

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA REFORMA DE 1994. PROBLEMAS DEL MENSAJE Y SUS RECEPTORES EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

MAURO BENENTE *

INTRODUCCIÓN

En 1994 la Constitución redactada en 1853 sufrió una profunda reforma. Se agregó un nuevo capítulo de derechos y garantías, se constitucionalizaron instituciones como la del defensor del pueblo, el Consejo de la Magistratura, se le dio un nuevo *status* jurídico a la Ciudad de Buenos Aires, se acortaron los mandatos y se modificó el sistema de elección de los senadores y del Poder Ejecutivo, etc., todas reformas que pueden percibirse desconociendo el texto constitucional. La práctica institucional tiene al Consejo de la Magistratura en funciones, al defensor del pueblo recibiendo denuncias, los ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires eligiendo a su jefe de gobierno, y así. Ahora bien, hacia 1990 el hiperpresidencialismo se potenció con una práctica antes excepcional pero a partir de entonces cotidiana: el presidente de la Nación comenzó a legislar a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia.

La reforma de 1994 se ha hecho cargo de la proliferación de estos decretos, a través de su regulación en el art. 99, inc. 3°. Empero, y a diferencia de otros institutos modificados o incorporados en 1994, la regulación constitucional no se refleja en la vida institucional: el dictado de decretos de necesidad y urgencia que la Reforma diseñó como excepcional sigue siendo una práctica cotidiana. No existen indicios que nos permitan afirmar que lo plasmado en el papel se mudó a la realidad.

Si traducimos el producto de la reforma constitucional (un texto modificado) en términos de una situación comunicacional, fácil es advertir que el *emi-*

* Agradezco los comentarios de Roberto Campos, Flavia Lamarre y, muy especialmente, de Cecilia Hopp y Claudio Cavallo. Además, cualquier crítica siempre es bienvenida: maurobenente@yahoo.com.

sor es la Convención Constituyente; el *mensaje* es aquello que quiere comunicarse y el *medio* por el cual éste se transmite es obviamente el papel ¹; pero ¿qué hay de los *receptores*? ¿Hacia quiénes se dirige una reforma constitucional? ¿Hacia los poderes? ¿Hacia uno de ellos? ¿Hacia toda la sociedad? ¿Qué hay del mensaje? ¿Puede ser independiente del sujeto receptor? ¿Tienen los caracteres de su receptor relevancia al momento de su aplicación?

Tras determinar que los receptores de las normas constitucionales son los jueces, el trabajo quedará separado en dos partes. En la primera sostendré que, en principio, el control judicial de constitucionalidad es una actividad contramayoritaria. Para hacerlo, tomaré el caso del aborto como un ejemplo dramático en el cual los tribunales han despreciado decisiones mayoritarias e, indagaré sobre los orígenes históricos y teóricos del control de constitucionalidad, efectuando también, una referencia de la situación actual. En la segunda parte diré que, como caso excepcional, el control judicial de los decretos de necesidad y urgencia es una actividad que robustece el sistema democrático, pero que dado el mensaje constitucional del art. 99, inc. 3º, CN, nada puede esperarse del mencionado contralor. Por último, esbozaré unas palabras finales, que anticipo, nada tienen de conclusión.

Antes de comenzar con el desarrollo del artículo, quisiera realizar una importante aclaración, que espero, sea retenida por el lector o la lectora. Mi labor está atravesada, de modo más potente en algunos pasajes y más débil en otros, por la tradición filosófica analítica. Debo decir que no me siento atraído por ésta (aunque tampoco repelido) pero, su utilización obedece a motivos estratégicos. Según entiendo, la mayoría de los autores que escribe sobre el tema de mi ensayo son (muchos tal vez sin saberlo) analíticos, por lo que mi intención será proponer que, aun trabajando con esta tradición filosófica, las cosas podrían haberse realizado un poquito mejor.

¹ Que el medio sea un papel nos introduce en la pregunta, que excede este trabajo, pero que no hay que dejar de hacerse, de qué pasa si estos papeles se incendian. Una respuesta afín al materialismo histórico puede encontrarse en LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1964.

PRIMERA PARTE

Receptores

*“Podemos considerar, si así nos place,
que la labor del juez es como la del traductor,
la interpretación de mensajes
y símbolos que vienen del exterior.
Sin embargo, no impondremos esta labor
a hombres que no se hayan impregnado
con el espíritu del lenguaje que tienen que traducir,
o no se hayan llenado de amor por él”.*
(Benjamín Nathan Cardozo)

I. EN BUSCA DE LOS RECEPTORES

1. Un ejemplo didáctico

A Juan, un niño de ocho años, le encanta jugar con su pelota en el parque de su casa y más ahora que practica puntería contra una silla. Se coloca a unos cinco metros del mencionado mueble que ubica en medio de dos grandes hibiscos, apunta al blanco que dibujó en su respaldo y pateo. La madre, cansada de juntar las flores producto de la mala puntería del pequeño Juan, le exigió que practicase puntería lejos de las plantas, ya que de lo contrario avisaría a su padre. Para evitar potenciales inconvenientes la madre escribió la advertencia en un papel.

En términos comunicativos la madre es la emisora, el medio es el papel y en el mensaje se advierte una exigencia (siguiendo a Kelsen podríamos hablar de un deber jurídico) so pena avisarle a su padre (sanción, si se quiere); pensamos luego en el sujeto receptor que aquí parecería ser Juan ².

Al día siguiente Juan volvió a practicar puntería ubicando la silla en el mismo lugar y colocándose éste a unos cinco metros de aquélla. Cuando su madre regresó del trabajo, observó una gran cantidad de flores por el piso. Inmediatamente llamó a Juan y a Luis, su padre. La madre explicó a éste los hechos y le entregó el papel donde constaba el texto escrito con la exigencia ya mencionada (el mensaje). Luis y su hijo sonrieron y no pasó a mayores. Aquí el receptor del mensaje parece ser Luis.

La madre, descontenta con la situación, requirió a Juan que practicase puntería lejos de las plantas de lo contrario avisaría a su padre para que éste lo castigase. Padre e hijo asintieron.

² Pido disculpas por el resabio machista que tiene el ejemplo por poner a la figura masculina como la decisoria. Perfectamente el ejemplo podría invertir los roles.

Al día siguiente Juan volvió a practicar exactamente en el mismo lugar. Cuando su madre volvió de hacer compras, la práctica concluyó de modo poco feliz y ambos esperaron a Luis callados y cruzados de brazos.

Tras escuchar lo sucedido y luego de analizar la situación, Luis condenó a Juan a recibir 1/4 menos de las cuatro bochas de helado que tras la cena Juan solía comer. La madre, disconforme con lo sucedido, en especial por pensar que Luis estaba siendo compinche de Juan, redacta, en presencia y de conformidad con ambos, una nueva normativa que estipula que si Juan practica puntería cerca de las plantas no comerá helado por un mes.

Al día siguiente Juan volvió a jugar en las mismas condiciones y la madre sabía que no se salvaría. Cuando el Luis regresó, la madre le informó acerca de la situación y le entregó el nuevo mensaje. Aquí el receptor parece ser nuevamente Luis.

Luis analiza nuevamente la situación y decide salir al parque para constatar la ubicación de la tan famosa silla y concluye que en realidad ella no estaba cerca de los hibiscos, por lo que no debía suspenderle al niño la ingesta del helado, sino que había que reponerle el cuarto de bocha anteriormente retirada, ya que tal sanción había sido injustificada: Juan nunca había jugado cerca de las plantas. Cansada por la situación, la madre redacta un nuevo texto que prescribe que si Juan vuelve practicar puntería en cualquier lugar del parque no podrá comer helado por un año. Juan y Luis, riendo, consienten. La madre parecía conforme.

Al día siguiente, cuando la madre regresa del trabajo se encuentra con un pasacalle que dice: “Aquí torneo de puntería” y una flecha que indicaba la puerta de su casa. A toda velocidad abre la puerta, entra, tropieza con un mueble, pero no importa, tiene que llegar al parque. Una vez allí contempla la situación: una silla, entre dos hibiscos que ya no son y una fila de siete niños esperando por patear. Tras haber sido echadas todas las criaturas, quedan la madre, Juan y Luis; la primera le entrega el mensaje a este último en espera de la sentencia. No quedan dudas de que es Luis el receptor del mensaje. El padre, tras un momento de meditación, concluye que el pequeño Juan no debe sufrir el castigo, ya que lo prohibido era practicar y lo que se había desarrollado era un torneo, no una mera práctica.

En el ejemplo queda clara la necesidad de atender a ciertas cuestiones que hacen al receptor y al mensaje en función de éste, para que el contenido del mensaje sea eficaz, entendiendo por eficaz que éste sea aplicado del modo que más se asemeje a la voluntad de quien lo emitió.

— En cuanto al receptor, en este caso Luis, es importante tener en cuenta qué tipo de padre es, en este caso muy compinche con su hijo. Un padre más estricto, tal vez no ante el primer mensaje, pero sí ante el segundo, hubiese aplicado algún castigo (tal cual la madre hubiese querido).

— En cuanto a la redacción del mensaje vemos que no es lo mismo cualquier tipo de padre en el lugar del receptor. Las soluciones hubieran sido diferentes ante un Luis estricto con su hijo, pero también hubieran sido distintas si el mensaje hubiese sido lo suficientemente detallado, de modo tal que la expresión de voluntad allí plasmada hubiere sido insusceptible de manipulación.

Como queda demostrado, es menester tener en cuenta las características del receptor a la hora de elaborar el mensaje, si es que se quiere que llegue a tener cierta eficacia. En este ejemplo cotidiano una redacción pensada en función de la relación entre Luis (el receptor) y su hijo es muy probable que se hubiese aplicado en algunas de las tantas oportunidades en las cuales fracasó.

2. Las leyes y sus destinatarios

¿A quién se dirige el art. 79, CPen., cuando prescribe que “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”? Si bien a primera vista podríamos afirmar que está dirigido a la sociedad en su conjunto, si pensamos en el ejemplo anterior sabremos que no está dirigido a Juan sino a Luis. El artículo citado está dirigido a los jueces, éstos son los receptores del mensaje que en el caso del art. 79, CPen., emana del legislador, que debe ser lo más claro posible (algo que cuando del lenguaje se trata es casi un imposible) a fin de que su aplicación refleje su voluntad y sólo su voluntad.

Alf Ross, iusfilósofo de origen escandinavo que presenta su teoría como una síntesis entre el realismo psicológico y el realismo conductista³, separa las normas jurídicas en normas de conducta, que prescriben una cierta línea de acción, y normas de competencia que crean atribuciones a los diferentes órganos de gobierno. Tras esta distinción afirma que “Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. La directiva al particular está implícita en el hecho de que éste conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales... Las normas del derecho penal están redactadas de esta manera. Ellas no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio; simplemente indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de esa índole”⁴.

En este orden de ideas, la doctrina penal suele distinguir entre ley penal y norma penal. En los tipos activos, la ley penal es el texto escrito, mientras que

³ Véase ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

⁴ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 59.

la norma penal es el mandato prohibitivo que se deduce de la ley, v.gr., de la ley penal “el que matare a otro” se deduce la norma penal “no matarás”⁵.

Si bien la postura de Ross se enmarca dentro de su realismo ecléctico, según el cual el derecho vigente es lo que los jueces dicen que es o lo que probablemente dirán sobre la base de sus ideas (que son producto de un contexto social determinado), queda claro que volviendo al ejemplo anteriormente propuesto, la directiva, el mensaje, tenía como receptor a Luis y en tal caso el pequeño Juan podría inferir qué decisión éste tomaría.

Hasta aquí hemos visto que hay un órgano (el legislativo o el constituyente) que emite un mensaje a otro (el judicial) a fin de que sea aplicado. Pero bien podría suceder que todo quedase dentro de un mismo órgano, es decir que el legislativo dicte el mensaje y que sea él quien lo aplique. Ahora, ¿qué consecuencias traería esto? (además de destruir nuestra relación comunicacional).

3. La necesaria separación entre quien emite y quien aplica

Volvamos por un instante al ejemplo doméstico ya mencionado. Pensemos que la madre en lugar de recurrir al padre en busca de algún castigo, hubiese estipulado (con el objetivo de atemorizar al niño) que en caso de que éste volviese a jugar le rompería las piernas con un hacha.

Supongamos que el niño juega nuevamente. Es obvio que la madre no le romperá las piernas. Le quitará su pelota, le suspenderá el helado, le prohibirá ver la televisión, en otras palabras le cambiará la sanción, violará el principio de legalidad.

Pensemos ahora que un órgano se atribuye la emisión y aplicación o no de las normas y estaremos pensando en un absolutismo. “El gobernante absoluto, dueño de la vida y hacienda de sus súbditos, a quienes manda y juzga simultáneamente, no genera derecho, al menos en el sentido actual del término... Las normas como mandato⁶ no son la expresión de su voluntad, sino su voluntad misma. Es decir, no es una norma lo que nos obliga, en cuanto tal, sino la propia voluntad del soberano, que con la misma autoridad con que manda puede liberar de la obligación o indultar su incumplimiento, o, por el contrario, considerar que el incumplimiento no es el adecuado y sancionar a pesar del mismo”⁷.

La solución encontrada para no quedar sujetos a la voluntad directa de un soberano ha sido separar las funciones de emisión y de aplicación de las normas, ya

⁵ Véase ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, § 22 y 23.

⁶ Definir, como hace Austin, a la norma como mandato es representarla como un deseo de acción o abstención dirigido a una persona, susceptible de sufrir un daño en caso de incumplimiento.

⁷ RUSSO, Eduardo Á., *Teoría general del derecho, en la modernidad y en la posmodernidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 310.

que la norma se objetiva, no hay un sometimiento a una voluntad sino a una expresión de voluntad. En palabras de Russo: “La separación entre ambos poderes constituye, a nuestro juicio, una característica definitoria de derecho en el sentido contemporáneo del término... La aparición del poder delegado y autónomo con facultades de aplicar y, por ende, de interpretar mandatos del poder originario, objetiviza la norma y permite introducir la noción de *legalidad*”⁸.

4. Recapitulando

Una vez que ha quedado más que claro que las leyes tenidas como mensajes tienen como receptor al Poder Judicial y que la separación de poderes que hace posible la situación comunicacional es por el momento la única solución al absolutismo, es el momento de analizar las características los receptores.

¿Se le puede dar cualquier mensaje los jueces? ¿Pueden los jueces anular el mensaje? Si pueden, ¿siempre o sólo excepcionalmente? Antes de responder a estas preguntas es menester la caracterización de dichos personajes.

En los próximos párrafos realizaré un extenso análisis de la función judicial, en especial del control de constitucionalidad, enmarcado dentro de un sistema democrático.

II. ¿QUIÉN Y CÓMO SE DECIDE?

1. Introducción

Creo que todos o la mayoría de nosotros tiene algo que decir respecto del aborto. Unos estarán a favor, otros de acuerdo sólo en algunos casos excepcionales, otros en contra en absolutamente todas las circunstancias; pero es muy probable que todos queramos señalar algo al respecto.

De acuerdo con la teoría deliberativa de la democracia, las decisiones políticas deben estar precedidas por un robusto debate. Con el objetivo de encontrar una decisión imparcial⁹, se propone que todos los posibles afectados por la decisión puedan opinar y discutir sobre el tema en cuestión¹⁰. Si todos y cada

⁸ RUSSO, Eduardo Á., *Teoría general del derecho...*, cit., p. 311.

⁹ Una decisión es imparcial cuando se adopta no para beneficiar a un conjunto determinado de personas, sino porque se entiende que su contenido es el más justo, teniendo en cuenta todos los intereses involucrados. Conf. GARGARELLA, Roberto, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, ps. 324/326. En un escrito posterior, el mismo autor define las decisiones imparciales como aquellas que balancean adecuadamente los intereses de todos. Conf. “Constitución y democracia”, en AA.VV., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ Sobre el funcionamiento de la democracia deliberativa, ver NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984, cap. 8, y *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, en especial cap. 5.

uno de nosotros ha manifestado su postura sobre un determinado tema, en este caso el aborto, y se ha tomado una decisión luego de un provechoso debate, lo cierto es que la anulación judicial de tal decisión tendría graves problemas democráticos. No obstante, hay autores que sostienen que la legitimidad democrática de la revisión judicial de las leyes debe ser medida no en términos de cómo la democracia debería funcionar, sino en cómo funciona realmente ¹¹.

Pensemos, pues, que un proyecto de legislación sobre el aborto es enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, y que el partido A (partido que lidera el presidente de la Nación) más algunos pequeños partidos provinciales logra la mayoría requerida en ambas cámaras, el proyecto referido es promulgado y se convierte en ley.

Entiendo que el modelo deliberativo de la democracia es lo que más puede asimilarse a un autogobierno. En el segundo caso deciden nuestros representantes, o si se quiere, los que elegimos como representantes deciden por nosotros. Es real que no lo hacen como los representantes del derecho privado, ya que no hay un contrato de mandato; tampoco lo hacen como sujetos representativos de otros, en el sentido de guardar semejanzas con sus representados; pero sí lo hacen en el sentido de representantes responsables; responsables ante el electorado que en las elecciones decide su reelección o su abandono del cargo. Al decir de Sartori “La teoría electoral de la representación es, en efecto, la teoría de la representación responsable: su problema no es el de satisfacer el requisito de la semejanza, sino de asegurar la obligación de responder” ¹².

Si bien en Sartori la idea de representación responsable es central dado que para él la democracia sólo funciona a través de la representación, la posibilidad de que los ciudadanos no reelijan a quienes habían sido anteriormente electos, no es un dato menor. La tesis según la cual el representante rinde cuentas a los electores y éstos deciden sobre su reelección se conoce como voto retrospectivo ¹³.

Supongamos que en lo legislado respecto del aborto no se haya producido un gran debate, pues bien, quienes estén disconformes con quienes no abrieron

¹¹ Así Courtis afirma que “la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una ‘teoría pura’ de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político, y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces”. COURTIS, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en BERGALLI, Roberto - MARTYNIUK, Claudio, *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003, p. 321. En igual sentido, ABRAMOVICH, Víctor, *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación de la esfera política*, http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/derechos_humanos/archivos_eventos/acceso_justicia_esfera_politica.pdf.

¹² SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza, Buenos Aires, 1992, cap. 11, p. 233.

¹³ Conf. LUJAMBIO, Alonso, “Los problemas de la democracia según Gargarella”, *Revista Isonomía*, Méjico, abril 1995.

el debate, o con la decisión que algunos hayan tomado, o con la posición que otros hayan esgrimido sabrán qué hacer en las próximas elecciones, podrán hacer algo. Hay quienes podrán recordar más detalladamente lo sucedido y otros se acordarán menos, algunos votarán recordando “aquella postura respecto del aborto” y elegirán otras personas para que los representen o, por el contrario, reafirmarán su confianza debido a tal postura, pero podrán hacer algo. Más lejano que en el modelo de la democracia deliberativa, es verdad, pero el autogobierno está aun presente.

Pensemos ahora que la decisión está tomada, ya sea luego de un largo debate en el que todos hayan participado y se haya llegado a una decisión imparcial, o a través de un casi mecánico procedimiento legislativo.

2. “Roe v. Wade”

Hacia la década de 1970 regía en Texas una ley prohibía el aborto excepto para salvar la vida de la madre. Compartida o no, la ley había sido adoptada por legisladores de dicho Estado, electos por la población y responsables ante su electorado. Los disconformes con tal legislación podían concientizar, realizar manifestaciones y poner en funcionamiento otros mecanismos informales, pero además el sistema normativo le permitía soluciones: podían votar a otros representantes, podían apoyar a otros, podrían organizarse y, con el tiempo, presentarse a elecciones. El sistema democrático, tal como estaba institucionalizado, permitía a los disconformes hacer algo.

En 1973, en el caso “Roe v. Wade”¹⁴, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la norma mencionada. El *justice* Harry Blackmun escribió la sentencia de la mayoría de la Corte¹⁵ y sostuvo que el aborto se relacionaba con el derecho a la privacidad y que este derecho amparaba la decisión de la mujer respecto de la continuación o no de su embarazo.

Si pensamos en nuestro art. 19, 1ª parte¹⁶, que es el que parece consagrar el derecho a la autonomía personal¹⁷, se observa que la no-punicción del aborto no es claramente incompatible (ni tampoco claramente compatible) con dicho artículo. Lo único que queda claro es que la cuestión no es para nada clara. La pluma de Blackmun en “Roe v. Wade” tampoco nos da muchas certezas: “La

¹⁴ 410 US 113, 935 (1973).

¹⁵ Votaron de modo concurrente Potter Stewart y William Douglas. Votaron de modo disidente y de forma separada Bryon White y William Rehnquist.

¹⁶ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservados a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

¹⁷ Si bien entiendo que es erróneo asimilar el derecho a la privacidad con el derecho a la autonomía personal, para simplificar la cuestión y dado que la Corte de los EE.UU. parece tomarlos indistintamente, me permitiré hacerlo.

Constitución no menciona explícitamente ningún derecho de privacidad ... Pero la Corte ha reconocido que un derecho de privacidad personal, o una garantía de ciertas áreas o zonas de privacidad existan bajo la Constitución. En varios contextos, la Corte o ministros individualmente han encontrado afirmativamente por lo menos las raíces de ese derecho en la 1ª enmienda, en la 4ª y 5ª enmienda; en las penumbras de la declaración de derechos, ‘Griswold v. Connecticut’; en la 9ª enmienda; o en concepto de libertad garantizado en la secc. I de la 14ª enmienda. Esas decisiones hacen claro que sólo los derechos personales que pueden ser llamados ‘fundamentales’ o ‘implícitos en el concepto de libertad ordenada’ están incluidos en esta garantía de la privacidad personal. Ellas también sostienen claramente que el derecho tiene alguna extensión a actividades relativas al matrimonio, procreación, anticoncepción, relaciones familiares y la crianza y educación de los niños”¹⁸.

Veamos, el derecho a la privacidad no está previsto de manera expresa, está implícito, puede encontrarse en numerosos lugares de la Constitución de los Estados Unidos: en la 1ª enmienda¹⁹, en la 4ª²⁰, en al 5ª²¹, en la 9ª²² y en la secc. I de la 14ª²³ (*due process of law*). Es decir, para tomar un ejemplo, prohibir al Congreso adoptar una religión oficial o prohibir practicar libremente alguna, o coartar la libertad de palabra e imprenta o el derecho de reunión (1ª enmienda), lleva implícito el derecho a la privacidad. Todo esto parece demasiado forzado.

¹⁸ Voto del juez Blackmun en SOLA, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 598.

¹⁹ “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

²⁰ “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

²¹ “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

²² “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”.

²³ “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

Que una sola persona decida una cuestión tan compleja como la del aborto so pretexto de que una ley contradice un derecho que no está escrito, pero que a través de un ejercicio mental (que quien escribe desconoce) se lo encuentre y se señale que en realidad estaba implícito; que se resuelva sobre la base de un derecho del que desconocemos su extensión, ya que abarcaría tanto “actividades relativas al matrimonio” como la “educación de los niños”, creo que pone en jaque al sistema democrático.

Si bien la decisión ya resulta peligrosa desde el punto de vista democrático, el dispositivo no termina allí. No sólo se declara inconstitucional la Ley de Texas, sino que también se expone cuál sería la única regulación compatible con el tan versátil *due process of law*: 1) durante la etapa anterior al primer trimestre la decisión de abortar es exclusiva de la madre y del médico; 2) desde el tercer mes y hasta el séptimo, el Estado puede regular los procedimientos abortivos de modo razonable; 3) a partir del séptimo mes, que es el momento en el cual el feto puede vivir fuera del vientre materno, el Estado puede regular y aun prohibir el aborto, excepto cuando éste sea menester para salvar la vida de la madre. Aquí ya no sólo se hace un ejercicio mental para encontrar un derecho, sino que a partir de una cláusula que en algún momento fue utilizada para declarar inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba a diez horas diarias y sesenta semanales el trabajo de los panaderos²⁴ se establece cómo debería ser la resolución de la problemática del aborto. La Corte no sólo dispuso qué es lo que no se podía realizarse, sino que estipuló lo que se debía hacer. Todo esto se parece muy poco al autogobierno y también elimina las posibilidades de que los disconformes puedan, en algún momento, llevar a la práctica sus posturas.

Vale aclarar que la Corte de los Estados Unidos volvió a inmiscuirse en la temática del aborto en varias oportunidades. Por ejemplo, en “Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth”²⁵ se sostuvo que el consentimiento del marido o del padre de una menor de 18 años era inconstitucional por darles poder de veto. Luego en “Ohio v. Akron Center for Reproductive Health et al”²⁶ se aceptó la constitucionalidad de una ley que imponía la notificación del aborto a al menos uno de los padres y en “Jane Hodgson v. Minnesota et al”²⁷ se admitió la constitucionalidad de una ley imponía que la notificación debía hacerse a ambos.

²⁴ “Lochner v. New York”, 198 US 45 (1905).

²⁵ 428 US 52, 965 (1976).

²⁶ S. Ct. 1990 WL 84081 US.

²⁷ S. Ct. 1990 WL 84063 US.

3. Caso del aborto ²⁸

Hacia la década de 1970 en Alemania Occidental estaba prohibido el aborto en todos los casos, con la única excepción de peligro de la vida de la madre. El 21 de junio de 1974 el *Bundestag* (Dieta Federal o Cámara de Diputados) decide eliminar, a través de la V ley para la reforma del Código Penal, la punición del aborto en los casos de embarazo resultante de una violación, o practicado hasta la decimotercera semana, o ante riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada, o ante riesgos de que el niño sufra daños irreversibles.

Ante la promulgación de la ley, ciento treinta y nueve miembros del *Bundestag* y cinco *Bundesländer* (Estados Federados) promueven una revisión ante el Tribunal Constitucional alemán, para analizar la compatibilidad de la nueva legislación respecto de la Constitución de aquel país. La Corte, al analizar la compatibilidad de la eximisión de pena si el aborto era practicado dentro de las primeras doce semanas, declara la inconstitucionalidad de la norma.

En primer lugar, la Corte compara la nueva disposición legal con el art. 2º, secc. 2, CN, que dispone que “todos tienen derecho a la vida y a la inviolabilidad de la persona” y sostiene que la “vida, en el sentido de la existencia histórica de una persona, está claramente presente a partir de las catorce horas después de la concepción, tal como lo muestra el conocimiento preciso que proporcional la biología y la fisiología. ‘Todos’ en el sentido del art. 2º es todo ser humano que posee vida humana, así también el ser humano que aún no ha nacido” ²⁹.

Para la Corte alemana hay vida luego de las catorce horas de producida la concepción y hay derecho a tal vida. Ahora recordemos que la Corte de los Estados Unidos había resuelto la cuestión de una manera antagónica, declarando que cualquier regulación del aborto dentro de los primeros tres meses (doce semanas) era contraria al derecho a la privacidad, derecho no escrito pero sí implícito según el *justice* Blackmun. Pues bien, la Constitución alemana posee una cláusula que podríamos decir que consagra el derecho a la privacidad. Así el art. 2º, secc. 1, estipula: “Todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad en tanto no violen los derechos de terceros o afecten el orden constitucional o el código moral”. La Corte alemana se hace cargo de esta cuestión y afirma que “el embarazo atañe a una esfera privada de la mujer que es protegida en la Constitución en sus arts. 1º y 2º. Si el feto fuera considerado meramente como una parte de la madre, entonces un aborto debería ser considerado como incluido en la esfera de privacidad de la mujer, en la cual el legislador no podría entrar. Pero desde que el feto es un ser humano independiente, que se en-

²⁸ 39 BverfGE 1 (1975).

²⁹ La traducción fue tomada de MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 863.

cuentra bajo la protección de la Constitución, el aborto adquiere una dimensión social que requiere y justifica una regulación gubernamental”³⁰.

Por último, la Corte se pregunta si la única protección del feto debe darla el derecho penal o puede hacerse por otros medios, y asevera: “Una interrupción del embarazo constituye un acto homicida. De allí surge que resulta imposible dejar de calificar esta conducta como un ilícito”³¹.

4. El aborto. Una cuestión de notables

En los casos anteriores observamos que el autogobierno ha quedado lejos. Votamos a nuestros representantes y, a través de un proceso más o menos deliberativo, deciden por X y por Y.

Cuando deciden por X, la Corte nos dice: momento. Resulta que nuestra Constitución posee un derecho implícito que anula esa decisión y no sólo eso, sino que la única decisión compatible con la Constitución es Y.

Cuando deciden por Y, otra Corte también nos dice: momento. Resulta que nuestra Constitución consagra un derecho que anula esa decisión. Ah, se acuerdan del derecho implícito, bueno, nosotros lo tenemos escrito pero no importa, para este caso no funciona, así que la única solución es X.

De este modo funciona el control judicial de constitucionalidad. So pretexto de contradicciones con el ordenamiento constitucional, es posible que un grupo de jueces, no elegidos ni responsables ante el electorado, puedan anular decisiones mayoritarias adoptadas por los representantes de la población. A continuación, indagaré sobre los orígenes históricos y el sustento filosófico de tal actividad.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Los debates en la Convención de Filadelfia de 1787

Jon Elster afirma que si bien el bicameralismo y el veto presidencial fueron concebidos como las soluciones estelares al potencial inconveniente del

³⁰ MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, cit., t. 1, p. 864.

³¹ MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, cit., t. 1, p. 866. Vale aclarar que la actualidad alemana es diferente: durante los primeros tres meses del embarazo, si una mujer quiere abortar, debe someterse a un asesoramiento prestado por el Estado y esgrimir sus razones. A partir de esta toma de conocimiento, el Estado ofrece determinadas alternativas orientadas a solucionar la problemática de la mujer y a posibilitar la continuidad del embarazo. Si continúa en su posición de abortar, éste es considerada como un ilícito civil cuya sanción consiste en la prohibición al Estado de subvencionar la operación como una prestación médica obligatoria (excepto que la mujer no tenga recursos). La constitucionalidad de este andamiaje legal fue aceptado por el Tribunal Constitucional alemán en 1993. Conf. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho”, LL del 30/6/2006.

abuso de las mayorías, el control de constitucionalidad (o la justicia constitucional) fue diseñado como un mecanismo de protección de las minorías ³².

Cuando la convención comenzó a deliberar acerca del rol que el Poder Judicial debía tener, se plantearon dos asuntos: la primera tenía que ver con la necesidad de un freno institucional a las legislaturas; la segunda se relacionaba con la necesidad de que ese poder quedase constituido por un grupo selecto de la sociedad.

Respecto de la necesidad de un freno a las legislaturas, éste iba a estar dado por el control de constitucionalidad. Lo que se discutió fue el marco institucional en el que éste se iba a desarrollar. Edmund Randolph propuso un Consejo de Revisión, formado por miembros del Poder Ejecutivo y miembros del Poder Judicial, con facultades para vetar leyes de los Estados y de la Federación pero, por temor a una alianza entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, la propuesta fue dejada de lado. No obstante, aunque no de modo expreso, se instauró lo que devendría en un sistema judicial (ejercido por jueces), difuso (cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma) y *a posteriori* (ulterior a la entrada en vigencia del plexo normativo) de control de constitucionalidad.

En defensa del control judicial de constitucionalidad Hamilton expresaba que “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa ... Las limitaciones de esta índole sólo puede mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución” ³³.

2. Control de constitucionalidad y minorías

Como adelanté, el control de constitucionalidad fue concebido como un mecanismo para proteger a las minorías respecto de las mayorías parlamentarias. Hoy en día, cuando se habla de minorías se piensa en los sectores postergados de la sociedad, en miembros de una religión con pocos seguidores, en la población negra, en los homosexuales, etc. En los tiempos de la revolución de los Estados Unidos estos sectores (a los que deben sumarse las mujeres, los analfabetos, entre otros) eran realmente una minoría, tal vez no en términos cuantitativos, pero sí en términos de poder. No obstante ello, cuando los convencionales de Filadelfia se referían a las minorías no apuntaban a estos sectores.

³² ELSTER, Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en SHUTE, Stephen - HURLEY, Susan (comps.), *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998, p. 178.

³³ HAMILTON, Alexander, *El federalista LXXVIII*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 331.

Terminada la Guerra de Independencia, mediante un tratado firmado a fines de 1782, los pequeños campesinos se encontraban más pobres que al momento del dominio de la Corona Inglesa, debido, principalmente, a las grandes deudas que habían contraído durante la contienda contra la Corona. Los acreedores de estos pequeños deudores eran los grandes propietarios, el sector terrateniente, que a su vez estaba endeudado con la Corona Inglesa.

Forzado por la Corona, el sector de los terratenientes comenzó a exigir el pago en efectivo de las deudas de los pequeños campesinos. En general, los pequeños deudores no podían hacer frente a las exigencias de los acreedores y el sistema normativo entraba en acción a favor de estos últimos: los pequeños deudores eran ejecutados. El sector de los pequeños campesinos emprendió mecanismos informales de protesta (desde obstaculizaciones a las reuniones del Poder Judicial hasta rebeliones) y poco a poco sus reclamos se canalizaron institucionalmente.

Los pequeños deudores comenzaron a tener influencia en las medidas legislativas de cada uno de los estados, para luego ocupar algunos cargos legislativos y hasta ejecutivos. Es en este contexto que los estados de Pennsylvania, Carolina del Sur, Carolina del Norte, Nueva York, entre otros, aprobaron la emisión de papel moneda, medida que permitió a los pequeños deudores hacer frente a las exigencias de sus acreedores. El sistema normativo se había puesto del lado de los pequeños campesinos.

“Viendo lo que ocurría a nivel estatal con las diversas legislaturas, el notable político Alexander Hamilton denunció la ‘usurpación’ del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en ‘dictadores perpetuos’. En sentido similar aseguró estar siendo testigo del ‘despotismo de la Legislatura’”³⁴.

Así las cosas, queda claro que a las minorías que había que proteger eran los sectores terratenientes. El control de constitucionalidad fue pensado como mecanismo institucional de protección de estos sectores sociales³⁵.

3. Elección, inamovilidad e intangibilidad de remuneraciones

El Poder Judicial no devino, sino que fue concebido, fue diagramado, como un poder contramayoritario. Claro era el objetivo de los convencionales de Filadelfia: el Poder Judicial debía frenar los excesos de las legislaturas. En este sentido se adoptaron medidas para alejar a los jueces del clamor popular;

³⁴ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p. 25. Los extractos de Hamilton están incluidos en *The papers of Alexander Hamilton*, Columbia UP, 1962, vol. III, p. 551.

³⁵ Para un análisis más detallado del contexto histórico, véase GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., ps. 17 a 26.

entre éstas debe atenderse a su mecanismo de elección, inmovilidad e intangibilidad en las remuneraciones.

De acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos los jueces federales serían nombrados por el presidente con el acuerdo del Senado ³⁶. La Argentina adoptará este sistema, que hoy rige para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema ³⁷ y que para los demás jueces federales requiere la previa actuación de Consejo de la Magistratura ³⁸. Si pensamos en nuestro país, y a partir de la reforma de 1994, los jueces nombrados por este mecanismo, y al momento del nombramiento, cuentan con cierta legitimidad democrática. En definitiva, son nombrados por dos órganos que son electos de manera directa por la población. Antes de la reforma de 1994, la legitimidad democrática era menor, ya que tanto los senadores como el presidente eran elegidos indirectamente. Los primeros eran elegidos por las legislaturas provinciales ³⁹ y el segundo a través de un colegio electoral ⁴⁰. En los Estados Unidos estos mecanismos indirectos, ideados con el objetivo de alejar a las mayorías de la elección de sus representantes, siguen vigentes para la elección del presidente ⁴¹, no así para la de los senadores ⁴².

Esta relativa legitimidad democrática se irá diluyendo a medida que comencemos a pensar en la cuestión de la inamovilidad. Los jueces son vitalicios, duran en sus cargos mientras mantengan su buena conducta ⁴³. La inamovilidad, así como la intangibilidad en las remuneraciones, tiene origen inglés: En 1701 la ley inglesa denominada *Act of Settlement* estipuló que “las comisiones de los jueces durarían mientras dure su buena conducta y sus salarios serían ciertos y establecidos”. En 1760, durante el reinado de Jorge III, el Parlamento estableció que los salarios de los jueces no podrían ser disminuidos “mientras se mantuviera en alguna de sus comisiones”. Esto se aplicó en las colonias norteamericanas hasta 1761, en que comenzaron las injerencias de la corona sobre la justicia mediante la alteración de los períodos de los jueces. Por ello en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776, entre los agravios atribuidos al rey, estaba el que éste había hecho a los jueces funcionarios

³⁶ Art. 2º, secc. 2, inc. 2º.

³⁷ Art. 99, inc. 4º, párr. 1º.

³⁸ Art. 99, inc. 4º, párr. 2º, y art. 114, incs. 1º y 2º.

³⁹ El mecanismo de elección estaba previsto en el antiguo art. 46.

⁴⁰ La elección estaba estipulada en el pretérito art. 81.

⁴¹ Véase 12ª enmienda.

⁴² Véase 17ª enmienda.

⁴³ Art. 110, CN, y art. 3º, secc. 1, Constitución de los Estados Unidos. Para el caso argentino vale hacer un paréntesis respecto del art. 99, inc. 4º, párr. 3º. Si bien allí se estipula que los jueces, una vez que cumplan los 75 años, deberán obtener un nuevo nombramiento y así cada cinco años, la Corte ha declarado nulo tal artículo, y al hablarse de nulidad y no de inconstitucionalidad no sabemos si el alcance de la sentencia es *erga omnes* o *inter partes*. Véase “Fayt, Carlos S.”, Fallos 322:1616 (19/8/1999).

dependientes de su única voluntad, por su designio en el período de las funciones y en el monto de sus salarios.

En el pensamiento de Hamilton ⁴⁴, la inamovilidad de los magistrados era el único mecanismo para ubicar al Poder Judicial a la altura del Poder Legislativo (que contaba con el poder económico) y al Poder Ejecutivo (que contaba con el poder militar).

Si bien podría decirse que al momento de su nombramiento los jueces cuentan con cierta legitimidad democrática, ésta se va diluyendo con el transcurso del tiempo. Son elegidos por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, pero mantienen su cargo más allá de los cambios que se produzcan en aquellos poderes. Son designados por un presidente que luego deja de serlo y por senadores que también abandonan sus bancas, pero ellos siguen en sus cargos bajo un antiguo nombramiento, que dada su antigüedad, deviene en, al menos, poco democrático. Los jueces son elegidos por aquellos que en algún momento fueron elegidos, y de los que nada cambia la causa por las cuales no fueron reelectos.

Veamos un ejemplo contemporáneo: Fayt y Petracchi juraron para el cargo de jueces de la Corte Suprema el 23 de diciembre de 1983. Además de que en aquel momento la elección de los senadores y presidente era indirecta (lo que ya disminuye la legitimidad democrática de los magistrados), hoy el presidente es otro y de los senadores que prestaron el acuerdo, ninguno sigue ocupando bancas en tal Cámara (y en su momento sólo fueron reelectos catorce ⁴⁵). Es más, cerca de tres millones de personas que hoy son electores ni siquiera había nacido al momento de la designación de los citados jueces. Ellos aún permanecen en sus cargos.

Por otro lado, la inamovilidad de los jueces, hace que éstos no sean representativos-responsables. Pueden ejercer el control de constitucionalidad sin tener que responder por ello. Quienes no compartan que el aborto dentro del primer trimestre de embarazo está subsumido dentro del derecho a la privacidad; quienes sí lo compartan, pero sostengan que el derecho a la privacidad no está en la Constitución; y quienes crean que los jueces no pueden tener la última palabra en la cuestión del aborto; ninguno de ellos, ninguno de nosotros, podrá hacer nada.

Ya mencionamos que quienes se crean afectados por una medida legislativa pueden optar por otros candidatos en próximas elecciones. Empero, quienes se crean afectados por una sentencia judicial nada pueden hacer: no podrán evitar que en las próximas elecciones los mismos jueces sean reelectos, porque no habrá una próxima elección.

⁴⁴ Véase *El federalista*, nro. LXXXVIII.

⁴⁵ De los cuarenta y seis senadores que en 1984 integraban la cámara, sólo catorce lograrán la reelección: Britos, O.; Feris, G.; Lafferriere, R.; León, L.; Mazzuco, F.; Ménem, E.; Otero, E.; Rodríguez Saa, A.; Saadi, V.; Sánchez, N.; Sapag, E.; Solana, J.

4. Locke y Rousseau

a) *La Convención de Filadelfia de 1787*

Hay algunos argumentos filosóficos que subyacen o sirven de fundamento al diseño institucional adoptado por los convencionales de Filadelfia, que a través de mecanismos como el bicameralismo, la elección indirecta del presidente, el veto presidencial y el control de constitucionalidad, intentaron alejar a las mayorías de las decisiones políticas ⁴⁶.

Gargarella ⁴⁷ destaca dos premisas que los convencionales tuvieron en cuenta:

1) *En política existen algunos principios verdaderos que no podían ser percibidos por la ciudadanía común.* De acuerdo con Locke, el verdadero estado del hombre no era el civil, sino el natural. En el estado de naturaleza los hombres eran libres e iguales, pero las violaciones al derecho natural no eran sancionadas o se lo hacía de un modo anárquico. Para escapar de esta inseguridad, los hombres fundaron la sociedad civil y reconocieron un poder de coacción independiente y superior a ellos, encargado de reprimir la violación a la ley natural. El Estado surgió entonces, para permitir la más amplia expresión de la libertad y de la igualdad natural.

Locke, a quien Berlin ⁴⁸ describe como uno de los fundadores de la idea de libertad negativa, consideraba que existían algunas verdades primarias en torno a los derechos naturales que no podían ser percibidas por todos. Con gran agudeza, Nino muestra dos tesis básicas del iusnaturalismo: “a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según el cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia” ⁴⁹. En la concepción de los convencionales de Filadelfia estos principios morales y de justicia, necesarios para que el derecho sea tal, sólo eran descifrables por un grupo selecto de la sociedad.

2) *Las mayorías tienden a actuar irracionalmente.* Aquí la idea era que en las grandes asambleas, en las reuniones de número, la pasión triunfaba sobre la

⁴⁶ Si bien la temática excede este trabajo, afirmar que subyacen implica tomar una posición cercana al idealismo hegeliano y afirmar que sobre la base de ciertas concepciones filosóficas se diseñó el sistema institucional; aseverar que sirven de fundamento nos acerca un tanto al materialismo histórico y a postular que tanto el diseño institucional como los argumentos filosóficos que lo sostienen responden a una intención de perpetuar una situación coyuntural determinada un marxista ortodoxo hablaría de perpetuar una determinada estructura de producción.

⁴⁷ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., ps. 27 y 28.

⁴⁸ BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, ps. 191 a 200.

⁴⁹ NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 28.

razón. En este sentido, en el *Federalista LV* (redactado por Hamilton o por Madison) se expresó que “en todas las asambleas muy numerosas, cualquiera sea la índole de su composición, la pasión siempre arrebatada su cetro a la razón”⁵⁰. Madison, repitiendo este argumento, al que le complementa el elitismo analizado en el punto anterior (y también, por qué no, su pesimismo antropológico), sostuvo que “es sabido que cuanto más numerosa es una asamblea, sean las que fueren las personas que las compongan, más fuerte ha de ser el ascendiente de la pasión sobre la razón. En segundo lugar, cuanto mayor es el número, más grande será la proporción de miembros poco instruidos y de capacidad limitada”⁵¹.

b) La situación en Francia

Recién con la Constitución de la IV República en 1946 se instauró en Francia un sistema de control de constitucionalidad a cargo de un Comité Constitucional. El sistema que hoy rige es el diseñado por la Constitución de la V República de 1958: es concentrado (sólo el Consejo Constitucional puede declarar inconstitucional una norma), *a priori* (el control se lleva a cabo antes de que la norma entre en vigencia) y no es judicial sino político (está integrado por ex presidentes, tres miembros designados por el presidente de Francia, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado). Esta tardía incorporación de un sistema de control de constitucionalidad, así como su carácter político, tiene una explicación histórica.

Durante el *ancien régime*, determinados tribunales judiciales (“los Parlamentos”) contaban con una gran cantidad de atribuciones. Entre ellas podían resolver que se publicaran o no las normas generales (leyes y decretos), y en caso negativo virtualmente disponer lo que hoy conocemos como una declaración de inconstitucionalidad. Al momento de la Revolución Francesa, los jueces eran vistos como una parte reaccionaria de la sociedad.

Para Gargarella⁵², Montesquieu ideó un modelo en el cual los controles iban del legislativo hacia el ejecutivo y de éste hacia aquél, pero sostuvo que los jueces no eran “más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”⁵³. No obstante, y a mi entender, el autor francés erigió al Judicial como un verdadero Poder con capacidad de control⁵⁴ y cuando se refería a los jueces como re-

⁵⁰ “Federalista LV”, *El federalista*, cit., p. 236.

⁵¹ MADISON, James, “Federalista LV”, *El federalista*, cit., p. 249.

⁵² GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., p. 94.

⁵³ MOTESQUIEU, Charles - Louis de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 149.

⁵⁴ Así también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1984, caps. 1 y 3.

petidores de la ley estaba describiendo la actividad judicial en Inglaterra⁵⁵. No obstante, la concepción filosófica reinante al momento de la Revolución Francesa era la *volonté générale* rousseauiana.

Para Rousseau el estado de naturaleza era el estado venturoso, el mejor estado del hombre. No obstante, a causa de la invención de la metalurgia y del surgimiento de la agricultura nació la propiedad privada, la desigualdad, la miseria, las rivalidades. En definitiva, el hombre salió de aquel tan preciado estado de naturaleza.

Para Rousseau el problema del estado social estaba en cómo salvar, cómo mantener, cómo recuperar la libertad primitiva. Y es aquí cuando el pensador francés se separa de Locke. Para este último el concepto de libertad era un concepto “negativo”⁵⁶ y que mantendría un ámbito personal en el cual los sujetos no podían ser interferidos ni por otros individuos ni, fundamentalmente, por el Estado. En cambio, Rousseau adoptó un concepto de libertad “positiva”⁵⁷ que asocia la idea de libertad con el autogobierno⁵⁸. La libertad de Locke respondía a la pregunta: ¿Qué soy libre de hacer?; la libertad de Rousseau, a la de: ¿Por quién estoy gobernado?

De esta concepción de libertad como autogobierno nació la idea de la voluntad general. Como aclaran Prelot y Lescuyer⁵⁹, la noción de voluntad general era asimilable a lo que los escolásticos llamaban bien común. Para Rousseau, las decisiones que llevarían al bien común debían quedar en manos de la mayoría. Prelot y Lescuyer afirman que para el pensador francés “lo que elige la mayoría es realmente la voluntad general, mientras que lo sostenido por la minoría es una idea falsa de la voluntad general. Cuando la mayoría se ha pronunciado, la minoría debe inclinarse y aceptar que la verdad se encuentra en la voluntad determinada por aquélla”⁶⁰.

Vemos entonces que dada la concepción filosófica imperante en Francia, era impensable que los revolucionarios dejaran en manos de un sector social considerado reaccionario (los jueces) la posibilidad de torcer las decisiones mayoritarias: era inconcebible el control judicial de constitucionalidad. En este orden de ideas la ley del 16-24 de agosto de 1790 había dispuesto que “los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente ninguna parte en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del

⁵⁵ La frase citada está ubicada en el Libro IX, cap. VI, titulado “De la Constitución de Inglaterra”.

⁵⁶ Véase BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., esp. ps. 191 a 200.

⁵⁷ Véase BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., esp. ps. 201 a 205.

⁵⁸ En la filosofía política los conceptos de libertad positiva y negativa pueden encontrarse como concepción preliberal de la libertad y concepción liberal de la libertad. Así BARBERIS, Mauro, “Libertad y liberalismo”, *Revista Isonomía*, Méjico, abril 2002.

⁵⁹ PRELOT, Marcel - LESCUYER, Georges, *Historia de las ideas políticas*, La Ley, Buenos Aires, 1991, cap. XXVI, ps. 277 a 291.

⁶⁰ PRELOT, Marcel - LESCUYER, Georges, *Historia de las ideas políticas*, cit., p. 283.

cuerpo legislativo, sancionado por el rey bajo pena de prevaricación” y la Constitución de 1791 tomando aquel antecedente dispuso: “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes”⁶¹.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ACCIÓN

1. Preludios de “Marbury v. Madison”

Antes de analizar el célebre “Marbury v. Madison”, es válido mencionar algunos casos que tal vez no funcionaron como precedentes pero que no está mal repararlos:

1) En 1610 el juez inglés Edward Coke falló el caso del Dr. Thomas Bonham, un profesional del arte de curar que ejercía en Londres y fue arrestado y multado por el Real Colegio de Médicos, a causa de carecer de autorización para ejercer su ciencia. Bonham recurrió ante el juez Coke y alegó que la sanción que se le había aplicado contrariaba una premisa fundamental del *common law* que estipula que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo. Fundaba su argumentación en que el destino de una parte de la multa que le había impuesto el Colegio de Médicos quedaba en manos de éste. El colegio alegó su facultad para reglar el ejercicio profesional, y castigar con prisión y multa las infracciones. El magistrado le dio la razón al médico, sosteniendo que en numerosos casos el *common law* (en virtud de determinados principios fundamentales) limitaba las leyes del Parlamento, debiéndose las considerar en esos casos inválidas⁶².

2) En “Holmes v. New Jersey” la Corte de Nueva Jersey anuló una ley de 1778 que permitía la incautación de bienes de tránsito desde o hacia la línea británica, y estipulaba que tales casos se juzgarían con un jurado compuesto de seis miembros, en lugar de los doce que el antiguo *common law* disponía⁶³.

3) En diversos fallos como “Vanhorne’s Lessee v. Dorrance” y en “Hylton v. Estados Unidos” (1796) la Corte ya proclamaba la idea de la supremacía constitucional⁶⁴.

2. “Marbury v. Madison”⁶⁵

Hacia principios del siglo XIX existían en los Estados Unidos dos partidos políticos: el Federalista y el Republicano (actual Partido Demócrata). En

⁶¹ Tít. III, cap. V, art. 30.

⁶² Véase VÁZQUEZ, Adolfo R., “El control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina”, LL 1997-F-1159.

⁶³ Véase FARREL, Martín D., *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 112.

⁶⁴ Véase GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, cit., ps. 44 y 45.

⁶⁵ 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

1800 el presidente federalista John Adams había perdido las elecciones en manos del republicano Thomas Jefferson y comenzó a ubicar aliados en cargos judiciales. En enero de 1801 Adams nombró como presidente de la Corte Suprema a su secretario de Estado (que siguió siéndolo hasta el fin su mandato presidencial), un militar que no era abogado, de nombre John Marshall, y el 13 de febrero de ese mismo año, el Congreso aprobó el *Circuit Court Act of 1801* que estableció dieciséis jueces federales de segunda instancia.

En la misma línea de acción, dos semanas antes del cambio de presidente, el Congreso aprobó el nombramiento de cuarenta y dos cargos de jueces de paz para Washington DC y selló sus designaciones, pero en algunos casos, el entonces interino secretario de Estado John Marshall, no hizo a tiempo a mandar las designaciones a sus titulares. La administración de Jefferson no reconoció los nombramientos no enviados.

Uno de los jueces que no recibió la designación fue William Marbury. Éste, invocando la *Judiciary Act* de 1789, se dirigió directamente ante la Corte para que ésta exija entregar (a través de un *writ of mandamus*) al secretario de Estado de Jefferson, James Madison, los nombramientos correspondientes. El ya mencionado presidente de la Corte, John Marshall, recién dio a conocer su sentencia en febrero de 1803.

El *Chief of Justice* se hizo tres preguntas: 1) ¿tiene el solicitante derecho al nombramiento?; 2) si lo tiene y ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?; 3) si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

Las dos primeras preguntas tuvieron una respuesta afirmativa, pero la respuesta más importante en términos constitucionales e institucionales era la tercera. Hay quienes piensan que si la decisión era afirmativa y Marshall ordenaba a Madison emitir la designación, la orden iba a ser desobedecida. Más allá de esto, lo cierto es que la tercera pregunta tuvo una respuesta negativa.

La Corte sostuvo que el actor tenía un derecho, que había sido violado y que tal violación podía ser remediada, pero que el remedio no podía ser el solicitado. La *Judiciary Act* contemplaba la competencia originaria para un caso como éste, pero era la Constitución la que establecía, de manera taxativa, la competencia originaria de dicho tribunal ⁶⁶, por lo que si la ley ampliaba lo estipulado por el texto constitucional, ésta no podía ser aplicada: era inconstitucional. En el pasaje más celebre del fallo, expresó Marshall: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o

⁶⁶ “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el tribunal supremo poseerá jurisdicción en única instancia” (art. 2º, secc. II).

la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar lo ilimitable por naturaleza”⁶⁷.

Con este fallo nace oficialmente el control judicial de constitucionalidad.

3. Recepción en la Argentina

Ya la ley 182 de la Confederación Argentina del 6 de septiembre 1858 contemplaba que las controversias constitucionales debían resolverse en el Poder Judicial y en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en última instancia, situación que receptorán las leyes 27 del 16 de octubre de 1862 y 48 del 14 de septiembre de 1863. Es decir que las puertas para el control judicial de constitucionalidad estaban abiertas.

La Corte Suprema comenzó a funcionar en 1863 y en “Ríos, Ramón y otros”⁶⁸, la quinta causa que la Corte resolvió, se declaró nulo el decreto del Poder Ejecutivo nacional del Paraná del 26 de febrero de 1859. La normativa había conferido al capitán del puerto de Rosario de Santa Fe la jurisdicción marítima en lo civil y criminal. Dado que la creación de tribunales inferiores era competencia del Congreso Nacional, la Corte declaró nulo tal decreto y nulas las actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento de éste.

Al año siguiente, en el caso “Ministerio Fiscal c. Benjamín Calvete”⁶⁹ la Corte sostuvo “que este tribunal es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Corte Suprema”⁷⁰.

En 1865, en el caso “Domingo Mendoza y hermano c. Provincia de San Luis”⁷¹, la Corte aseveró que la ley del 7 de julio de 1862 de la provincia de San Luis que imponía derechos de tránsito a los productos que salían de su territorio “es contraria a la Constitución Nacional, y que por lo tanto es nula y de ningún efecto en la presente causa”⁷². Aunque lo hizo utilizando otros términos, fue la primera vez que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial.

⁶⁷ La traducción fue tomada de MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1987, ps. 11 y 12.

⁶⁸ Fallos 1:32.

⁶⁹ Fallos 1:340.

⁷⁰ Consid. 6°.

⁷¹ Fallos 3:131.

⁷² Consid. 4°.

En 1887 se planteó una cuestión de mayor trascendencia, ya que la Corte debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma sancionada por el Congreso Nacional; me refiero al caso “Sojo v. Cámara de Diputados de la Nación”⁷³. Eduardo Sojo era el redactor de un periódico que había sido encarcelado por una disposición de la Cámara de Diputados, a causa de haber publicado dibujos considerados ofensivos para los legisladores. Sojo presentó un hábeas corpus directamente ante la Corte Suprema, ya que así lo permitía el art. 20, ley 48⁷⁴. Ante la presentación, el máximo tribunal, por mayoría⁷⁵, consideró que no tenía competencia originaria para atender la cuestión, ya que ésta se encontraba prevista en el art. 101 (actual art. 117) y era insusceptible de ampliarse por una ley del Congreso.

En el caso “Sojo”, el máximo tribunal no habló de inconstitucionalidad, pero sí lo hizo al año siguiente. En 1888, en “Municipalidad de la Capital v. Isabel A. de Elortondo”⁷⁶, la Corte declaró de manera expresa la inconstitucionalidad de una ley que autorizaba la expropiación de terrenos para construir la Avenida de Mayo. En aquel momento se dijo “que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si se encuentran en oposición con ella”⁷⁷. A partir de aquí la Corte comienza a transitar un camino que hacia 1998 la había llevado a declarar 515 inconstitucionalidades⁷⁸.

⁷³ Fallos 32:120.

⁷⁴ “Cuando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o la disposición de una autoridad nacional o so color de una orden emitida por autoridad nacional (...) la Corte Suprema o los jueces de sección podrán, a instancia del preso o de sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso de que haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por la ley, mandarán poner al preso inmediatamente en libertad” (art. 20, ley 48).

⁷⁵ Votaron en la mayoría Benjamín Victoria, Uladislao Frías y Salustiano Zavalía; expresaron su disidencia Federico Ibarguren y C. S. de la Torre.

⁷⁶ Fallos 33:162.

⁷⁷ Consid. 25.

⁷⁸ El dato fue tomado de BERCHOLC, Jorge, *Las dificultades actuales para obtener consenso en las sentencias de la Corte Suprema. Unanidades, disidencias y cambios de jurisprudencia*, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Para un detalle de la cantidad de inconstitucionalidades por períodos y de acuerdo con las distintas integraciones del máximo tribunal, ver del mismo autor, *La Independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

SEGUNDA PARTE

El mensaje

V. INTRODUCCIÓN

1. El Poder Judicial como guardián del proceso de representación

Si bien he intentado demostrar que el control de constitucionalidad se erige como una actividad contramayoritaria, lo cierto es que en algunos casos puede funcionar como perfeccionadora de los mecanismos democráticos. Ely sostiene que el Poder Judicial, y la Corte Suprema en particular, tiene un favorable posicionamiento institucional para erigirse como un guardián del proceso de representación ⁷⁹.

El colosal dictado de disposiciones de carácter legislativo en manos de una sola persona es una situación que, sin lugar a dudas, debilita el sistema representativo. El órgano encargado de legislar debe ser el más representativo y que tal actividad la desempeñe “algún burócrata de la rama ejecutiva” ⁸⁰ debilita el contenido democrático de la decisión. En este orden de ideas el Poder Judicial podría erigirse como un poder que, a través de un activismo limitador del dictado de decretos de necesidad y urgencia, devuelva al Parlamento las funciones legislativas. No obstante, el mensaje constitucional del art. 99, inc. 3º, no permitió, ni permite, ni permitirá tal activismo.

No lo permitió, porque el mensaje era inútil mientras la ley que debía reglamentar el art. 99, inc. 3º, no estaba sancionada. No lo permite, ni permitirá, dado que el mensaje no nos permite hablar de inconstitucionalidades de aspectos lamentables de ley 26.122, dada a luz con doce años después de la reforma constitucional ⁸¹.

Un Poder Judicial guardián del proceso democrático necesita de mensajes claros para realizar su actividad. Por ejemplo, debe ser clara la decisión que debe tomarse ante un silencio parlamentario respecto de un decreto de necesidad y urgencia. Si la solución prevista en el texto constitucional no es clara, es muy posible que el activismo judicial devenga en la discrecionalidad de un poder contramayoritario.

⁷⁹ ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, Siglo XX, Bogotá, 1997, en especial cap. 4. El autor norteamericano sostiene que el activismo tampoco tiene óbices democráticos cuando una norma genera “perjuicio contra minorías discretas e insulares” (*prejudice against discrete and insular minorities*).

⁸⁰ ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, cit., p. 162.

⁸¹ El mensaje constitucional es tan imperfecto, que al no contar con un plazo de sanción de la ley, no me permite decir que el Congreso “se atrasó” al momento de legislar.

2. Atenuación del hiperpresidencialismo

La necesidad de atenuar el sistema presidencialista argentino no fue algo que se ventiló en la reforma constitucional de 1994. La convención reformadora de 1957 (de la cual no haré referencia acerca de su legalidad por no haber sido convocada por una ley sino por el dec. 3838/1957, ni del nefasto golpe de estado en el cual estaba enmarcada) había considerado hacer las reformas necesarias para “fortalecer las autonomías provinciales; afianzar el sistema federal; afirmar equilibrio entre los poderes del gobierno federal, dando al Poder Legislativo mayor independencia funcional y mayor poder de contralor; *limitar las facultades del Poder Ejecutivo*, inclusive en la designación y remoción de los empleados públicos”⁸², entre otros puntos. No obstante, dicha convención, tras introducir el art. 14 bis, abandonó sus sesiones por falta de quórum.

Si bien durante la década de 1970 y a raíz del llamado Estatuto Fundamental dictado por un gobierno *de facto* en 1972, volvió la idea de reforma o la reforma como idea, no hubo nada institucionalizado hasta el retorno democrático posterior al autodenominado (y genocida) Proceso de Reorganización Nacional. En 1985, a través del dec. 2446/1985, el entonces presidente Raúl Alfonsín creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia. Dicho Consejo, dirigido por Carlos Santiago Nino, elaboró un dictamen en 1986 y otro al año siguiente. En éstos se propuso la transformación del sistema presidencialista en un parlamentarismo, el acortamiento del período presidencial (disminuyéndolo de seis a cuatro años) y su elección directa (recordemos que ésta se llevaba a cabo a través de un colegio electoral), la reducción del mandato de senadores de nueve a seis años, la introducción de mecanismos de democracia semidirecta, entre otros.

Si bien la reforma de 1994 tuvo como principal propósito político la reelección del entonces presidente Carlos Saúl Menem, podría decirse que el primordial objetivo institucional fue la atenuación del hiperpresidencialismo. En este sentido, se introdujeron diferentes institutos: se estableció el Consejo de la Magistratura⁸³ con el objeto de atenuar la discrecionalidad del presidente en la designación de los jueces federales inferiores a la Corte Suprema; se creó la figura del jefe de Gabinete de Ministros⁸⁴, quien se quedó con atribuciones que antes pertenecían al presidente de la Nación; se declaró la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, por lo que el Poder Ejecutivo nacional ya no puede nombrar al intendente (hoy jefe de gobierno) de tal jurisdicción.

Empero, una gran preocupación era el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, que a partir de 1989 se había convertido en una práctica coti-

⁸² *Diario de Sesiones*, t. I, p. 750, en VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 428. Las cursivas me pertenecen.

⁸³ Art. 114.

⁸⁴ Arts. 100 y 101.

diana de los titulares del Poder Ejecutivo. Este instituto no figuraba en la Constitución originaria y la disyuntiva hacia 1994 era si su dictado debía regularse o prohibirse de manera absoluta. Tal vez por temor a que la reforma quedase en el papel (en definitiva la Constitución originaria no contemplaba los decretos de necesidad y urgencia, y sin embargo se dictaban), se optó por su regulación. A partir de aquí analizaré la temática de los decretos de necesidad y urgencia, y el mensaje que se les otorgó a los jueces respecto de esta materia, reflexionando sobre su potencial utilidad para ejercer el control de constitucionalidad teniendo en cuenta, en algunos casos, el carácter contramayoritario del Poder Judicial.

VI. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA ANTES DE LA REFORMA DE 1994

1. Diseño institucional y decretos de necesidad y urgencia

Ni el sistema norteamericano ni el argentino contemplaron en sus Constituciones la posibilidad de que en casos urgentes, el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas. En el caso argentino, únicamente, se previó la participación legislativa del presidente de la Nación a través de los decretos reglamentarios ⁸⁵.

En cambio, en el constitucionalismo europeo puede tenerse por habitual la introducción de mecanismos que posibiliten, en casos de necesidad y urgencia, el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo. Esto puede observarse en la Constitución Republicana de España de 1931 (art. 80), la Constitución italiana de 1947 (art. 77), la Constitución de Dinamarca de 1953 (art. 23), la Constitución francesa de 1958 (art. 16), la Constitución de Grecia de 1975 (art. 44) y la Constitución de España de 1978 (art. 86).

La antípoda en materia de decretos de necesidad y urgencia entre el modelo norteamericano y el europeo no es casual, sino que obedece, a diferencias en los sistemas de gobierno. El sistema presidencialista responde a una concepción de separación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; en cambio, en el modelo parlamentarista europeo prevalece la noción de fusión entre éstos.

a) El modelo clásico europeo

En el modelo parlamentario el Poder Ejecutivo es dual: está a cargo de un jefe de Estado y de un jefe de gobierno. El primero suele tener caracteres simbólicos y protocolares, y es ocupado por un rey en las monarquías parlamentarias y por un presidente elegido por un período fijo en el caso de las repúblicas.

⁸⁵ Art. 99, inc. 1° (ex art. 86, inc. 1°).

El jefe de gobierno tiene a su cargo la dirección administrativa y política del país, y generalmente recibe el nombre de primer ministro.

En las constituciones anteriormente mencionadas (excepto la francesa), es el primer ministro quien tiene la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia. Empero, dicha facultad debe ser analizada en el contexto del sistema de gobierno. El primer ministro requiere del consenso del Parlamento para que pueda ocupar tal cargo, mecanismo denominado genéricamente “voto de confianza”, pero este consenso debe mantenerse durante toda su gestión, ya que el órgano que le da el “voto de confianza” también puede destituirlo mediante el “voto de censura” antes de que concluya su período ⁸⁶. Es decir que la emisión de decreto de necesidad y urgencia está enmarcada en un contexto de gran dependencia del primer ministro hacia el Parlamento.

b) *El modelo francés*

El modelo francés de la V República rompe con el parlamentarismo tradicional, que sólo había sido desafiado por la Constitución de Weimar de 1919. Tras el fracaso de los modelos parlamentarios clásicos de las III y IV Repúblicas, y luego de la rebelión militar en Argelia que daría lugar al ascenso del general Charles de Gaulle, el 30 de septiembre de 1958 fue aprobada en referéndum la Constitución de la V República ⁸⁷. De acuerdo con este modelo francés, el cual fue reformado en 1962 (que suele llamarse parlamentarismo atenuado, semiparlamentarismo o semipresidencialismo), también hay un Poder Ejecutivo dual, pero tanto el presidente como el primer ministro tienen a cargo la gestión política y administrativa del Estado (tal vez normativamente el primero tiene más atribuciones de tipo político y el segundo de tipo administrativo; no obstante, esto no necesariamente se refleja en los hechos). En la materia que nos compete, el dictado de decretos de necesidad y urgencia está a cargo del presidente (art. 16), pero éste no es responsable ante el Parlamento, ya que es elegido por colegio electoral y por un período fijo insusceptible de ser alterado por el “voto de censura”. He aquí pues un antecedente de un presidente no dependiente del Congreso con facultades para emitir disposiciones con carácter legislativo en un contexto de necesidad y urgencia ⁸⁸.

⁸⁶ En los países pluripartidistas el voto de censura es muy utilizado. En el caso italiano, por ejemplo, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial sólo Silvio Berlusconi ha podido concluir su mandato (2001-2006). Por otro lado, en los sistemas bipartidistas o pluripartidistas atenuados, su utilización no es tan frecuente: en Alemania, por ejemplo, sólo se empleó en 1982 cuando Schmidt fue reemplazado por Kohl.

⁸⁷ Fue aprobada por 17.667.000 contra 4.624.000 votos, siendo más que un referéndum sobre la Constitución, un plebiscito sobre la figura de de Gaulle. Véase LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1975, ps. 115 a 125.

⁸⁸ El art. 16, Constitución francesa, dispone: “Cuando las instituciones de la República, la inde-

2. Decretos de necesidad y urgencia como práctica paraconstitucional

Más allá de que la Constitución redactada en 1853 no contemplaba el dictado de decretos de necesidad y urgencia, excepcionalmente se habían emitido algunos, pero, a partir de 1989, la excepción devino en regla. Entre 1860 y 1983 sólo se habían dictado unos veinticinco decretos de necesidad y urgencia, siendo el primero el dec. 5765 de 1862 que trató el tema de la intervención de cónsules extranjeros en las sucesiones intestadas. Durante el gobierno de Raúl Alfonsín se dictaron diez decretos de necesidad y urgencia, de los cuales debe destacarse el dec. 1906/1985 que implantó el Plan Austral.

No obstante, la cuestión se agravó con la presidencia de Carlos Menem que al momento de la reforma de 1994 había dictado más de trescientos decretos de necesidad y urgencia⁸⁹. Vale aclarar que esta proliferación de decretos de necesidad y urgencia no era patrimonio de la República Argentina. En Brasil, el presidente Sarney (1985-1990) dictó durante su presidencia ciento cuarenta y dos decretos de necesidad y urgencia, y sólo en 1990 el presidente Fernando Collor de Mello emitió ciento cincuenta⁹⁰.

En el ámbito jurisprudencial la Corte analizó la validez de los decretos de necesidad y urgencia en el caso “Peralta”⁹¹, en el cual se discutía la validez del dec. 36/1990 del 3 de enero de 1990 que había dispuesto que de los depósitos a plazo fijo, el monto que superase el millón de australes sería devuelto en bonos del Estado (bonos exteriores 1989, conocidos como “Bonex”), nominados en dólares, a cobrarse en diez años con una tasa de interés medianamente alta. Aquí la mayoría de la Corte⁹² sostuvo que el decreto en cuestión no era inconstitucional en cuanto a su origen, ya que: 1) el Congreso no había adoptado dis-

pendencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional”.

Debo ser honesto y decir que la primera experiencia en materia de dictado de decretos de necesidad y urgencia en manos de un funcionario no dependiente del Poder Legislativo, la encontramos en el art. 48, Constitución de 1919 de la República de Weimar. No obstante, dado que para dictar estas medidas el presidente necesitaba la conformidad del canciller y éste tenía responsabilidad ante el Parlamento, decidí, para no hacer demasiado complejo el análisis, reseñar solamente el caso francés.

⁸⁹ Véase FERREIRA RUBIO, Delia - GORETTI, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993)”, ED 158-849.

⁹⁰ Véase SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994, p. 180.

⁹¹ “Peralta, Luis Arsenio y otro c. Estado nacional, Ministerio de Economía, Banco Central s/amparo”, Fallos 313:1513.

⁹² La mayoría estuvo formada por los Dres. Levene (h), Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Moliné O’Connor. Los Dres. Belluscio y Oyhanarte por motivos procesales, aunque en votos separados, expresaron su disidencia.

posiciones diferentes en materia económica y; 2) había mediado una situación de crisis imposible de resolver por otro medio ⁹³.

VII. UN NUEVO MENSAJE: ART. 99, INC. 3°

Hacia 1994 la doctrina discutía dos posibles soluciones al problema de los decretos de necesidad y urgencia. De un lado se proponía su expresa prohibición en el texto constitucional y de otro se afirmaba que el único modo de evitar su dictado indiscriminado era una estricta regulación, ya que la prohibición constitucional no iba a eliminar la propagación de decretos de necesidad y urgencia, sino que éstos seguirían dictándose en una situación de clandestinidad constitucional.

La discusión se presentó resuelta por el Núcleo de Coincidencias Básicas que en su punto G.a previó (aunque en diferente orden de redacción) lo que hoy es el mensaje del art. 99, inc. 3°. En principio, cualquier disposición con carácter legislativo emitido por el Poder Ejecutivo es nula de nulidad absoluta. Empero se contemplan excepciones y un tratamiento posterior de éstos:

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

”El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

Sin embargo, la regulación no surtió efectos. Menem terminó su mandato con un total de quinientos cuarenta y cinco decretos de necesidad y urgencia; Fernando de la Rúa (10/12/1999-20/12/2001) dictó setenta y tres Eduardo Duhalde (1/1/2002-25/5/2003) dictó ciento cincuenta y ocho y Néstor Kirchner (25/5/2003) llevaba dictados, hasta el 25/5/2005, ciento cuarenta decretos de necesidad y urgencia ⁹⁴. Evidentemente, algo no funcionó.

⁹³ Consid. 24.

⁹⁴ Datos elaborados por el Centro de Estudios para las Políticas Públicas Aplicadas (CEPPA) en el diario *Clarín* del 7/8/2005.

VIII. PERÍODO PREVIO A LA LEY 26.122

1. ¿Sólo un adorno?

El inciso citado establece que, por razones de “necesidad y urgencia”, y mediando circunstancias que hicieren “imposible” respetar los trámites previstos para la sanción de las leyes, el Poder Ejecutivo puede dictar disposiciones de carácter legislativo. En caso de que no medien tales circunstancias, el decreto de necesidad y urgencia será nulo.

Vagas, como el lenguaje mismo, son las expresiones “necesidad”, “urgencia”, “imposibilidad” y difícil es subsumir situaciones de hecho dentro de estas categorías; es menester una valoración de la coyuntura para dilucidar si se está ante una situación de “necesidad y urgencia”. El constituyente ha querido que tal valoración la realice el Congreso a través de un trámite que debería ser regulado por ley, pero qué iba a suceder mientras la ley no estaba sancionada. Es aquí cuando el mensaje comienza a ser confuso.

Por caminos separados Gelli⁹⁵ y Ekmekdjian⁹⁶ armonizaban los arts. 99, inc. 3º, y 82, CN, llegando a la conclusión de que el Congreso no podía aprobar tácitamente el decreto de necesidad y urgencia dictado. Esto podía ser compartido, pero aportaba muy poco a la cuestión. El art. 99, inc. 3º, no impone que el decreto de necesidad y urgencia debe ser aprobado por el Congreso, sino que habla de un “tratamiento” de éste. El no “tratamiento” a la luz del art. 82 que dispone “la voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente” obviamente no importaba una aprobación tácita, pero tampoco implicaba un rechazo tácito, ya que la voluntad debía ser expresa. Con el silencio, el Congreso no afirmaba ni rechazaba, simplemente “no trataba”.

Mientras la ley especial no estaba sancionada, sólo sabíamos que el jefe de gabinete debía someter el decreto de necesidad y urgencia, en un plazo de diez días, a la Comisión Bicameral Permanente. ¿So pena de qué? ¿Qué ocurría si no lo hacía? Esto era una gran incógnita. ¿Podíamos afirmar que el decreto de necesidad y urgencia era nulo? Si era así, ¿quién decretaba la nulidad? ¿El Parlamento que no se enteraba de la medida o el Poder Judicial que otorga a sus sentencias efectos *inter partes*? ¿Si el primero no lo declaraba nulo, podía hacerlo el segundo? ¿Si la atribución estaba dada a un órgano democrático, podía ejercerla uno contramayoritario? ¿Qué ocurría si el decreto en cuestión era considerado por el Poder Ejecutivo como decreto autónomo y por esto no era sometido al control parlamentario? Respecto del tiempo que puede demandar el “tratamiento” del decreto, la Constitución habla de inmediatez. ¿Cuánto tiempo era esto? Ninguna de estas preguntas contestaba el mensaje.

⁹⁵ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 645 y 646.

⁹⁶ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 775 a 778.

En conferencias y pasillos universitarios se sostenía que estas cuestiones serían resueltas por la ley que reglamentase el mensaje constitucional. En aquellos momentos, pensaba que si para resolver cuestiones tan trascendentes era menester la ley reglamentaria, el art. 99, inc. 3º, no era más que un adorno. Tras la sanción de la —a esta altura— famosa ley reglamentaria (26.122), he reafirmado mis primeras impresiones; ya que el mensaje constitucional es un adorno que tampoco permite anular disposiciones legales que nada resuelven: sólo decora (o mancha) un texto constitucional.

Mientras la ley no estaba sancionada, podría haberse sostenido que el mensaje constitucional hubiese tenido utilidad si se hubiera admitido la categoría de inconstitucionalidad por omisión. Veamos si esto era así.

2. Congreso en mora. Inconstitucionalidad por omisión. ¿Solución?

La inconstitucionalidad por omisión no está explícitamente tratada en nuestro texto constitucional, como sí lo está en la Constitución brasileña⁹⁷ y en la portuguesa⁹⁸. No obstante, ello no es impedimento para que podamos hablar de una “inconstitucionalidad por omisión”, la cuestión es determinar si con tal declaración podíamos subsanar la mora del Congreso. Antes de analizar el caso de la ley especial, veamos qué ha sucedido con el instituto del juicio por jurados; sin lugar a dudas, una gran “inconstitucionalidad por omisión”.

El art. 24, CN, dispone: “El Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados”. Esta disposición, tomada de la Constitución de los Estados Unidos⁹⁹, es repetida en el art. 75, inc. 12 (anterior 67, inc. 11) y en el 118 (ex 102), pero el juicio por jurados nunca fue regulado por el Parlamento. Al respecto la Corte sostuvo que “los arts. 24, 67 y 102, CN, no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso en términos perentorios para la reforma de la legislación en todos”¹⁰⁰.

He aquí un instituto previsto en la Constitución de 1853, que no fue modificado en ninguna de las cinco reformas constitucionales (1860, 1866, 1898, 1957, 1994) y nunca fue reglamentado. Cuando en los procesos penales se opuso la excepción por ausencia de este procedimiento, la Corte sostuvo que la Constitución no le imponía plazos al Congreso para su creación.

⁹⁷ Art. 103, parág. 2º.

⁹⁸ Art. 283.

⁹⁹ El art. III, secc. 2, inc. 3º, dispone que “el juicio de todos los delitos, excepto los de juicio político, se hará por jurados”. La enmienda VI estipula que “en todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, con un jurado imparcial del Estado y distrito donde se halla cometido el delito”.

¹⁰⁰ “Don Vicente Loveira v. Don Eduardo T. Mulhall” (1911), Fallos 115:92. La solución se repite en Fallos 165:258, 208:21, 208:225.

Sin atender a tales precedentes los constituyentes delegaron la regulación del trámite de los decretos de necesidad y urgencia al Poder Legislativo. Si recordamos la solución dada al caso de los juicios por jurados, podríamos decir que durante los doce años transcurridos desde la reforma constitucional hasta la sanción de la ley 26.122, el Congreso no estaba en mora, ya que la Constitución no imponía un plazo perentorio para que la ley se sancione. Otra respuesta podría ser que estábamos ante una verdadera “inconstitucionalidad por omisión”.

En un caso judicial, cuando el juez declara la inconstitucionalidad de un texto normativo, resuelve el pleito como si éste no existiese; la ley no es aplicada al caso concreto. No obstante, si la inconstitucionalidad es por omisión, el juez no puede resolver el caso con prescindencia del texto normativo, porque el texto normativo no existe. He aquí el problema de las inconstitucionalidades por omisión; la cuestión a dilucidar no es si éstas existen o no, sino qué hacer con ellas.

Al respecto, Bazán ¹⁰¹ proponía tres soluciones: intimar al órgano a que dicte la reglamentación pertinente dentro de un plazo determinado, bajo apercibimiento de hacerlo por sí mismo; frente al incumplimiento, dictar la reglamentación con efecto limitado al caso concreto; si lo anterior no puede llevarse a la práctica, indemnizar los daños y perjuicios. Analizaré las dos primeras propuestas que son las que tienen más trascendencia institucional y las que realmente pretenden subsanar la mora parlamentaria (la tercera propuesta sólo pretende subsanar el daño causado).

La primera solución hubiera sido intimar al Congreso bajo apercibimiento de que el Poder Judicial dicte la norma. Al respecto vale decir que, en general, el que es intimado bajo apercibimiento será perjudicado si no cumple (v. gr., el perito es intimado bajo apercibiendo de remoción). ¿Cuál hubiera sido el perjuicio para el Congreso? Ninguno. Pensemos en una intimación bajo apercibimiento de astreintes ¹⁰²: Hubiéramos obligado a quienes no quisieran prestar quórum a que lo hiciesen, a quienes estuvieren en desacuerdo con el proyecto a que lo votasen, es decir, hubiésemos olvidado el juego democrático. Éste también hubiera quedado relegado si los jueces hubieren reglamentado el instituto, ya que hubieran legislado sin tener legitimidad democrática para hacerlo ni ser responsables políticamente por ello.

Con soluciones que no hubieran hecho tambalear al sistema democrático, la Corte podría haber reenviado la declaración de inconstitucionalidad al Congreso para que éste legisle sobre el tema ¹⁰³ o tomar alguna decisión experimen-

¹⁰¹ BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: El control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 245.

¹⁰² El art. 666 bis, CCiv., define a las astreintes como condenaciones conminatorias de carácter pecuniario aplicables a quienes no cumplieron con deberes jurídicos impuestos por una resolución judicial.

¹⁰³ Así lo hizo en “Mignone, Emilio Fermín”, Fallos 325:524, y “Badaro, Adolfo Valentín c. Anses”, JA 2006-IV-703.

tal en la cual se establezca una mesa de trabajo entre el Poder Judicial y los poderes políticos con el fin de resolver la cuestión ¹⁰⁴. No obstante vale decir que ninguna de estas soluciones estaba prevista en el mensaje constitucional y su adopción o no dependía de la buena voluntad de los jueces.

Hablar de una inconstitucionalidad por omisión no resolvía *per se* el problema, ya que las propuestas de solución podían resultar antidemocráticas o quedaban en la buena voluntad judicial. No sólo el mensaje del art. 99, inc. 3º, era intrínsecamente inútil para subsanar la mora parlamentaria, sino que se conjugaba con un receptor que presentaba una dificultad contramayoritaria que le restringía el ámbito de actuación. El mensaje era un adorno, aun admitiendo la categoría de inconstitucionalidad por omisión.

a) *La posición de Petracchi*

Si bien el juez de la Corte Suprema Enrique Santiago Petracchi no hablaba de inconstitucionalidad por omisión, era el único juez de la Corte que analizaba con detenimiento el problema de la mora parlamentaria. En el caso “Verrocchi” ¹⁰⁵ sostuvo que para entender los alcances del art. 99, inc. 3º, era menester recurrir a los diálogos de los convencionales reformadores y de allí surgía que el sistema adoptado era el español. Luego de citar las normas españolas que regulaban la institución, afirmaba que el procedimiento de los decretos de necesidad y urgencia tenía dos etapas, una ejecutiva y otra legislativa. En el caso argentino el instituto de los decretos de necesidad y urgencia tenía un funcionamiento similar: En la parte legislativa era menester la intervención de una Comisión Bicameral Permanente (primera subetapa legislativa) y un posterior tratamiento en las cámaras (segunda subetapa legislativa) ¹⁰⁶.

“Ahora bien: al no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3º, no puede cumplirse con la denominada ‘subetapa’ legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia” ¹⁰⁷. Esta imposibilidad transformaba en nulos a los decretos de necesidad y urgencia.

La propuesta de Petracchi no dejaba de ser interesante, ya que instaba a un fiel respeto por las formalidades que la Constitución prescribe. No obstante que

¹⁰⁴ Así lo hizo en “Verbitsky, Horacio s/hábeas hábeas”, JA 2005-IV-612, y en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado nacional y otros s/daños y perjuicios”, M.1569.XL, JA 2006-III-294. Sobre soluciones experimentales puede consultarse BERGALLO, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, ponencia presentada en SELA 2005, <http://islandia.law.yale.edu>.

¹⁰⁵ “Verrocchi, Ezio D. c. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 322:1726 (19/8/1999). Petracchi mantiene su postura en Fallos 323:1566, 323:1934, 325:2059, 326:1146 y 326:3180.

¹⁰⁶ Consids. 8, 9 y 10.

¹⁰⁷ Consid. 13.

el Poder Judicial declarara la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia, implicaba dar a sus sentencias un efecto *erga omnes*, algo que rompía con el esquema tradicional de nuestro control de constitucionalidad y que agravaba la dificultad contramayoritaria; ya no sólo la norma no era aplicada al caso concreto, sino que además era derogada. En segundo lugar, una declaración de nulidad, con efecto *erga omnes*, requería de un largo proceso judicial, lo que podía acarrear dificultades instrumentales: podían pasar años entre el dictado del decreto de necesidad y urgencia, y la declaración de nulidad. En tercer lugar, vale citar lo expresado por la mayoría de la Corte en el caso “Rodríguez”¹⁰⁸ que configuraba la antípoda de su posición. Para aquélla, la Constitución contemplaba al Parlamento como órgano de control de los decretos de necesidad y urgencia; empero, “dicho contralor, por otra parte, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ‘ley especial’ contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la ‘Comisión Bicameral Permanente’, ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die*, al titular del Poder Ejecutivo nacional de una facultad conferida por el constituyente”¹⁰⁹.

Veámos en la Corte dos posturas respecto de la mora parlamentaria. De un lado, tal mora transformaba en nulos los decretos de necesidad y urgencia; del otro, dicha mora no podía transformarlos en nulos, ya que eso era privar al Poder Ejecutivo de su facultad de dictarlos. Más allá de lo inseguro que resultaba tal contraposición dentro de la Corte, lo realmente preocupante era que ambas posturas encajaban con el mensaje del art. 99, inc. 3º: por un lado, tal artículo prescribe cierta formalidad pero también está ubicado dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo. Ambas soluciones eran compatibles con el —a esta altura— confuso mensaje.

3. La necesidad y la urgencia a los ojos del Poder Judicial

La Constitución organiza al Congreso como órgano para analizar si se presentó la situación de necesidad y urgencia que hiciese imposible el tratamiento legislativo de lo dispuesto por el decreto de necesidad y urgencia.

La inexistencia de la “ley especial” no fue óbice para que el Congreso, en pocos casos, se pronunciara respecto de algunos decretos de necesidad y urgencia. Tanto estas referencias (sean a través de la ratificación o de la derogación de éstos) como el silencio del Parlamento han sido tomados por la jurisprudencia de la Corte Suprema para verificar si se presentaban los requisitos fácticos para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia.

¹⁰⁸ “Rodríguez, Jorge en: Nieva Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo nacional”, Fallos 320:285 (17/12/1997).

¹⁰⁹ Consid. 13. Tal postura se repite en la disidencia del juez Moliné O’Connor en “Cooperativa de Trabajo Fast c. Estado nacional”, Fallos 326:3180.

En primer lugar, examinaré cuál fue el comportamiento histórico de la Corte respecto de casos que requerían la valoración de cuestiones de hecho, para luego estudiar cuál ha sido su conducta en el caso específico de los decretos de necesidad y urgencia.

a) Situaciones de hecho y Poder Judicial

Dos de los institutos de mayor repercusión institucional en contexto de anomalías, como la intervención federal y el estado de sitio, presuponen una determinada situación de hecho.

Para el caso de la intervención federal a una provincia, es menester que esté en peligro su forma republicana de gobierno, que haya sufrido un ataque exterior o de otra provincia, o que se haya llevado a cabo una sedición¹¹⁰. Respecto de la valoración que los hechos suponen para poder subsumirse dentro de una de estas causales, la Corte sostuvo que se tratan de cuestiones políticas no justiciables. Ni la Corte ni los jueces pueden decidir si una determinada situación fáctica es un ataque exterior, o de otra provincia, o si hubo sedición: tal valoración corresponde a los órganos políticos. En el *leading case* “Cullen v. Llerena”¹¹¹ el máximo tribunal sostuvo, en *obiter dictum*, que “la intervención es del resorte de los poderes políticos, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial”¹¹².

Para la declaración del estado de sitio debe mediar una conmoción interior o un ataque exterior que ponga en peligro la vigencia de la Constitución y las autoridades que ella crea¹¹³. La valoración de los hechos que darían lugar a este tipo de declaración siempre fue, para la Corte Suprema, una cuestión política no justiciable; tesis que el máximo tribunal mantiene luego de la sanción de la ley 23.098, ya que “se comprende la necesidad de dar carácter excluyente al juicio del Poder Legislativo, o del Ejecutivo en su caso, respecto del grado real del riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen en la declaración del estado de sitio”¹¹⁴.

Esta autorrestricción del Poder Judicial no es azarosa, sino que obedece a su carácter contramayoritario. En estos casos, la valoración de los hechos debe quedar en manos de los órganos elegidos por la voluntad del pueblo y responsables políticamente ante éste; y los jueces, en tanto funcionarios no elegidos por la voluntad popular ni responsables ante el electorado, deben respetar la valoración efectuada por los órganos políticos.

¹¹⁰ Art. 6º, CN.

¹¹¹ Fallos 53:420 (28/8/1893).

¹¹² Párr. 24 del voto de la mayoría (el fallo no se ordena en considerandos).

¹¹³ Art. 23, CN.

¹¹⁴ “Granada, Jorge H.”, Fallos 307:2285 (3/12/1985) consid. 5º del voto de la mayoría.

Para el caso de los decretos de necesidad y urgencia la Constitución estipula que la valoración de la “necesidad” y la “urgencia” esté en manos del Poder Ejecutivo (al momento de dictarlos) y del Poder Legislativo (mediante el procedimiento de control). A continuación, reseñaré cómo interpretó el máximo tribunal el proceder del Parlamento mientras la ley especial no existía. Tal como veremos, encontraremos interpretaciones incompatibles entre sí, pero compatibles (valga el juego de palabras) con el mensaje constitucional ¹¹⁵.

b) Los decretos de necesidad y urgencia ante el silencio del Congreso

Las soluciones jurisprudenciales ante el silencio parlamentario respecto de los decretos de necesidad y urgencia (es decir, un decreto de necesidad y urgencia que no es anulado, derogado, ratificado ni modificado) han sido variadas.

En “Rodríguez” ¹¹⁶, la mayoría de la Corte sostuvo que “la Constitución atribuye una excluyente intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes” ¹¹⁷. En la misma causa, y sosteniendo exactamente lo contrario, la minoría expresó que “carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido por la Constitución consagrándose el absurdo de que una ley pudiera ser invalidada por el Poder Judicial por atentar contra la Constitución, lo mismo que un decreto u otro acto administrativo del Poder Ejecutivo, pero no el decreto de necesidad y urgencia” ¹¹⁸.

Como puede observarse, existían dos soluciones opuestas. Por un lado, se afirmaba que en materia de decretos de necesidad y urgencia el Poder Legislativo tenía un control excluyente y, por el otro, se sostenía que esto era absurdo. Más allá del problema que generaba tener posiciones tan enfrentadas, la mayor dificultad era que ambas se ajustaban al mensaje del art. 99, inc. 3°. Según éste, el Congreso debía controlar el dictado de los decretos de necesidad y urgencia y, pensando en la doctrina clásica de la Corte de abstenerse de hacer valoraciones sobre situaciones fácticas, la solución expuesta por la mayoría en “Rodríguez” se configuraba como razonable. Por otro lado, el 99, inc. 3°, no imponía

¹¹⁵ Cuando hablo de incompatibilidad no me estoy refiriendo, necesariamente, a la noción de incompatibilidad esgrimida por Raz, ya que según entiendo, el profesor norteamericano la acota a incompatibilidades entre dos interpretaciones originalistas. Conf. RAZ, Joseph, “La intención en la interpretación”, *Doxa* 1997-20-199/205.

¹¹⁶ Fallos 320:285.

¹¹⁷ Consid. 17 del voto de la mayoría, integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, López, Boggiano y Vázquez. La solución es repetida en la disidencia de Moliné O’Connor en el caso “Risolfía de Ocampo, María c. Rojas, Julio y otros”, Fallos 323:1934 (2/8/2000), consid. 5°.

¹¹⁸ Consid. 8° de la disidencia de los Dres. Belluscio y Bossert.

una competencia excluyente del Congreso en materia de control y si el Congreso no efectuaba ese control, la solución de la minoría también se erigía como razonable. Una vez más el problema estaba en el mensaje.

Si tomábamos la primera postura como válida, asumíamos una situación en la cual si el Parlamento no controlaba, nadie lo hacía. Si optábamos por la segunda solución, apaleábamos a un órgano contramayoritario para determinar si una particular situación de hecho configuraba una circunstancia de “necesidad y urgencia”. El panorama no resultaba muy alentador.

c) El Congreso ratificando decretos de necesidad y urgencia

En principio, podría pensarse que una ratificación por parte del Congreso eliminaba los potenciales defectos de origen del decreto de necesidad y urgencia. En “Guida”¹¹⁹ la mayoría de la Corte sostuvo “que la ratificación del DNU 290/1995 mediante el dictado de la ley 24.624 traduce, por parte del Poder Legislativo, el reconocimiento de la situación de emergencia invocada por el Poder Ejecutivo para su sanción, a la vez que importa un concreto pronunciamiento del órgano legislativo en favor de la regularidad de dicha norma”¹²⁰.

Ahora bien, en aquel caso el decreto databa del 1 de marzo de 1995 y la ley ratificatoria había sido sancionada el 28 de diciembre de 1995. ¿Había llegado tarde la ratificación? No era posible saberlo, nada se desprendía del mensaje del art. 99, inc. 3°. ¿Qué hubiese sucedido si en este lapso se hubiere dictado una sentencia que hubiese declarado inconstitucional al decreto de necesidad y urgencia, y hubiera quedado firme? Tampoco sabemos.

Retornemos al asunto del tiempo. En “Della Blanca”¹²¹ se discutió la constitucionalidad del DNU 1477 del 20 de diciembre de 1989 que había dispuesto el carácter no remuneratorio de los llamados “*ticket canasta*”. Tras varios plexos normativos que rigieron la cuestión, el 25 de septiembre de 1996, siete años después del mencionado decreto, el Congreso sancionó la ley 24.770 que, al decir la disidencia de López y Moliné O’Connor, “confirmó el criterio que inspiró el dictado del dec. 1477/1989 emanado del Poder Ejecutivo, en consecuencia, toda vez que las disposiciones de la citada ley reflejen de manera inequívoca la voluntad convalidatoria del órgano estatal llamado por la misma Constitución a expedirse sobre el valor de las normas anteriormente dictadas por el Poder Administrador, corresponde desestimar la tacha articulada respecto del dec. 1477/1989”¹²².

¹¹⁹ “Guida Liliana c. Poder Ejecutivo nacional”, Fallos 323:1566 (2/6/2000).

¹²⁰ Consid. 6° del voto de la mayoría integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López. En un voto separado Boggiano coincide con esta postura (consid. 8°).

¹²¹ “Della Blanca, Luis y otro c. Industria Metalúrgica Pescarmona SA”, Fallos 321:3133 (24/11/1998).

¹²² Consids. 7 y 8.

El mensaje del 99, inc. 3 exige que el decreto de necesidad y urgencia sea tratado “de inmediato”. Mientras la ley especial no estaba sancionada, la discrecionalidad del Poder Judicial determinaba si el tratamiento parlamentario se había realizado “de inmediato”. Todos podíamos estar de acuerdo que si el Congreso trataba el decreto de necesidad y urgencia al día siguiente a su dictado, habría inmediatez. ¿Pero si lo hacía a los diez días? ¿A los treinta días? ¿A los tres meses? ¿A los tres años? No era posible extraer del mensaje constitucional cuándo estaba la inmediatez exigida. Ante esta situación quedaban dos alternativas: negar la posibilidad de declarar inconstitucional los decretos de necesidad y urgencia, porque el Congreso los podría ratificar en un futuro, o pedir que un poder no elegido popularmente determine el plazo de inmediatez.

d) El Congreso derogando decretos de necesidad y urgencia

Intuitivamente uno podía pensar que la derogación de un decreto de necesidad y urgencia era un rechazo de éste. No obstante, la cuestión no resultaba tan clara.

En el caso “Müller”¹²³, en el cual se discutía la constitucionalidad del dec. 430/2000, el procurador general de la Nación, al cual la mayoría¹²⁴ de la Corte se remitió para solucionar el caso, sostuvo que “respecto de la necesaria intervención del Congreso en el trámite de los decretos de necesidad y urgencia que exige la Ley Fundamental, cabe señalar que, en el caso, ello se verificó mediante la derogación expresa del dec. 430/2000 dispuesta por la ley 25.453 (art. 18), a partir de la vigencia de ésta, *de donde surge de modo inequívoco que lo tuvo por válido hasta ese momento*”¹²⁵.

En la vereda opuesta, en el caso “Verrocchi”¹²⁶, en el cual se discutía la constitucionalidad de los decs. 770/1996 y 771/1996, la mayoría de la Corte aseveró que “ninguna voluntad de ratificación de las injerencias del Poder Ejecutivo se desprende, por otra parte, del dictado de la ley 24.714, que establece la derogación de los decs. 770 y 771”¹²⁷.

Para la primera postura, una ley que derogaba el decreto lo ratificaba. Esto era así porque la derogación era de “algo” y ese “algo” era una norma válida; si la norma era nula, no existía y no era posible derogar aquello que era inexis-

¹²³ “Müller, Miguel c. Poder Ejecutivo nacional”, Fallos 326:1146 (10/4/2003).

¹²⁴ Mayoría integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López. En el mismo sentido, se pronunció el juez Fayt.

¹²⁵ Punto IV del dictamen del procurador general de la Nación, Nicolás Becerra. Las cursivas me pertenecen.

¹²⁶ Fallos 322:1726.

¹²⁷ Consid. 11 del voto de la mayoría, integrada por los Dres. Fayt, Belluscio y Bossert. En el mismo sentido, se pronunciaron Boggiano (consid. 9º) y, en *obiter dictum*, Petracchi (consid. 16). La postura se mantiene en *obiter* en la disidencia de Petracchi en Fallos 326:1146.

tente. Así, para que haya derogación, era menester tener por válido el decreto de necesidad y urgencia: derogar era validar el decreto. En la antípoda se afirmaba que la derogación no podía tomarse como una convalidación, ya que una derogación era una manifestación de voluntad contraria al decreto de necesidad y urgencia en cuestión, y una manifestación en contra del decreto nunca podía actuar como convalidación.

Nuevamente, teníamos aquí posturas contrapuestas y ambas podían adecuarse al mensaje del art. 99, inc. 3°. Analizando la primera opinión, observamos que la sanción que el art. 99, inc. 3°, contempla para los casos en que el Congreso no apruebe el decreto de necesidad y urgencia es la nulidad y no la derogación (que, vale aclarar, no es una sanción). Además, resultaba razonable que si había una derogación de un decreto de necesidad y urgencia, era menester que éste sea válido para que pueda ser derogado. Examinando el segundo postulado, podemos decir que si bien la Constitución prevé a la nulidad como sanción para los decretos de necesidad y urgencia, la nulidad como sanción sólo podía implementarse si se dictaba la “ley especial” y, mientras tanto, la única manera de desaprobación un decreto de necesidad y urgencia era a través de su derogación. Si la derogación implicaba confirmación o anulación, era otro gran problema que el mensaje no resolvía.

IX. LA LEY 26.122

El 27 de julio de 2006 fue promulgada la ley 26.122, que reguló la intervención del Congreso Nacional en el dictado de decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y promulgación parcial de leyes. A continuación, analizaré algunos aspectos preocupantes de la ley y ratificaré mis intuiciones respecto de la inutilidad del mensaje constitucional. Tal como veremos, todos los aspectos que resultan criticables de la ley se adecuan perfectamente con los parámetros establecidos el art. 99, inc. 3°.

1. Integración de la Comisión Bicameral Permanente

De acuerdo con el art. 3° de la citada ley, la Comisión Bicameral Permanente debe ser integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de cada una de las cámaras y a propuesta de los bloques parlamentarios. Además, la integración debe respetar la proporción de las representaciones políticas.

Inmediatamente a la promulgación de la ley, se constituyó la comisión y quedó conformada por: nueve miembros del bloque del PJ-Frente para la Victoria, es decir, nueve personas pertenecientes al mismo partido que el entonces

presidente de la Nación, Néstor Carlos Kirchner ¹²⁸; tres integrantes del bloque de la Unión Cívica Radical ¹²⁹; un miembro del Movimiento Popular Neuquino ¹³⁰, del Bloque Peronista Federal ¹³¹, del Justicialista Nacional ¹³² y del Pro ¹³³.

Teniendo en cuenta que los dictámenes se conforman con la mayoría absoluta de quienes conforman la comisión, no hay que ser muy lúcido (yo de hecho no lo soy) para notar que si hay nueve integrantes de la misma bandera política del presidente, los dictámenes serán todos favorables a la validez de los decretos de necesidad y urgencia, excepto, claro está, que el presidente ordene lo contrario.

A mi entender, resulta preocupante que la comisión que, a través de sus dictámenes, controla el dictado de decreto de necesidad y urgencia tenga la misma bandera política que quien los dicta. No obstante, esto era lo que mandaba el mensaje del art. 99, inc. 3º, según el cual la mentada comisión debería estar integrada guardando “la proporción de las representaciones políticas de cada cámara”. Uno podría sostener que, aun mediando este tipo de integración, y en aras de un verdadero control, se podría haber estipulado una mayoría de dos tercios para la formación de los dictámenes. Ello es correcto, pero he aquí el problema de los receptores del mensaje constitucional: es impensable, desde una mirada democrática, que el Poder Judicial determine cuáles deben ser las mayorías adecuadas para resolver este tipo de situaciones.

2. Trámite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia o íter de un cafecito en una curiosa confitería

a) Ven por el café

Una vez dictado el decreto de necesidad y urgencia, el jefe de Gabinete de Ministros debe remitirlo a la comisión dentro de los siguientes diez días ¹³⁴. En caso de incumplimiento, la comisión puede avocarse, de oficio, a su tratamiento ¹³⁵. La mentada comisión tiene diez días hábiles para emitir el dictamen ¹³⁶ y vencido el plazo, las cámara podrán tratarlos de manera inmediata ¹³⁷.

¹²⁸ Los senadores Jorge Capitanich, Miguel Ángel Pichetto, Nicolás Fernández, María Cristina Perceval, María Laura Leguizamón y los diputados Diana Conti, Agustín Rossi, Luis Francisco Cicogna y Patricia Vaca Narvája.

¹²⁹ Los senadores Ernesto Sanz y Luis Petcoff Naidenoff y el diputado Oscar Aguad.

¹³⁰ El senador Luis María Sapag.

¹³¹ El diputado Jorge Landau.

¹³² El diputado Gustavo Enrique Ferri.

¹³³ El diputado Pablo Gabriel Tonelli.

¹³⁴ Art. 99, inc. 3º, párr. 4º, CN.

¹³⁵ Art. 18, ley 26.122.

¹³⁶ Art. 19, ley 26.122.

¹³⁷ Art. 20, ley 26.122.

Como vemos, la ley ha diseñado un mecanismo según el cual hay un órgano (llámese jefe de gabinete o comisión bicameral) que tiene la obligación de preparar el “café” para otro (sea enviar el decreto de necesidad y urgencia o preparar el dictamen para las cámaras), con la sanción de que ese “otro” se prepare el “café” para sí. Por más que nos parezca ridículo que la sanción al jefe de gabinete sea que “le vayan a buscar el decreto de necesidad y urgencia”, un Poder con las características contramayoritarias como el judicial no debería modificarlo, ya que estos curiosos incentivos son perfectamente compatibles con el mensaje constitucional. Si el mensaje constitucional hubiera sido más claro, tal vez los tribunales podrían decir algo al respecto, pero, lamentablemente, no es el caso.

b) El café frío es café

Si bien la ley estipula plazos para el tratamiento de los decretos de necesidad y urgencia por parte de la comisión, no se contemplan plazos para el tratamiento en las cámaras. En este sentido, mientras el decreto no sea rechazado, mantiene su vigencia. Esta situación es similar en varios Estados (v.gr., España), pero en numerosos ordenamientos jurídicos se contempla que en caso de que el decreto no sea ratificado por el Parlamento dentro de determinado plazo, éste pierde sus efectos. Así, en Italia el plazo es de sesenta días ¹³⁸ y en Brasil es de treinta ¹³⁹.

El té frío es bastante feo, pero lo cierto es que el café frío es horrendo. No obstante, nuestra ley permite que el tiempo pase sin ninguna consecuencia: el café frío es café. Por más que su gusto nos parezca espantoso (el café o que los decretos de necesidad y urgencia sigan rigiendo aunque el Congreso nunca los trate) nada podemos hacer con él: la mano (el juez) que podría tirarlo en la pileta de la cocina tiene el brazo atado y el mensaje constitucional no provee ningún elemento para desatarse (para declarar inconstitucional al decreto de necesidad y urgencia por su no tratamiento).

¹³⁸ Art. 77 de la Constitución de la República Italiana: “No podrá el gobierno, sin delegación de las cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria.

”Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes.

”Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueron convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.

¹³⁹ Art. 62 de la Constitución de la República Federativa del Brasil: “En caso de relevancia y urgencia, el presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional, que, estando en receso, será convocado extraordinariamente para reunirse dentro de cinco días. *Las medidas provisionales perderán eficacia, desde su edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso disciplinar las relaciones jurídicas transcurridas*”.

Hay quienes entienden que la ausencia de plazos es contraria al art. 82, CN ¹⁴⁰, posición que no comparto y que me parece incompleta. No comparto, porque el mentado artículo dispone: “La voluntad de cada cámara debe manifestarse expresamente, se excluyen, en todos los casos, la sanción ficta o tácita”. Según entiendo, lo que la norma constitucional prohíbe es una estipulación según la cual, luego de determinado plazo de tiempo (supongamos treinta días) y ante el silencio del Congreso, el decreto de necesidad y urgencia quedase ratificado. No obstante, la ley 26.122 no dispone ello, simplemente no dice nada y por más desagradable que esto nos parezca, no existe ninguna incompatibilidad con el texto constitucional. De acuerdo con la ley 26.122, el silencio parlamentario no ratifica ni rectifica, simplemente es silencio.

Además, entiendo que la posición es incompleta: en primer lugar, no me queda claro cuál es el artículo inconstitucional, ya que ninguno dice algo así como: “Si el Congreso no se expide en X cantidad de tiempo, el decreto de necesidad y urgencia queda aprobado”; en segundo término, luego de declarar la inconstitucionalidad de la norma (no sé cuál), ¿qué es lo que debe hacerse? ¿Inventar un plazo para que el Congreso se expida y analizar si está vencido? Tal vez sea la solución, tal vez haya otras, tal vez ninguna, pero poco se resuelve diciendo que “hay algo” inconstitucional.

c) Un café que resiste un “sorbito”

Mientras la ley espacial no había sido sancionada, tenía cierta reticencia con la idea de contralor parlamentario. Si bien un buen tratamiento sobre la temática requeriría de un nuevo trabajo, entiendo que los constitucionalistas deberían preguntarse si el Parlamento puede funcionar como un órgano de contralor. Para Sartori la eventual función de control tiene que ver con la posición sistémica del Parlamento. Destaca que la función de control parlamentaria existía mientras era el rey quien tomaba las decisiones del gobierno. En aquellos momentos, los Parlamentos debían avalar las decisiones reales en materia impositiva, pero no tenían más que esta atribución gubernamental y se dedicaban al contralor de las funciones del Estado, del cual no formaban parte. Sin embargo, en la actualidad, y al decir de nuestro autor, los Parlamentos integran el Estado y son quienes se encargan de la función de gobierno y ya no se ocupan de materias relativas al control ¹⁴¹.

Además, en la idea de control parlamentario, no debemos olvidar la importancia de los partidos políticos. Así, debemos tener presente que en las democracias modernas (nos guste o no) el líder del partido político es más importante que

¹⁴⁰ Así MILLÓN QUINTANA, Joaquín - MOCOROA, Juan M., “El presidencialismo sin *happy ending*. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, JA 2007-1-8-12.

¹⁴¹ SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, cit., cap. 9, en especial ps. 188/192.

cualquiera de los parlamentarios que, por lo general, tienen obediencia hacia aquél. No debemos desconocer que “los miembros del Parlamento son, por lo general, unos borregos votantes perfectamente disciplinados”¹⁴².

En este contexto, me preguntaba qué pasaría si el presidente de la Nación contaba con mayoría en las dos cámaras del Congreso. Lo cierto es que la ley 26.122 me ha hecho reformular aquella inquietud, ya que el Poder Ejecutivo no necesita contar con mayoría en ambas cámaras del Parlamento, sino que alcanza con que esta situación exista en una de ellas: Dado que para rechazar el decreto es menester la voluntad de ambas cámaras, al Poder Ejecutivo le basta con dominar sólo una¹⁴³.

La disposición según la cual un “sorbito” al café (un revés en alguna de las cámaras) no es óbice para que el café siga existiendo como tal, ya que es necesario que cada una de las cámaras dé su “sorbito”, es absolutamente compatible con el mensaje constitucional, que sólo habla de un “tratamiento” por parte de las cámaras.

PALABRAS FINALES. SIN CONCLUSIÓN: SÓLO UN DESEO

*“Nada está perdido
si se tiene el valor para proclamar
que todo está perdido
y hay que empezar de nuevo”.*
(Julio Cortázar)

Creo que es innegable que la pretendida regulación de los decretos de necesidad y urgencia ha fracasado. Aquí he intentado brindar algunas situaciones que entiendo que obstaculizaron un potencial control. No obstante, muchas de las afirmaciones aquí expuestas no sólo que no son compartidas por la mayoría de quienes dicen escribir sobre derecho constitucional, sino que ni siquiera son tratadas.

Es cierto que los cambios deben provenir de las esferas políticas, pero desde los sectores académicos no se pueden proveer elementos que sirvan de sostén de diseños institucionales poco atractivos, poco interesantes. Es cierto que a muchos se les pagará para que teoricen a favor de estos diseños, pero quienes genuinamente se avoquen al estudio del diseño institucional deben correr con

¹⁴² WEBER, Max, “La política como vocación”, en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1998. En esta conferencia, Weber advertía sobre el advenimiento de la democracia plebiscitaria, en la cual los líderes de los partidos políticos, cobrarían más importancia que cualquiera de los parlamentarios y del Parlamento como institución.

Sobre el debilitamiento del Congreso argentino en materia de control, véase NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 531/538.

¹⁴³ Así el art. 24, ley 26.122, dispone que “el rechazo por *ambas* cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el art. 2º, CCiv., quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (las cursivas son mías).

la responsabilidad de que muchos de sus argumentos pueden ser utilizados como sustento de las políticas que guiarán nuestros destinos.

En algún momento, espero que se discuta de manera profunda ¿qué Poder Judicial queremos? y ¿qué deseamos de él? Una vez que nos pongamos de acuerdo en, por ejemplo, que sólo intervenga teniendo la última palabra en materia constitucional cuando lo haga para mejorar los canales de representación, deberemos pensar en normas claras que permitan llegar a tal fin. Sin lugar a dudas el mensaje del art. 99, inc. 3º, no ha sido redactado de este modo. Ante esta situación podemos inventar remaches (haciéndole decir a la Constitución cosas que no dice) o asumir que la estructura está podrida.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación de la esfera política*, http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/derechos_humanos/archivos_eventos/acceso_justicia_esfera_politica.pdf.
- BARBERIS, Mauro, “Libertad y liberalismo”, *Revista Isonomía*, México, abril 2002.
- BARRA, Rodolfo, “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, LL 1998-B-1362.
- BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- BERCHOLC, Jorge, *La Independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
— *Las dificultades actuales para obtener consenso en las sentencias de la Corte Suprema. Unanimitades, disidencias y cambios de jurisprudencia*, ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica.
- BERGALLO, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, ponencia presentada en SELA 2005, <http://islandia.law.yale.edu>.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.
- BIANCHI, Alberto, “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL 1991-C-141.
- CARRIÓ, Genaro, “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio de gobierno de la mayoría”, LL 1990-C-1050.
- CAYUSO, Susana, “Los decretos de necesidad y urgencia. Texto constitucional vs. praxis constitucional”, en BIDART CAMPOS, Germán J. - GIL DOMÍNGUEZ (comps.), *A una década de la reforma constitucional 1994-2004*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- COURTIS, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en BERGALLI, Roberto - MARTYNIUK, Claudio, *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. 5, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- ELSTER, Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, en SHUTE, Stephen - HURLEY, Susan (comps.), *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998.
- ELY, John H., *Democracia y desconfianza*, Siglo XX, Bogotá, 1997.
- FARRELL, Martín D., *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
— *Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- FERREIRA RUBIO, Delia - GORETTI, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993)”, ED 158-849.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1984.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Buenos Aires, 1996.
- “Constitución y Democracia”, en AA.VV., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.
- “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Aborto voluntario y Estado constitucional de derecho”, LL del 30/6/2006.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1964.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1975.
- LUJAMBIO, Alonso, “Los problemas de la democracia según Gargarella”, *Revista Isonomía*, México, abril 1995.
- MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia - ‘Verrocchi’: Empate técnico entre la libertad y el poder”, LL 1999-E-590.
- MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, 2 ts.
- *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, 2 ts.
- MILLÓN QUINTANA, Joaquín - MOCOROA, Juan M., “El presidencialismo sin happy ending. A propósito de la ley 26.122 y los decretos de necesidad y urgencia”, JA 2007-I-8-12.
- MOTESQUIEU, Charles - Louis de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, Orbis, Barcelona, 1984.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- PRELOT, Marcel - LESCUYER, Georges, *Historia de las ideas políticas*, La Ley, Buenos Aires, 1991.
- RAZ, Joseph, “La intención en la interpretación”, *Doxa* 1997-20.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Losada, Buenos Aires, 2005.
- RUSSO, Eduardo Á., *Teoría general del derecho, en la modernidad y en la posmodernidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- SABSAY, Daniel - ONAINDIA, José, *La Constitución de los argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1998.
- SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Alianza, Buenos Aires, 1992.
- *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994.
- SOLÁ, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2000, 2 ts.
- VÁZQUEZ, Adolfo R., “El control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina”, LL 1997-F-1159.
- WEBER, Max, “La política como vocación”, en *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- ZELAZNIK, Javier, “Gobierno”, en PINTO, Julio (comp.), *Introducción a la ciencia política*, Eudeba, Buenos Aires, 2003.