

Nombre y Apellido: Florencia Ruth Moljo

Afilación institucional: Departamento de Derecho Público, Cátedra Derecho Político Universidad Nacional de Rosario.

Correo Electrónico: [florencia.moljo@gmail.com](mailto:florencia.moljo@gmail.com)

Propuesta Temática: Estado, instituciones y actores.

Título de la ponencia: ¿Estado de Derecho o Decisionismo en Argentina?.

Esta investigación parte de la hipótesis de que la recuperación de la democracia política y el Estado de Derecho no suponen necesariamente que los derechos, garantías y libertades se hayan conquistado definitivamente y que esas tutelas establecidas en las leyes y la Constitución se hagan efectivas en sus distintas expresiones. Se pretende demostrar que está en crisis el principio de legalidad en Argentina, sirviendo como paradigma del modelo neo absolutista, el recurso jurídico a la emergencia. Luego de la vuelta de la democracia en 1983, antes y después de la reforma constitucional de 1994 se recurrió a la “emergencia” como método de gobierno: “delegación legislativa” y “decretos de necesidad y urgencia”, han sido y son, parte de la “normalidad” en Argentina.

### Estado y Derecho

La historia del pensamiento político y específicamente, la doctrina del Estado moderno, da cuenta de la tensión entre el poder y sus límites: entre el poder institucionalizado (Estado) y el Derecho. Así, la historia moderna del Derecho puede ser leída como la de una larga y difícil obra de minimización del poder y de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes. Desde Aristóteles que formulaba el interrogante sobre la conveniencia de ser gobernados por unos u otros hasta Norberto Bobbio, que sostenía que *la democracia no era sino por antonomasia el gobierno de las leyes y que significaban el más riguroso respeto por ese conjunto de reglas*, la preocupación sigue siendo el poder y sus límites. El Derecho, desde ésta perspectiva, nació para ponerle límites, frenos al poder. Esos límites fueron llamados “derechos fundamentales”, o “derechos humanos” y la forma de Estado que se organizó para lograr ese objetivo fue el “Estado de Derecho”. Para ello estableció reglas consagradas en forma de “leyes generales y abstractas”, emanadas de órganos representativos de la voluntad popular, a los cuales los poderes públicos debían subordinarse. Así nace el “principio de legalidad” como fuente de reconocimiento del Derecho válido. De esta manera, una de las conquistas fundacionales del Estado de Derecho fue el principio de Legalidad. Por éste entendemos, el principio por el cual los órganos del Estado, o sea todos los órganos que ejercen el poder público, actúan conforme a la ley. Es decir, el principio de legalidad, parte de la premisa de que todo el actuar estatal está sometido

a la ley, sólo tolera la excepción a ésta, dentro del marco mismo de la legalidad (la excepcionalidad legalizada), pero excluye de manera tajante el ejercicio arbitrario de esta facultad. Bobbio, explica que “por ejercicio arbitrario, se entiende un acto realizado de acuerdo con un juicio exclusivamente personal de la situación<sup>1</sup>”.

#### Estado de Derecho y Estado Absoluto:

El Estado de Derecho, no fue otra cosa que la superación del otro modelo paradigmático de Estado: el Absolutista. Este tenía como característica principal una teoría *unitaria del poder*: el Estado encarnaba la unidad del poder político. Para esta visión, esta unidad consistía en una condición necesaria para la existencia de la vida social organizada. El poder resultaba el principal factor de integración de la sociedad civil<sup>2</sup>. Este modelo de Estado, no sólo tiene su referencia histórica en los Estados absolutos del siglo XVI y XVII o en la aparición de regímenes autoritarios del siglo XX, sino en “Estados legislativos de Derecho” en donde la separación de los poderes es concebida como **un mero reparto administrativo de funciones: se trata de una división funcional del trabajo, debida a la imposibilidad de que una única persona desarrolle todas las actividades del Estado**. Por lo tanto, ese Estado puede disolver en cualquier momento esa división cuando las circunstancias lo requieran. De esta forma de entender el poder, se infiere además la posibilidad de arrogarse y transferir competencias propias de otros poderes. El ejercicio del poder es una materia que compete exclusivamente al Estado y es el propio Estado quien tiene facultades para decidir los actos que realiza según su juicio de oportunidad temporal o conveniencia de contenido. En este sentido sirven como paradigmas, la existencia en este modelo de nociones tales como la noción de “razón de Estado”, de “necesidad” y de “emergencia” como formas explicativas de una supuesta supralegalidad.

En este punto y a los efectos de definir Estado de Derecho, seguiremos a Ferrajoli. Éste entiende por Estado de Derecho el caracterizado por tres principios: a) de *legalidad* de toda la actividad del Estado, es decir, su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos político-representativos vinculadas a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales; b) de *publicidad de los actos* tanto legislativos como administrativos y judiciales, que impone el ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles, además de reconstituidos por leyes y, por último, c)

---

<sup>1</sup> BOBBIO, NORBERTO y OTROS. *Diccionario de Política*. 1996, pág. 890. Siglo XXI de España Editores, S.A.

<sup>2</sup> COURTIS, Christian; *El control democrático de las actividades de inteligencia y seguridad del Estado*, en *Control democrático de los organismos de seguridad interior en la República Argentina*, C.E.L.S., Buenos Aires, 1997.

de control de todas la actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jueces independientes y de control político, ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivo y administrativos.

Por fin Ferrajoli<sup>3</sup> sostiene que con la expresión Estado de Derecho se pueden entender dos cosas diferentes: a) En sentido *débil* o *formal*, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, son Estado de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, aún, los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal; b) en sentido, *fuerte* o *sustancial*, Estado de Derecho designa sólo aquellos ordenamientos en la que los poderes públicos están además, sujetos a la ley (y por tanto, limitados o vinculados por ella) no sólo en lo relativo a las formas sino también en los contenidos. Son pues, Estados de Derecho aquellos ordenamientos en que todos los poderes están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. El primero es el denominado modelo *estado legal o legislativo de derecho* que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolizador de la producción jurídica, y el segundo es el modelo del *Estado constitucional de Derecho* en donde se produce la subordinación de la legalidad misma a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez, esto es, las condiciones de validez de las leyes dependen de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.

Nuestra conjetura es que la organización político institucional argentina responde a una concepción (monista) neo absolutista del poder, a lo sumo “formalista” del Estado de Derecho y que la Argentina ha vivido en “emergencia permanente”<sup>4</sup>. Desde 1930 (año en que la Corte Suprema convalida mediante acordada un gobierno de facto<sup>5</sup>) hasta nuestros días, se inauguró un ciclo que continúa aún vigente: la excepcionalidad como regla. Así, es como “la regla constitucional se vuelve excepción porque el estado de excepción es de alguna manera la regla...; lo verdaderamente normal es la inestabilidad de los sistemas constitucionales y legales y lo verdaderamente anormal es por el contrario, su estabilidad”<sup>6</sup>. Sin duda, esta característica de la excepción como regla aparece más clara a partir de la interrupciones

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Estado de Derecho: entre pasado y futuro (seguido de diez tesis)*”, en *Cambio de paradigma en la filosofía política*, Cuaderno del Seminario Público, Fundación Juan March.

<sup>4</sup> QUIROGA, Hugo: *La Argentina en emergencia permanente*, Edhsa, Buenos Aires, 2005.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 158-290, 10/09/1930.

<sup>6</sup> ROMERO, José L.: *Latinoamérica, situaciones e ideologías*, Ed. del Candil, Buenos Aires, 1967.

constitucionales de 1966 y 1976, cuando las Fuerzas Armadas asumieron institucionalmente el poder, y la arbitrariedad, la falta de límites y responsabilidades se hizo regla. Sin embargo, muchas de estas características propias del modelo absolutista y unitario del poder y de los régímenes dictatoriales, pervivieron con el retorno a la institucionalidad. Tal vez, el mayor (y peor) legado de la dictadura haya sido instalar la idea-fuerza de la impunidad del poder político poniendo a la instituciones estatales al margen de la ley y la Constitución.

Tal como se menciona en los párrafos precedentes, el recurso jurídico a la emergencia ha sido y es una de las características del Estado Absolutista. Dalla Vía sostiene que *en la Argentina hemos hablado tanto de la emergencia que hemos logrado poner en crisis el propio concepto de emergencia*<sup>7</sup>. La emergencia, siguiendo a este autor, sigue una lógica de tipo finalista. Mientras en el Estado de Derecho la regla es la observancia de las normas, en las tesis finalistas es la prosecución de una determinada finalidad la que justifica los medios empleados. Sostenemos la postura de que **la emergencia sólo se ve justificada dentro de la Constitución y para asegurar su vigencia**. Coincidimos, con Joaquín V. González en que la emergencia no autoriza, en efecto, el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no acuerda, pero significa, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración con las **circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia**. Sin embargo, en nuestro país ha sido, y sigue siendo utilizada de manera infundada e indiscriminada. La doctrina de la excepción se ha convertido en una rutina institucional, en la cual **el Congreso es visto como un estorbo para las políticas públicas de los gobiernos de turno, arrogándose el ejecutivo facultades legislativas que le son impropias**.

Vale sostener que la tesis propuesta tiene relación con aspectos políticos-jurídicos ocurridos en la década del noventa hasta la actualidad en nuestro país, caracterizado por un sistema institucional cuestionado por la falta de independencia del poder judicial y por un marcado “hiperpresidencialismo”<sup>8</sup>, que permitió desde la Corte Suprema convalidar jurisprudencialmente temas como la reforma del Estado, las privatizaciones, el llamado “corralito financiero”, la “pesificación” o las violaciones a los derechos humanos.

---

<sup>7</sup> Dalla Vía, Alberto R.: “*La emergencia constitucional en Argentina*” en la obra “*Constituzione ed Emergenza in America Latina*”, dirigida por el profesor Giuseppe de Vergottini, Giappichelli Editore-Torino.

<sup>8</sup> Daniel Sabsay sostiene que “la enorme concentración de atribuciones en manos del Presidente ha llevado a la configuración de sistemas políticos, que en la práctica, han perdido gran parte de sus atributos republicanos... Es más, esto hace que el titular del Poder Ejecutivo posea facultades que su similar norteamericano no posea”. En el trabajo: “*En torno al presidencialismo argentino*”, en Revista “Debates de Actualidad”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XVII, Nro. 188, 2002.

La “normalidad” de los decretos de necesidad y urgencia:

En primer lugar, recordemos que nuestra Constitución histórica adoptó el sistema clásico de división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para evitar la concentración de poder que atente contra los derechos y garantías fundamentales y el abuso del poder que lleve a un gobierno totalitario.

Según nuestra Carta Magna, el presidente de la Nación, conforme al principio de división de poderes, no puede emitir disposiciones de carácter legislativo. Esa potestad recae exclusivamente en el Congreso, órgano legislativo por excelencia. El Poder ejecutivo sólo colegislaba participando en la etapa de iniciativa y sanción de las leyes, con el voto y la promulgación y dictando decretos o reglamentos autónomos y de ejecución o reglamentario de leyes. Este era el límite infranqueable, que el constituyente histórico había puesto al ejecutivo.

En efecto, antes de la reforma constitucional de 1994, la Constitución Nacional prohibía expresamente en su art 29, con gran énfasis: “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional... facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”.

A pesar de ello, el dictado de este tipo de decretos se convirtió poco a poco en una práctica habitual. Luego de restaurada la democracia, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo ello se convirtió en una rutina institucional.

De esta manera -y a pesar de no haber sido receptados por la Constitución histórica-, estas facultades del PEN fueron aumentadas, al reconocerse doctrinaria y judicialmente la posibilidad de que el presidente dicte **“decretos de necesidad y urgencia”**, asumiendo por sí mismo competencias legisferantes atribuidas por la Constitución al Congreso.

La recepción jurisprudencial de este tipo de decretos vino de la mano de la Corte Suprema de Justicia en 1990 con el fallo “Peralta<sup>9</sup>”, en el que se aceptó la constitucionalidad de los mismos, pues se le reconoció expresamente al presidente la posibilidad de dictar este tipo de normas, siguiendo con la incorporación de los mismos al texto constitucional.

---

<sup>9</sup> CSJN, “Peralta, Luís A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía – Banco Central)”, sentencia del 27/12/1990.

Con el objetivo de poner límites a esta práctica abusiva de legislar por parte del PEN, la reforma de 1994 a través del dictado del art. 99 inc. 3º CN le reconoce expresamente al presidente la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia pero con carácter excepcional y sobre determinadas materias y circunstancias habilitantes.

Así, del citado artículo surge un **principio general** que es la prohibición del dictado de este tipo de decretos, “... *El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...*”. y **una excepción**, “*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 conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente*”.

Según se desprende del artículo, es necesario que exista una situación real de “necesidad y urgencia”. Tal como sostiene Bidart Campos, la “necesidad” es algo más que conveniencia. Es decir no puede ser utilizado este mecanismo de excepción por la mera imposibilidad política derivada de la carencia, por el gobierno, de quórum o mayorías propias para imponer su criterio pues se corre el riesgo de que la asunción extraordinaria de estas facultades termine convirtiéndose en una usurpación de las competencias de otro poder. Asimismo, debe existir un estado de “urgencia”, y lo urgente es lo que no tolera demora. “Necesario” y “urgente” aluden, entonces, a un decreto que únicamente puede dictarse en circunstancias excepcionales en que, por ser imposible seguir con el procedimiento parlamentario normal de sanción de las leyes, se hace imprescindible legislar sin demora por parte del PEN.

Mucho se ha dicho sobre el acierto (o el desacuerdo) de la incorporación constitucional de este instituto, pero casi unánimemente se coincide en la ilegitimidad de su utilización arbitraria e infundada, en el entendimiento que todo decreto de necesidad y urgencia, quebranta el esquema clásico de división de poderes.

A pesar de ello, entre 1853 y 1983 se dictaron 15 (quince) decretos de necesidad y urgencia, por su parte durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín (1983/1989) ascendieron a 10 (diez). Mientras que durante el gobierno de Menem el dictado de este tipo de decretos ascendió a más de 472, aproximadamente.

En sus cuatro años de gobierno, Kirchner firmó un promedio de 4,8 decretos de necesidad y urgencia por mes.

Desde el restablecimiento de la democracia, se ha incrementado sustancialmente el uso de este instrumento, ya que mientras en todo el período entre 1853 y 1983 se firmaron solo 15 DNU a lo largo de 130 años, entre 1983 y 2006, en poco más de 22 años fueron 955 DNU, con un promedio de 42 por año.

Es decir que desde 1983, el promedio anual de DNU casi duplica el total firmado en los 130 años anteriores de la historia argentina.

El uso del DNU, implica la pérdida de competencias propias del Congreso. En esta línea es importante destacar que recién en julio de 2006 se sancionó la ley que reglamenta el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (Comisión Bicameral Permanente) respecto de los decretos de necesidad y urgencia y delegados, es decir 12 años después de la reforma constitucional!.

Desde lo político, es una manifestación más del "decisionismo" reinante y del decrecimiento de la independencia de poderes, siendo además una expresión del debilitamiento de las instituciones frente a los personalismos.

Creemos que está en crisis el principio de legalidad en Argentina, por dos razones profundas: la primera es cuantitativa, basta observar el número de decretos emitidos en los últimos años para dar cuenta de una tendencia en aumento, los DNU ya son parte de la rutina institucional. Remitiéndonos a párrafos precedentes, lo normal es la excepción y la excepción es parte de la normalidad. En segundo lugar, sostengamos que hay un cambio de paradigmas en nuestra realidad político institucional. La "cultura" del decreto, del atajo parlamentario, se avizora en los contenidos que son materia de los DNU. Sólo basta ver algunos ejemplos de la actual presidencia para tener una idea cabal de este panorama.

El decreto **Nro. 1192** autoriza al Ministerio del Interior a "entregar subsidios y subvenciones a personas físicas y jurídicas... que se dediquen a la atención de la necesidad de la población". En otras palabras mediante este DNU el PEN le da un cheque en blanco al Ministerio del Interior para que otorgue subsidios discrecionalmente.

Mediante el decreto **Nro. 810** "se traslada con carácter excepcional para el corriente año, el feriado nacional del 12 de octubre al lunes 13 de octubre de 2003". No queda en claro la necesidad y urgencia, para obviar el trámite parlamentario, aunque por lo menos el PEN nos aclara que es una medida de carácter excepcional!.

Asimismo el decreto **Nro. 202** por el cual se “aprueba el texto del 1er Volumen de la Séptima Edición de la FARMACOPEA ARGENTINA”. Es decir que mediante este decreto se autoriza el texto que constituye el compendio oficial donde se publican todos los tipos de drogas y medicamentos para todo el país. ¿No hubiera sido más razonable el dictado de una ley, con el previo análisis de las comisiones de salud, de un tema tan delicado y complejo que afecta a pacientes, farmacias, obras sociales y a la población en general?.

En otro orden de cosas el decreto **Nro. 684** modifica abiertamente la Ley de Ministerios “sustituyendo los artículos 9 y 16 de la Ley de Ministerios (texto ordenado por Decreto N° 438/1992), a fin de transferir las competencias relativas a la promoción y desarrollo en el país de la actividad deportiva en todas sus formas de la Secretaría de Turismo y Deporte de la Presidencia de la Nación al ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros”. En pocas palabras, estos mediante DNU se modificó una ley aprobada previamente por el Congreso Nacional.

#### Epílogo:

En efecto y a modo de conclusión, en la mayoría de los casos la “necesidad” y la “urgencia” brillan por su ausencia.

Sostenemos que esta hiper producción de decretos a los que estamos penosamente acostumbrados, es una muestra clara de que en la Argentina subsiste una cultura neo absolutista, a lo sumo “formalista” de concebir el poder. La legalidad propia del Estado Constitucional de Derecho que enuncia Ferrajoli, es reemplazaba y socavada por el **decisionismo de turno**.

Así, en el Estado Constitucional de Derecho la subordinación a la legalidad y su validez dependerá de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. El principio de legalidad no es sólo un atributo, sino un requisito del poder. Sostenemos precisamente, que este principio de legalidad reconocido como indispensable dentro del concepto de Estado de Derecho le aporta un *valor*, la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos y una *orientación*, esto es, la inversión de la relación entre poder y derecho, y este principio, entendemos está en crisis.

A modo de cierre citamos a Dalla Vía quien enfatizaba que “la lógica de la emergencia es inversamente proporcional a la lógica del Estado de Derecho”. Y esto es así, puesto que este último parte de la premisa fundamental de la limitación y racionalización del poder. Del mismo modo que en 1750 Montesquieu avizoraba que “todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las relaciones públicas y el de juzgar los delitos o

las deficiencias de los particulares”<sup>10</sup>, también hoy podemos afirmar que sería ilusorio pensar que pueda realizarse el Estado Constitucional de Derecho (en sentido fuerte o sustancial) sin la consiguiente efectivización de los principios de legalidad y de división de poderes.

---

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, “El espíritu de las leyes”, Barcelona, 1987, pág. 115, Ed. Altaya