

Título: [Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia.](#)

Autor: [Cassagne, Juan Carlos](#)

Publicado en: [LA LEY1991-E, 1179](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/15305/2001](#)

Sumario: SUMARIO: I. Problemas que plantea su utilización. -- II. La división de los poderes y la articulación del principio de legalidad con la potestad reglamentaria. -- III. El fundamento de los decretos reglamentarios de necesidad y urgencia: su compatibilidad con el sistema de la Constitución Nacional y las Constituciones provinciales. -- IV. Continuación: crítica de los argumentos que se oponen al reconocimiento de su validez constitucional. -- V. Límites y requisitos que condicionan la habilitación de la potestad.

I. Problemas que plantea su utilización

Uno de los capítulos del derecho público de aplicación creciente en los dos últimos gobiernos constitucionales argentinos, donde se ponen a prueba concepciones centrales de nuestra Constitución Nacional, es el que concierne a la figura del reglamento de necesidad y urgencia.

En cierto modo, el debate habido hasta ahora se ha circunscripto al tema de la validez constitucional de este instrumento que viene siendo utilizado desde hace más de cien años [\(1\)](#) y que --no puede negarse--, se encuentra incorporado a nuestra realidad, a través de una recepción llevada a cabo sin mayor oposición de la jurisprudencia que, últimamente, ha recibido un sólido respaldo en la doctrina de la Corte Suprema (en el caso "Peralta").

Las posturas que postulan la inconstitucionalidad de los reglamentos de necesidad y urgencia traducen --en los hechos-- la adhesión a una concepción constitucional rígida, que apoya su interpretación en una de las versiones del principio de la división de los poderes y en la primacía de la ley formal y material. En cambio, si se reconociera aquella realidad, el centro del debate habrá que situarlo en el análisis de los límites y requisitos que autorizan el ejercicio de esta excepcionalísima potestad por el Poder Ejecutivo, lo cual no implica desconocer los efectos disvaliosos que puede provocar su abuso para la seguridad jurídica. Porque es notorio que su utilización indiscriminada [\(2\)](#) por los regímenes que sucedieron a los gobiernos de facto [\(3\)](#) ha proyectado una imagen desfavorable en ciertos círculos doctrinarios y en la opinión pública.

Es también evidente que la tensión que genera esta potestad excepcional es susceptible de provocar agudos conflictos de poderes entre el ejecutivo y el parlamento, máxime cuando la tendencia a su empleo se inclina hacia la ampliación de su contenido material (vgr. la regulación de los juicios contra el Estado) y hacia la flexibilización de los requisitos habilitantes.

La situación descrita plantea, --en la actualidad-- un desafío intelectual de primer orden para la doctrina partidaria de su validez constitucional, que, por lo demás, siempre ha reconocido que ella se halla subordinada a un conjunto de límites y recaudos que condicionan el ejercicio de dicha potestad al cumplimiento de las normas y principios constitucionales y, en definitiva, al bloque de legalidad, tal como lo hemos propiciado [\(4\)](#) dentro de la corriente en la que se ha enrolado la casi totalidad de la doctrina del derecho administrativo argentino [\(5\)](#).

Sin embargo, en muchas ocasiones, el poder excepcional que se reconoce a favor del ejecutivo se ha ejercido con desviación de los fines para los que ha sido instituido. En ese marco, las objeciones formuladas por doctrina, predominantemente del derecho constitucional [\(6\)](#) no obstante la posibilidad que operen como un freno sobre los gobernantes [\(7\)](#) han producido también no poca confusión en cuanto a la estabilidad del orden jurídico, aparte de los inconvenientes que ocasiona el desprestigio del poder reglamentario, en circunstancias excepcionales de gravedad extrema y súbita necesidad para dictar normas que pertenecen a la competencia del Poder Legislativo.

Parece indispensable, establecer, entonces, de la mejor manera que sea posible, en el campo de las instituciones jurídicas, hasta qué punto la utilización por el Poder Ejecutivo de esta potestad excepcional de legislar sobre materias que corresponden a la competencia material del Congreso, resulta o no violatoria de los principios básicos sobre los que está montado nuestro sistema constitucional.

De otra parte, la seguridad jurídica, la paz social y el orden (principios éstos que resultan caros a la concepción constitucional alberdiana) están marcando la exigencia de unificar o, al menos, de aproximar [\(8\)](#) las diferentes concepciones formuladas con el objeto de evitar la anarquía interpretativa, pues no obstante que esta labor atañe fundamentalmente a los jueces, sobre todo aquellos que actúan como intérpretes finales de la Constitución, no se puede desconocer la influencia que siempre ejerce la doctrina sobre la jurisprudencia.

II. La división de los poderes y la articulación del principio de legalidad con la potestad reglamentaria

La concepción de la denominada doctrina de la separación de los poderes o, según prefieren algunos, de la

división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la innegable influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo, hay que analizar primero el sistema, su realidad y los antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones para determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

La teoría expuesta por Montesquieu en el "Espíritu de las leyes" reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, por lo cual considera imprescindible la institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante, permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.

Lejos de predicar la primacía del poder legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas de cada poder (en sentido orgánico⁽⁹⁾ la concepción de Montesquieu --antes que transferir el monopolio de la actividad legislativa al parlamento (como pretendió Rousseau)-- se ocupó de la división del poder legislativo, asignando al poder ejecutivo funciones colegislativas (vgr. veto, iniciativa y convocatoria) y estableciendo un sistema bicameral, con el objeto de impedir el predominio y el abuso del órgano parlamentario. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las constituciones que se dictaron durante la revolución francesa, lo constituye, sin duda, la ubicación del poder judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes.

A pesar de sus imprecisiones y ser, en definitiva, una teoría de base monárquica, la teoría de Montesquieu, con antecedentes aristotélicos conocidos ⁽¹⁰⁾ ha ejercido una notable influencia en todo el derecho occidental; así la idea se aplicó con distintas formulaciones positivas y consuetudinarias, tanto en los países anglosajones ⁽¹¹⁾, en los sistemas germánicos ⁽¹²⁾ y, por cierto, en los derechos constitucionales de los países latinos de Europa continental, por ejemplo, en Francia ⁽¹³⁾, Italia ⁽¹⁴⁾ y España ⁽¹⁵⁾.

En rigor, las corrientes en que se ha articulado el principio de legalidad, --que adquiere su plenitud con la configuración del Estado de Derecho-- pueden reducirse a tres grandes sistemas, según que consagren: a) la función de legislar como atribución exclusiva del parlamento; b) el dualismo entre ley y reglamento y c) la reserva de ley y el reconocimiento de un poder reglamentario residual.

La primera de estas concepciones -- inspirada en Montesquieu-- ha sido seguida por la Constitución de los Estados Unidos que no instrumenta una potestad reglamentaria en cabeza del poder ejecutivo, consagrando, en este aspecto, la primacía plena de la ley. Sin embargo, al cabo de la evolución constitucional, la jurisprudencia ha debido reconocer la quiebra del principio de que el poder que ha delegado el pueblo no se puede delegar, aceptando la figura de los reglamentos delegados, que poseen valor de ley, a través de delegaciones de gran amplitud ⁽¹⁶⁾.

El segundo de los sistemas (dualismo de ley y reglamento) es el adoptado por la Constitución Francesa de 1791, consagrándose definitivamente en la Constitución del año VIII, en el art. 44. También fue recogido por la Constitución de Cádiz de 1812 (arts. 170 y 171) y en el Estatuto Albertino (art. 6°), entre otros estatutos constitucionales ⁽¹⁷⁾. Este sistema, si bien asigna la función legislativa al parlamento, parte del reconocimiento de un poder reglamentario en el Poder Ejecutivo, atribuido genéricamente para la ejecución de las leyes, y termina configurando una potestad autónoma para dictar reglamentos independientes⁽¹⁸⁾, en sentido contrario a la interpretación anglosajona efectuada sobre el principio de la división de los poderes. Este es, evidentemente, el sistema que recepciona el art. 86 de la C. N., en sus incs. 1° y 2°, el cual es radicalmente diverso al de la Constitución norteamericana ⁽¹⁹⁾ pues el dualismo entre ley y reglamento que acoge nuestra Constitución permite hacer jugar la distinción, de origen germánico, entre ley formal y material (Labano), que repercute, en definitiva, sobre el régimen de impugnación judicial de los respectivos actos, tornando procedente --al menos en el plano de la teoría constitucional-- la impugnación directa de los actos normativos generales (reglamentos), emanados de la Administración Pública, con efectos "erga omnes".

Finalmente, la evolución del sistema dualista ha culminado en la articulación del principio de reserva de ley (respecto de materias materialmente tasadas) con el reconocimiento en el ejecutivo de un poder reglamentario residual que, en determinadas materias, se considera originario, o bien, supletorio ⁽²⁰⁾.

Ello indica a las claras que, en las concepciones adoptadas en los ordenamientos constitucionales inspirados en la doctrina de la división de los poderes, se reconoce en la actualidad (con mayores o menores limitaciones) un cierto margen de arbitrio al poder ejecutivo para la producción de leyes materiales, sin que este proceso haya

ocasionado la conculcación de las libertades y demás derechos fundamentales de las personas. Hay que tener en cuenta, además, que desde el punto de vista estrictamente garantístico, poco interesa que la atribución al ejecutivo provenga de una autorización parlamentaria o se la reconozca "iure proprio", pues, en definitiva, el encargado de juzgar sobre su constitucionalidad o ilegalidad es el juez y no el parlamento y lo que importa es el contenido de la norma y sus consecuencias perjudiciales o disvaliosas, lo cual no implica ignorar el interés político que posee la cuestión, particularmente en el ámbito de las relaciones intrapoderes.

III. El fundamento de los decretos reglamentarios de necesidad y urgencia: su compatibilidad con el sistema de la Constitución Nacional y las Constituciones provinciales

Hemos dicho antes que el modelo constitucional argentino sobre el ejecutivo --particularmente en materia de poder reglamentario-- se inspiró, evidentemente, en las prescripciones del derecho constitucional de Europa continental (21). Esa formulación, que concibe un poder ejecutivo fuerte y supremo, "casi monárquico en el fondo" para hacer posible, con el peso de su autoridad, la ejecución "de las leyes", es decir, el bloque de legalidad (22) y que consagra el principio dualista (ley y reglamento) respecto de las fuentes de producción normativa de la Constitución, es perfectamente compatible con el reconocimiento de una potestad excepcional, en el órgano ejecutivo, para emitir reglamentos de necesidad y urgencia y el equilibrio de poderes que ella organiza.

Desde luego que la admisión de esta potestad no surge en forma expresa de texto alguno de la Constitución ni tampoco se desprende de la interpretación extensiva de sus cláusulas, aunque no hay tampoco norma alguna que se oponga a ello (23). Pero, en determinadas circunstancias, donde se presenta una situación grave, en la que se combinan el estado de necesidad con la urgencia, que sólo puede remediarse mediante el dictado de normas por el poder ejecutivo, con fuerza de ley, cabe admitir la configuración de aquella potestad excepcional.

La Constitución no se opone a esta interpretación y hasta se sostiene que existiría el deber del gobernante de resolver ese estado de cosas (24). El fundamento que justifica el ejercicio de esa competencia excepcional por el Ejecutivo no es otro que un principio que hace a la vida misma de la Nación: el de la subsistencia y continuidad del Estado (25). Se trata de un principio general del derecho público que, no obstante no hallarse expresamente formulado existe en nuestra ley fundamental, está en la base del sistema y es su presupuesto ineludible. De otra manera, si la conservación del Estado no fuera el principio fundamental y la Constitución no permitiera o prohibiera legislar a ese efecto al Poder Ejecutivo cuando estuviera en juego la subsistencia de toda la comunidad, no se podrían cumplir los propósitos constitucionales ni asegurar las garantías y los derechos de las personas. Por otra parte, el principio de la subsistencia y continuidad del Estado constituye el soporte natural de los fines que enuncia el preámbulo, ya que ni la unión nacional (26), ni la justicia, la defensa común, la paz interior o el bienestar general, podrían alcanzarse sin el Estado, que ha sido creado para garantizar el cumplimiento de esos objetivos, que vienen a constituir el desarrollo de aquel principio básico. Su fundamentación, si bien no resulta explicable para un legalismo de cuño positivista, no se halla fuera de la Constitución sino dentro de ella, configurándose como un principio que encuentra apoyo en una verdadera costumbre constitucional (27) (fundada en el estado de necesidad) compatible con el sistema instituido por nuestros constituyentes.

Sin embargo, esta conclusión que se adopta en torno de esta figura normativa no dificulta a la tarea de establecer los límites y los requisitos dentro de los cuales debe ejercerse la potestad reglamentaria, sin estimar tampoco que sea necesario reformar la Constitución, como se ha propiciado (28). En primer término, porque si la cláusula que se proyecta introducir en la C.N. va a asumir --como todas las que exhibe el derecho comparado-- la forma de un "concepto jurídico indeterminado", el recorte de la potestad reglamentaria difícilmente vaya a operarse por esa vía y aunque se pueda definir la cuestión de la perdurabilidad de estos reglamentos frente al silencio del Congreso, este punto ya ha sido decidido en la jurisprudencia de la Corte desenvuelta en el caso "Peralta" (29). Pero también parece que nada justifica promover la reforma de la Constitución para instituir una figura que está incorporada a nuestra realidad constitucional, corriéndose el riesgo que, al contrario de los que algunos piensan, una cláusula constitucional expresa aliente el empleo habitual de este instrumento por parte del Poder Ejecutivo (30).

IV. Continuación: crítica de los argumentos que se oponen al reconocimiento de su validez constitucional

Casi todos los autores que han sustentado una postura contraria a la admisión constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia han sostenido que estos decretos provocan la violación del sistema de la separación de poderes que recepta nuestra Constitución Nacional. Aparte de las razones que hemos dado precedentemente, si se admite la necesidad de que se opere en estos casos una ratificación legislativa --expresa o tácita-- no se advierte que pueda conculcarse el principio divisorio en un sistema que, como el nuestro, no ha seguido las aguas de la concepción constitucional norteamericana, donde el parlamento tiene la primacía y el

monopolio para el dictado de las leyes.

Se ha argüido, asimismo, que: a) hay transgresión de la finalidad prevista en el art. 29 de la Constitución Nacional; b) se desconoce la separación entre poder constituyente y poderes constituidos, asignado al Poder Ejecutivo facultades que la Constitución otorgó al Congreso, a quien, conforme el art. 24 de la Constitución Nacional le ha sido atribuida la función de legislar en forma exclusiva; c) se supera el límite que establece el art. 86, inc. 2° de la Constitución Nacional [\(31\)](#).

Al respecto, es evidente que el art. 29 de la Constitución Nacional --cuyos antecedentes históricos impiden interpretarlos de otro modo-- no se altera por el reconocimiento de esta potestad reglamentaria de excepción, ya que aun cuando no constituye una facultad normal u ordinaria, ella no podría configurar el supuesto previsto en la norma que prohíbe el otorgamiento de facultades extraordinarias y supremacías que impliquen que "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de persona alguna". Si esta situación se presentase, ya sea que proviniese de una ley o de un reglamento de necesidad y urgencia, la cláusula constitucional sería aplicable, pero siempre que se configuren los presupuestos prescriptos por la citada norma.

El reconocimiento de estos reglamentos de urgencia tampoco implica desconocer la separación entre poder constituyente y poderes constituidos, ya que el principio de subsistencia del Estado es común al poder constituyente y a los poderes constituidos, no habiendo inconveniente alguno en incorporar, dentro del sistema instituido por los constituyentes, una costumbre constitucional que se apoya en un principio general del derecho público, en que radica el fundamento básico de la propia constitución de la República. Por lo demás, el art. 24 de la C.N. constituye una garantía (como puntualiza el texto proyectado por Alberdi) que consagra nuestra Carta Magna respecto de la reforma de la legislación colonial para adaptarla a los principios de la nueva constitución. Esa norma, no sólo agotó su contenido, sino que no tuvo el propósito de fijar la competencia genérica y exclusiva del parlamento para legislar.

Queda, por último, por analizar el argumento que sostiene que, en el caso, habría una violación del límite que consagra el inc. 2° del art. 86 de la C.N. lo que no ocurre por cuanto la situación que se produce cuando el ejecutivo asume esta competencia excepcional no pone en contradicción (al menos formalmente) las relaciones entre la ley y el reglamento y el carácter de subordinado de éste, sino que coloca a las normas de necesidad y urgencia en la misma línea de jerarquía normativa que las leyes del Congreso, con lo cual, al no reglamentarse ley alguna, no se da el supuesto contemplado en el citado precepto constitucional.

V. Límites y requisitos que condicionan la habilitación de la potestad

En el sistema que deriva de nuestra realidad constitucional la potestad que se reconoce al Poder Ejecutivo no resulta reconocida como un poder normal sino de excepción, el cual se encuentra limitado por los principios generales del derecho y por los preceptos de la Constitución.

Es un error bastante generalizado aplicar a estos decretos, sin las debidas cautelas, el bagaje doctrinario y jurisprudencial elaborado alrededor de la llamada emergencia constitucional pues esta situación no constituye un requisito "sine qua non" para la admisión de este tipo de reglamentos. En efecto, bien podría ser que, sin apelar a los poderes de emergencia (que implican una compresión o postergación transitoria de derechos) existan razones de necesidad y urgencia para que el ejecutivo emita un Decreto (vgr. cambio de signo monetario), que prescriba una regulación que se incorpora definitivamente al ordenamiento jurídico a través de un reglamento de necesidad y urgencia.

Desde luego que, de configurarse una situación de emergencia constitucional, se aplicarán todas las reglas consuetudinarias y jurisprudenciales conocidas pero, en tales casos, pensamos que cabe proceder con mayor rigorismo a la hora de justificar las causales que admiten su procedencia, pues aun cuando la competencia para dictar estos reglamentos deba interpretarse siempre restrictivamente⁽³²⁾ corresponde todavía ser más estrictos cuando se comprimen o suspenden, transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, si bien somos partidarios de incluir el tópico del derecho de necesidad como una opción constitucional que se apoya en el ensanche de las fuentes constitucionales, antes que en una superación de la Constitución, de aceptarse esto último, la necesidad sólo podrá admitirse como dispensa, dentro de una ética de mínima [\(33\)](#) que no contraría los derechos materiales fundamentales ni la proporción que debe existir entre los fines que se persiguen y los medios que se emplean para alcanzarlos (regla de la razonabilidad).

Las circunstancias que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben reunirse simultáneamente en una situación que se caracteriza por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado

ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, sino imposible, reparación ulterior; b) una proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento y c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios. En principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría regular (por ejemplo) el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en que es parte el Estado ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo.

El cuadro de los requisitos se completa con otros dos que deben cumplirse a "posteriori". El primero, consiste en el deber del Presidente de requerir la aprobación al Congreso de la medida en forma inmediata (34) o tan pronto éste entre a funcionar (35) y, el segundo, en la propia exigencia de la ratificación parlamentaria. En lo que atañe a esto último, se aplica una regla doctrinaria, que ahora tiene apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que prescribe una suerte de inversión de la regla del silencio, admitiendo la ratificación tácita, aun si el Congreso no se pronunciare, a condición que no altere los criterios fundamentales de su política legislativa (36). Creemos que ésta es la mejor solución, por lo demás incorporada al derecho constitucional de las provincias (37), ya que el parlamento no puede ignorar el dictado de un acto que, en todos los casos, ha tenido una gran repercusión pública, aparte de convertirse en un medio para hacer efectivo el cumplimiento de los deberes de los legisladores y las funciones del Congreso.

Por último, no es posible negar que los jueces disponen de un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de estos reglamentos, con amplitud de debate y prueba, ya sea a través de un proceso ordinario o de un amparo (38), donde puedan ventilarse debidamente todos los agravios que planteen los afectados y lograr así que, en el futuro, esta potestad no se utilice en forma abusiva e indiscriminada, fuera de los límites constitucionales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) los antecedentes cabe mencionar: el decreto del Presidente Avellaneda del 4 de junio de 1880 designando al pueblo de Belgrano como residencia de las autoridades de la Nación; varios decretos del Presidente Pellegrini (de fecha 8/3/891 y 13/3/892) en materia financiera; la suspensión de términos legales y comerciales dispuesta por decreto, que luego fue ratificada por el Congreso (cfr. Rep. ALJA, 1862-1970-I-308).

(2) Guillermo, A., "Reglamentos de necesidad y urgencia", en Revista de Derecho Administrativo núm. 5, ps. 519 y sigts., Buenos Aires, 1991.

(3) 1096/85; 2196/86; 109/87; 36/90; 435/90; 1930/90 y 34/91, (Adla, XLVI-B, 1551; XLVI-D, 4180; XLVII-A, 344; L-A, 58; L-A, 168; L-D, 3777; LI-A, 321) entre otros.

(4) Juan Carlos, "Derecho administrativo", t. I, ps. 114-116, 3ª ed., Buenos Aires, 1991.

(5) Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, ps. 263-268, Buenos Aires, 1990; VILLEGAS BASAVILBASO, "Derecho administrativo", t. I, ps. 284 y sigts., Buenos Aires, 1949; BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", t. II, p. 201, 6ª ed., Buenos Aires, 1964; DIEZ, Manuel María, "Derecho administrativo", t. I, ps. 446-459, Buenos Aires, 1963 LINARES, Juan Francisco, "Derecho administrativo", ps. 109-119, Buenos Aires, 1986; DROMI, José R., "Instituciones de derecho administrativo", ps. 355-357, Buenos Aires, 1973; Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, cap. V, p. 38 y sigts., Buenos Aires, 1974; entre los constitucionalistas que se han inclinado por aceptar su constitucionalidad cabe citar desde autores de la talla de GONZALEZ Joaquín V. (en su "Manual de la Constitución Argentina", p. 538, Buenos Aires, 1983) hasta las opiniones vertidas con posterioridad por QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho constitucional", p. 834, Buenos Aires; VANOSSI, Jorge Reynaldo, "Los reglamentos de necesidad y urgencia" en LA LEY, 1987-II, 885 y sigts.; SAGÜES, Néstor Pedro, "Los decretos de necesidad y urgencia, derecho comparado y derecho argentino", en LA LEY, 1985-E, 798 y sigtes.; BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", en LA LEY, 1991-C, 141.

(6) QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", t. IX, p. 691, 2ª ed., 1988; GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Curso de derecho constitucional", p. 505, Buenos Aires, 1960; BIDART CAMPOS, German J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. II, p. 229, Buenos Aires, 1986; BADENI, Gregorio, "Los decretos de necesidad y urgencia", E. D. del 27/7/90; SEGOVIA, Juan Fernando, "Las providencias de necesidad y urgencia", ED, t. 116, p. 911; VITOLO, Daniel Roque, "Decretos de necesidad y urgencia", p. 68 y sigtes., Buenos Aires, 1991; RUIZ MORENO, Horacio, "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos", LA LEY, 1990-B, p. 1029; EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia", LA LEY, 1989-E p. 1296; en cuanto al derecho administrativo se ha citado (VITOLO, op. cit., p. 67) como contraria al reconocimiento de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia la postura de FIORINI que, en rigor, si bien es restrictiva, y rechaza "la clasificación que considere como normal la existencia de reglamentos de urgencia y necesidad" ("Derecho administrativo", t. I, p. 297, Buenos Aires, 1976) considera que "no puede negarse al administrador que promulgue actos administrativos de urgencia o de

necesidad, pero dentro de sus funciones administrativas..." (op. cit. p.297). Para captar la posición doctrinaria de FIORINI hay que tener en cuenta su concepción sobre el poder reglamentario como potestad inherente, "iure proprio", que se atribuye al Poder Ejecutivo y, además, la consideración de la actividad reglamentaria como función administrativa y no colegislativa. Por ese motivo, su opinión parece reflejar el rechazo de esta clase de reglamentos para regular las situaciones de emergencia que competen al Poder Legislativo, que versan sobre materias que no implican el ejercicio de funciones administrativas.

(7) descrédito del reglamento de necesidad y urgencia en la opinión pública hace que el gobernante se sienta poco inclinado a utilizarlo, lo que puede llegar a ser beneficioso para la seguridad jurídica, aunque en la medida que no se trabe su utilización en aquellas graves situaciones de necesidad y urgencia que ponen en juego la conservación de la sociedad y del Estado.

(8) BIANCHI, Alberto B., ob. cit., p. 6.

(9) Charles, "L'esprit des lois et la separation des pouvoirs", en Melanges Carré de Malberg p. 163 y sigts., París, 1933.

(10) GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Ley y reglamento en el derecho público occidental", p. 125, Madrid, 1971.

(11) ejemplo elocuente de la influencia de la doctrina de Montesquieu en el derecho norteamericano puede verse en lo expuesto por Madison en el "El Federalista", Capítulo XLVII, trad. del inglés, ps. 204 y sigts., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957. Se ha dicho que la influencia de la teoría de Montesquieu en la Convención de Filadelfia fue enorme, mucho mayor que la de Locke. (Conf. PARQUER Reginald, "Separation of powers revisited: Its meaning to administrative law", p. 1009 y sigts. La Review Michigan, 1951).

(12) se refleja en las sucesivas constituciones de la monarquía constitucional germánica; véase: FORSTHOFF Ernst, "Tratado de Derecho Administrativo", ps. 49 y 73, trad. del alemán, Madrid; art. 20 de la Constitución de Alemania Federal de 1949.

(13) Georges y DELVOLPE, Pierre, "Droit administratif", ps. 116 y sigts., París, 1984.

(14) di RUFFIA, Paolo, "Derecho constitucional", ps. 207 y sigts., trad. del italiano, Madrid, 1989.

(15) de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de derecho administrativo", t. I, p. 26 y sigts.; Madrid, 1989.

(16) MACHADO, Santiago, "El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea", ps. 278-279, Madrid, 1986, hace referencia a las fórmulas que se han instrumentado en el derecho comunitario europeo para reducir a su mínima expresión las intervenciones de los Parlamentos, ampliando el papel de los Ejecutivos, aun en sistemas donde existen concepciones rígidas en torno a la actividad reglamentaria del Ejecutivo.

(17) art. 6º del Estatuto Albertino, que reproduce el texto de la Constitución del reino de Cerdeña de 1848, preceptúa que: el rey "hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender su observancia o dispensarla".

(18) GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, "Revolución Francesa y administrativa contemporánea", p. 42, Madrid, 1984.

(19) la errónea creencia de suponer que nuestra Constitución siguió --en este aspecto fundamental del fraccionamiento del poder del Estado-- al modelo norteamericano (por ejemplo: VITOLO, Daniel R., ob. cit., ps. 76-77) cuando lo cierto es que adoptó, en materia de poder reglamentario del ejecutivo, el sistema continental europeo. Gran parte del origen de las confusiones en que se ha incurrido y se incurre aún hoy en este punto derivan de las opiniones vertidas entre nosotros por Sarmiento, quien al polemizar con Alberdi, difundió la idea de que nuestra ley fundamental era copia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Aunque Alberdi refutó en forma precisa el error de dicha tesis, la difusión del pensamiento de Sarmiento ha sido tan grande que ha formado una suerte de mito en torno de una idea totalmente equivocada. La verdad es otra y ha sido puesta al descubierto por Alberdi en muchas de sus obras; en tal sentido señaló: "Todo es diferente en las dos constituciones argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común, las asemeje al ojo del observador desatento y superficial. Plan, división general de los objetos, sistema de los poderes, distribución y extensión de sus facultades todo es diferente y debía serlo necesariamente. Si los argentinos no se hubieran separado en muchas cosas del sistema de Norte América para acomodarse a sus antecedentes y a su manera peculiar de ser, toda su organización habría sido un pobre plagio de una forma extranjera..." (ALBERDI, Juan Bautista, "Estudios sobre la constitución argentina de 1853", cap. V, p. 32, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1929).

(20) artículo 37 de la Constitución francesa de 1958 prescribe que "las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario". A su vez, entre las materias asignadas al legislador hay algunas que le son atribuidas en plenitud (ej. libertades públicas) mientras que en otras ejerce su competencia normativa sólo respecto de los "principios fundamentales". De ese modo, la competencia legislativa se ha transformado en una potestad de excepción, configurándose un ámbito en que el poder ejecutivo actúa como legislador con independencia de la ley, aunque sometido a la Constitución y a los principios generales del derecho. La

transformación jurídica que trasuntó el sistema constitucional francés, en cuanto a las relaciones entre ley y reglamento, ha sido realmente notable, véase: VEDEL, Georges y DELVOLLE, Pierre, op. cit., p. 77 y sigtes. y, especialmente, ps. 84-88. En España, la doctrina considera que la Constitución no ha instituido un poder reglamentario autónomo, continuando rigiendo el principio de la primacía de la ley y de la consecuente subordinación del reglamento, a pesar de la admisión de las técnicas de la delegación, de la reserva de ley y de la potestad reglamentaria de urgencia; véase: GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., ob. cit., t. I, p. 255 y siguientes.

(21) bien la fuente en que más se inspiró Alberdi, cuando elaboró su conocido proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853 --en lo que atañe a la organización y competencia del Poder Ejecutivo-- fue la Constitución chilena de 1833 (que en este aspecto ha seguido de cerca a la Constitución de Cádiz de 1812), es evidente que le introdujo modificaciones provenientes de otros antecedentes que mejoraron la técnica del sistema adoptado que, en este punto, no cabe duda ha sido el modelo constitucional, europeo, en forma directa o a través de la recepción que hicieron tanto la Constitución de Chile de 1833, como los distintos reglamentos y estatutos y/o proyectos de Constitución nacionales anteriores a 1853. En tal sentido y con particular referencia a la fuente del inc. 2º de art. 86 se advierten dos diferencias con el art. 82, inc. 2º de la Constitución chilena: 1) el reemplazo del vocablo "convenientes" por "necesarios" y 2) La frase que predica la exigencia de que las excepciones reglamentarias no pueden alterar el espíritu de las leyes. El único antecedente nacional que menciona el término reglamentos "necesarios" para la ejecución de las leyes es el Estatuto Provisorio de 1817 (Sección II - art. IX). En cuanto al derecho comparado, una norma similar se encuentra en el art. 44 de la Constitución napoleónica del año VIII: "le Gouvernement propose les lois et fait les reglements nécessaires pour assurer leur exécution". A su vez en el art. 6º del Estatuto Albertino, tomado de la Constitución del reino de Cerdeña de 1848, se prescribe que el rey "hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender su observancia ni dispensarlas". Como puede apreciarse es grande la similitud que guardan estos antecedentes con la cláusula que proyectó Alberdi, no pudiendo dudarse entonces de la filiación europea continental del precepto, inexistente, por otra parte, en la Constitución norteamericana.

(22) como lo ha puesto de relieve GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, "Revolución Francesa...", cit. p. 42, al referirse a este precepto de la Constitución napoleónica del año VIII apunta que "la amplitud de la fórmula asegura su ejecución" y, sobre todo, la referencia de esta misión, no a una ley concreta, sino al bloque entero de la legalidad, permite ya el reglamento independiente".

(23) MARIENHOFF, Miguel S., "La evolución del derecho y la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación" en "Régimen de la Administración Pública" núm. 145, p. 34 quien señala que "a la Ley Suprema no le repugna todo aquello que sin violar su espíritu, como ocurre con esos reglamentos y decretos, tienda a integrar o afianzar el orden jurídico que ella establece".

(24) el consid. 33 del caso "Peralta" (La Ley, 1991-C, 158) (de fecha 27/12/90) la Corte señala que "es función del Presidente 'la administración general del país' término éste, 'administrar' que por su raíz etimológica y su contenido semántico muestra la vinculación entre deberes y poderes que es de la esencia de la función del magistrado; no sólo dispone de los últimos, sino que no puede en ocasiones omitir su uso, soslayando el cumplimiento de los primeros".

(25) principio aparece reiteradamente expuesto en la causa "Peralta" antes citada (consids. 26, 33 y 35). La doctrina de la Corte Suprema es, en sí misma, acertada, aunque no estamos de acuerdo con la concreta decisión que se adopta para el caso por estimar que el decreto que congeló los fondos de ahorristas y depositantes cercenó sus derechos de propiedad (al implicar una quita forzosa de los valores originales), alterando, además, el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pero a favor de esta jurisprudencia de la Corte hay que anotar la circunstancia de que ella implica el reconocimiento de la validez constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia, con sujeción a determinados límites.

(26) Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho (en el mencionado caso "Peralta") referencia al objetivo de mantener la unidad nacional conectándolo con el principio de subsistencia del Estado (consid. 35).

(27) el derecho constitucional consuetudinario: POVINA, Jorge R., "Costumbres y usos constitucionales", p. 10 y sigts., Tucumán, 1950.

(28) Jorge Reynaldo, ob. cit., p. 892.

(29) referirse a la emergencia nuestro Alto Tribunal dijo que ella "dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado" (consid. 46) aceptando la vigencia de los reglamentos de necesidad y urgencia hasta tanto el Congreso no manifieste su repudio (consid. 29).

(30) HERNANDO, Jesús L., "Régimen de los reglamentos: prelación narrativa en el derecho positivo", en DJ, 1990-I, p. 82 1.

(31) BADENI, Gregorio, op. cit., p. 2, este distinguido autor es quien ha formulado las críticas más agudas, que no compartimos por las razones que damos en el texto.

(32) MUÑOZ, Guillermo A., op. cit., p. 528.

- (33) Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", LA LEY, 1990-D, 1039 y sigts., Sección Doctrina.
- (34) Juan Carlos, ob. cit., p. 115. El incumplimiento de este recaudo no genera efectos, sin embargo, sobre la validez del reglamento y sólo pone en juego la responsabilidad política del Presidente.
- (35) Miguel S., ob. cit., t. I, p. 266.
- (36) el criterio sostenido por la Corte in re "Peralta" (consid. 24).
- (37) 157 de la Constitución de la Provincia de San Juan.
- (38) viabilidad de la acción de amparo, para cuestionar la inconstitucionalidad manifiesta de normas de alcance general ha sido aceptada por la Corte en el caso "Peralta", después de muchas vicisitudes, acogiendo ahora la buena doctrina ya que, en la mayoría de los casos, esa vía es la más idónea para la protección de los derechos y garantías constitucionales afectados por reglamentos de la Administración Pública.