

Los controles institucionales en la Constitución reformada*

Carlos Salvadores de Arzuaga

1. Introducción

Karl Loewenstein enseña: "La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, por medio de las cuales los detentadores del poder están sujetos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Siendo la naturaleza como es, no cabe esperar que el detentador o detentadores del poder sean capaces, por autoeliminación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y así mismo del trágico abuso de poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente en el proceso del poder." (1)

Partiendo de todo ello, observamos en la reforma constitucional de 1994 una severa transformación del sistema de controles que habían establecido los constituyentes de 1853. Se alteró el equilibrio entre las capacidades de controlar, quedando una importante zona de las atribuciones del Ejecutivo reservadas a "una autolimitación", desdibujándose los límites impuestos al poder en la constitución histórica.

La República ha perdido sus frenos "frenos y contrapesos" originales. Hoy tiene nuevas instituciones, de dudosa eficacia, para evitar la tendencia a la hegemonía del poder.

Es todo un desafío para el ingenio jurídico limitar adecuadamente la concentración del poder y mantener distribuidas sus diferentes funciones con los instrumentos o mecanismos que nos proporcionó la Constituyente de 1994.

2. Los controles institucionales de la Constitución de 1853

Boffi Boggero decía que nuestra Constitución había organizado el sistema institucional de la división de poderes y su equilibrio "casi con la precisión de un reloj. Pocos ejemplos bastarán para acreditarlo. El Congreso legisla, pero lo hace

* Este artículo fue publicado en la Revista *Jurisprudencia Argentina*, Bs. As., 28 de febrero de 1996, nro. 5974.

mediante el funcionamiento de las dos Cámaras que se controlan adecuadamente (arts. 47, 46, 68 y afines), mientras el P.E. es colegislador, pudiendo intervenir por medio de los ministros en la formación de las leyes, ya espontáneamente (art. 92), ya ante requerimiento de las propias Cámaras (art. 63), y estando facultado para promulgar la ley o vetarla (arts. 69 y 72 respectivamente). El Congreso, asimismo, fija anualmente el presupuesto y da su palabra acerca de la cuentas de inversión respectivas (art. 67 inc. 17), puede remover al presidente, vicepresidente y ministros mediante el juicio político, mas el P.E. -para mí, unipersonal-, es quien prorroga las sesiones ordinarias de las Cámaras y las convoca a las extraordinarias (arts. 45, 51, 86 inc. 12). El Congreso tiene también la potestad de separar por juicio político ‘a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores -uso la terminología constitucional- de la Nación’ (arts. 45 y 51), así como, mediante el Senado, ha prestado acuerdo para las designaciones de los mencionados jueces (art. 85 inc. 5) y ha podido establecer los referidos ‘tribunales inferiores’ (art. 67 inc. 17). El P.E. designa con acuerdo del senado a los jueces de que hacíamos referencia concede indultos, conmuta penas por delitos de ‘jurisdicción federal’ (art. 86 inc. 6), pero no les es permitido ‘en ningún caso [...] ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas (art. 95)’.

La distribución de las funciones del poder en órganos distintos e independientes fue nota característica de la Constitución de 1853, como también lo fue en la Constitución de los Estados Unidos. A su respecto Thomas Jefferson decía: “El despotismo efectivo no fue el gobierno por el que nosotros luchamos; nosotros luchamos por un gobierno que no estuviese fundado sólo en los principios de la libertad, sino por uno en el que los poderes gubernamentales estuviesen de tal manera divididos y equilibrados entre las diferentes autoridades, que ningún poder pudiese traspasar sus límites legales sin ser eficazmente controlado y restringido por los otros”.

La “adopción” de la forma republicana es un mandato concreto y definitivo del constituyente, delimitando a esos efectos las funciones de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esta “adopción” no sólo se encuentra cargada de razones políticas sino también históricas, y a través de ella la división de poderes es la nota que tiene mayor envergadura en el diseño constitucional.

José Manuel Estrada señala que “el principio republicano es la limitación de los poderes de los gobiernos. Esa limitación es esencial. Ello constituye el carácter del gobierno libre. Un gobierno es liberal en razón de la fuente de donde emanan sus poderes; un gobierno es liberal en razón de la limitación que desempeña [...] En el orden político de la República Argentina, esta limitación existe, porque los poderes sólo invisten funciones perentoriamente limitadas por la Constitución y divididas entre sí, y porque además las funciones y el papel del estado está dividido entre diversos elementos...”

El art. 1 de la Constitución, por un lado, y los arts. 29 y 95, por el otro, “cierran”

un diseño institucional, cuyo objeto fundamental es evitar la centralización del poder y dar seguridad a los habitantes de la Nación. (5)

Este diseño institucional implica que los órganos puedan (y hasta deban) controlarse mutuamente, tanto interviniendo uno en el otro para limitarlo como requiriendo el consenso de otro para producir un acto de gobierno.

La Constitución de 1853, para que pueda darse este control con eficacia, se ocupaba de que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial tuvieran funciones equilibradas. (6)

Dentro de esta estructura constitucional se modelan las atribuciones de los tres poderes. (7)

a) *El Poder Legislativo*

1. El presidente de la Nación para designar a los miembros del Poder Judicial requiere el acuerdo del Senado de la nación (art. 86 inc. 5). De tal manera, las atribuciones presenciales se encuentran limitadas por la voluntad de un órgano distinto: el Poder Legislativo.

Otro tanto ocurre al limitar atribuciones tan típicas del Ejecutivo, como son la Jefatura militar y la de la política exterior, mediante el acuerdo senatorial para poder nombrar y remover a “los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios” (art. 86 inc. 10) y para la “concesión de los empleos o grados oficiales superiores del Ejército y Armada” (art. 86 inc. 16). Ello sin prejuicio de la aprobación y autorización del Congreso para declarar la guerra, conceder patentes de corso y cartas de represalias (art. 86 inc. 19), junto con el acuerdo senatorial para declarar el estado de sitio por ataque exterior (art. 86 inc. 19 y art. 53).

El Poder Legislativo, a través del Senado, es un órgano de control peculiar, conforme la formulación normativa en nuestra Constitución histórica, pues es órgano constituyente y determinante para fijar e implementar las principales políticas que intente el P.E. (8)

1.1. La reserva que le otorga la Constitución al Congreso para “fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión” (art. 67 inc. 7), es un control cardinal que se ejerce tanto sobre el P.E. como sobre el Poder Judicial.

El “presupuesto es un acto de gobierno mediante el cual se prevén los ingresos y gastos estatales y se autorizan, estos últimos para un período futuro, determinando que generalmente es de un año”. Esta definición clásica de Villegas (9) nos aproximamos a la real envergadura que tiene esa ley. Lógicamente, no se concibe que la Administración recaude y gaste sin autorización y el control posterior de los representantes del pueblo, que es de donde provienen los recursos en definitiva.

Se puede discutir sobre la eficacia que ha tenido en la historia constitucional argentina esta disposición y si en estos tiempos cumple su objetivo. Pero, a pesar de ello, en la realidad institucional se nos muestra como un invaluable instrumento de control, con la particularidad de que, interviniendo el Congreso en materia financiera, puede ejercer en determinadas circunstancias una importante presión política sobre el Ejecutivo. Basta recordar que en una oportunidad, cuando el partido opositor tenía mayoría, presionó tanto a un presidente con la aprobación del presupuesto, que provocó hasta el “cierre” del Congreso. (10)

1.2. El juicio político (arts. 45, 51 y 52) es introducido por el constituyente como un procedimiento para destituir funcionarios que son perjudiciales para el servicio que prestan, y que son, por consiguiente, un control que ejerce el Congreso sobre el P.E. y el Poder Judicial. (11)

Esta atribución conferida al Poder Legislativo le otorga fortaleza, en la “tríada de los poderes”, por la posibilidad que tiene de remover a los miembros de los otros poderes. Facultad que no tienen el Ejecutivo y el Judicial y que nos da fundamento suficiente para entender al Congreso de la Nación como un órgano preponderantemente de control.

1.3. La facultad de “cada una de las Cámaras” para “hacer venir a su sala a los ministros del P.E. para recibir los explicaciones e informes que estime convenientes” (art. 63) y la presentación de “una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos” que deben hacerle al Congreso cuando abre sus sesiones (art. 90), son otros mecanismos mediante los cuales el Poder Legislativo puede conocer y controlar el Ejecutivo, sobre aquellos asuntos en los que tienen interés, pues si bien consideramos a la institución ministerial como autónoma, integra el órgano Ejecutivo, participando en la decisión política, con un sistema de responsabilidad particular frente al presidente y al Congreso (12)

Matienzo le ha dado relevancia a la interpretación ministerial como control sobre el Ejecutivo y así lo manifiesta: “Cuando digo que el Congreso ejerce facultades inspectivas o de fiscalización sobre el PE. no quiero decir que deba estar cada una de las Cámaras vigilando molestante al presidente de la Nación. No; con las palabras del Poder Ejecutivo, yo quiero referirme, ante todo, a la administración que manejan los ministros. Este es el espíritu de la Constitución...”. (13)

Bidart Campos dice que “las Cámaras gozan de facultad para interpelar en cuestiones que tienen relación con leyes dictadas o que el Congreso puede dictar, sea tanto para fiscalizar su aplicación y cumplimiento cuanto para recabar datos dirigidos a promover legislación futura...”. (14)

1.4. No creemos que la participación del Congreso en la elección del presidente

(arts. 67 inc. 18 y 81 a 85), en la aceptación o rechazo de su renuncia (art. 67 inc 18) o en la previsión en caso de acefalía (art. 75) sean mecanismos de control como lo sostiene Bidegain (15), pues estas facultades no tienen por objeto limitar el poder o evitar su centralización. Obsérvese que estas disposiciones están dirigidas a integrar una magistratura creada por la Constitución, sin que ello constituya un sistema de limitación funcional.

1.5. Tampoco incluimos entre los controles la posibilidad de que el Congreso dicte amnistías (art. 67 inc. 17). Pérez Guilhou la considera como “un acto de gobierno con forma legislativa. La amnistía, como muchos actos que contienen las atribuciones constitucionales del Congreso, tienen tal naturaleza...”, y por finalidad alcanzar la paz social. (16)

Nos permitimos aseverar que no es un control del Legislativo sobre el Judicial, pues la eminente naturaleza legislativa de la amnistía afecta, mediante el “olvido” que dispone “otro acto legislativo anterior, que habilitaba la intervención del Poder Judicial. Es de allí que no hay limitación efectiva y concreta al Poder Judicial, sino un acto legislativo que modifica otro, borrando y cubriendo con olvido hechos punibles. Crear delitos como desincriminar conductas no son actos de control y, en el caso de la amnistía, son actos legislativos fundados en exclusivas razones políticas.

La historia constitucional argentina nos ayuda a sostener esta posición. Recuérdese la primera Ley de Amnistía 714 del 22/7/1875, en cuyo trámite se le incorporó un artículo, que formalmente no fue aprobado, que disponía el siguiente juramento que debían presentar los amnistiados: “Juro respetar, defender y sostener la Constitución, las leyes y resoluciones del Congreso; así como también autoridades que de ella emanen, reconociendo como reconozco su legalidad; pues sólo son renovables en los períodos y por los medios establecidos en la Constitución”. Esta amnistía era consecuencia de la revolución mitrista del año anterior.

El 26/5/1973 se sanciona la ley 20.508, cuyo trámite legislativo se cumple en un día, que dispone la amnistía de todos los delitos políticos, gremiales, sociales y estudiantiles sin importar el móvil.

Resulta evidente, entonces, que amnistiar no es controlar, sino legislar fundado en razones políticas, que no limita ni restringe las facultades del Poder Judicial por excesos o desvíos o desbordes en sus atribuciones.

b) El Poder Ejecutivo

2. El presidente de la República, mediante el voto (art. 72), rechaza el proyecto de ley sancionado por el Congreso, constituyendo dicho acto un mecanismo indiscutible de control sobre el Congreso y lo suficientemente poderoso como para “detenerlo”.

Para Eduardo Fernando Luna: “Es indudable que esta facultad está directamente

relacionada con el equilibrio que necesariamente debe darse en la división de poderes, evitando la tiranía de las asambleas que con tanto énfasis expuso Mirabeau en el seno de la Asamblea Nacional francesa en 1789". (17)

2.1. La facultad de indultar y commutar penas del presidente (art. 86 inc. 6) constituye un mecanismo de control sobre el Poder Judicial (18), porque en definitiva altera las consecuencias de un acto definitivo de éste (19).

"El indulto comporta el perdón -dice Segundo V. Linares Quintana- cuya consecuencia jurídica es la cesación de los efectos de la sentencia condenatoria en cuanto a la aplicación de la pena impuesta por ella al delincuente; pero sin afectar la existencia del delito, de la sentencia ni de la pena" (20).

En la actualidad, el indulto no es la "concesión graciosa del soberano", sino un mecanismo por el cual el PE. puede morigerar las consecuencias de la aplicación de la ley a un caso particular, inspirado, en principio, en razones humanitarias. Como lo dice Pérez Guilhou: "Restituye la justicia distributiva que el Estado, como garante del bien común, está obligado a dar a los miembros singulares". (21)

Estas consideraciones son válidas para la commutación de pena, pues también es un perdón.

Alterar las consecuencias o efectos de una sentencia judicial, como lo es la ejecución de una pena, importa, lógicamente, limitar el poder de los jueces. Estamos ante un mecanismo limitado de control que corrige lo que ha sido ordenado por otro poder.

Este mecanismo resulta tan efectivo e independiente, que nos permite suponer que por ello Alberdi limitó esta facultad presidencial exigiendo el acuerdo senatorial para ejecutarla (art. 85 inc. 7 de la *Constitución de la Confederación Argentina*).

García Martínez dice: "El indulto es una parte del esquema constitucional moderno. Es un acto de gobierno, ejercido por el presidente de la República en base a facultades judicial-políticas propias, otorgadas por la Constitución Nacional y que, como tal, se encuentra sujeto al contralor y a las responsabilidades políticas. Es un acto de alta política, acordado a uno de los poderes del Estado y fundamentado en los principios de coordinación y equilibrio de esos poderes, principios estos que nacen de la Constitución (22).

2.2. En definitiva, creemos que el único control que tiene el PE. sobre el legislativo es el que surge del veto, mientras que, con respecto al Poder Judicial, sólo el indulto y la commutación de penas. En el primer supuesto, el control surge de la necesidad de "participar" con otro poder para cristalizar la voluntad de gobierno y, en el segundo, de la de "limitar" los efectos de un acto jurisdiccional.

c) El Poder Judicial

3. El Poder Judicial de la Nación, con su primera obligación de conocer y decidir en “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” (art. 100) y mantener por consiguiente el principio de supremacía constitucional (art. 31), cuenta con la declaración de inconstitucionalidad que permite los excesos o desvíos de los restantes poderes (23) .

González Calderón dice que: “el más notable acierto de los constituyentes del ‘53 consiste en que sobre la base sólida del principio de la separación e independencia de los poderes gubernamentales, crearon todo un Poder Judicial a la manera y con la robustez del modelo norteamericano... El aspecto más sobresaliente de la concepción norteamericana que adoptaron los constituyentes del ‘53 es la facultad privativa del Poder Judicial para verificar la conformidad de leyes y decretos de los otros poderes con la Constitución Nacional” (24) .

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad importa “detener o frenar” la voluntad del otro poder. Es así que la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, asume un poder activo en la distribución y equilibrio de los poderes (25) .

3.1. Otro medio por el cual el Poder Judicial controla al PE. y al Poder Legislativo es mediante las acciones de amparo y *habeas corpus*.

La Corte sostuvo que por instrumentos simples y urgentes debían protegerse los derechos constitucionales. Decía el tribunal en el célebre caso “Kot”, “siempre que aparezca, en su consecuencia, de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido”. (26)

A través de estas actuaciones, la actividad judicial efectúa un análisis de la medida impugnada, y luego confrontarla con la Constitución, limita o no la conducta pública. De allí que tanto el amparo como el *habeas corpus* son efectivos controles que puede ejercer el Poder Judicial sobre los otros poderes como consecuencia de su división (27) , sin que signifique “una posición de beligerancia entre ellos, sino que mejor funciona si tanto el Poder Judicial cuanto el Ejecutivo o Legislativo se adentren, aun cuando discrepan sobre la interpretación, en las raíces espirituales más profundas de ese ser social que fue y sigue siendo la Nación Argentina [...] cuando esa compenetración del Ejecutivo y el Legislativo en las profundas raíces espirituales de la Argentina no se produce, el Poder Judicial es llamado a desempeñar su actividad más difícil y prestigiosa, la de señalar la línea constitucional reequilibrando así las funciones constitucionales” (28) .

3. Los controles constitucionales en la Constitución reformada

La reforma constitucional de 1994 se produce mediante la ley 24.309 (29) que establece las áreas de enmienda, legalizando el “Pacto de Olivos”, a través de la incorporación que se hace en dicha norma del llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas” (art. 2) y habilitando otros puntos detallados en el art. 3.

Sin duda, el “nudo” de la reforma está en la reestructuración del poder político. Muestra de ello son la reelección presidencial, la composición, integración y atribuciones del Senado, la incorporación de Instituciones como el Consejo de la Magistratura, el Jefe de Gabinete, el Ministerio Público, etc. y que conforme lo que expusieron los mismos constituyentes, el objeto era “sustancialmente la necesidad de obtener la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático, de generar un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y lograr una mayor eficiencia en el accionar de esos órganos” (30).

Corresponde advertir que no resulta novedosa la tendencia a limitar o mitigar el rol presidencial en la división de poderes, como tampoco la inquietud en privilegiar al Congreso de la Nación. César Enrique Romero, hace más de veinte años, decía: “El acrecentamiento del poder en nuestros días ha sido un crecimiento que ha beneficiado por una razón lógica al Ejecutivo. Y entonces, hoy, encontramos en éste otro fenómeno, de que el viejo concepto de personalización política -que tuvo su caída con la concepción constitucional clásica cuando se trató de ignorar al poder sustituyéndolo por la ley, convirtiendo a ésta en una especie de tabú- ha vuelto a renacer. La sociedad de nuestro tiempo otra vez, sin querer, está nuevamente personalizando al poder político” (31).

Lo expuesto nos hace pensar que los reformadores de 1994 debían buscar mecanismos precisos para evitar el desborde del Ejecutivo y acentuar la capacidad de control del Legislativo, siendo de esta manera consecuentes con lo que expresaron al público para explicar la necesidad de la reforma constitucional.

Luego de este introito, siguiendo el mismo método del capítulo anterior, referenciaremos y analizaremos los controles institucionales luego de la reforma.

El art. 1, el art. 29 y el art. 95, actual 109, no fueron modificados, lo que nos permite suponer que la forma de gobierno republicana estatuida en la originaria Constitución de 1853 sigue siendo sustancialmente, en su diseño, la misma (32).

a) *El Poder Legislativo*

1. El Presidente de la Nación conserva sus atribuciones de designación de los miembros del Poder Judicial, con el acuerdo del Senado (art. 99 inc. 4), aunque se introducen dos modificaciones. Por un lado, los ministros de la Corte Suprema

deben contar con el acuerdo del Senado “por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto”; y por el otro, los demás jueces de tribunales inferiores son nombrados “en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”.

También se mantienen los restantes acuerdos sin reforma (art. 99 incs. 7 y 13) (33). Igual ocurre con la facultad de declarar “la guerra” y ordenar “represalias con autorización y aprobación del Congreso” (art. 99 inc. 15), habiéndose suprimido la concesión de patentes de corso y las cartas de represalias. El acuerdo senatorial para declarar el estado de sitio por ataque exterior mantiene su redacción original (art. 99 inc. 16 y art. 61).

En principio, al PE se le limita la discrecionalidad para efectuar las designaciones de los magistrados judiciales inferiores, al disponer el art. 99 inc. 4 que la propuesta que deba hacer el senado será conforme a una terna vinculante preparada por el Consejo de la Magistratura.

Aparece un nuevo órgano de control que limita al PE. en la selección de magistrados, complementando la actividad de control que desarrolla el Senado en estas designaciones. Se podrá decir que existen, después de la reforma, dos controles sobre el Ejecutivo en esta materia: uno que limita la selección (el Consejo de la Magistratura) y otro que limita la designación (el Senado de la Nación).

1.1. La atribución del Congreso de la Nación de fijar el presupuesto y aprobar o desechar la cuenta de inversión (art. 75 inc. 8) no ha sido alterada como función de control. Sólo se ha innovado en exigir que el presupuesto tenga en cuenta las pautas establecidas en el inc. 2 párr. 3 art. 75, que suponemos son la equidad y la solidaridad, dándose “prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” y la creación de la Auditoría General de la Nación (art. 85, que analizaremos más adelante) que tiene funciones provenientes de esta atribución.

1.2. El juicio político es limitado “al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros, y a los miembros de la Corte Suprema”, excluyéndose a los “jueces de tribunales inferiores” (art. 53), mientras que las restantes disposiciones (arts. 59 y 60) continúan con su redacción original (34).

La reducción de este control por antonomasia, proveniente del parlamentarismo, importa una amputación importante al Poder Legislativo, que no logra ser equilibrada por el Consejo de la Magistratura (art. 114) ni por los Jurados de Enjuiciamiento (art. 115), en los cuales debe participar.

Roberto Dromi y Eduardo Menem dicen que: “De alguna manera, el art. 53 retoma el modelo que existía en la reforma de 1949 y en la enmienda de facto de

1972, que excluían a los tribunales inferiores de la eventualidad del juicio político” (35), pero aquí la cuestión es que el Congreso se ha quedado sin el único mecanismo de control que tenía sobre los jueces de los tribunales inferiores, produciéndose un desequilibrio evidente en la relación Poder Legislativo-Poder Judicial.

Sin entrar a juzgar la eficiencia de este mecanismo (36), nos parece oportuno citar a Badeni, cuando afirma: “Que la herramienta no se aplique con la frecuencia que algunos desean o con la celeridad que le es propia, no configura defectos propios del juicio político sino una consecuencia no deseada constitucionalmente y que generan quienes deberían darle fiel cumplimiento” (37).

1.3. La facultad de interpelar (art. 71) y la obligación de los ministros de presentar una memoria al Congreso (art. 104) se mantienen sin alteraciones.

1.4. Sin perjuicio de lo dicho en el capítulo anterior sobre la participación del Congreso en la elección del presidente y vicepresidente, cabe mencionar que dichas facultades fueron derogadas al disponer la elección directa (arts. 94 a 98).

Se mantiene entre las atribuciones del Congreso “admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente y vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a una nueva elección” (art. 75 inc. 21), suprimiéndose “hacer el escrutinio y rectificación de ella”. Igualmente el Congreso conserva la facultad de dictar amnistías en el art. 75 inc. 20.

b) El Poder Ejecutivo

2. La originaria regulación constitucional sobre el veto (art. 83) no fue reformada, excepto que al organizarse sobre la consulta popular (art. 40) se dispone que la “la ley de convocatoria no podrá ser vetada”.

Se incorpora a la Constitución la promulgación parcial de las leyes (art. 80), si las partes no observadas “tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso”, siendo de aplicación “el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia” (art. 99 inc. 3).

Sin perjuicio de la habilitación que sobre esta materia efectuara la Corte Suprema en *Cotella, Ciríaco v. Fevre y Basset S.A.* 38 , al haberse incorporado expresamente a la Constitución la promulgación parcial de leyes, el PE. cuenta con una atribución normativa expresa, despejando dudas o discusiones que planteaba la interpretación judicial.

Sabsay y Onaíndia destacan con razón que el hábito del PE. de promulgar parcialmente las leyes “ha redundado en una nueva fuente de fortalecimiento de sus

potestades. De modo indirecto, al ejecutivo se le brinda un nuevo medio para poder legislar. Ello, en tanto y cuanto puede corregir las normas elaboradas por el Legislativo del modo que más le plazca, sin que luego sea necesario el concurso de este último para la aprobación de la ‘nueva’ norma. Al igual que las otras dos disposiciones a tenor de las cuales el Ejecutivo recibe potestades legislativas directas -arts. 76 y 99 inc. 3- el constituyente comienza sentando un principio general opuesto a tal posibilidad, para luego establecer la excepción”. (39)

El aumento de facultades del presidente, como la que venimos tratando, exigía un control sobre las mismas distinto a los existentes, de tal manera que no se alterasen los mecanismos de “frenos y contrapesos”, que el sistema necesita para mantener el equilibrio.

Los constituyentes creen encontrar un control adecuado remitiendo al “procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia”, pero vale aclarar, sin prejuicio de lo que diremos más adelante, que el art. 99 inc. 3 estipula que 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”.

Observamos que el pretendido control no es tal. Si un poder recibe más atribuciones por la Constitución no debe crearse un mecanismo de control sujeto a la regulación normativa originaria. De lo contrario, la eficacia del mecanismo de limitación queda sujeto a los “humores de las mayorías” de un poder constituido.

No existe, entonces, una equiparación normativa en la atribución de facultades al Ejecutivo y al Legislativo, desequilibrando la relación institucional en el ejercicio del poder estatal.

No hace a la congruencia del diseño constitucional que, mientras se dispone la habilitación de facultades por una norma superior, se pretenda limitar estas facultades con controles sujetos a disposiciones de una norma inferior, como ocurre en el pretendido control a la promulgación parcial de leyes.

2.1. Las atribuciones de indultar y commutar penas se mantienen sin alteraciones (art. 99 inc. 5).

2.2. El PE. ha visto también incrementadas sus facultades con la autorización expresa de dictar “decretos de necesidad y urgencia” (art. 99 inc. 3) y de ejercer “legislación delegada” (art. 76). Estas atribuciones, de indiscutible competencia del Congreso Nacional, vienen a constituir una evidente disminución de la presencia política del Legislativo en la estructura tripartita básica del poder, produciéndose un desequilibrio al no contar el Congreso con un mecanismo idóneo para controlar al Ejecutivo en el ejercicio de estas facultades excepcionalísimas.

2.2.1. El art. 99 inc. 3 prohíbe al PE. emitir disposiciones legislativas, pero en el

párrafo siguiente dice que: "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esa Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia , los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente don el jefe de gabinete de ministros".

Dice García Lema que uno de los puntos más controvertidos del proceso de la reforma constitucional fue la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, junto con la delegación legislativa y la promulgación parcial de las leyes. El autor entiende que "eran prácticas paraconstitucionales de larga data en nuestro medio, respaldadas por sectores importantes de la doctrina y cuya validez fue declarada por fallos de la Corte Suprema. No fueron creados por la reforma constitucional sino reconocidos con el fin de limitarlas, circunscribiéndolas -cuando fueron admitidas- mediante la aplicación de reglas que dispusieron mayores exigencias para su utilización que las requeridas en las costumbres vigentes". (40)

Teníamos una posición asumida sobre estos decretos (41), pero luego de la reforma son una realidad constitucional que ha superado a la profusa doctrina que se ocupó de ellos.

También la realidad ha demostrado que García Lema estaba equivocado cuando creía que, poniéndole mayores exigencias al Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia, se limitaría o reduciría esta pervertida costumbre que corroea a la República.

El 28/12/94 el presidente dictó el decreto 2302 de necesidad y urgencia, a pesar de no existir jefe de gabinete ni Comisión Bicameral (ver párr. 4 inc. 3 art. 99) que mereció con toda justicia la declaración de inconstitucionalidad (42). Al comentar este caso dice Bidart Campos: "La desinstitucionalización que, desde 1989, ha venido agudizando la crisis de nuestro sistema político-constitucional con la maníaca obsesión de los decretos de necesidad y urgencia no se ha frenado después de la reforma de 1994, que por lo severa y estricta excepcionalidad con que delimitó al PE. para dictar tal clase de normas, supusimos que iba a poner coto a las exorbitancias habidas hasta antes de la enmienda a la Constitución histórica".(43)

Aquí nos interesa poner de manifiesto que habiendo recibido más atribuciones el presidente, no le ha dado la Convención Constituyente al Congreso un mecanismo efectivo para controlarlo. La intervención del Legislativo está condicionada a la creación de una Comisión Bicameral Permanente, que deberá surgir de una norma inferior a la Constitución. La imprecisión para que las Cámaras consideren de inmediato el despacho producido por la Comisión, la falta de previsión para el caso de que la Comisión no produzca despacho, la laguna constitucional sobre si el PE. puede o no velar la ley que rechace el decreto⁴⁴ , son algunas de las situaciones que no le dan virtualidad al control del Congreso.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe advertir que el Congreso “no pudo, no supo o no quiso”, mientras estuvo vigente nuestra Constitución histórica, efectuar un control sobre los decretos de necesidad y urgencia. Los índices estadísticos que se manejan al respecto son alarmantes: en un 90 % de los casos en que el PE. envió estos decretos al Congreso, éste no dijo nada, ratificó el 9 % y derogó el 1 % restante (45).

La existencia de la Comisión Bicameral Permanente no constituye un control eficaz sobre el Ejecutivo en esta materia. Políticamente porque se ha introducido un medio de control del sistema parlamentario en un sistema presidencialista (46), con la ausencia de cultura legislativa apropiada, y jurídicamente porque la técnica constitucional utilizada no lo garantiza, por el carácter “abierto” de la cláusula, remitiendo al poder constituido su instrumentación.

2.2.2. El art. 76 “prohibe la delegación legislativa en el PE., 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...”.

Mientras que el art. 100, que se refiere al Jefe de Gabinete, en el inc. 12, dice que le corresponde: ‘refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente’ (47).

Dromi y Menem estiman que “la *praxis* política ha posibilitado la incorporación de la delegación legislativa que tiene analogía con otras instituciones excepcionales y de emergencia... La prohibición es el principio y reconoce su fundamento en el carácter exclusivo de las competencias de cada órgano... La delegación legislativa es una prueba más de la creación policéntrica del derecho...” (48), para decir más adelante que “el tema en cuestión pone en debate la división de poderes, verdadera columna vertebral de la República”. (49)

El constituyente García Lema nos aclara el sentido y alcance de esta enmienda. “El Congreso debe definir la materia de la legislación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades... se ha remitido al nuevo art. 87 la facultad del Jefe de Gabinete de refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente. En este caso no se exige el refrendo de los restantes ministros en acuerdo general ni se establecen procedimientos adicionales a la intervención de la Comisión Bicameral Permanente, porque en este tipo de actos existe un marco previamente proporcionado por el Poder Legislativo dentro del cual el Ejecutivo puede dictar los reglamentos” (50) .

La delegación legislativa ya había sido materia de interpretación jurisprudencial (51). La Corte se ocupó de prohibir la delegación que implicara una transferencia absoluta de la competencia legislativa al ámbito ejecutivo, autorizándola sólo si era

limitada o parcial con el objeto de implementar la ejecución de la ley. O sea que antes de la reforma de 1994, la delegación de competencias de un poder a otro, llamada “delegación propia” era inconstitucional por violar el régimen de división de poderes (arts. 1 y 29) (52).

El art. 76 autoriza la “delegación propia”, que estaba prohibida antes de la reforma de 1994, aumentando las facultades del presidente, con el agravante de la imprecisión terminológica utilizada en la redacción de la norma, pues “materias determinadas de administración o de emergencia pública” tienen una amplitud tan confusa que cualquier interpretación política puede darles alcances inimaginables.

Lógicamente la “delegación propia” constitucionalmente reconocida, “el principio de división de poderes ha venido a atenuarse” como dice Bidart Campos (53), aunque la permanencia del art. 29 y la prohibición con que comienza la redacción del art. 76 nos crean la ilusión de que la interpretación judicial en caso de conflictos deberá ser restrictiva en el alcance y ejecución de la delegación.

Para la Constituyente se mantendría el equilibrio de los poderes al someterse la “legislación delegada” al control de la Comisión Bicameral Permanente. En este sentido, nos remitimos a lo dicho sobre su dudosa eficacia como medio de control, aunque se debe destacar que el art. 76 tiene menos previsiones sobre la actividad del Congreso al respecto que el art. 99 inc. 3.

Por otro lado, resulta sorprendente que el art. 100 inc. 12 no disponga a qué efectos intervendrá esta Comisión Bicameral, pues una sola expresión “control” sin conceder los efectos jurídicos de su intervención convierte al control en inocuo.

Podemos incluir entonces que la “delegación legislativa” que habilita el art. 76 es un incremento importante del poder presidencial, con el agravante de no haberse creado, en el órgano afectado por la sustracción de atribuciones, un mecanismo apto para “compensar” o “frenar” esa tendencia a la hegemonía del poder.

2.2.3. Si hacemos un balance, que bien puede ser calificado de prematuro, con los elementos que nos brinda la realidad política de los últimos años y lo expuesto precedentemente, sin hesitación alguna se puede afirmar que en la estructura del poder estatal hay un gran perdedor: el Congreso de la Nación.

Entonces, la intención primigenia de la Constituyente de atemperar el poder presidencial, se ha visto frustrada por lo que creemos que fueron “las contradicciones doctrinarias frente a la realidad política y social” y por haber sujetado la técnica constitucional a requerimientos políticos conciliatorios y circunstanciales, habiendo perdido la visión integral y permanente de la división de las funciones del poder y su instrumentación constitucional.

c) El Poder Judicial

3. El Poder Judicial mantiene su atribución esencial con la que controla a los otros poderes: la declaración de inconstitucionalidad (art. 31 y 116).

Se incorpora la creación pretoriana del amparo y la legislativa del *habeas corpus* en el art. 43, reconociéndole a la primera de ellas aptitud como medio idóneo para declarar inconstitucional “la norma en la que se funde el acto u omisión legislativa” (54).

Junto con estas acciones garantistas, la Constitución regula el *habeas data* (55), una subespecie del amparo que tiene por objeto conocer el acopio de datos que se encuentran registrados en sistemas informáticos públicos o privados, destinados a informar sobre una persona (56).

El poder judicial mantiene los medios institucionales para limitar los actos del PE. y del Poder Legislativo, acentuados probablemente con el *habeas data*.

d) Nuevos órganos

4. La reforma introduce otros órganos en la Constitución: el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación, el Jefe de Gabinete, el Consejo de la Magistratura y los Jurados de Enjuiciamiento.

De diferentes formas estos órganos han recibido el calificativo de “órganos de control”. También se incluyeron dentro de la expresión “control”, mecanismos introducidos por la Constituyente.

El Reglamento de la Convención crea en el art. 47, en el Cap. VI, titulado *De las Comisiones*, la “Comisión de Sistema de Control”, estableciendo que “compete a ella dictaminar sobre los temas habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención en el art. 3, ptos. D,F,G y H de la ley 24.309”. Esta norma en el artículo citado dice: “Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación... Temas que son habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente... D. Posibilidad de establecer el acuerdo del Senado para designación de ciertos funcionarios de organismos de control y del Banco Central, excluida la Auditoría General de la Nación... F. Establecer el Defensor del Pueblo... G. Ministerio Público como órgano extrapoder... H. Facultades del Congreso respecto de pedidos de informes y comisiones de investigación...”.

Roberto Dromi y Eduardo Menem (57) se refieren a los sistemas y órganos de control enunciando a la Auditoría General de la Nación; el Jurado de Enjuiciamiento para Jueces Inferiores; el Consejo de la Magistratura; el voto censura para el Jefe de Gabinete; las mayorías especiales; el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público.

Humberto Quiroga Lavié (58), con el título *Nuevos Órganos de Control en la Constitución*, trata al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público y Bidart Campos (59), a la Auditoría General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público.

Corresponde entonces determinar si efectivamente estamos ante órganos de control y en su caso, si están dotados normativamente para ser eficaces en el desempeño de la actividad consecuente.

Según entendemos, para que el control exista no debe haber identidad entre el órgano controlante y el órgano controlado, y el controlante debe tener independencia efectiva y contar con mecanismos o procedimientos que permitan ejecutar el control con plenitud, ya sea participando necesariamente en la formación de la conducta de gobierno o evitando la eficacia plena de un acto del controlado.

4.1. El Defensor del Pueblo adquiere *status constitucional* por disposición del art. 86, donde se dice que ‘es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad...’ (60) y que su misión es “... el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. (61)

Quiroga Lavié dice que este funcionario “opera como un verdadero control preventivo de la actividad administrativa, que asegura el equilibrio del sistema político-social, posibles o inminentes violaciones a él” (62). Sabsay y Onaíndia también vinculan a la institución con el control (63).

Bidart Campos le reconoce al órgano independencia “con plena autonomía funcional y exento de recibir instrucciones de ninguna autoridad. Por ende, la ubicación normativa congresional no implica que forme parte del Congreso, y mucho menos que guarde dependencia de él, aunque su designación y remoción le quedan asignadas, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada Cámara” (64).

No creemos que la institución que estamos tratando sea efectivamente un órgano extrapoderes. Es cierto que no forma parte del Congreso, pero la misma norma dice que es creado en su ámbito. Es un “órgano del Congreso” y actúa como un ‘delegato’ de éste en las actividades de investigación que desarrolla. Coincidimos en que tiene independencia, fundamentalmente como resultado de la estabilidad que tiene su titular, fruto de las mayorías agravadas para su designación y remoción (dos tercios de los votos de los miembros presentes de cada Cámara) y por la duración en el cargo (cinco años con la posibilidad de una reelección). Pero ninguna de estas características permiten calificar al Defensor del Pueblo como órgano extra-poderes, más aun cuando las funciones que le asigna la Constitución son natas del Poder Legislativo⁶⁵ y, a diferencia de éste, no puede *per se* limitar o controlar a la Administración y necesita del mismo Congreso (como sería en el mecanismo del

juicio político) o del Poder Judicial (como resultado de la denuncia que está autorizado a realizar) para el ejercicio pleno de sus atribuciones.

En conclusión, este órgano tiene atributos que garantizan su independencia frente al Poder Ejecutivo, pero su rol es el delegado auxiliar del Congreso. Ejerce una fiscalización amplia pero un control limitado por carecer de medios propios que lo hagan eficaz. Esta fiscalización sólo alcanza al PE. y a quienes presten servicios públicos, conforme la expresión “funciones administrativas públicas” (66).

4.2. El Ministerio Público “es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...” (art. 120). Se le reconocen a sus miembros “inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

Nos informa Quiroga Lavié (67) que en la Constituyente hubo diversas iniciativas sobre la independencia del Ministerio Público, lo que provocó una trabajosa tarea para obtener el despacho de la mayoría, que en definitiva no resultó plasmado en la redacción del art. 120 (68), quedando dicha cláusula “abierta” para que el Congreso dicte una norma que disponga la designación, remoción e integración del Ministerio Público.

Uno de los temas más discutidos en la doctrina era la ubicación del Ministerio Público dentro de la estructura institucional del Estado. Ello por obra, principalmente, de la confusa legislación y de la tendencia en situarlo en el ámbito del Poder Ejecutivo.

Considerábamos al Ministerio Público como perteneciente al Poder Judicial, de allí que reclamábamos para sus miembros las mismas garantías que las de los magistrados judiciales (69). Esta cuestión ha sido zanjada por la Constituyente, aunque merece severas reservas la técnica que utiliza, pues reconociendo la independencia del Ministerio Público, no le da medios constitucionales para que ésta sea real y efectiva.

El Acuerdo para la reforma de la Constitución, celebrado entre el presidente Menem y el ex presidente Alfonsín el 13/12/93, en el punto G del capítulo titulado *Temas que deberán ser habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente*, enuncia el Ministerio Público como órgano extra-poderes, lo que se incorpora en el art. 3 ley 24.309, de tal manera que la convocatoria habilitaba la reforma con el objeto de que el Ministerio fuera un órgano de esa naturaleza.

Si bien el art. 120 lo llama “órgano independiente”, haber derivado a una ley la designación y remoción de sus miembros, pone dudas sobre dicha independencia, y por consiguiente sobre su capacidad moral de contralor. Si el presidente de la Nación designa y remueve a los miembros del Ministerio Público, es una ingenuidad pensar

que puede controlar al PE., cuando la estabilidad del fiscal depende del humor presidencial.

Por otro lado, no creemos que la ley pueda regular un sistema que garantice la independencia y la estabilidad plena de los miembros del Ministerio Público, pues para que ello ocurra debería incluirse a otros órganos en la designación y remoción de sus integrantes creando privilegios e inmunidades, distintos o mayores a los establecidos en la Constitución, lo que sería de dudosa constitucionalidad en razón del principio de supremacía (art. 31), de igualdad (art. 16) y de división de poderes (arts. 1, 75, 99, 116 y concs.) (70).

Conforme a lo expuesto y la dependencia que actualmente tiene el Ministerio Público del Poder Ejecutivo, debemos compartir lo que exponen Sabsay y Onaindía: “Dada la vaguedad de la norma en comentario, consideramos que puede en base a ella regularse un sistema de organización que afiance los lazos y la dependencia entre el Ministerio Público y el Poder Ejecutivo, porque este último podría ejercer las facultades exclusivas de designación y remoción, burlando de tal forma la independencia de la que se quiere dotar al órgano” (71).

La redacción del art. 120 nos hace pensar que la independencia del Ministerio Público es una expresión de deseos o una mera promesa. Es difícil confiar que pueda llevar adelante el control de legalidad sin presiones ni condicionamientos. Por las razones apuntadas, tampoco creemos que la legislación ordinaria pueda garantizarle la efectiva posición de “órgano extra-poderes” que pretendiera la ley 24.309.

4.3. Enrique Paixao dice: “El fortalecimiento del Congreso ha sido uno de los objetivos preferidos por el sistema de reformas conocido como Núcleo de Coincidencias Básicas” (72), con lo que justifica la creación constitucional de la Auditoría General de la Nación en el art. 85.

El párr. 1 de la norma citada asigna al Congreso el control externo del sector público en sus “aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos”. Entendemos que estamos ante una manifestación sobreabundante, por no decir una “perogrullada”, pues el Legislativo ya contaba en el art. 67 inc. 7 y 28, actual incs. 8 y 32, con las facultades para “aprobar o desistar la cuenta de inversión” y dictar las leyes “que sean convenientes” para ejecutar las atribuciones que le concede la Constitución.

Los restantes párrafos hacen referencia a la Auditoría General de la Nación (73), reservándole la producción de dictámenes sobre “el desempeño y situación general de la Administración Pública”, sobre los que se basará el “examen y opinión del Poder Legislativo”. Califica la norma constitucional a este organismo como de “asistencia técnica del Congreso” y le reconoce ‘autonomía funcional’, remitiendo su integración a lo que disponga la ley, “que deberá ser aprobada por mayoría absoluta

de los miembros de cada Cámara” y reservando la presidencia del organismo a la propuesta “del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso”.

La Auditoría General de la Nación es a nuestro entender un órgano del Congreso, al que bien puede llamárselo “órgano auxiliar”. Está dentro del Poder Legislativo y ejerce por delegación funciones que son naturales de este Poder (74), dependiendo del mismo para su integración.

De lo que exponemos, la efectiva función de control la realizará el Congreso con los dictámenes (entre otros elementos) que producirá la Auditoría, justificándose así su inclusión en la Constitución. Como dice Dalla Vía, “en la medida que contribuya a asegurar la función de control, esencial a la forma de gobierno, y tanto más cuando la complejidad del Estado contemporáneo requiere de instrumentos y técnicas actualizadas” (75).

Resta agregar que con la reserva hecha a la oposición para ocupar la presidencia de la Auditoría, para cumplir su objetivo la ley regulatoria deberá ser muy prudente en el caso de que la conducción sea colegiada (lo que presumimos), al fijar la cantidad de integrantes o auditores, sus atribuciones y forma de designación, pues de ello dependerá si efectivamente el “presidente opositor” tendrá gravitación o no en las decisiones del órgano (76).

4.4. El art. 114 crea el Consejo de la Magistratura, asignándole la Constitución dos funciones específicas: la selección de magistrados y la administración del Poder Judicial.

La norma constitucional deja a la legislación ordinaria la integración del Consejo, disponiendo como límite que “se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”. También será integrado “por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley”.

Estamos ante un órgano extra-poderes (77), cuya independencia con respecto a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial dependerá del respeto legislativo por el equilibrio que intenta el art. 114 en la integración del Consejo, de tal manera que la institución podrá ser juzgada con seriedad sólo una vez que se encuentre integrada. Actualmente tenemos una imagen opaca de independencia y de control efectivo pues se ha convertido en una “presa” que se disputan los partidos políticos de oposición y el gobierno (78).

Ricardo Haro, al referirse a la laxitud que tiene el texto constitucional, dice: “Esta ambigua impresión lamentablemente implica un factor disvalioso, pues ha quedado un amplio margen para la elaboración legislativa de la cual, en última instancia, dependerá que el Congreso se constituya en un órgano con mayor o menor

grado de autonomía de los poderes políticos..." (79).

El Consejo tiene atribuciones que son esencialmente de control: a) la propuesta de una terna vinculante al Ejecutivo para la designación de los jueces inferiores (incs. 1 y 2 del art. 114), y b) las facultades disciplinarias sobre los magistrados y la decisión de la apertura del procedimiento de remoción de ellos (incs. 4 y 5 art. 114).

En el primer caso, estamos ante un "control sobre la selección" que ejerce el Consejo sobre el Ejecutivo y, en el segundo caso, ante un "control reparativo o sancionatorio" que se ejerce sobre el judicial y afecta el privilegio de estabilidad. Si bien estas atribuciones son de superlativa importancia (recuérdese que una de ellas le fue sustraída a la Cámara de Diputados), saber sobre la integración periódica que tendrá el Consejo que permitirá conocer la eficacia o no del mecanismo del control. Mientras ello no ocurra no se podrá afirmar con seriedad que el consejo de Magistratura es efectivamente un órgano de control (80).

Sin perjuicio de lo dicho, Alberto A. Spota realiza una importante reflexión sobre la potestad del Consejo de la Magistratura para elevar los temas vinculantes al Ejecutivo con el objeto de la designación de magistrados. Dice: "La reflexión consiste en visualizar que, si bien las temáticas son vinculantes, el PE. no tiene la obligación de asumirlas y hacerlas propias, y enviarlas al Senado, como de primera impresión aparece. El PE. puede válidamente recibir la propuesta y darle curso. La vinculación hace a que el PE. no pueda alterar el orden de la temática totalmente. Este rechazo puede ser explícito o de hecho. No hay acción jurídica para obligar al PE. Podrá, en otra instancia, esa omisión ser casual para el juicio político, pero no es objeto de corrección jurídica. Tampoco impide que el PE., aun con acuerdo del Senado, detenga o no produzca el decreto de designación. Esa omisión tampoco es objeto de sanción o emplazamiento jurídico alguno..." (81). Concluye en que la cláusula constitucional tiene mucho menos operatividad real, "que aquélla que la opinión pública y científica suponen o pudieron suponer en su primer momento" (82).

El ejercicio del poder disciplinario, si bien no es un mecanismo de control, afecta de manera muy importante la independencia del Poder Judicial, que a los fines de la integración del Consejo no se debe perder de vista y valorar adecuadamente dicha atribución (83).

El Consejo de la Magistratura decidirá la "apertura del procedimiento de remoción de magistrados" y "formular la acusación correspondiente" (art. 114 inc. 5) que habilita la intervención del *Jurado de Enjuiciamiento* (art. 115), constituyendo un mecanismo complejo de control sobre el Poder Judicial, sustitutivo del juicio político. También la norma faculta al Consejo a "ordenar la suspensión" del magistrado lo que entenderemos como una facultad excesiva que perjudica grandemente el Poder Judicial, desequilibrando su posición en la tríada de los poderes (84).

El Consejo de la Magistratura ha nutrido sus atribuciones a costa del Poder

Legislativo (Cámara de Diputados) y del Poder Judicial. El primero, como ya lo dijimos antes, perdió su control sobre el Poder Judicial, sustitutivo de la amputación sufrida. Pero es el Poder Judicial el más sufriente, no porque perdió las facultades disciplinarias sobre sus magistrados solamente, sino también las de “administrar los recursos y ejecutar el presupuesto” (art. 114 inc. 3), lo que ha significado una importante mutación a su independencia.

4.5. La destitución de los magistrados judiciales ha quedado reservada a “un jurado de enjuiciamiento” (art. 115), que sustituye al Senado, siendo válido lo dicho precedentemente sobre la relación entre los poderes.

Este órgano también extra-poderes, quedando derivada su integración y el procedimiento a la misma ley que dispone el art. 114. No se expresa si será un órgano permanente o no. Paixao plantea ambas posibilidades, inclinándose porque deba constituirse *ad hoc* (85).

En definitiva, el jurado de enjuiciamiento es el ejercicio de una facultad de control, aunque sujeta a la iniciativa del Consejo de la Magistratura. De allí que la eficacia del control se encuentra sujeta al Consejo de la Magistratura y a la ley que disponga su integración. En este último caso, la Constitución ordena que el Jurado estará “integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal”, sin establecer las cantidades y proporcionalidades que tendrá la integración, lo que convierte al margen legislativo en sumamente amplio.

4.6. Por último, corresponde referirnos al Jefe de Gabinete (art. 100), al que no consideramos como órgano de control y mucho menos extra-poderes.

El constituyente Paixao afirma que “la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros, a la vez que la limitación del poder presidencial, debe ser considerado como un instrumento de la eficacia en la gestión pública” (86). También Dromi y Menem le atribuyen al Jefe de Gabinete la facultad de “atenuar el presidencialismo” (87). Cassagne dice que “la atribución del Congreso para remover al Jefe de Gabinete ‘por el voto de la mayoría absoluta de cualquiera de las Cámaras’ traduce otra atenuación del presidencialismo, ya que se trata de un órgano que goza de la confianza del presidente y actúa baso su dirección política y administrativa, que es posible remover discrecionalmente por el Congreso a través de una moción de censura. Y también, en este contexto de atenuación de los poderes del presidente, se ubica el deber del Jefe de Gabinete de concurrir al menos una vez por mes al Congreso para informar sobre la marcha del gobierno” (88).

No creemos que el Jefe de Gabinete sea un órgano de control del Presidente de la Nación. Tiene la misma naturaleza que los restantes ministros⁸⁹, excepto que sus funciones tienen rango constitucional, pero es elegido y removido de la misma forma (arts. 99 inc. 7; 53; 59 y 60). Sólo se prevé como originalidad, la remoción

por censura con el “voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras” (art. 101) y la concurrencia de por lo menos una vez al mes al Congreso de la Nación (art. 101).

La designación y permanencia en el cargo dependiente de la voluntad presidencial hacen imposible pensar que el Jefe de Gabinete pueda controlar al Presidente de la Nación, sea limitándolo o corrigiendo su voluntad.

Antes de la reforma, advertía sobre esta institución González Bergez diciendo “que lo que se propone es apenas una caricatura de aquellos sistemas (se refiere a los parlamentarios), de los que parece tenerse poca noticia. Porque el llamado ‘Jefe de Gabinete’ -extrema jibarización de la figura del primer ministro- será sólo un secretario del presidente, de confusa ubicación, con funciones de quinta rueda del carro, y cuya nominación no será atribución del Congreso sino exclusiva del presidente, el que podrá también despedirlo a discreción, como a cualquier otro secretario. Si bien un pronunciamiento parlamentario de censura significará su relevo, el mismo no tendrá eficacia si no reúne los votos positivos de la mayoría absoluta del total de los miembros de una y otra Cámara. Mayorías que muy difícilmente se darán, puesto que en las cláusulas pactadas todo está ajustado de modo que el titular del Poder Ejecutivo (el presidente por cierto) y las mayorías del Congreso, productos de elecciones simultáneas, pertenezcan al mismo partido” (90)

Sin perjuicio de lo transcripto precedentemente, cabe advertir que el “voto de censura” como medio para remover al Jefe de Gabinete no significa “darle una nueva facultad al Congreso”, pues mediante el juicio político ya podía remover a cualquier ministro e incluso al Jefe de Gabinete, por una causa “bien política” como lo es el mal desempeño, con una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, previa acusación con igual mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras que requiere la censura. Téngase presente que desde 1853 a la fecha no hubo destituciones de Ministros por juicio político, lo que nos hace dudar de que pueda darse la remoción del Jefe de Gabinete por decisión congresional.

Vanossi, luego de efectuar un acabado análisis sobre las profundas diferencias del Jefe de Gabinete de ministros con el sistema parlamentario, concluye en que “el sistema puede demostrar dos variables: puede ocurrir que funcione la figura del Jefe de Gabinete, o que no funcione. Si no funciona, esa hipótesis vendría a corroborar su innecesariedad; y si funciona, vamos a comprobar que desconcentra, pero no descentraliza. Es claro, por este reparto de competencias, que el Jefe de Gabinete desconcentrará funciones al presidente, pero no descentralizará el poder. La clave de la cuestión está en la descentralización. Y por lo tanto (y esta es mi conclusión final) la figura del jefe de gabinete no sirve para lo que realmente importaba, que era aumentar el control (o aumentar el rigor de un control desfalleciente) y procurar una mayor descentralización política. Así de sencillo (91).

Por mucho que andemos en doctrina, la realidad política ha situado en definitiva al Jefe de Gabinete como un ministro más. Así lo ha ubicado el Presidente de la República, cuando dijo que el poder de este funcionario "no es tan grande", para agregar que "Al fin de cuentas, el poder lo conserva el presidente" (92).

Estamos muy lejos del deseo de Pedro J. Frías⁹³ de que el Jefe de Gabinete atenúe el poder presidencial. Más que lejos, es sólo una optimista ilusión.

4. A modo de conclusión

El diseño estructural de la división de funciones mediante el sistema tripartito no ha sufrido importantes alteraciones en su manifestación original.

Lamentablemente, vemos que el contenido de aquella estructura ha tenido mutaciones que han perjudicado el equilibrio entre los poderes, afectando al sistema de controles inter-órganos, cuyo objeto fundamental era evitar la concentración del poder. De esta manera, ha quedado sujeto al improbable autolimitación del PE., tanto en el establecimiento de las políticas gubernamentales como en su ejecución.

Nuestro juicio puede ser calificado de apresurado (como ya se dijo anteriormente), al desconocerse cuál será la conducta legislativa que instrumentará el ejercicio pleno de las disposiciones constitucionales. Pero la experiencia de estos últimos años nos indica que mientras el Congreso ha estado en permanente debate, sin encontrar medios aptos tanto para ser órganos de orientación política como para ejercer un efectivo control, el PE. usó y abusó de facultades que excedieron los límites constitucionales.

La técnica poco feliz de sujetar cuestiones que hacen al ordenamiento estructural del Estado a cláusulas constitucionales abiertas promueve innecesarias improvisaciones y riesgosas conciliaciones políticas que pueden no satisfacer valores jurídicos. Mantener en los legisladores una permanente "atribución quasi-constituyente" es hacer protagonista a la sociedad argentina de la inseguridad jurídica.

Esta modalidad, que está más emparentada con culturas jurídicas ajenas a nuestros orígenes y desentendidas de nuestras valiosas (algunas veces tristes) experiencias, sólo puede crear tensiones en la dirigencia política que, consecuentemente, repercuten en la sociedad.

Las instituciones no deben improvisarse ni tampoco ser sometidas a experiencias permanentes, y menos aún la Constitución debe estar en el debate constante.

Los controles están debilitados y el Ejecutivo se ha fortalecido. Hay que pensar interpretaciones que beneficien la seguridad de los habitantes y que despersonalicen el poder, manteniendo vivo el espíritu de los constituyentes de 1853.

Este es el real desafío. No el dictado de leyes que deben cumplir con las asignaturas que ha dejado pendiente la Constituyente de 1994.

Notas

- (1) Corresponde recordar que el problema de la organización y distribución del poder no es una novedad de este siglo que termina; basta recordar a Platón en *La República* (vgr. Libro Tercero), Aristóteles en *La Política* (vrg. Libro Cuarto) y Cicerón en *Tratado de las Leyes* (vgr. Libro Tercero). Más próximo John Locke que, en el *Tratado del Gobierno Civil* a partir *De los fines de la Sociedad y del Gobierno* (Cap. VIII), se preocupa en explicar la distribución del poder; hasta Montesquieu que en el *Espíritu de las Leyes* decía: "Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones prácticas y el de juzgar los crímenes o las diferencias particulares".
- (2) BOFFI BOGGERO, Luis M. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la defensa del ordenamiento jurídico*, Ap. del Anuario V, Instituto de Derecho y Ciencia Política, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA), Rosario.
- Jorge Tristán Bosch destaca también que "es la Constitución de la República Argentina donde se ha hecho aplicación -conciente o no- más exacta del principio de la separación de los poderes tal cual lo entendió Montesquieu" (*Ensayo de interpretación de la Doctrina de la Separación de los Poderes*, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 170).
- (3) Conf. GONZALEZ, Joaquín V. *Manual de la constitución Argentina*, 23 ed., Bs. As., Estrada, s7f, ps. 266 y ss.; GONZALEZ CALDERON, Juan A. *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Ed. Lajouane, 1923, ps. 382 y ss.; MONTES DE OCA, Manuel A. *Lecciones de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As. Tipolitográfica La Buenos Aires, 1917, ps. 73 y ss.
- (4) ESTRADA, José M. *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*, Bs. As., Cía Sudamericana de billetes de banco, 1895, ps. 203 y ss.
- (5) QUIROGA LAVIE, Humberto, cuando describe el subprincipio de no concentración, aparte del art. 1 y del art. 29, incorpora los arts. 23, 95, 91, 79, 64, 34, 65 y 81 (*Derecho Constitucional*, Bs. As., Depalma, 1984, ps. 426 y ss.).
- (6) DE VEDIA, Agustín dice que el art. 29 "es como una protesta que se levanta del fondo de la historia" (*Constitución Argentina*, Bs. As., Imprenta y Casa Editora de Coni Hnos., 1907, p. 128).
- (7) No se puede dejar de hacer notar que SPOTA, Alberto A., aparte de la división de poderes en: *Congreso, Poder Ejecutivo y Poder Judicial*, señala que existen en la Constitución de 1853 otras divisiones: 1. La que separa el Poder Constituyente del Poder Constituido, y 2. La existente por la distribución de competencias entre el Estado Federal y los Estados Provinciales (*El principio de supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en ámbito del Poder Judicial Federal*, LL 1993-C-760). Es recomendable leer en la obra de BIDEGAIN, Carlos M. *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t III, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1986, ps. 133 y ss., la descripción que efectúa el autor sobre el sistema de frenos y contrapesos en la Constitución de 1853, aunque no compartimos como controles algunos de los que desarrolla.

- (8) En otra oportunidad nos dedicamos a este tema, a la que nos remitimos: SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. *El Senado de la nación: una institución de la República Argentina*, LL 21/7/94.
- (9) VILLEGAS, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Bs. As., Depalma, 1975, p. 623.
- (10) GONZALEZ CALDERON, Juan A. en ob. cit. t. III, p. 104, destaca que lo fundamental que tiene la Ley de Presupuesto es cuando dice que "la sanción anual de los gastos públicos del Congreso, el mejor y más práctico resorte o instrumento de defensa de que éste puede valerse para limitar y refrenar los avances del P.E., cuando se ha roto el equilibrio y la coordinación que entre estos poderes debe existir, según el espíritu y los designios de la Constitución...". En igual sentido ver: MATIENZO, José N.: *Lecciones de Derecho*, Bs. As. Ed. La facultad, 1926, ps. 362 y ss. Igualmente ver el relato que hace MASSINI, Juan A., *En torno a las sesiones extraordinarias y de prórroga del Congreso Nacional*, Revista de Derecho Parlamentario, nro. 1, Congreso de La Nación, Bs. As. 1987, sobre "cierre" del Congreso en 1908.
- (11) Ver SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. *Juicio Político o Juicio Público de Responsabilidad*, JA 1990-IV-900 y *El mal desempeño judicial; génesis y proyecciones*, JA 1992-III-723.
- (12) MOSCA, Carlos M. A. y SALVADORES DE ARZUADA, Carlos I. *La institución ministerial*, JA 1990-II-792.
- (13) MATIENZO, José N., ob. cit., p. 367.
- (14) BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Bs. As., Ediar, 1993, p 151.
- (15) Ob. cit., p. 136.
- (16) Pérez Guilhou, Dardo y otros. *Atribuciones del Congreso Argentino*, Bs. As., De Palma, 1986, p. 313.
- (17) PEREZ GUILHOU, Dardo y otros. *Atribuciones del Presidente Argentino*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 362.
- (18) Bidegain estima que a través del indulto y la commutación de penas se puede ejercer un limitado control e influencia sobre el Poder Judicial, ob. cit., p. 140.
- (19) No coincidimos con la doctrina de la Corte que reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de indultar a procesados (conf. "Áquino, Mercedes", JA 1993-I-45). Estimamos que ello es violatorio del ex art. 95, actual 109 y del ex art. 67, actual 75. Ver: IBARLUCIA, Emilio A. *Inconstitucionalidad de los Derechos de Indulto 1002/89, 1003/89 y 1004/89, DE 135-895*.
- (20) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t.9, Bs. As. Plus Ultra, 1987, p. 702.
- (21) PEREZ GUILHOU, Dardo, ob. cit.. nota 17, p. 311. La Corte en el caso "Yrigoyen" dice que el indulto es "el perdón de la pena acordado por el Poder Ejecutivo para suprimir o moderar en casos especiales el rigorismo excesivo de la ley". (Fallos 165-210).
- (22) GARCIA MARTINEZ, Roberto. *El indulto. Facultad Constitucional*, JA 1959-V-255. Advierto que este autor entiende que el presidente está facultado para indultar a procesados.
- (23) La Corte en *Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A.*" precisó que: "Cuales-

quiera sean las facultades del Poder Administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes no cabe admitir que sea de su resorte declarar la constitucionalidad de éstas, porque el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el Órgano Legislativo" (Fallos 264-243). Igualmente Carlos Fayt en *Romero Feris, Antonio v. Estado Nacional*, en disidencia dijo que en el sistema constitucional argentino los jueces son órganos de la representación popular, elegidos por el pueblo de modo directo y en tercer grado, cuya función es la de controlar la constitucionalidad de las leyes y velar por el pleno imperio de la Constitución Nacional (JA 1995-III-síntesis).

- (24) GONZALES CALDERON, Juan A. *No hay Justicia sin Libertad*, Bs. As. Víctor P. Zavalía, 1956, ps. 36 y ss. Ver igualmente en Carlos Fayt, *Supremacía Constitucional e Independencia de los Jueces*, Bs. As., Depalma, 1991.
- (25) Ver MORELLO, Augusto M. *La Corte Suprema. El aumento de su poder a través de nuevos e imprescindibles roles*, DE 112-972.
- (26) Fallos 241-296.
- (27) BOFFI BOGGERO, Luis M. en *Sociedad Española de Beneficencia*, sostuvo que la procedencia del amparo cuando un derecho constitucional es transgredido o se alzase contra él una amenaza de tal magnitud que lo ponga en peligro grave e inminente y que atento a ello "el amparo es medio idóneo contra las medidas de hecho por exorbitancia en las funciones asignadas al PE". (Fallos 257-57).
- (28) BOFFI BOGGERO, Luis M. *La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y su contribución al retorno integral a la República*, JA 1963-V-113.
- (29) Ley ésta de dudosa constitucionalidad tanto por su trámite legislativo como por el condicionamiento que le impuso a la Convención Constituyente para votar. En el mismo sentido ver: GELLI, María A. *Relación de poderes en la Reforma Constitucional de 1994*, LL 28/9/94; BADENI, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1994, ps. 114 y ss.; SAGUES, Néstor P. *Constitución de la Nación Argentina*, 2da. de. corr., Bs. As., Astrea, 1994, ps. 18 y ss.; SPOTA, Alberto A. *Facultades de la Convención Reformadora de la Constitución Nacional*, LL 25/4/94 y en "Origen y naturaleza del Poder Reformador en un Sistema de Constitución Rígida. El art. 30 de la Constitución" en *La Reforma Constitucional Argentina*, Bs. As., Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994, ps. 21 y ss.
- (30) GARCIA LEMA, Alberto y otros. *La Reforma de la Constitución*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 303.
- (31) ROMERO, Enrique C. *Derecho Constitucional*, t. I, Zavalía, 1975, ps. 173 y ss.
- (32) En el mismo sentido EKMEKDJIAN, Miguel A. en *Breves reflexiones sobre la Reforma Constitucional*. LL 18/11/94 dice que "Nuestra Constitución Nacional no deja lugar a dudas sobre la plena vigencia de ese principio republicano de la separación de poderes. Para citar sólo algunos textos que lo consagran, mencionaré a los arts. 1, 14, 29, 75, 99, 109, 116, etc.". GELLI, María A. en ob. cit. también dice: "En primer lugar y al no modificarse el art. 1, el sistema político continúa siendo representativo, republicano y federal según lo establece la Constitución, ahora reformada".
- (33) El el inc. 13 se sustituyó "oficiales superiores del Ejército y Armada" por 'oficiales superiores de las fuerzas armadas'.

- (34) Sagüés en la ob. cit., al anotar el art. 60, advierte que la Convención “nuevamente colocó la coma luego de ‘quedará’, ubicación que mantuvo hasta la reforma de 1860 y reemplazó la expresión ‘de la Nación’ por ‘en la Nación’”
- (35) DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo. *La Constitución Reformada*, Bs. As. Ciudad Argentina, 1994, p. 212.
- (36) Ver SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. *Juicio Político o Juicio de Responsabilidad*, JA 1990-IV-900 y *El mal desempeño judicial. Génesis y proyecciones*, JA 1992-III-723.
- (37) Ob. cit., p. 297. En otro sentido, cabe advertir que PAIXAO, Enrique y GARCÍA LEMA, Alberto, que se refieren al tema en *La reforma a la Constitución*, no mencionan siquiera la situación del Congreso ante la pérdida de este medio de control.
- (38) Fallos 268-352.
- (39) SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José M. *La Constitución de los argentinos*, Bs. As., Errepar, 1994, p. 252. Ver también la opinión de GELLI, María A. en la ob. cit. y de GONZALEZ BERGEZ, Pablo en *La Constitución y el intento de reforma*, Bs. As., Marymar, 1993, ps. 40 y ss.
- (40) Ob. cit., ps 381 y ss. No es muy diferente de la opinión de Dromi y Menem en la ob. cit. p. 338.
- (41) SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. *Apuntes sobre la Emergencia y la Suspensión de Juicios contra el Estado*, JA 1991-VI-895 y AMAYA, Jorge A. y SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos. *La Corte y la división de poderes*, LL 1992-E-825.
- (42) C. Nac. Seguridad Social, sala 2, 13/2/95, *Elkan, Tomás T. v. ANSeS s/Reajuste por Movilidad*. A pesar de ello el 27/2/95 se dicta el decreto 290/95 (B.O. 28.093, 1 sección, del 1/3/95), en el que también invoca atribuciones constitucionales, para realizar quitas a las remuneraciones de los empleados públicos. En el último considerando dice: “Que por lo expuesto la presente medida se dicta en acuerdo general de ministros siguiendo el procedimiento dispuesto en el inc. 3 art. 99 CN”.
- (43) BIDART CAMPOS, Germán. *La justicia independiente invalida un decreto de necesidad y urgencia que no era tal y que resultaba inconstitucional*, DE 6/4/95.
- (44) Ver igualmente TAWIL, Guido S., *Reforma constitucional y potestad reglamentaria de la administración*, LL, Actualidad, 22/9/94; GONZALEZ BERGEZ, Pablo. “Más poder para el Presidente”, *La Nación*, 6/4/94, p. 9; COMADIRA, Rodolfo J. *Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma Constitucional*, LL 24/3/95.

El profesor peruano Espinosa Saldaña Barrera, Eloy ha formulado una serie de inteligentes observaciones a la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, en el trabajo titulado: “Algunas reflexiones sobre los Decretos de Necesidad y Urgencia en el Texto Constitucional Argentino Reformado” en *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Bs. As., Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995, ps. 153 y ss. Dice el autor refiriéndose a las impresiones que, al enumerar las materias sobre las que no se pueden regular mediante estos decretos y no sobre las que son susceptibles de esta regulación, “la opción por el constituyente argentino es, sin duda, una de las fórmulas más amplias de habilitación al accionar del Ejecutivo que sobre este tema hemos encontrado en el Derecho Comparado...”, y que las pautas para ser expuestos a consideración del Congreso “son otro potencial punto de controversia:

pues el texto constitucional pareciera implícitamente reservar la determinación sobre cuando estamos frente a uno de ellos (y por lo tanto, norma susceptible de muy especial revisión parlamentaria) a la discrecionalidad del Ejecutivo (muy propiamente de su Jefe de Ministros o Ministro Coordinador) y no del Congreso, con lo cual se produce la paradójica situación de que es la instancia cuyos actos son sometidos a control, la encargada de establecer en qué casos puede ser controlada”, y destaca la gravedad de esta circunstancia, citando a Ferreira Rubio y Goretti, que comprobaron que el 48 % de los decretos de necesidad y urgencia dictados entre 1989 y 1993 el gobierno no mencionó este carácter.

- (45) Conf. GORETTI, Mateo en la conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, con motivo del encuentro *Gobierno por Decreto*, organizado por el Centro de Estudios para las Políticas Públicas Aplicadas (*La Nación*, 7/11/94, p. 5).
- (46) Compartimos plenamente lo expuesto en este sentido por Ekmekdjian en la ob. cit. en cuanto dice: “Los decretos leyes sólo pueden ser admitidos sin afectar el equilibrio de los poderes, en un sistema parlamentario o semiparlamentario. En ellos, el PE. (Primer Ministro y su Gabinete) tiene responsabilidad política ante el Poder Legislativo -en consecuencia- éste puede remover el gabinete mediante la moción de censura...”, a esto habría que agregar la “identidad política” permanente que existe entre los miembros del Gabinete y el Parlamento.

Ver igualmente las comparaciones que efectúan Sabsay y Onaindía (ob. cit., ps. 302 y ss.) con los sistemas español e italiano.

- (47) El art. 76 y el art. 100 inc. 12 se integraron con la Disposición Transitoria Octava que dice: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.
- (48) Ob. cit., p. 43.
- (49) Idem, p. 280.
- (50) Intervención de García Lema en la Convención, transcripta de Vidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. IV, Bs. As., Ediar, 1995, p. 609.
- (51) La Corte, en *Delfino y Cía.*, Fallos 148-430, había dicho: “Que ciertamente, el Congreso no puede delegar en el PE. o en otro departamento de la Administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es ése un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29”; en *Prático v. Basso y cía.*, Fallos 246-345, dijo que “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán los hechos, no puede juzgarse inválido en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que quedan libradas al arbitrio razonable del Órgano Ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (ver sobre este punto: Cámara de Diputados, t. XI, p. 828). Y ello, habida cuenta de que, en tales supuestos ese Órgano no recibe una delegación proscripta por los principios consti-

- tucionales, sino que, al contrario, es habilitado por el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86 inc. 2), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo (Fallos 148-430 consids. 12 y 15) (52) SAGUES, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As., Astrea, 1993, p. 466, dice que la delegación propia: "violenta el principio de corrección funcional ya que las leyes deben ser dictadas por quien la Constitución indica, y no por el presidente... Lo importante es comprobar que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha refrendado numerosos casos de decretos delegados, tales como los que eran definidos ciertas conductas punibles (*Delfino*, Fallos 148-430)... En síntesis, hay una regla de derecho consuetudinario constitucional que ha adosado al art. 67 la atribución del Congreso a delegar en el presidente roles legislativos y al art. 86 inc. 2, de la Constitución, la facultad presidencial de dictar decretos en materia de legislación siempre que sean de asuntos determinados, no importen cesión o transferencia perpetua, e incluyan ciertas directrices acerca de cómo debe legislar el presidente. La regla de derecho consuetudinario no es clara sobre los topes de la delegación, tal que varias sentencias de la Corte Suprema han consentido delegaciones en sentido amplio (Fallos 300-272; 270-47; 218-331; 243-276 y 304-440)". Asimismo, ver en BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., t. II, ps. 30 y ss., el principio general para la validez de la delegación impropia, sin perjuicio de advertir sobre la inconstitucionalidad de la delegación propia.

Por otra parte, Sabsay y Onaindía, en la ob. cit., ps. 237 y ss., comentan el caso *Cocchia, Jorge v. Estado Nacional*, del 2/12/93, afirmando que la Corte reconoció de hecho el otorgamiento de la delegación legislativa propia que le efectuó el Congreso al Ejecutivo. Fundan este juicio en que "quedan trastocadas todas las exigencias que tanto el derecho comparado como la jurisprudencia anterior de la Corte establecía en la materia. Así como normas habilitantes se hace alusión a leyes generales sancionadas tres años antes del dictado del cuestionado decreto en las cuales, por otra parte, no se hace referencia alguna a la materia objetivo del mismo. De modo tal que se ha permitido el traspaso de una importante porción de la competencia del legislativo. Se trata, nada menos, que de la potestad de reglamentar derechos reconocidos en el art. 14 bis de la Constitución.

Coincidimos con la disidencia de los Dres. Fayt y Belluscio en el caso *Cocchia*, en cuanto dicen que "En los regímenes de ejecutivo de origen presidencialista, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan, aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general, la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no obtiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del Órgano Ejecutivo es evidente que ha muerto el Estado Constitucional de Derecho". Igualmente "En los Estados Unidos se ha entendido siempre que la delegación del Poder Legislativo está prohibida ya que la Constitución atribuye dicho poder a los órganos legislativos federales y de los Estados en conformidad con el principio de *delegatus non potest delegare*. Dado que es el pueblo como poder constituyente quien ha conferido al Congreso el Poder Legislativo, no se puede permitir que ésta renuncie a él o lo transfiera a otras instancias" (GEOFFREY MARSHALL, *Teoría Constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, p. 151).

- (53) Ob. cit., t. VI, p. 344.

- (54) Cabe recordar que la Corte ya había interpretado que procedía la declaración de inconstitucionalidad en el caso *Peralta*, JA 1991-II-556. Con anterioridad BOFFI BOGGERO, Luis M. en *Luis Leguiza v. Nación Argentina* (Fallos 264-47) sostuvo que no había obstáculo en el habeas corpus y amparo para declarar inconstitucionalidades de leyes y decretos para la protección de los derechos humanos. Ver también nota 27.
- (55) Ver SAGUES, Néstor P. *Amparo, Habeas Data y Habeas Corpus*, LL 7/10/94; CARATTONI, Marcelo G.M. *El amparo en la Reforma Constitucional de 1994*, LL 17/2/95; ITZCOVIHC GIROT, Alejandro *Habeas Data. Un gran paso y una tarea pendiente*, LL, Actualidad, 27/10/94; QUIROGA LAVIE, Humberto en *La Reforma de la Constitución*, ps. 110 y ss.
- (56) Dice Osvaldo A. Gozaíni que el ámbito del *habeas data* se ocupa no sólo de "la información con que los demás cuentan sobre nuestras personas sino, antes que nada, el control que tenemos para regular el acceso, veracidad y permanencia de estos registros" (*Comentarios a la Reforma Constitucional*, p. 55).
- (57) DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, ob. cit., ps. 79 y 80, ver también ps. 32 y 90.
- (58) Ob. cit., ps. 267 y ss.
- (59) Ob. cit., t. VI, p. 475 y en *Comentarios a la Reforma Constitucional*, p. 240.
- (60) Ver uno de los primeros trabajos sobre el tema: PADILLA, Miguel M., *La Constitución del Comisionado Parlamentario*, Bs. As., Plus Ultra, 1972.
- (61) Se debe tener presente que la Institución tuvo su incorporación mediante la ley 24.284 (LA 1993-C-3146) sancionada 1993.
- (62) Ob. cit., en nota 54, p. 268.
- (63) Ob. cit., ps. 259 y ss.
- (64) Ob. cit., t VI, p. 482.
- (65) Creemos que es así, pues la misión que le da el art. 86 al Defensor es una derivación de las facultades del Congreso, reguladas en el art. 75, incs. 23 y 32.
Desde otro punto de vista DROMI Y MENEM Ob. cit., p. 301) ubican a la institución "dentro del Congreso de la Nación... El Defensor del Pueblo, el 'ombudsman', no tiene personalidad jurídica propia, no es una entidad jurídica, no es una persona de derecho, no es un ente demandable, no es un nuevo poder, no es un órgano extrapoder; es un órgano independiente, pero independiente funcionalmente que está instituido en la órbita del Congreso de la Nación...".
- (66) El Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, dispuso "Que atento a lo dispuesto por los arts. 86 CN., y 14, 16, 21 inc. b ley 24.284, modificada por la ley 24.379, el Defensor del Pueblo carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en trámite" (Corte Sup., 24/3/95, *Friás Molina, Nélida v. Instituto Nac. de Previsión Social*, JA 1995-III-187).
- (67) Ob. cit., ps. 278 y ss.
- (68) El Despacho de Comisión preveía que el Procurador General lo designaba el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado, pero sin la exigencia de los 2/3 de los votos de los presentes y a los fiscales los designaba el Procurador mediante un sistema de concurso. A pesar de ello, este despacho fue reemplazado por otro acordado entre los bloques mayoritarios que "resumía notablemente la extensión del despacho de comisión".
- (69) SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. y BELLATTI, Carlos A., *Algunas cuestiones*

nes sobre el Ministerio Público, JA 1990-III-534.

- (70) La Corte en *Molinas, Ricardo v. Poder Ejecutivo Nacional*, JA 1991-IV-253, declaró inconstitucional la extensión legal del juicio político, por acordarle al funcionario una estabilidad no prevista por la misma Constitución. Cabe destacar que Bidart Campos (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, Bs. As., Ediar, 1993, p. 260) dice que la competencia del Congreso para la organización de la justicia federal “habilita holgadamente a la ley para incluir a los miembros de dicho Ministerio Público como funcionarios que sólo pueden ser removidos de sus cargos mediante juicio político”, en razón de que el autor considera al Ministerio Público “como adscripto al Poder Judicial o como parte de él”. Estimamos que con la reforma, lo expuesto no resulta válido, pues el Ministerio Público es regulado como órgano extrapoder. Por consiguiente, por regulación infraconstitucional no se pueden crear mecanismos de designación y remoción que involucren a los otros poderes ni importen privilegios.
- (71) Ob. cit., p 361. Estimamos que abona aún más lo dicho por los autores citados, la conducta que lleva a cabo el Procurador General (designado actualmente por el presidente de la República), al separar a los fiscales de las causas que tienen normal y regularmente a su cargo (ver *La Nación*, 30/7/95, p. 21).
- (72) *La Reforma de la Constitución*, ps. 449 y ss.
- (73) Téngase presente que la Auditoría General de la Nación ya se encontraba creada por ley 24.156.
- (74) Ver el análisis que realiza DALLA VIA, Alberto R., “La Auditoría General de la Nación en la Constitución Nacional reformada en 1994” en *Comentarios a la Reforma Constitucional*, ps. 75 y ss.

Bidart Campos sostiene que la Auditoría como ‘un órgano burocrático del Congreso’ (vgr. ob. cit., p. 295).

- (75) Ob. cit., p. 78.
- (76) En igual sentido BIDART CAMPOS, ob. cit., t. VI, p. 479.
- (77) Compartimos lo que dice Spota, Alberto en “Designación y remoción de magistrados” en *Comentarios a la Reforma Constitucional*, ps. 151 y ss., al calificar al Consejo como órgano extra-poder, a pesar de encontrarse regulado dentro de la Secc. III *Del Poder Judicial*, Cap. I, titulado “De su naturaleza y duración”, agregando que “del texto del art. 114 no surge para nada que ese órgano integre el Poder Judicial. Ello por cuanto el actual art. 108, antiguo 94 de la Constitución según texto de 1853/60, se mantiene idéntico”. Ver GENTILE, Jorge H., *La justicia en la Constitución Reformada*, LL 21/11/94.
- (78) Ver *La Nación* del 5/12/94, p. 3; del 19/6/95, p. 5; del 7/8/95, p. 5, entre otras notas periodísticas.
- (79) HARO, Ricardo, “Reflexiones en torno del Consejo de la Magistratura en la Reforma Constitucional”, en *Comentarios a la Reforma Constitucional*, ps. 128 y ss. Igualmente, JEANNERET de PEREZ CORTÉS, María dice que “para asegurar la independencia judicial es indudable que será decisiva la ley en que se precise la integración -en el número y en la forma- del Consejo de la Magistratura”. (*El ejercicio de facultades disciplinarias por el Consejo de la Magistratura y la independencia del Poder Judicial*, LL 4/11/94).

- (80) Sin perjuicio de las dudas que dejan las notas periodísticas, sobre la integración del Consejo de la Magistratura, más nos intranquiliza cuando dice Paixao, Enrique que "el texto constitucional evita -deliberadamente- fijar la composición del órgano, y hace posible que la ley resuelva con menor rigidez el punto. La serena y prudente reflexión -y la consiguiente experiencia de aplicación- han de jugar un papel decisivo en la composición del Consejo", p. 415, y Ortiz Pellegrini, Miguel dice que "el motivo por el cual se derivó a una ley especial la regulación de este instituto fue la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la integración de este cuerpo y la experiencia española que hace poco debía dictar una ley por la que modifican totalmente la integración del Consejo de la Magistratura. Es un instituto nuevo en nuestra realidad judicial, por ello debíamos evitar congelar una integración sobre la que pesaba la falla de consenso de sus autores y la falta de experiencia de nuestra sociedad; el resultado fue colocar algunas directivas y dejar el problema de la ley" (citado por Ricardo Haro en la ob. cit., p. 128). Esta falta de coincidencia en las razones de haber dejado "abierta" la disposición constitucional (ambos constituyentes eran del mismo partido político) es suficiente motivo de zozobra, aunque nos permitimos creer que las expresiones de Ortiz Pellegrini son las más cercanas a la realidad, así que no habiendo consenso en la Constituyente deberá encontrarse una solución en el Congreso. Ello pone en duda la previsión de la Comisión Reformadora para incorporar una institución como el Consejo de la Magistratura y sus consecuencias en la organización institucional, como también el conocimiento aislado que se tuvo de la institución y la repercusión de su inserción en un sistema institucional ajeno al europeo, o para ser más exactos distinto a la República Italiana. Esta infeliz modalidad de "cláusulas constitucionales abiertas" ha concluido por frustrar la "despolitización" que se buscaba en la designación de los jueces. Al haber facultado al Congreso para disponer la integración del Consejo de la Magistratura se concluyó por politizar altamente la institución, como resultado de buscar el consenso para la sanción de la ley regulatoria.
- (81) Ob. cit., p. 144.
- (82) Idem, p. 145.
- (83) Spota advierte sobre la incongruencia de haber incorporado una institución que no pertenece a nuestro sistema institucional. Y además dice que "consecuentemente, si se quiere encontrar un enorme error en el actual texto constitucional basta señalar el inc. 114 Constitución vigente. Este inciso y el anterior acaban totalmente, lo reitero, con la posible independencia del Poder Judicial" [ob. cit., nota 78, p. 147].
- (84) En igual sentido SPOTA, Alberto A., ob. cit.
- (85) Ob. cit., p. 439.
- (86) Ob. cit., p. 311.
- (87) Ob. cit., p. 352.
- (88) CASSAGNE, Juan C. *En torno al Jefe de Gabinete*, LL 5/12/94. FANELLI EVANS, Guillermo, *El Jefe de gabinete y demás Ministros del Poder Ejecutivo en la Constitución*, sostiene que se ha "dado un paso más hacia el parlamentarismo, al crear un funcionario dependiente del PE. removible por el Congreso.
- (89) En otra oportunidad, dijimos que el Ministerio es "una institución autónoma que integra el Órgano Ejecutivo, que participa en la decisión política, quedando a mitad de

camino entre el sistema parlamentario y el presidencial, con su sistema de responsabilidad particular tanto exigible por el presidente como por el Congreso, con la consecuencia de la remoción”(MOSCA, Carlos A. y SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I, *La Institución Ministerial*, JA 1990-II-1972).

- (90) GONZALEZ BERGEZ, Pablo. “Diletantismo Constitucional y Jefe de Gabinete”, *La Nación*, 11/3/94., p. 7.
- (91) VANOSSI, Jorge R. “¿Régimen mixto o sistema híbrido?” en *Comentarios de la Reforma Constitucional*, p. 348.
- (92) *La Nación*, 8/7/95, p. 10.
- (93) FRIAS, Pedro J. *Los valores sociales en la Constitución Reformada*, LL 14/10/94.