vitalicios, versados en derecho, presididos por el *Lord Chancellor*, con la misión específica de resolver las apelaciones provenientes de los tribunales inferiores. Así, los *Law Lords* pasaron a ser una especie de Corte Suprema dentro del *House of Lords*. Sobre los *Law Lords* he consultado: Barrett, Maxwell, *The Law Lords*, The Macmillan Press, 2001 y Paterson, Alan, *The Law Lords*, The Macmillan Press, 1982. Puede verse también el *Consultation Paper* preparado en 2003 por el *Department for Constitutional Affairs*, elaborado como anticipación de la reforma de 2005. Ver también [www.dca.gov.uk](http://www.dca.gov.uk)

28. El *Privy Council* fue creado en el siglo XIV, cuando el antiguo consejo real (*curia regis*) integrado por los nobles de mayor rango y más cercanos al rey, y que, entre otras, ejercía funciones judiciales, se dividió en dos cuerpos: el *House of Lords* y el *Privy Council*. Ambos retuvieron las funciones judiciales y continuaron ejerciéndolas hasta 2009 como tribunales de última instancia. Sin embargo, mientras la Cámara de los Lores tenía competencia general, el *Privy Council* conservaba solamente una jurisdicción especial limitada a casos de la llamada “*devolution*”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido y a las apelaciones de los tribunales de los territorios de ultramar.

Cámara, el *Lord Chancellor*, era a la vez ministro del gabinete y ejercía diversas e importantes funciones judiciales.<sup>29</sup> La reforma de 2005 –con motivo de las críticas que esta acumulación de funciones producía– lo limitó a su cargo como Ministro del gabinete.

La Constitucional *Reform Act* abarca diversos puntos, pero los dos centrales son (a) la reforma de las funciones del *Lord Chancellor* y (b) la creación de una Corte Suprema como órgano independiente del Parlamento. El primero perdió con la reforma sus funciones legislativas y judiciales y ha retenido solamente las funciones ejecutivas. En la práctica, actualmente se comporta como un Ministro de Justicia y es un funcionario profesional que debe acreditar para el cargo antecedentes que a juicio del Primer Ministro justifiquen su designación. La Parte Tercera de la ley (sección 23 y subsiguientes) abarca lo concerniente a la Corte Suprema que, como dije, comenzó a funcionar en octubre de 2012 concentrando las tareas que antes ejercían los *Law Lords* y el *Privy Council* en materia de “devolución”.<sup>30</sup>

En síntesis, pese a la pérdida de sus funciones judiciales, el Parlamento no ha perdido su primacía en el orden de las instituciones constitucionales del Reino Unido. Sanciona las leyes constitucionales, los jueces tienen un control limitado de toda la legislación, el rey o la reina también lo integran y el Primer Ministro y todo el gabinete deben ser necesariamente miembros del cuerpo.

---

29. Vid. Bradley, A.W. y Ewing, K.D., *Constitutional and Administrative Law*, Essex, Pearson-Longman, 14<sup>o</sup> edición, 2007, pp. 406 y 407.

30. La Corte tiene un total de 12 jueces designados por la Reina (23.2) quien puede modificar dicho número (sección 23.3). El nombramiento debe estar precedido de un procedimiento de selección establecido en las secciones 26, 27 y en el anexo (*schedule*) 8 de la ley. También es función de la Reina designar al Presidente y Vicepresidente del Tribunal (sección 23.4). El título oficial de los jueces de la Corte es “Justices of the Supreme Court” (23.6). Como vemos, es la misma denominación que poseen los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los primeros miembros de la Corte son los *Law Lords* que estén en funciones al momento de la constitución del Tribunal y el Presidente será el más antiguo de ellos en ese momento (sección 24). Para ser designado miembro del Tribunal se requiere haber sido juez en un tribunal superior por al menos dos años (sección 25.1.a), o bien ser un abogado calificado con una experiencia no inferior a 15 años (sección 25.1.b). Las designaciones son vitalicias mientras dure la buena conducta de los jueces. Estos pueden ser removidos a pedido de ambas Cámaras del Parlamento (sección 33). Por último, la Corte sólo puede sesionar (a) con un número impar de jueces (b) que no sea inferior a tres (sección 42). Como puede verse, el quórum es muy reducido pues, sobre un total de doce miembros, apenas tres de ellos son suficientes para decidir un caso.

## Francia: el predominio del Poder Ejecutivo

Del otro lado del Canal de la Mancha los franceses también han construido un sistema parlamentario pero completamente diferente en su esencia, ya que en Francia el Presidente no está controlado por las cámaras legislativas pero puede disolver la Asamblea Nacional. Así, en el marco de un sistema parlamentario, la Constitución de la Quinta República estableció un sistema presidencialista, como en los Estados Unidos, pero en el cual el ejecutivo aprovecha para sí las ventajas de los dos sistemas. Como resultado de ello, la supremacía aquí es netamente ejecutiva y puede decirse que todavía acusa reflejos napoleónicos sensiblemente marcados en la Constitución de la Quinta República que lleva la impronta del general De Gaulle. En una alocución dada en octubre de 1962, De Gaulle dijo que la Constitución “hace realmente del Presidente de la República el jefe del Estado y el guía de Francia”. Más tarde, en una conferencia de prensa dada en enero de 1964, De Gaulle sostuvo que la autoridad indivisible del Estado era íntegramente delegada en el Presidente.<sup>31</sup>

Mencionaré algunas de las potestades que hacen del Presidente de la República el eje del sistema constitucional francés. El artículo 5 dice que el Presidente vela por el respeto de la Constitución, garantiza y arbitra el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado y ampara la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados, como una suerte de padre de la Nación. Algunos comentaristas dicen que este artículo responde, sin duda, al deseo de aportar una solución al problema de la legitimación de poder. En el espíritu del general De Gaulle, el Presidente de la República debía ser el continuador de los reyes que construyeron el Estado, y la Presidencia de la República, el símbolo

---

31. “Alors le Président fait la répartition comme il le juge nécessaire. Mais s’il doit être entendu, et c’est vrai que l’autorité indivisible de l’Etat est déléguée toute entière au président par le peuple qui l’a élu, et qu’il n’y en a aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui. Et qu’il lui appartient d’ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dans lesquels il délègue l’action à d’autres, il serait foncièrement mauvais que dans les temps ordinaires, la fonction et le champ d’action du président de la République soient confondus avec ceux du Premier Ministre”. Disponible en: <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00382/conference-de-presse-du-31-janvier-1964.html>



de la unión de la Nación. En caso de peligro, es necesario que el que preside la Nación tiene el derecho y el deber de tomar las iniciativas para garantizar su supervivencia.<sup>32</sup>

No menos importante es la posibilidad de que el Presidente disuelva la Asamblea Nacional (artículo 12).<sup>33</sup> Además de ello, el Presidente nombra al Primer Ministro y pone fin a sus funciones en el momento en que este presenta la dimisión del gobierno (artículo 8); se comunica con las dos Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que hace leer y que “no dan lugar a ningún debate” (artículo 18); nombra al Presidente del Consejo Constitucional (artículo 56); preside el Consejo superior de la Magistratura (artículo 65) y “garantiza la independencia de la autoridad judicial” (artículo 64). Este cúmulo de funciones, sin embargo, no alcanza para que sea responsable de los actos consumados en el ejercicio de sus funciones más que en caso de alta traición (artículo 68).

No en vano Michel Debré, teórico del gaullismo, uno de los principales redactores de la Constitución y Primer Ministro (1959-1962), decía en su discurso del 27 de agosto de 1958 ante el Consejo Constitucional,

---

32. Luchaire, François; Conac, Gérard; Prétot, Xavier, *La Constitution de la République Française*, París, Economica, 3<sup>o</sup> edición, 2009, p. 230.

33. El artículo 12 hace del derecho de disolución una prerrogativa personal y un poder propio del Presidente de la República que ha sido utilizado en cinco oportunidades: el 6 octubre de 1962, el 30 de mayo de 1968, el 18 de mayo de 1981, el 13 de mayo 1988 y el 21 de abril de 1991. Le corresponde entonces al Presidente decidir discrecionalmente si debe o no hacer uso de ese derecho. En cuanto a la forma, el Presidente de la República debe, antes de pronunciar la disolución, consultar al Primer Ministro y a los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, pero no está obligado a seguir su opinión, que puede ser contraria. En cuanto al período de ejercicio, la disolución no puede intervenir: (1) en el año que sigue a las elecciones intervinientes después de una disolución (artículo 12.4); (2) durante el ejercicio para el Presidente de la República de los poderes excepcionales previstos por el artículo 16; (3) durante la interinidad asegurada al presidente del Senado en caso de vacancia de la Presidencia de la República (artículo 7). Tratándose de un poder propio del Presidente de la República, el decreto de disolución no debe ser avalado por el Primer Ministro. La disolución debe ser seguida de las elecciones generales en el plazo fijado por el artículo 12, y la nueva Asamblea Nacional se reúne de pleno derecho. Esta no tiene ningún efecto en el Senado. Tampoco lo tiene, en principio, en el Gobierno, que está obligado –sólo por una costumbre– a renunciar después de la elección de la Asamblea y que puede, algunas veces, no ser reconducido, como fue el caso en 1968, después de las elecciones que, sin embargo, habían sido ganadas. Vid. Cabanis, A. y Martin, L. M., *La dissolution parlementaire à la française*, París, Presses de Science Politique, 2001.

que el Presidente de la República es la *clef de voûte du système* (piedra angular del sistema).<sup>34</sup>

## Estados Unidos: la teórica separación y equilibrio de los tres poderes

En el mundo norteamericano, en cambio, se ha intentado imponer, con apreciable éxito, la ficción jurídica de la equiparación entre los tres poderes. En teoría ninguno de ellos sobresale, todos son formal y jerárquicamente iguales. En la práctica, sin embargo, se han producido alternancias de liderazgo entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, según las épocas en que se analice la cuestión.

En los siglos XVIII y XIX la primacía estaba a favor del legislativo. Si bien Locke y Montesquieu la defendieron en el terreno de los principios porque estaban pensando en la Constitución inglesa –especialmente el primero de ellos, que se encargó de justificar la legitimidad política de la Gloriosa Revolución de 1688–, James Madison, en cambio, en el capítulo 49 de *El Federalista* planteaba la equiparación constitucional de ambos poderes,<sup>35</sup> sin perjuicio de que en el capítulo anterior había reconocido la supremacía fáctica del Poder Legislativo derivada de la amplitud de poderes que la Constitución le otorga, versus los limitados poderes del Poder Ejecutivo.<sup>36</sup> Un siglo después, en 1884, mientras era profesor de historia en la Universidad John Hopkins, Woodrow Wilson –que luego sería Presidente de los Estados Unidos entre 1912 y 1920– escribió un libro titulado *Congressional Government: A Study in American Politics*, en el cual se quejaba de la exagerada autoridad del Congreso. Decía en la in-

34. “Si vous me permettez une image empruntée à l’architecture, je dirai qu’à ce régime parlementaire neuf, et à cette Communauté qui commence à s’ébaucher, il faut une clef de voûte. Cette clef de voûte, c’est le Président de la République”. Disponible en: <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>

35. “The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers”.

36. “The legislative department derives a superiority in our governments from other circumstances. Its constitutional powers being at once more extensive, and less susceptible of precise limits, it can, with the greater facility, mask, under complicated and indirect measures, the encroachments which it makes on the co-ordinate departments. It is not unfrequently a question of real nicety in legislative bodies, whether the operation of a particular measure will, or will not, extend beyond the legislative sphere”.

roducción que la Constitución establece una forma de controles ideales y equilibrados, en tanto que la forma real del gobierno norteamericano es la supremacía del Congreso. Agregaba que los jueces federales tienen en sus manos la suerte de los poderes del Estado y detentan la única autoridad que puede contener de modo eficaz al Congreso.<sup>37</sup>

Esta afirmación de Wilson quedó desbaratada algunas décadas después. El advenimiento del *welfare state* sumado a otros factores de progreso, exigió una mayor presencia de la Administración que desplazó la primacía legislativa hacia el ejecutivo. La complejidad que progresivamente fueron adquiriendo las funciones estatales como consecuencia de la creciente intervención del Estado, no sólo en lo económico sino en todos los ámbitos, experimentada a partir de la Primera Guerra Mundial con la búsqueda del llamado “estado de la procura existencial”,<sup>38</sup> obligaron a los órganos legislativos a delegar en el ejecutivo la reglamentación de los aspectos técnicos y de detalle que requieren, para su solución, de la inmediatez con que actúan los órganos de la Administración sobre los problemas cotidianos. Este desplazamiento del eje del poder fue reconocido en su momento por Carl Friedrich, que dijo:

... [h]asta hace muy poco los parlamentos han constituido el meollo institucional del gobierno representativo moderno. En la actualidad, el ejecutivo, sobre todo cuando representa a un partido mayoritario, está aumentando de importancia y (...) tiende a convertirse en la parte central de la representación.<sup>39</sup>

Todo ello incrementó sensiblemente el liderazgo político de la rama ejecutiva en desmedro de la rama legislativa, fenómeno que se ha hecho sentir aún en los Estados Unidos pese a la fortaleza que allí tiene el Congreso.<sup>40</sup>

---

37. Wilson, Woodrow, *Congressional Government: A Study in American Politics*, John Hopkins University Press, 1981 (reedición).

38. Ver García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pp. 26 y 27.

39. Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, versión española de Vicente Herrero, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 402.

40. Uno de los estudios clásicos sobre el poder presidencial en los Estados Unidos es: Neustadt, Richard, *Presidential Power. The Politics of Leadership*, New York, John Wiley

En la doctrina argentina, Julio Oyhanarte creía en la preeminencia del Poder Ejecutivo no sólo desde un punto de vista fáctico sino también jurídico. Decía al respecto:

... nunca ha habido una relación de igualdad entre los órganos superiores del Estado. El “movimiento necesario de las cosas” en el ámbito del Poder, es decir, la dinámica interna que le es propia, hace inevitable que uno de los tres órganos sobresalga y asuma una posición preeminente, que estará en relación directa con el grado de coordinación requerido por la función gubernamental. Los tipos clásicos, como se sabe, son dos: preeminencia del Parlamento (régimen de asamblea) o preeminencia del Ejecutivo (régimen presidencial y régimen parlamentario actual). Merced al esquema del “ejecutivo fuerte”, que como tantas otras cosas institucionalmente valiosas construyó Alberdi, apartándose del modelo, el Derecho positivo de la Argentina es un ejemplo, incluso avanzado, de preeminencia ejecutiva. El artículo 86, inciso 19 de la Constitución dice que el Presidente actúa como “jefe supremo de la Nación” y ciertamente no se trata de una metáfora.<sup>41</sup>

El autor cita a continuación el caso Mario Martínez Casas,<sup>42</sup> que lleva su firma como juez de la Corte Suprema y dice que en esa sentencia la Corte “da por cierto” que en la Argentina el Congreso no es el órgano preeminente. En el esquema de Oyhanarte, donde la preeminencia la tiene el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, esto prueba a su juicio que la preeminencia la tiene el Ejecutivo. Sin perjuicio de la autoridad de Oyhanarte, creo que esta es una forma demasiado indirecta de probar la preeminencia del Poder Ejecutivo.

En mi opinión, en la base del sistema constitucional norteamericano y en el de aquellos que, como el de nuestro país, han seguido sus aguas, el principio fundamental es la separación y el equilibrio de los poderes, sin preeminencia jurídica de ninguno de ellos. El Poder Ejecutivo fuerte que pretendía Alberdi no tenía como objetivo que prevaleciera sobre el Congreso, sino que tuviera facultades suficientes para vencer al desierto y hacer valer la cláusula de progreso

---

& Sons, 1960. Esta obra tiene a su vez una nueva versión en *Presidential Powers and the Modern Presidents*, New York, The Free Press, 1990.

41. Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 83.

42. Fallos: 248:462 (1960).

que inspiraron sus Bases. Ello no descarta, por supuesto, que en la Argentina el Poder Ejecutivo siempre ha sido –de hecho– el órgano de gobierno predominante, como veremos en el punto siguiente. La equiparación de los tres poderes en nuestro país fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema en 1922 cuando resolvió el caso “Horta c/Harguindeguy”,<sup>43</sup> donde dijo:

... [l]a doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de Gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto ni el Legislativo ni ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas. Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad popular expresada en dicha forma.

Este equilibrio entre los poderes tiene en la Constitución numerosos mecanismos que tienden a asegurarlo. Sin perjuicio de otros recordemos que la función legislativa está limitada por el veto presidencial que, a su vez, no es absoluto, porque el Congreso puede insistir mediante una mayoría especial.<sup>44</sup> Asimismo, los nombramientos de jueces, embajadores y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas que hace el Presidente, así como la declaración del estado de sitio en caso de ataque exterior, requieren del acuerdo del Senado.<sup>45</sup> Sin embargo, ninguno de estos controles recíprocos sería suficiente de no existir el más importante de todos ellos: el control de constitucionalidad que ejercen los jueces desde el caso *Marbury v. Madison*,<sup>46</sup> formalmente incorporado en la Argentina cuando la Corte Suprema resolvió “Eduardo

43. Fallos: 137:47 (1922).

44. En la Constitución Nacional esta facultad está regulada en el artículo 83.

45. Artículo 99, incisos 4, 7, 13 y 16 de la Constitución Nacional.

46. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Sojo”.<sup>47</sup> El Poder Judicial, la rama menos peligrosa (*the least dangerous branch*) como la calificó Hamilton, porque no tiene la espada de la comunidad que esgrime el Presidente, ni la bolsa del poder económico que recae en el Congreso,<sup>48</sup> es, sin embargo, el más importante de todos los contrapesos que equilibran el sistema. El control de constitucionalidad le permite a la Corte Suprema erigirse en el “intérprete final de la Constitución” y de tal manera decidir en última instancia, bien que con limitaciones quirúrgicas, sobre la validez de leyes, decretos y actos de la Administración en general.

## EL PODER EJECUTIVO FUERTE: UNA TRADICIÓN ARGENTINA

### Una constante histórica

Es una verdad de Perogrullo decir a esta altura que el Poder Ejecutivo en la Argentina es fuerte. El liderazgo político del Presidente argentino es altísimo y por lo general, en el mejor de los casos, se mantiene en el límite mismo de la Constitución, pero también la desborda. El hiperpresidencialismo en la Argentina es uno de los fenómenos más típicos de la realidad política, al punto que hay autores que le han dedicado capítulos enteros de sus libros. Tal es el caso del profesor Alberto Dalla Via.<sup>49</sup>

Hace casi cien años, Octavio Amadeo escribía que “el Presidente nuestro, prescindiendo de personas y partidos es hoy una monstruosidad

---

47. Fallos: 32:120 (1887).

48. “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”. *The Federalist Papers*, cap. 78.

49. Dalla Via, Alberto R., *Teoría del Estado y de la Constitución*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I-A, cap. XXII.

dad política y un peligro nacional”.<sup>50</sup> Por su lado, Carlos Sánchez Viamonte sostenía que “[l]a preponderancia del Presidente de la Nación sobre los poderes legislativo y judicial es enorme. Se puede afirmar sin vacilaciones que tiene en sus manos los principales resortes del poder público”.<sup>51</sup> También se han ocupado del hiperpresidencialismo argentino los autores extranjeros. Austin F. MacDonald decía que

... en el esquema de la vida política argentina [el Presidente] es más importante que el Congreso y los tribunales o que ambos combinados. Su autoridad es mayor que la del Presidente de los Estados Unidos, o que la de los jefes de Estado de la mayoría de las naciones democráticas.<sup>52</sup>

Son varias las razones que contribuyen naturalmente a la formación de este liderazgo que se proyecta en lo cualitativo y en lo cuantitativo.

En primer lugar, la unidad. El Poder Ejecutivo es unipersonal, frente a un Congreso integrado por numerosos legisladores que responden a diferentes partidos políticos, donde las decisiones se alcanzan por acuerdos políticos. Esa unidad también se impone al Poder Judicial, integrado por numerosos jueces, que conforman tres instancias y que están distribuidos en todo el país. A todo ello se suma que los jueces no actúan de oficio y deciden –como regla– con alcances individuales.

En segundo lugar, la permanencia. El Poder Ejecutivo y la Administración Pública en general están activos los 360 días del año. El Congreso en cambio tiene el receso legislativo y el Poder Judicial los períodos de feria de enero y julio.

En tercer lugar, la inmediatez. Mientras el Congreso legisla para el futuro y el Poder Judicial resuelve los conflictos producidos en el pasado, el Poder Ejecutivo atiende necesidades tan cotidianas y variadas como las relaciones internacionales, la defensa nacional, la regulación de la moneda, la percepción de los impuestos, la atención de la salud o la prestación de los servicios públicos.

En cuarto lugar existe lo que yo llamaría la regla de la competencia en la pirámide. Ambas organizaciones, la ejecutiva y la judicial, son

---

50. Amadeo, Octavio, *El Presidente Argentino*, Buenos Aires, 1917, p. 6.

51. Sánchez Viamonte, Carlos, *Historia institucional de Argentina*, Ciudad de México, 1948, p. 189.

52. MacDonald, Austin F., *Government of the Argentine Republic*, New York, Thomas Y. Crowell Co., 1942, p. 190.

piramidales. Sin embargo, en sus vértices, es decir el Presidente de la República y la Corte Suprema, la regla de la competencia es inversa.

Mientras el Presidente ejerce la suma de las facultades políticas y administrativas que van descendiendo y limitándose en el descenso a lo largo de los distintos estratos de la Administración, la Corte Suprema sólo ejerce algunas competencias judiciales, las de tipo constitucional, pues las restantes son propias de los jueces de las instancias ordinarias.

Por último, el Poder Ejecutivo es un poder residual y ello incrementa, además, su poder cuantitativo. Mientras las funciones legislativa y judicial son precisas y definidas, la función administrativa es indefinida y abarca un sinnúmero de actividades de las más diversas, para cuyo cumplimiento la Administración posee una organización cuantitativamente mucho más extensa que las de los otros poderes. Ello se refleja, naturalmente, en la cantidad de recursos y gastos que tiene a su cargo el Poder Ejecutivo, la que supera extraordinariamente la de los otros poderes. Basta con analizar la Ley de presupuesto para verificar que las partidas asignadas al Congreso y al Poder Judicial son ínfimas en comparación con las del Poder Ejecutivo. De hecho, en la Ley de presupuesto para el ejercicio 2014<sup>53</sup> el monto total de gastos es de \$860.000 millones, de los cuales la suma de los gastos asignados al Poder Legislativo y al Poder Judicial apenas supera los \$15.000 millones, es decir, menos del 2% del monto asignado al Poder Ejecutivo y la Administración Pública.

## Las raíces coloniales

Veamos ahora las razones que han acentuado en la Argentina este liderazgo ejecutivo. Es preciso mencionar, en primer lugar, las raíces históricas del problema, que se remontan al período colonial. Mientras en las trece colonias inglesas que dieron lugar al nacimiento de los Estados Unidos la vida política de cada una de ellas era independiente de las restantes, a tal punto que todas tenían su carta de creación y sus instituciones propias, con una amplia diversidad cultural y religiosa, en las colonias españolas la cuestión fue muy distinta.

En la América española no desembarcó un pequeño buque cargado con peregrinos que huían de la persecución religiosa. Aquí desembar-

---

53. Ley N° 26895; BO 22-10-2013.



có el Imperio de Carlos V, que no era exactamente una organización democrática. Y cuando la dinastía de los Habsburgo en España se extinguió con el rey Carlos II, sobrevino la Guerra de Sucesión al cabo de la cual Luis XIV de Francia colocó en el trono español a su nieto. A los Austria sucedieron los Borbones, que implantaron en América el centralismo que el Cardenal Richelieu había diseñado en Francia para asegurar el poder real y protegerlo de la turbulencia de los nobles. El mismo quedó corporizado legislativamente en la Real Ordenanza de Intendentes del rey Carlos III, de 1782, según la cual los virreinos, capitanías generales y demás territorios coloniales, quedaban divididos en entidades administrativas denominadas Intendencias.

Es así que, al momento de independizarse de sus respectivas metrópolis, los estados de la Unión y las provincias argentinas se encontraban en una situación muy diferente. Los primeros tenían una base territorial, un gobierno propio y una identidad cultural y religiosa particular. Las provincias argentinas, en cambio, todavía eran ciudades que emergían de un régimen centralizado y políticamente uniforme, en el cual no habían tenido la oportunidad de desempeñar un rol activo como unidades autónomas.<sup>54</sup> Sumemos a todo ello que, en 1820, un conflicto con el Cabildo de Luján dio pie a Rivadavia a suprimir los cabildos en la Provincia de Buenos Aires, lo que eliminó la única institución de raíz democrática originada en la época colonial.

---

54. Tal como explica claramente Bidegain: “[d]urante la época de la dominación española no se reconoció la existencia de verdaderas provincias, con límites territoriales definidos y organización política y administrativa, sino la de aquellos núcleos urbanos principales, únicos entes dotados de cierta organización (municipal) y sustancia política (por su gestión del bien común). De las catorce provincias, originarias dentro del actual territorio argentino, llamativamente, trece se originaron en ciudades con cabildos. La única excepción, con claro sustento geográfico, fue Entre Ríos. Sólo un Cabildo, el de Luján no dio lugar a una nueva provincia y esto es explicable dada su proximidad a Buenos Aires. Algunos han creído encontrar las trazas iniciales de las provincias argentinas en otro hecho político: la división en 1782 del virreinato en intendencias (de las que en el actual territorio argentino existieron las de Salta, Córdoba, del Tucumán y Buenos Aires). Pero en los sucesos de mayo de 1810 no fueron las intendencias sino las ciudades principales las llamadas a ratificar la decisión de Buenos Aires de subrogar la autoridad del virrey por la de una junta integrada por criollos. En definitiva, la formación de las provincias no se ciñó a los límites geográficos de las gobernaciones-intendencias sino a los que trazó la fuerza expansiva de las ciudades cabeceras”. Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, edición revisada y actualizada por Eugenio Palazzo y Roberto A. Punte, 1995, T. III, p. 13.

## El caudillismo

No menos importante es el caudillismo. En la Argentina –al igual que en muchas partes de Latinoamérica–, el caudillismo es una parte inescindible de la vida política. Vivimos en un país en el cual es común que los gobernantes se arroguen destinos mesiánicos con el ánimo de refundar constantemente las bases del sistema. Obviamente que ello está favorecido enormemente por el tejido social. Sarmiento escribió en *Facundo* que “un caudillo que encabeza un gran movimiento social no es más que el espejo en el que se reflejan en dimensiones colosales las creencias, las necesidades, las preocupaciones y los hábitos de una nación en una época determinada”.<sup>55</sup>

El caudillo tiende a reemplazar con su figura a todas las instituciones. Linares Quintana decía:

... [q]uizás el rasgo más típico de la política hispanoamericana sea el caudillismo, sistema que comporta el gobierno de los hombres y no el gobierno de las leyes. El personalismo signa a gobiernos y partidos, y son las personas en lugar de las ideas el eje de la turbulenta dinámica política de estos países.<sup>56</sup>

Similar opinión tenía Maurice Duverger, para quien el caudillismo es “común a todos los países de Iberoamérica [que tienen] la necesidad de personalizar el poder, propia de los pueblos de escasa educación política, acostumbrados al paternalismo del señor o jefe”.<sup>57</sup>

Las herramientas naturales del caudillo son el populismo, la ideología predominante en la Argentina y la “viveza”, esa forma inferior de la inteligencia, como la denominó Víctor Massuh en un libro pequeño pero extraordinario que tituló *La Argentina como Sentimiento*. Decía Massuh:

La inteligencia es como un organismo muy delicado y sensible. Cuando advierte a su alrededor un ambiente demasiado rudo y poco propicio a su desarrollo, se retrae, vegeta, o vuela hacia otras latitudes. El

---

55. Sarmiento, Domingo Faustino, *Facundo*, en *Obras Completas*, edición de la Universidad Nacional de La Matanza, T. VII, p. 20.

56. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Plus Ultra, 2ª ed., 1976, T. III, p. 548.

57. Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 5ª edición española, 1970, p. 586.

vacío que deja entonces es llenado por el arma intelectual del populismo –la “viveza”– que viene a ser una forma inferior de la inteligencia, una mezcla de habilidad y falta de escrúpulos.

## El federalismo debilitado

El superpresidencialismo se nutre también de las debilidades del régimen federal, en tanto la absorción de facultades por parte del Gobierno Nacional es aprovechada en general por el Poder Ejecutivo.

En la Argentina, la debilidad del régimen federal tiene varios orígenes.

- En primer lugar, el centralismo colonial, al cual ya me he referido.
- En segundo lugar, las propias cláusulas de la Constitución, que ponen en evidencia un sistema federal más centralizado que el de los Estados Unidos.
- En tercer lugar, el unitarismo fiscal que produce el sistema de coparticipación federal, ahora establecido en la propia Constitución.
- En cuarto lugar, el uso y abuso de la intervención federal.
- Finalmente, en quinto lugar, la concentración poblacional de la Ciudad de Buenos Aires y del Gran Buenos Aires, donde vive el 33% de los habitantes del país.

De todo ello me interesa detenerme brevemente en lo relativo a las cláusulas constitucionales y al unitarismo fiscal. En relación con las primeras, se advierte que entre el régimen federal en los Estados Unidos y en la Argentina existen numerosas diferencias. Estas han sido objeto de estudio detenido por Carlos Sánchez Viamonte<sup>58</sup> y luego por Jorge R. Vanossi,<sup>59</sup> quienes señalan unas 18 diferencias entre ambas constituciones.

De todas las diferencias, vale la pena detenerse en dos de ellas. La primera es la uniformidad de la llamada “legislación de fondo” establecida por el artículo 75 (12). Mientras en los Estados Unidos

---

58. Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 4ª ed., 1967, p. 81 y ss.

59. Vanossi, Jorge R., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, *Revista Jurídica de San Isidro*, año 1976, n° 10-11, pp. 73-148.

cada estado puede dictar su propia legislación civil, comercial, penal, laboral, etc., esta facultad en nuestro país pertenece exclusivamente al Congreso de la Nación. Las provincias sólo pueden legislar en materia procesal y de Derecho Público local. El Congreso Nacional puede legislar de manera uniforme y para todo el país sobre materias tan trascendentes como el concepto de persona, la forma del matrimonio, la tolerancia o represión del aborto, la existencia de pena de muerte, la noción de contrato, el orden sucesorio, etc. Nada de esto puede hacer el Congreso norteamericano.

La segunda diferencia importante tiene lugar con el sometimiento de las provincias a la jurisdicción federal. No obstante haber establecido el Poder Judicial federal sobre las mismas bases que la Constitución norteamericana, el constituyente argentino nunca incorporó la Enmienda Décimo Primera.<sup>60</sup> Esta enmienda inhibe a la Corte Suprema y a los tribunales federales de intervenir en demandas contra los estados. La misma tuvo que ser sancionada como consecuencia de las protestas que suscitó el fallo de la Corte en el caso *Chisholm v. Georgia*,<sup>61</sup> en el cual se hizo lugar a una demanda contra un estado por el cobro de bonos emitidos durante la Guerra de la Independencia.

En nuestro país, por el contrario, no existe tal prohibición y las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales y también ante la instancia originaria de la Corte Suprema, bien que esta jurisdicción se ha restringido últimamente.<sup>62</sup> De hecho, en un antiguo caso<sup>63</sup> la Provincia de Buenos Aires sostuvo la incompetencia originaria de la Corte para intervenir en un caso en el cual aquella estaba demandada y el Tribunal estableció específicamente que nuestra Constitución no incorpora la Enmienda Décimo Primera.

---

60. De acuerdo con esta Enmienda, "The Judicial Power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign State".

61. 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793). El caso produjo tal conmoción que inmediatamente fue adoptada la Enmienda Décimo Primera. Para un estudio completo del caso y la Enmienda, véase Orth, John V., *The Judicial Power of the United States - The Eleventh Amendment in American History*, Oxford University Press, 1987.

62. Ver Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema reduce su competencia originaria", JA 2006-II, 97.

63. "Avego c/Provincia de Buenos Aires", Fallos: 14:425 (1874).

## El unitarismo fiscal

Veamos ahora la cuestión tributaria. Desde el punto de vista de la recaudación fiscal, la República Argentina es un país completamente “desfederalizado”. La causa principal de este fenómeno es, sin dudas, el sistema de coparticipación federal de impuestos, creado en 1935 como una medida provisional que la reforma constitucional de 1994 ha elevado a rango constitucional.<sup>64</sup> En otras palabras, la propia Constitución ha impuesto la dependencia fiscal de las provincias respecto del Gobierno Federal.<sup>65</sup>

Por medio de este sistema el Gobierno Federal recauda los llamados “impuestos directos”, el más importante de los cuales es el Impuesto a las Ganancias y luego los distribuye (coparticipa) entre las provincias según las alícuotas establecidas en la legislación vigente, que a estos fines ha sido abundante.

Rige actualmente Ley de Coparticipación Federal de 1988 (Ley N° 23548) que establece dos tipos de distribuciones. La distribución primaria, que tiene lugar entre la Nación y las provincias, y la secundaria, que se lleva a cabo entre las provincias. Conforme la primera, le

---

64. En relación con este tema la bibliografía es amplísima. Ente otras, véase la obra colectiva *El Federalismo fiscal a partir de la reforma constitucional*, dirigida por Félix Borgonovo, Buenos Aires, 1995; Bult Goñi, Enrique, “Sistemas de coordinación de potestades tributarias a distintos niveles en el régimen federal argentino”, en *Tratado de Tributación*, obra dirigida por Horacio García Belsunce, Buenos Aires, Astrea, 2003, T. I, Vol 2, Cap. X; Pérez Hualde, Alejandro, *Coparticipación Federal de Impuestos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

65. Roberto Cortés Conde lo ha explicado de esta manera: “La crisis mundial de 1930, con la caída del comercio exterior, hizo imposible continuar financiando al Estado con los impuestos a la importación. Aunque existieron intentos por obtener una solución de largo plazo, los gobiernos casi siempre apelaron a medidas de emergencia para obtener ingresos alternativos, sin que se diseñara un régimen fiscal consensuado que posibilitara finanzas estables. En general, las medidas producto de la emergencia representaron una mayor centralización en la apropiación de los recursos y la apelación a la emisión, lo que después de la Segunda Guerra Mundial generó una persistente y cada vez más elevada inflación. Se había roto el acuerdo político y fiscal que había consagrado la Constitución. En la práctica fiscal, había avanzado un fuerte centralismo. Pero, a la vez, avanzaba el Poder Ejecutivo sobre facultades legislativas, al realizar gastos más allá de lo que obtenía de los impuestos. Así, el federalismo comenzó a perder su base fiscal de sustento y las provincias quedaron a merced del Gobierno central. Estos conflictos de las provincias con el Estado central por los impuestos perduraron hasta nuestros días. A partir de entonces, el Ejecutivo actuó muchas veces sin atender al Congreso, y provocó una crisis de legitimidad que se reflejó en una crónica inestabilidad política”. Cortés Conde, Roberto, “La decadencia de nuestro federalismo”, *La Nación*, 6 de septiembre de 2011.

corresponde a la Nación el 42,34% de lo recaudado y a las provincias el 54,36%. Conforme la segunda, cada provincia tiene asignado un porcentaje fijo en el reparto. Este sistema perjudica a todas las provincias, pero particularmente a Buenos Aires, que posee proporcionalmente la mayor concentración poblacional, con unos 10 millones de personas en el conurbano.

Vale recordar, por último, que la Corte Suprema ha admitido *obiter dictum* la validez constitucional de las leyes-convenio en materia impositiva. Ello ocurrió con relación a la Ley N° 12956 (de coparticipación de los impuestos nacionales a los réditos a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios) en la causa “Carlos J. Madariaga Anchorena”.<sup>66</sup> Allí sostuvo el Tribunal que

... el ordenamiento vigente en el país admite que las provincias puedan restringir convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos mediante acuerdos entre sí con la Nación y la peculiaridad esencial de esos acuerdos en lo que al caso interesa, es que no afectan derechos individuales.

Poco tiempo después, en “SA. Compañía San Pablo de Fabricación de Azúcar c. Provincia de Tucumán”,<sup>67</sup> acotando la doctrina del caso anterior, la Corte dijo:

... toda vez que lo atinente a las atribuciones en materia impositiva es de orden estrictamente constitucional, los plausibles acuerdos que puedan alcanzarse por leyes del tipo de la invocada [se refería a la ley-convenio de unificación de impuestos internos N° 12139] deben interpretarse restrictivamente.

## El sistema electoral

También el sistema electoral ha contribuido a fortalecer el Poder Ejecutivo en desmedro del Congreso. En la Argentina los candidatos a los cargos legislativos no se eligen por circunscripción electoral sino por listas de candidatos. Las llamadas listas sábana. Así lo establece el Código Electoral Nacional en el artículo 60. Cada partido

---

66. Fallos: 242:280 (1958).

67. Fallos: 251:180 (1961).

debe presentar su lista de candidatos para ser aprobada por las autoridades electorales.

Este sistema tiene varios inconvenientes:

- En primer lugar, los candidatos que conforman la lista no siempre son bien conocidos por los ciudadanos ya que en muchos casos no pertenecen a su “circunscripción”.
- En segundo lugar, el candidato no se siente particularmente inclinado a escuchar a su electorado, pues este no constituye un número de personas identificable geográficamente, con problemas comunes.
- En tercer lugar, la tarea del electorado, en realidad, es homologar una elección que ya ha hecho previamente el partido.
- Por último, todo ello debilita la independencia del futuro diputado quien está muy ligado a las autoridades superiores de su partido y, en general, al Presidente, que de hecho es el jefe del partido político mientras gobierna.

En síntesis, bajo este sistema es el Poder Ejecutivo el que en definitiva establece cómo se compone el Congreso y, como resultado de ello, los legisladores sienten que le deben a este y no al electorado su nombramiento.

## Las crisis políticas y económicas

También han contribuido eficazmente a incrementar el poder político del Presidente las constantes y prolongadas emergencias económicas que ha sufrido la Argentina, en la medida en que, ya sea que hayan sido establecidas por ley o por Decreto, las mismas restringen derechos individuales y el control de todo ello recae en la rama ejecutiva, incrementando su poder de policía.

Siguiendo su línea tradicional de apoyo al Presidente en los casos de interés institucional, la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con las medidas de emergencia económica que, en general, han sido declaradas constitucionales, salvo en casos excepcionalísimos. Una enumeración meramente ejemplificativa, permite advertir que esta aprobación ha recaído sobre una gran cantidad de materias, entre ellas:

- Reducción y congelamiento de alquileres pactados.<sup>68</sup>

---

68. Fallos: 136:170; 204:195.

## COLECCIÓN DOCTRINA

- Prórroga legal de las locaciones urbanas.<sup>69</sup>
- Moratoria hipotecaria.<sup>70</sup>
- Reducción de los intereses pactados entre acreedores y deudores hipotecarios.<sup>71</sup>
- Suspensión de la ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo.<sup>72</sup>
- Fijación de precios máximos para la venta de ciertos productos.<sup>73</sup>
- Disminución de haberes jubilatorios ya acordados.<sup>74</sup>
- Obligación de contratar e imposición de aportes forzosos a ciertos empresarios.<sup>75</sup>
- Obligación de las salas de cine de contratar “números vivos”.<sup>76</sup>
- Estatización de los depósitos bancarios y sustitución de los mismos por un bono que todavía no había sido emitido.<sup>77</sup>
- Conversión forzosa a pesos (pesificación) de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera.<sup>78</sup>

## LAS FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL JEFE DE GOBIERNO. ERRORES Y ACIERTOS

### El esquema general

En lo que se refiere a la organización del Poder Ejecutivo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) ha seguido, en lo sustancial, el esquema de la Constitución Nacional (CN) luego de su reforma en 1994.

---

69. Fallos: 136:161; 199:466; 200:158; 206:158.

70. Fallos: 172:21 y 291; 263:83.

71. Fallos: 172:21.

72. Fallos: 144:220; 204:195; 235:171 y 512; 243:467.

73. Fallos: 200:450; 205:386.

74. Fallos: 173:5; 179:394.

75. Fallos: 177:147.

76. Fallos: 247:121.

77. Fallos: 313:1513 (1990).

78. Fallos: 327:4495 (2004); 329:5913 (2006).



Se trata, en primer lugar, de un órgano unipersonal (artículo 95) que integra una fórmula con el Vicejefe de Gobierno,<sup>79</sup> elegida en forma directa y conjunta, empleándose el sistema de “doble vuelta” o ballottage si en la primera vuelta ninguna fórmula alcanzara la mayoría absoluta (artículo 96).

El mandato del Jefe de Gobierno es de cuatro años y puede ser reelegido por otro mandato consecutivo. En lo que a la reelección se refiere, el artículo 98 CCABA ha copiado el mismo dispositivo que figura en el artículo 90 CN, de modo que habiendo cumplido dos mandatos, luego del intervalo de un período, el Jefe de Gobierno podría ser elegido nuevamente por otros dos mandatos consecutivos.

No está prevista la existencia del “Jefe de Gabinete” con las funciones que le asigna a este órgano de gobierno el artículo 100 de la CN. La CCABA en el artículo 104 (4) sólo prevé que el Jefe de Gobierno “puede” (facultad discrecional) designar un “Ministro Coordinador”, el cual “coordina y supervisa las actividades de los Ministros y preside sus acuerdos y sesiones del Gabinete en ausencia del Jefe de Gobierno”.

En materia reglamentaria, el Jefe de Gobierno posee las mismas facultades que el Poder Ejecutivo nacional en lo que se refiere a los reglamentos ejecutivos y de necesidad y urgencia. Estas facultades surgen de los artículos 102 y 103 los cuales, en lo que aquí interesa, disponen lo siguiente.

Conforme el artículo 102, “[el Jefe de Gobierno] tiene iniciativa legislativa, promulga las leyes y las hace publicar, las reglamenta sin alterar su espíritu y las ejecuta en igual modo”. Este artículo, incluso, le concede la facultad de “participar” en la discusión de las leyes por sí o por intermedio de sus ministros, prerrogativa esta que no tiene el Poder Ejecutivo nacional.

En el artículo 103 están previstos los llamados Decretos de Necesidad y Urgencia por medio de un texto que reproduce, en lo esencial, el artículo 99 (3), tercer párrafo de la CN. De acuerdo con el artículo 103 CCABA:

---

79. La CCABA emplea alternativamente la denominación de “Gobernador”, pero en la práctica no se la usa, probablemente para no confundir al Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires con los gobernadores de las provincias.

## COLECCIÓN DOCTRINA

... [e]l Poder Ejecutivo no puede, bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, el Gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de Ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los diez días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad.

La diferencia más importante en materia reglamentaria está dada por el artículo 84 CCABA, según el cual “[l]a Legislatura no puede delegar sus atribuciones”. Parecería entonces que el Jefe de Gobierno no puede dictar reglamentos delegados.

Por último, sin perjuicio de las facultades propias que nacen del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (ver artículos 104 y 105 CCABA), la diferencia más importante que puede anotarse entre el Jefe de Gobierno y el Presidente de la Nación es que el primero no designa a los jueces inferiores, tarea que le corresponde exclusivamente a la Legislatura (artículo 118 CCABA).

Sí, en cambio, tiene facultades para designar a los jueces del Superior Tribunal de Justicia, con acuerdo de dos tercios del “total” de la Legislatura. Nótese que el artículo 104 (5) CCABA le acuerda al Jefe de Gobierno la facultad de “proponer” los jueces del Tribunal Superior, sin embargo el artículo 111 le acuerda también la facultad de “designarlos”.<sup>80</sup> Ciertamente es que en este punto la exigencia del acuerdo es mayor que en la CN, ya que el acuerdo del Senado para la designación de los jueces de la Corte Suprema, conforme el artículo 99 (4), es de dos tercios sobre los miembros “presentes”.

### Una evaluación de estas facultades

Efectuada la descripción que antecede, tengo para mí que, en relación con el Poder Ejecutivo, la CCABA poco o nada se ha apartado

---

80. CCABA, artículo 111: “El Tribunal Superior de Justicia está compuesto por cinco magistrados *designados por el Jefe de Gobierno* con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, en sesión pública especialmente convocada al efecto...”. El destacado me pertenece.

del sistema institucional establecido en la CN. Me atrevería a decir, incluso, que lo ha seguido con absoluta fidelidad, lo que sugiere, sin dudas, que el Jefe de Gobierno, en el ámbito territorial que le corresponde gobernar, es un órgano tan poderoso como lo es el Presidente de la Nación en el suyo.

De las diferencias anotadas, las únicas dos que son importantes no le restan poder al Jefe de Gobierno. Me refiero a la prohibición de la delegación legislativa y la imposibilidad de nombrar los jueces de las instancias ordinarias. La primera de estas prohibiciones va en contra de todas las tendencias de los sistemas constitucionales avaladas por el derecho comparado y por el sistema nacional. La segunda es, a mi modesto juicio, insustancial, pues el Jefe de Gobierno puede designar a los jueces que tienen la facultad de revocar las decisiones de los jueces que aquel no puede designar.

Me ocuparé en el punto siguiente de la facultad reglamentaria, pues, como siempre, es la que determina la dimensión de las facultades del Poder Ejecutivo en cualquier nivel de gobierno que estas sean analizadas.

## La facultad reglamentaria

### a. Los reglamentos ejecutivos

En relación con los reglamentos ejecutivos (decretos reglamentarios), es decir, aquellos que emite el Poder Ejecutivo para poner en ejecución las leyes, existe una profunda diferencia entre la Constitución de los Estados Unidos y la CN que no ha modificado la CCABA.

En nuestro país, el Presidente es el principal órgano de emisión de estos reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen del Presidente.

Los constituyentes de 1853 –y los constituyentes de la Ciudad de Buenos Aires en 1996– siguieron el proyecto de Alberdi, que copió el artículo 170.1 de la llamada Constitución de Cádiz de 1812, volcado actualmente en los artículos 99 (2) CN y 102 CCABA.

En los Estados Unidos, el único paralelo que podemos encontrar con estos artículos es la llamada *take care clause* del artículo II de la Constitución norteamericana, que encomienda al Presidente cuidar

(*take care*) que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración. Así, mientras en la Argentina es el Poder Ejecutivo quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos este *cuida* de que las leyes sean debidamente ejecutadas.

Además de esta diferencia, el procedimiento de emisión de los reglamentos es muy diferente en los Estados Unidos y en la Argentina. En los Estados Unidos la sanción de un reglamento es un acto rodeado de una gran cantidad de controles administrativos previos y de una gran participación de los eventuales afectados, todo lo cual tiende a superar el déficit democrático de las normas administrativas.<sup>81</sup> Para paliar este déficit fue dictado el Decreto N° 1172/2003.<sup>82</sup>

Por el contrario, en la Argentina el Poder Ejecutivo y la Administración en general poseen una libertad completa para la sanción de reglamentos, los que se comportan como un acto virtualmente discrecional y unilateral de la autoridad que los sanciona. Dada la discrecionalidad existente en el ejercicio de los poderes reglamentarios acordados al Presidente y no limitados prácticamente por ley alguna, la Corte Suprema debería haber sido muy estricta en el análisis de la constitucionalidad de los mismos.

No lo ha sido, sin embargo. Desde 1928 en adelante, en el caso Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.,<sup>83</sup> la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y, en general, ha declarado constitucionales los decretos reglamentarios, empleando para ello un cliché muy habitual que dice:

... los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva.

---

81. Véase: Lubbers, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, American Bar Association, 4° ed.

82. BO del 04/12/2003.

83. Fallos: 151:5 (1928).

Lo mismo afirmó en ulteriores pronunciamientos, entre los que cabe mencionar a “María F. de Salmón”;<sup>84</sup> “Pérez y González”;<sup>85</sup> “L. Bustos S.R.L. c. Nación Argentina”;<sup>86</sup> “Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c. E. Flaibán S.A.”;<sup>87</sup> “.G.I. c. De Angelis S.A.”;<sup>88</sup> “The American Rubber Co.”;<sup>89</sup> “Compañía Azucarera y Alcoholera S.A. c. Nación Argentina”;<sup>90</sup> “Krill Producciones Gráficas S.R.L.”;<sup>91</sup> “Barrose c. Nación Argentina”;<sup>92</sup> “Juárez c. Nación Argentina”;<sup>93</sup> “Agüero c. Banco Central”;<sup>94</sup> “A.A.D.I.-C.A.P.I.F. c. Hotel Mon Petit”; “Oharriz, c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”;<sup>95</sup> “Provincia del Chaco c. Estado Nacional”;<sup>96</sup> “Jesús Eijo S. A.”;<sup>97</sup> y “Gianola y otros c. Estado Nacional y otros”.<sup>98</sup>

Esa apelación al “espíritu de la ley”, que reproduce el artículo 102 CCABA, obviamente es subjetiva y ha dado pie a una gran tolerancia de la Corte para con el Poder Ejecutivo.

#### b. Los reglamentos de necesidad y urgencia [DNU]

Imitando a la CN, el artículo 103 CCABA ha incorporado los DNU. En relación con esta clase de reglamentos, los constituyentes de 1994 enfrentaban el siguiente dilema:<sup>99</sup> darles cabida constitucional o no darles

---

84. Fallos: 178:224 (1937).

85. Fallos: 200:194 (1944).

86. Fallos: 232:287 (1955).

87. Fallos: 244:309 (1959).

88. Fallos: 304:438 (1982).

89. Fallos: 298:609 (1977).

90. Fallos: 311:1617 (1988).

91. Fallos: 316:1239, 1243 (1993).

92. Fallos: 318:1707 (1995).

93. Fallos: 313:433 (1990).

94. Fallos: 315:2530 (1992).

95. Fallos: 326:3032 (2003).

96. Fallos: 326:3521 (2003).

97. Fallos: 328: 43 (2005).

98. Fallos: 330:2255 (2007).

99. Se dice, comúnmente, que estamos frente a un dilema cuando debemos optar entre dos soluciones que son malas. Es famoso el dilema que Protágoras planteó a su discípulo Evalto. Hábil sofista, Protágoras había enseñado retórica a Evalto con el compromiso de que este le pagara cuando ganara su primer pleito. Pasado el tiempo,

tal cabida. Si optaban por lo primero convalidaban una práctica paraconstitucional que el Poder Ejecutivo venía ejerciendo intensamente, pero, al menos, le imponían ciertos límites y controles; si, por el contrario, no les daban cabida, dejaban sentado que los DNU son inconstitucionales, pero con el riesgo de que el empleo de estos continuara sin freno alguno. Optaron por lo primero. En lugar de guiarse por una postura principista, prefirieron resignar cierta ortodoxia en aras de que la CN impusiera a los DNU límites y controles. Nació así el artículo 99 (3) tercer párrafo CN, reproducido en el artículo 103 CCABA.

Lamentablemente, en la Argentina la CN rara vez contiene la fuerza desbordante del Presidente y el uso de los DNU se convirtió rápidamente en un abuso. Así, muy lejos de sentirse limitados por la nueva cláusula constitucional, todos los Presidentes—desde 1994 en adelante—la han aprovechado para legislar en forma ordinaria, dictando una gran cantidad de DNU en casos que no constituyen “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por [l]a Constitución”, tal como establece el artículo 99 inciso 3.

Un estudio elaborado por Josefina Ichaso del Centro de Estudios Nueva Mayoría,<sup>100</sup> revela que Carlos Menem dictó 4,4 DNU por Mes, Eduardo Duhalde 9,3 DNU por mes; Néstor Kirchner 5 DNU por mes y Cristina Fernández de Kirchner 0,3 por mes como promedio en sus primeros 28 meses de gobierno. Estos estudios de campo demuestran elocuentemente que la reforma de 1994, lejos de poner frenos inhibitorios al Poder Ejecutivo en el uso de los DNU, ha desatado más aún sus poderes.<sup>101</sup>

---

Evalto no había tenido ningún caso, de modo tal que Protágoras lo intimó: o me pagues o te demandaré, le dijo. Si pierdes tendrás que pagarme y si ganas también, pues habrás ganado tu primer pleito. Evalto, que resultó ser un buen alumno, le respondió: si gano, el juez dispondrá que no te pague, y si pierdo no tendré por qué pagarte. Vid. García Venturini, Jorge L., *Historia General de la Filosofía*, Buenos Aires, Ed. Guadalupe, 1973, T. I, p. 53.

100. Disponible en: [http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2182&Itemid%20=30](http://www.nuevamayoria.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2182&Itemid%20=30)

101. Vale la pena recordar la opinión de Aníbal Fernández que fuera Ministro del Interior y luego Jefe de Gabinete, quien en una entrevista con el diario *La Nación*, al referirse a los Decretos de Necesidad y Urgencia, dijo: “Así está en la Constitución, ¿por qué no se va a usar?”. “... cuando se instituyó este tipo de decretos, además de la necesidad y la urgencia también se incluyó la conveniencia como factor determinante para utilizarlos”. “... no se está haciendo nada que no esté en la propia doctrina de los decretos”. *La Nación*, domingo 13 de abril de 2008.

Se suma a ello la “tolerancia” judicial que les dispensa la Corte Suprema. Para comprender el sentido de esta tolerancia, es preciso analizar no tanto lo que dicen los fallos, pues en general son portadores de una ortodoxia constitucional inobjetable, sino la escasa trascendencia de los casos en los cuales se sientan estos principios.<sup>102</sup>

Se trata de casos fáciles, en los cuales la inconstitucionalidad del DNU era manifiesta y, además, no estaba comprometida ninguna decisión política de trascendencia. Ejemplos típicos de ello los constituyen casos como “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”,<sup>103</sup> “Risolia de Ocampo c/Rojas”,<sup>104</sup> “Verrocchi c/Poder Ejecutivo Nacional”<sup>105</sup> y “Consumidores Argentinos c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional”.<sup>106</sup>

---

102. Estos principios sentados principalmente en el caso “Verrocchi”, más abajo citado, son los siguientes:

1. la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial;
2. el texto del artículo 99 (3) de la Constitución es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país;
3. en lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de la Corte Suprema evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos;
4. la previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto, autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación;
5. una vez admitida la atribución de la Corte Suprema de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son.

103. Fallos: 318:1154 (1995).

104. Fallos: 323:1934 (2000).

105. Fallos: 322:1726 (1999).

106. Fallos: 333:633 (2010).

Por el contrario, ninguno de los principios sentados en estos fallos ha sido suficiente –hasta ahora– para invalidar aquellos DNU portadores de un fuerte interés del Poder Ejecutivo. Pensemos, sin ir más lejos, en el Decreto N° 214/2002 que fue declarado inconstitucional en el limitadísimo contexto de “Provincia de San Luis c/Nación Argentina”,<sup>107</sup> pero sobrevivió con éxito en “Bustos c/Estado Nacional”,<sup>108</sup> “Galli c/Poder Ejecutivo Nacional”,<sup>109</sup> “Massa c/Poder Ejecutivo Nacional”<sup>110</sup> y todos aquellos casos en los cuales la decisión sobre la pesificación de las obligaciones tenía –de hecho– efectos generales. Lo mismo cabe decir de un precedente como “Guida c/Estado Nacional”,<sup>111</sup> donde estaba en juego nada menos que la masa salarial de todos los agentes de la Administración.

En síntesis, lejos de contener el desborde del Poder Ejecutivo, la constitucionalización de los DNU lo favorece.

### c. La prohibición de la delegación legislativa

Tal vez para compensar el desborde de las facultades ejecutivas que producen los DNU, la CCABA en el artículo 84 prohíbe la delegación de facultades legislativas. Esta prohibición es criticable por dos razones. En primer lugar porque los excesos que teóricamente podrían evitarse con esta prohibición, pueden producirse igualmente con ocasión de la reglamentación de las leyes. En segundo lugar porque la delegación legislativa es un instrumento indispensable en todo sistema de gobierno que cuenta con amplio aval en el derecho comparado.

Hermann Finer estudió el caso con detenimiento, analizando experiencias de distintos países como Inglaterra, Estados Unidos, Francia y Alemania, y sostiene que existen cuatro razones por las cuales se produce la delegación de facultades legislativas: 1) En casi todos los países se debe, primeramente, a la excesiva cantidad de asuntos que caen dentro del Parlamento, comparada con el tiempo que tienen para tratar los asuntos. Puesto que hay que elegir, la mejor elección consiste en con-

---

107. Fallos: 326:417 (2003).

108. Fallos: 327:4495 (2004).

109. Fallos: 328:690 (2005).

110. Fallos: 329:5913 (2006).

111. Fallos: 323:1566 (2000).



centrar la atención en una clara definición de los fundamentos de las leyes, y dejar los reglamentos y órdenes derivadas para que los formulen los departamentos. Ningún Parlamento puede hallar tiempo suficiente para llevar a cabo esta función aunque trabajase las veinticuatro horas del día sin interrupción. 2) Muchos de los problemas sobre los que hay que legislar tienen un carácter técnico complejo; por ejemplo, las clases de máquinas, los formatos, las drogas, las enfermedades de los animales, reglas de seguridad, todo ello ha de ser regulado por la ley. Los Parlamentos, tal y como están organizados, no están en situación de dominar y decidir estas cuestiones. Necesitan expertos, científicos y técnicos para que les ayuden a completar las leyes. 3) La rapidez con que se dan nuevas situaciones; por ejemplo, nuevos proyectos sobre las minas de carbón, determinados actos llevados a cabo por un país extranjero con relación a su política económica o algún nuevo negocio ruinoso, requieren una cierta flexibilidad o discreción administrativa. 4) Algunos sectores legislativos —especialmente en los Estados Unidos— son muy poco claros respecto de lo que ha de hacer el Congreso, que vacila, por lo que es muy importante que el Congreso valore de acuerdo con el Ejecutivo. De ahí que se dependa de la experiencia y progreso de las comisiones, como la Federal Trade Commission (FTC).<sup>112</sup>

Por su lado, la historia jurisprudencial en los Estados Unidos registra prácticamente sólo dos casos en los que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de medidas legislativas por excesos en la delegación.<sup>113</sup> Fuera de esos dos casos, la delegación legislativa ha superado todas las pruebas judiciales a las que ha sido sometida y las mismas son muchas. Ha abarcado casos muy variados, tales como por ejemplo: la delegación en autoridades administrativas para que establezcan cómo deben ser empaquetados ciertos productos;<sup>114</sup> para la aprobación de estándares mínimos de calidad para la importación del té;<sup>115</sup> para el establecimiento de reglas relativas al uso de las reservas forestales;<sup>116</sup>

---

112. Finer, Hermann, *Teoría y Práctica del Gobierno Moderno*, versión castellana de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1964, p. 640.

113. Existen algunos otros pero son poco significativos en la historia de la delegación y se refieren a delegaciones efectuadas en favor de instituciones religiosas.

114. *In re Kollock*, 165 U.S. 526 (1897).

115. *Buttfield v. Stranahan*, 192 U.S. 470 (1904).

116. *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911).

COLECCIÓN DOCTRINA

para establecer variaciones o diferencias en la forma en que los envases de productos alimenticios deben indicar su contenido;<sup>117</sup> para establecer en qué mercados es obligatoria la graduación del tabaco;<sup>118</sup> para determinar prioridades en el transporte de cargas durante períodos de emergencia;<sup>119</sup> para fijar listas de precios para la distribución de la leche<sup>120</sup> y otros productos;<sup>121</sup> para fijar precios de alquileres;<sup>122</sup> para regular precios y salarios en la industria carbonífera;<sup>123</sup> para imponer el toque de queda en orden de proteger recursos militares de eventuales sabotajes;<sup>124</sup> para distribuir cuotas de mercado en la industria tabacalera;<sup>125</sup> para imponer métodos de contabilidad en el transporte interestatal;<sup>126</sup> para establecer tarifas ferroviarias;<sup>127</sup> para autorizar la remoción de puentes que obstaculizan vías navegables;<sup>128</sup> para deportar extranjeros considerados como indeseables;<sup>129</sup> para autorizar la fusión de empresas ferroviarias en el interés público;<sup>130</sup> para otorgar licencias de radio,<sup>131</sup> etc.

Pero la delegación legislativa en los Estados Unidos ha ido más lejos aún y se ha extendido —ya desde sus orígenes— a dos campos desconocidos por nosotros. El primero es aquel referido a la posibilidad de que el Presidente pueda suspender o rehabilitar temporalmente la vigencia de una ley. El problema fue analizado en el caso del ber-

---

117. *United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.*, 287 U.S. 77 (1932).

118. *Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1 (1939).

119. *Avent v. United States*, 266 U.S. 127 (1924).

120. *United States v. Rock Royal Cooperative*, 307 U.S. 533 (1939).

121. *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944).

122. *Bowles v. Willingham*, 321 U.S. 503 (1944).

123. *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 381 (1940).

124. *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

125. *Fahey v. Mallonee*, 332 U.S. 245 (1947).

126. *ICC v. Goodrich Transit Co.*, 224 U.S. 194 (1912).

127. *ICC v. Louisville & Nashville R.R.*, 227 U.S. 88 (1913); *American Trucking Association v. Atchinson, Topeka and Santa Fe Ry.*, 387 U.S. 397 (1967).

128. *Union Bridge Co. v. United States*, 204 U.S. 364 (1907).

129. *Mahler v. Eby*, 264 U.S. 32 (1924); *Tisi v. Tod*, 264 U.S. 131 (1924).

130. *New York Central Securities Co. v. United States*, 287 U.S. 12 (1932).

131. *Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co.*, 289 U.S. 266 (1933).

gantín Aurora,<sup>132</sup> en el cual fue admitida la constitucionalidad de esta decisión.<sup>133</sup> El segundo está vinculado con la autorización dada por el Congreso a los tribunales federales para que legislen sobre normas de procedimiento. Esta autorización fue admitida por la Corte Suprema en 1925 en el caso *Wayman v. Southard*,<sup>134</sup> cuando se dictó la primera ley<sup>135</sup> que autorizó a los tribunales a ejercer el llamado *rulemaking power*, es decir, la potestad de dictar normas de alcance general.<sup>136</sup> A partir de allí, el Congreso de los Estados Unidos ha delegado expresamente en la Corte Suprema y demás tribunales federales la posibilidad de dictar normas de procedimiento, primero en el orden civil<sup>137</sup> y, posteriormente, en materia penal,<sup>138</sup> las que en la práctica constituyen verdaderos códigos procesales si nos atenemos a su extensión y detalle. La delegación en materia procesal civil está prevista actualmente en el Capítulo 131 del Título 28 USC,<sup>139</sup> secciones 2071 a 2077 (la sección 2076

---

132. Nota 10; 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

133. El caso tuvo lugar con motivo de la llamada *Non-Intercourse Act* (Ley de no Intercambio) de 1809, dictada como medio de proteger el comercio de los Estados Unidos de los bloqueos recíprocos que Inglaterra y Francia durante el transcurso de la guerra napoleónica habían decretado sobre los puertos en los que habitualmente comerciaban. La ley disponía el cese de relaciones comerciales con ambos países con el objeto de mantener la neutralidad de los Estados Unidos, y autorizaba al Presidente a suspender o rehabilitar su vigencia. El buque Aurora que había violado la prohibición de comerciar con Inglaterra fue sancionado y planteó la inconstitucionalidad de la ley sobre la base de la delegación legislativa efectuada por el Congreso.

134. 23 U.S. (10 Wheaton) 1 (1825).

135. Ley sancionada el 8 de mayo de 1792, sección 2; 1 Statutes at Large 275, 276.

136. En el derecho norteamericano es importante la distinción entre *rulemaking* y *adjudication*. El primero es la potestad de dictar normas de alcances general. El segundo se refiere a la decisión de una situación concreta. De hecho, los tribunales normalmente deciden casos concretos por medio de la *adjudication* pero pueden también dictar normas de alcance general, ejerciendo el *rulemaking*.

137. Ley del 19 de junio de 1934, 48 Statutes at Large 1064.

138. Ley del 29 de junio de 1940, 54 Statutes at Large 688.

139. El United States Code (USC) es una recopilación ordenada por temas de la legislación que emana del Congreso. El Congreso autorizó su publicación en 1925 y su primera edición data de 1926. La legislación fue clasificada en 50 Títulos y cada seis años se realiza una nueva edición, la que incorpora los suplementos que se van publicando cada año (cfr. *Black's Law Dictionary*, Minnesota, West Publishing Co., 6th. ed., 1990, p. 1533).

está derogada)<sup>140</sup> y la referida al derecho procesal penal, en el Título 18, Sección 3771. El problema fue reabierto con la llamada *Sentencing Reform Act* de 1984, por medio de la cual fue creada una Comisión en el ámbito del Poder Judicial<sup>141</sup> con el objeto de estudiar la manera de unificar el contenido de las sentencias dictadas en procesos criminales.<sup>142</sup> La inconstitucionalidad de la ley fue planteada en el caso *Mistretta v. United States*,<sup>143</sup> en el cual la Corte prácticamente por unanimidad<sup>144</sup> declaró su validez sobre la base de que no está prohibido a los jueces ejercer funciones extrajudiciales delegadas por el Congreso.<sup>145</sup>

## CONCLUSIONES

Si bien el examen del derecho comparado revela que el equilibrio de los tres poderes es más teórico que real, en nuestro caso el desborde ejecutivo ha tenido y tiene raíces muy profundas y proporciones –por momentos– tropicales.

---

140. La Sección 2071, subsección (a) que establece la delegación dice: “La Corte Suprema y todos los Tribunales establecidos por ley del Congreso podrán dictar normas de procedimiento. Las mismas deberán respetar las leyes del Congreso y las reglas de procedimiento prescriptas en la Sección 2072 de este Título”. En la Sección 2072, a su vez, se establece “(a) La Corte Suprema tendrá competencia para dictar normas generales de práctica y procedimiento y normas sobre prueba (*evidence*) para casos ante los Tribunales de Distrito y Corte de Apelación (Cortes de Circuito). (b) Estas reglas no limitarán, extenderán ni modificarán ningún derecho sustantivo. Las leyes contrarias a estas reglas quedarán sin efecto luego de que las reglas entren en vigencia. (c) Estas reglas pueden determinar en qué casos un pronunciamiento de un Tribunal de Distrito es definitivo a los efectos de la apelación”.

141. La Comisión estaba integrada por siete miembros designados por el Presidente con acuerdo del Senado, tres de los cuales debían ser jueces federales elegidos entre una lista de seis recomendados por la Conferencia Judicial.

142. Con la creación de esta Comisión se intentaba dar respuesta al problema de las diferencias existentes en la manera de dictar sentencia entre diferentes jueces ante casos similares, por lo que la ley de creación de aquella le imponía la necesidad de buscar estándares generales que los jueces debían aplicar al dictar sentencias.

143. 488 U.S. 361 (1989).

144. El voto del *justice* Blackmun fue seguido por siete de sus colegas, con excepción del *justice* Scalia que voto en disidencia.

145. Señala el voto de Blackmun en uno de sus pasajes que: “La Constitución (...) no prohíbe a los jueces usar dos sombreros; solamente les prohíbe usar ambos al mismo tiempo”. Puede verse la sentencia en Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, Inc., 12<sup>th</sup> edition, 1991, pp. 356-359.

Esta tendencia no ha sido modificada por la CCABA, que ha diseñado un Poder Ejecutivo a imagen y semejanza del Poder Ejecutivo nacional, donde los recortes que el Jefe de Gobierno pueda sufrir en modo alguno socavan su autoridad y fortaleza.

En síntesis, frente a la pregunta formulada como subtítulo de este trabajo, la respuesta más sincera es que el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es un órgano de gobierno fuerte.