

EMERGENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA	75
I. Introducción	75
II. Los estados de excepción dentro y fuera del sistema constitu- cional	81
III. El estado de necesidad como emergencia y como crisis constitucional	86
IV. La delegación legislativa como instituto de emergencia	90
V. La delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994	94
VI. Consideraciones finales	97

EMERGENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

I. INTRODUCCIÓN

Suele decirse que no hay nada más práctico que una buena teoría. Y eso que bien podría parecer una mera frase, cobra pleno sentido cuando se trata de poner cierto orden conceptual en el panorama de las emergencias en el derecho constitucional argentino, panorama por cierto complicado de por sí y que se ha incrementado y continúa incrementándose con el paso del tiempo. Umberto Eco señala que, “de tanto hablar de crisis, se ha puesto en crisis el propio concepto de crisis”. Bien podríamos afirmar nosotros, parafraseando al distinguido filósofo italiano, que en la Argentina hemos hablado tanto de emergencia que hemos logrado poner en emergencia el propio concepto de emergencia.¹

Los periodos de anormalidad han sido y son tantos que, en buena medida se confunden entre sí y a veces cuesta determinar si la construcción teórica sobre las emergencias puede ubicarse dentro o fuera del orden jurídico. En ese sentido, expresar una teoría tiene el sentido práctico de determinar si la doctrina sobre las emergencias es una formulación paralela al sistema jurídico que se activa ante la aparición de determinadas circunstancias excepcionales que la justifican o si, por el contrario, la emergencia es fuente de un tratamiento agravado dentro del propio ordenamiento.

Ya desde el origen de nuestro sistema constitucional aparece la referencia obligada a este problema. En los debates de la Convención Constituyente de 1853, ante la insistencia de Benjamín Gorostiaga por sancionar la Constitución, aparece la opinión de Facundo de Zuviría quien aconseja esperar a que finalicen los periodos turbulentos y lleguen tiempos más

1 Sobre el tema, puede verse nuestro trabajo “*La emergencia constitucional en la Argentina*” en la obra “*Costituzione ed Emergenza in America Latina*”, dirigida por el profesor Giuseppe de Vergottini, Giappichelli Editore, Torino. También puede verse nuestro libro *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, con prólogo de Jorge R. Vanossi, cap. IX.

calmos. (Todo parecido con la realidad actual es mera coincidencia). También en los primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, allá por 1865, en las causas Martínez Otero y Chacón cuando se fundamentaban los poderes de hecho que ejercía el General Bartolomé Mitre derivados de la “revolución triunfante y entronado por los pueblos”.

Visto que así han sido las cosas entre nosotros y que podríamos citar una interminable lista de emergencias: sanitarias, locativas, económicas, administrativas, etcétera, cabe observar como primera afirmación o hipótesis para la construcción de una teoría: la lógica de la emergencia es inversamente proporcional a la lógica del Estado de derecho.

En efecto, el Estado constitucional de derecho tiene como premisas fundamentales la limitación y racionalización del poder. Allí se entrecruzan, entre otras construcciones teóricas, la teoría de la división de poderes de Montesquieu y la idea de supremacía de la Constitución, cuya construcción se remonta a los Estados Unidos de Norteamérica y a la creación del control de constitucionalidad por el *chief of justice* John Marshall en el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1804.

Al describir las “tipologías constitucionales”, García Pelayo igualaba la constitución *racional-normativa* a las denominadas constituciones *históricas* sin texto unificado, como la constitución de Inglaterra, y a las *constituciones sociológicas* que responden no a un texto escrito sino a los factores reales de poder. La tipología “racional normativa” a la que corresponde la Constitución de la nación argentina es el tipo de constitución escrita, donde los poderes públicos aparecen limitados y regidos por el principio de legalidad. La supremacía y el acatamiento del principio de la lógica de los antecedentes son algunas de las notas que caracterizan al modelo expuesto.²

La emergencia, por el contrario, sigue una lógica de tipo finalista. Mientras en el Estado de derecho, limitado, controlado y restringido, es el acatamiento de las reglas y procedimientos (legalidad) la razón que justifica la toma de decisiones, en las tesis finalistas es precisamente la persecución de una determinada finalidad la que justifica los medios o métodos empleados. Para Kant cada hombre es un fin en sí mismo, en cambio para Maquiavelo, el fin del Estado autoriza a prescindir aun de las consideraciones morales o éticas.

2 García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente.

En el preámbulo de nuestra Constitución nacional encontramos principios que han servido para fundamentar criterios opuestos. El objetivo de asegurar los beneficios de la libertad tiene una componente liberal racionalista que ha fundado decisiones destinadas al más estricto acatamiento formal de defensa de los derechos fundamentales, entre ellos la libertad, en los primeros tiempos; en tanto que el objetivo preambular de promover el bienestar general, aun cuando se remonta en su formulación literaria a la pluma de Rivadavia, ha tenido en el derrotero jurisprudencial de la Corte un sentido preciso de avanzar en la restricción de los derechos individuales en la prosecución de objetivos generales de la sociedad con el advenimiento del estado de bienestar.

Estamos ante lógicas opuestas. Por eso la adopción de institutos de emergencia en las constituciones liberales se remonta a los tiempos de las restauraciones monárquicas, en especial en Francia, pero también en Italia. Reaparecidos los miembros de las casas reinantes en la escena europea después de la derrota de Napoleón Bonaparte en Waterloo y de la conformación de la Santa Alianza, el estado de sitio apareció como un mecanismo constitucional de excepción para otorgarle al soberano la plenitud de los poderes en una circunstancia determinada y por un plazo limitado. Esta condición de “temporalidad” es un requisito sustancial de la emergencia. En Roma, durante la República existió la institución del *Diktator* al que se le otorgaban plenos poderes durante un lapso limitado (seis meses), vencido el cual, los poderes excepcionales del ciudadano investido con tal condición excepcional (suma de poderes civiles y militares) caducaban. Cuando ese límite no fue cumplido, como en el caso de Julio Cesar, acabó la República y comenzó el imperio. Enseñanza que no debe olvidarse cuando se analizan los límites a las instituciones de emergencia.

En nuestra Constitución nacional existen límites normativos precisos que excluyen cualquier invocación legítima de la emergencia. Ellos son los artículos 22, 29 y 36 respectivamente. En la enumeración debe agregarse también el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) toda vez que la misma tiene jerarquía constitucional a partir de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional reformada en 1994.

El artículo 22 señala: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución.

Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”

El artículo 29, cuyo origen se remonta a las prevenciones que originó la dictadura de Juan Manuel de Rosas, dice:

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, 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 esa 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.

Finalmente, el artículo 36 fue introducido como artículo nuevo en la Reforma Constitucional de 1994:

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el sistema institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciadados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Los textos son suficientemente claros en cuanto dejan de lado los movimientos golpistas o sediciosos que algunos autores han querido justificar como ejercicio de poderes de emergencia. Para la Constitución de la nación argentina, los golpes de Estado son violaciones del orden constitucional y quedan fuera de ella la llamada “doctrina de facto” elaborada por la Corte Suprema que justificó el movimiento faccioso de 1930, fun-

dándose en textos del profesor canadiense Constantineau con el argumento de la preservación del orden jurídico. No puede haber orden jurídico legítimo cuando la supremacía constitucional es vulnerada y no cabe construcción teórica o fundamento alguno que prescinda de la Constitución.

El artículo 22 de la norma fundamental es un claro ejemplo de una norma escrita que no tuvo aplicación a pesar de los hechos tumultuosos que bien hubieran justificado su vigencia en defensa del orden constitucional. No fue aplicado cuando se atentó contra el poder legítimo porque como bien enseñaba Alberto Antonio Spota, no se puede parar una columna de tanques con la constitución en la mano; pero tampoco se aplica en nuestros días cuando distintos grupos asumen medidas de acción directa que sumen la realidad en la confusión y la pseudo-anarquía con la realización de agresiones callejeras que exceden los límites razonables de la libertad de expresión. Seguramente la magnitud de la crisis y la justificada frustración colectiva ante la vulneración de derechos fundamentales por parte de los poderes constituidos llevan a ser muy prudentes en una interpretación o aplicación estricta de ese texto, pero es una referencia de orden público que no debe perderse de vista.

Otro tanto podemos decir del artículo 29, que aparece en la Constitución como un testimonio histórico pero cuyo rigor bien pudieron haber conocido tantos “infames traidores a la patria”.

El artículo 36 fue la primera norma debatida en el recinto de la Convención Nacional Reformadora y resultó votada por la unanimidad de todos los bloques. La vigencia del orden constitucional aún en los supuestos de facto está consolidada a partir de dos ejes: la nulidad insanable de los actos ejercidos por los usurpadores y la extensión de la sanción prevista en el artículo 29, a los autores de los actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Cabe destacar que dichas sanciones son imprescriptibles y expresamente han sido excluidas de los beneficios del indulto y la conmutación de penas (artículo 99, inciso 5), pueden sin embargo ser objeto de amnistías generales (artículo 75, inciso 20).

El artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, titulado “Suspensión de garantías”, dice:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles

con las demás obligaciones que les imponen el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4o. (derecho a la vida), 5o. (derecho a la integridad personal), 6o. (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9o. (principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada la suspensión.

Es de destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, solicitada por la República Oriental del Uruguay, sostuvo por unanimidad que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (artículo 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

Por unanimidad también se resolvió que deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29. c), previstos en el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que refiere el artículo 27.2 de la Convención, y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos y que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8o. de la Convención.³

3 Albanese, Susana, *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Editorial de Belgrano, 1997, t. I, p. 335.

II. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN DENTRO Y FUERA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Etimológicamente, emergencia proviene de “emerger”, es decir, transitar desde un estado a otro, que en el caso, se trata de un tránsito desde la excepcionalidad hacia la normalidad.

Esto nos coloca frente a la disyuntiva de establecer si la emergencia se encuentra dentro o fuera del sistema constitucional, es decir, si los llamados regímenes de excepción constituyen situaciones alternativas o paralelas al sistema jurídico o si, encontrándose comprendidas en el mismo, se activan ante la situación de alarma o emergencia.

Como muchas veces ocurre en el ámbito de la interpretación jurídico-política, hay recetas para todos los gustos.

Así Joaquín V. González enseñaba que “la emergencia no autoriza, en efecto, el ejercicio por el gobierno de poderes que la constitución no le acuerda, pero significa, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y, a menudo, diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia: esta flexibilidad y amplitud en el ejercicio de los poderes es de la esencia de todo gobierno, obligándolo constantemente a afrontar situaciones cambiantes”.

Desde una perspectiva confrontada podemos citar a Maquiavelo, quien en sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* sostenía la supervivencia (salvación) del Estado, anteponiéndola a cualquier valor o preocupación, aun de orden ético o moral. Y en el mismo orden se inscribe la máxima de Cicerón *salus publicae rei lex suprema est*.

La primera posición enunciada se inscribe en un criterio del Estado de derecho fundado en la constitución, en tanto que la segunda posición encuentra la fuente de justificación del orden o la autoridad fuera del sistema normativo, ya se trate de un fundamento de tipo autoritario o fundado en el derecho natural. Los perfiles de Rousseau y de Hobbes se encuentran en el trasfondo del recurrente debate: el orden como consecuencia del acatamiento del contrato social basado en la voluntad general, o el orden como necesidad en sí misma para asegurar el orden público y la paz social.

En este dilema nosotros tomamos claro partido por la primera posición y sólo justificamos la emergencia dentro de la Constitución y para asegurar su vigencia. A cualquier fundamentación extraconstitucional de la ex-

cepcionalidad la llamaremos crisis constitucional, siguiendo la diferenciación que Pietro Pinna realiza en Italia.⁴

Desde esa perspectiva, podemos destacar que la Constitución de la nación argentina enumera “institutos de emergencia” para casos excepcionales. Ellos son el estado de sitio (artículo 23) que procede en caso de conmoción exterior o de ataque interior, y la intervención federal (artículo 60.) que procede para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones extranjeras, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

En la Constitución de 1949 estaba contemplado el estado de prevención y alarma, que tenía requisitos de procedencia menos rígidos que el estado de sitio, toda vez que podía decretarlo el presidente de la nación, aunque por una duración limitada a treinta días. El Consejo para la Consolidación de la Democracia consideró la reinstauración de ese instituto en defensa de la democracia y la Constitución, con el fin de evitar la mayor rigidez que supone el estado sitio.

Por lo demás, ni el estado de sitio ni la intervención federal gozan de buena reputación entre nosotros, dado el ejercicio abusivo que ha representado su aplicación en nuestra historia constitucional y que algunos autores como Carlos S. Nino pusieron de manifiesto como los mecanismos que más contribuyeron a la deformación de nuestro sistema constitucional, generando tendencias centralistas y hegemónicas.⁵

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia: reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3) y la delegación legislativa (artículo 76) Ambos se fundan en razones de excepcionalidad, aunque la delegación legislativa también procede en materias de “administración”. Se trata de instituciones que tienen su fuente en el derecho comparado europeo, sobre todo en sistemas parlamentarios o semiparlamentarios donde es frecuente tanto la práctica de los decretos-leyes, como la técnica de la delegación. No se da en tales sistemas la nítida separación de poderes de los sistemas presidenciales, toda vez que aparecen allí relaciones de colaboración más flexibles entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, asegurándose asimismo el control mediante los votos de censura.

4 Pinna, Pietro, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Universidad de Pisa, Imp. Dot. Giuffrè.

5 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, ASTREA.

Hemos opinado en su momento que la reforma de 1994, al incorporar esos institutos, realizó una suerte de “blanqueo” que implicó en los hechos una práctica de “sociologismo constitucional” al llevar a la norma una práctica recurrente que en realidad suponía un desvío.⁶

Esas prácticas paralegislativas se incrementaron con el proceso de reforma del estado en los años noventa, especialmente en el marco de las Leyes 23.696 y 23.697, de emergencia administrativa y de emergencia económica, respectivamente. Es interesante resaltar, a los efectos del tema que aquí estamos tratando, que algunas teorías han visto en estos procesos de transformación del estado una justificación del forzamiento de los instrumentos legislativos en una versión actual de la razón de Estado que se concretaría en la gobernabilidad como argumento justificante de una suerte de “estado de necesidad evolutivo”, que desde el punto de vista sustancial encierra la tesis decisionista del estado de necesidad como facultad de legislar sobre lo excepcional.

La acción de gobierno basada en la decisión eficaz como exclusiva fuente de legitimidad aun por sobre la legalidad constitucional, se sitúa en contraposición explícita con la idea tradicional de representación política. Devalúa la deliberación y apunta a una “superación” del sistema parlamentario del equilibrio y la división de poderes que sustenta el Estado de derecho. El compromiso democrático se coloca a la zaga de una idea de legitimación basada en la pretendida eficacia *ex post* de las políticas establecidas.⁷

En ese mismo sentido se ha expresado O’Donnell cuando advierte que el principio decisionista no apunta únicamente a una estrategia provisoria para el gobierno en tiempos difíciles o una adaptación a situaciones cambiantes o de excepcionalidad, sino a una doctrina filosófico-jurídica que busca fundamentar un nuevo modelo estatal, no necesariamente dictatorial.

Las expresiones más importantes del decisionismo actual se despliegan en contextos democráticos, de amplia participación popular. En el contexto de gobiernos de signo populista, tiende a estructurarse una suerte de democracia delegativa, nacida de una arrogación de facultades discrecio-

6 Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994 (comentada)*, 2da. ed., Librería Editora Platense, 1996, p. 3.

7 Bosoer, Fabián y Leiras, Santiago, “Posguerra fría, neodecisionismo y nueva fase del capitalismo” en Borón, A. (ed.), *Tiempos violentos*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

nales por parte de poderes ejecutivos surgidos de elecciones libres: la eficacia de las decisiones pasa a ser un criterio excluyente de toda otra instancia de legitimación.⁸

La inclusión de los reglamentos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada en el texto de la Constitución nacional expresó entre sus fundamentos el propósito de acotar esa práctica a las situaciones en que su uso excepcional fuese imprescindible. Sin embargo, aún está pendiente la creación las comisiones bicamerales permanentes que deberían actuar en uno y otro caso. De manera que aun cuando el ejercicio de las instituciones de emergencia requiere de límites procesales precisos, en el caso, las normas de excepción han seguido multiplicándose cada vez más.

A la lista de cuatro institutos de emergencia que contempla la Constitución nacional: (estado de sitio, intervención federal, reglamentos de necesidad y urgencia, delegación legislativa) deben agregarse las construcciones teóricas, de carácter pretoriano, que ha realizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para dar contenido a la doctrina de la emergencia en lo económico y social.

En tal sentido, corresponde destacar a la doctrina del poder de policía, tanto en su sentido restringido, como en su sentido amplio.

El poder de policía (*police power* en el derecho norteamericano) supone la posibilidad de reglamentar y aun de restringir los derechos individuales en aras del interés general. Durante el constitucionalismo liberal o clásico, tal facultad quedaba limitada a razones de seguridad, salubridad o moralidad pública, debiendo siempre revestir el poder de policía, carácter local y ser establecido por ley. Como ejemplo de su aplicación en aquellos tiempos vemos que en el caso Hileret, la Corte Suprema presidida por el Antonio Bermejo no admitió la intervención del Estado en materia de precios ni siquiera para sostener una producción económica regional, porque el Estado no debía intervenir en materia económica, lo contrario, decía, sería caer en comunismo de Estado. En cambio en el caso de “los saladeristas” se admitió la validez de reglamentación que evitaba la contaminación del Riachuelo (salubridad pública).

La doctrina del poder de policía siguió los lineamientos del derecho estadounidense que fue abriendo los cauces de la misma hacia una mayor intervención del Estado en la economía, a medida en que el “Estado gen-

8 O'Donnel, Guillermo “¿Democracia delegativa?”, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287 y ss.

darme” fue dando paso al *welfare State*, como ocurrió en 1877 en el *leading case* *Munn vs. Illinois*. Entre nosotros, el paso del poder de policía restringido al poder de policía en sentido amplio comenzó con el caso *Ercolano vs. Lanteri de Renshaw* (1922) y de allí comenzaron a sucederse emergencias, locativas, hipotecarias, etcétera.

El caso paradigmático de la tesis del poder de policía ampliado fue *Avico vs. De la Pesa* (1934) en el que la Corte siguió la tesis estadounidense ya formulada en el caso *Home Building and Loan Association vs. Blaisdell*. Allí se sostuvo que, para que la restricción de derechos fundamentales en emergencia fuera válida, debían reunirse las siguientes cuatro condiciones:

- 1) Existencia de una situación de emergencia.
- 2) La sanción de una ley que proteja intereses generales de los ciudadanos.
- 3) Que exista una proporción adecuada entre la emergencia y los medios empleados para solucionarla (razonabilidad).
- 4) Duración limitada en el tiempo (temporalidad como requisito calificante).

Cumplidos tales extremos, se considera que el ejercicio de la emergencia se inscribe en los límites de la Constitución. La cuestión no presenta distinciones si se trata del ejercicio del poder de policía en tiempos de normalidad o en emergencia. Siempre que se restrinjan derechos amparados por la Constitución nacional mediante la invocación de razones finalistas o intereses generales, habrá de ponerse excesivo celo en el control jurídico de razonabilidad de las medidas empleadas. Como dijera la Corte Suprema en el caso *Cine Callao* (1960) dicho principio se expresa con la adecuada proporción de los hechos a las normas y de éstas a la Constitución.

Para Juan Francisco Linares el juicio de razonabilidad encuentra fundamento en la *equity* de los anglosajones, es decir la valoración del caso individual y sus circunstancias en las normas y de éstas en la Constitución nacional.⁹

El problema del fundamento constitucional de la emergencia se ha planteado entre nosotros con el fallo *Peralta, Arsenio vs. Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Economía) s/ amparo* (1990), toda vez que allí la

⁹ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso sustantivo como garantía innominada en la Constitución nacional* Buenos Aires, ASTREA.

Corte se apartó de la doctrina del poder de policía para fundar la emergencia como lo venía haciendo, de manera clásica de acuerdo al *standard* de Avico ya mencionado, para encontrar el fundamento jurídico de la emergencia, fuera de la Constitución, en este caso en el “principio de supervivencia del Estado” el tema nos lleva a la doctrina del estado de necesidad como fundamento de la emergencia que da lugar a la evasión o dispensa de la Constitución, mientras dure esa emergencia.

En sentido estricto, la emergencia sólo contiene la facultad de suspender temporalmente la vigencia de la Constitución, pero no de modificarla. Para Sagüés, el “estado de necesidad” se presenta por encima de la Constitución, pero es fuente de derecho en la medida en que se cumplen los siguientes requisitos: a) existe un derecho de emergencia, b) se trata de un derecho consuetudinario constitucional, c) debe haber subordinación de reglas de derecho positivo ordinario y extraordinario a la ley fundamental de subsistencia del Estado.¹⁰

En el caso Smith, Carlos A. vs. PEN s/ sumarísimo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y más allá de las circunstancias políticas que rodearon a esa decisión, parece haber desandado el camino del fallo Peralta a favor de un regreso al control de razonabilidad en las situaciones de emergencia, considerando que el decreto 1570/2001 y las normas dictadas con posterioridad contienen reparos constitucionales, entendiendo que hubo irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción en las restricciones que aniquilaban la propiedad.¹¹

III. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO EMERGENCIA Y COMO CRISIS CONSTITUCIONAL

La doctrina de la necesidad responde a la cuestión de determinar la razón o el fundamento por el cual un simple ejercicio de poder —en principio ilegal— debe considerarse jurídico (legitimación *a posteriori*). Se trataría de un derecho ilegal aunque jurídico, toda vez que se funda en la necesidad, o es producido como consecuencia del estado de necesidad (necesidad como razón de Estado, necesidad como derecho subjetivo del Estado).

¹⁰ Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho constitucional y estado de emergencia”, *La Ley*, 1990-D-1036.

¹¹ Véase considerando 15 del voto de la mayoría en el fallo precitado, *La Ley*, 4 de febrero de 2002. Véase Gelli, María Angélica, “El caso Smith (o la razonabilidad cuestionada)”, *La Ley*, miércoles 20 de febrero de 2002.

Es menester resaltar que la necesidad y el estado de necesidad, para el derecho constitucional son, fundamentalmente, construcciones del pensamiento jurídico y no precisamente instituciones de derecho público.

El fundamento aparece en los albores del Estado liberal, a finales del siglo XIX ante la necesidad de defender el orden jurídico, constriñéndolo o restringiéndolo en su caso, frente a los enemigos irracionales y violentos. Así, la necesidad fundada en la “razón de Estado” prescinde de toda consideración moral o jurídica para defenderse de la violencia contra su propia existencia. Se trata de una causalidad natural que no se justifica con ningún argumento trascendente.

Aun cuando la razón de Estado incorporó el Estado de necesidad a los textos constitucionales, su fundamento tiene una raíz autoritaria basada en la necesidad de eliminar a los enemigos del Estado. Se trata del mismo fundamento que en el derecho penal dio cabida tanto al instituto de la legítima defensa como al estado de necesidad. Subyace en el trasfondo de esta cuestión que, en la confrontación entre pretensiones opuestas, debe prevalecer la subsistencia del Estado, en orden a los valores que éste protege y los deberes que tiene para con los integrantes de la comunidad política.

El estado de emergencia puede interpretarse como una función conservadora de la situación existente, aunque también, desde una perspectiva opuesta, podría considerarse como una función evolutiva, de una transición de un orden jurídico preexistente a un orden jurídico nuevo. Esta última modalidad implica un ordenamiento *in fieri*. En ambos casos se aplican desviaciones provisorias de las reglas normales del ordenamiento constitucional.

En tal sentido, resulta apropiado distinguir emergencia de crisis constitucional, toda vez que esta última implica un proceso de mutación constitucional. La diferencia entre un estado de excepción conservador y un estado de excepción evolutivo ha sido indicada como distinción entre dictadura comisoría y soberana que efectuara Carl Schmitt.¹²

De manera que en una concepción estricta, si bien los estados de excepción presentan notas comunes como apartamientos temporales de reglas jurídicas, la emergencia encuentra fundamento dentro de los límites de la propia constitución, en tanto que la crisis constitucional se basa en un estado de necesidad que excede el marco de la constitución vigente

12 Schmitt; Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1991.

para internarse en un ámbito evolutivo que implica, en definitiva, el ejercicio soberano del poder constituyente como “facultad de legislar sobre lo excepcional”.¹³

El fundamento decisionista, al fundarse en la decisión y no en la norma, es independiente de la necesidad y de la finalidad. Siguiendo a Carl Schmitt, en épocas de normalidad y concepciones jurídicas estables prevalecerá el Estado jurisdiccional y aparecerá una justicia separada del Estado, que será defensora y custodia del derecho. En tiempos de grandes cambios o transformaciones revolucionarias aparece un Estado gubernativo o administrativo, que puede apelar a la necesidad objetiva, la situación real, la fuerza coercitiva de las relaciones, las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas.¹⁴

De manera que el decisionismo estatista de los años veinte deviene decisionismo gubernativo y antiestatista en los años noventa. Lo que persiste es una concepción organicista del poder político, que reinterpreta la división de poderes en función de la idea de la unidad del poder por sobre la diversidad de sus funciones instrumentales. Los pilares de la democracia liberal constitucional adquieren carácter nominal, subordinándose a la razón de Estado, que en nuestros tiempos se denomina gobernabilidad.

Pérez Hualde señala con razón que, si se analiza atentamente el proceso de reforma del Estado y las medidas establecidas a partir de 1985, pero en especial desde 1989, la normativa indica que el Poder Ejecutivo ha asumido una actitud de absoluto liderazgo respecto de los otros dos poderes, monopolizando la iniciativa en el trazado de la política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas.¹⁵

Frente a la argumentación decisionista de los estados de excepción, la teoría de la emergencia supone el ejercicio de un poder constituido, sujeto al derecho y al principio de la lógica de los antecedentes. El carácter excepcional y soberano, en cambio, encontró su cabida en Francia, con las restauraciones monárquicas y la conservación de poderes temporarios y excepcionales por el monarca.

Aparece así, enfrentada a la tesis decisionista, una concepción institucionalista de la necesidad como fuente o fundamento del derecho:

13 Zagrebelsky, Alessandro, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.

14 Schmitt, Carl, *op. cit.*

15 Pérez Hualde, Alejandro, *Los decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 27.

- Doctrina decisionista. La emergencia o el estado de excepción encuentran su fundamento *per se*.
- Doctrina institucionalista. Encuentra su fundamento dentro del propio ordenamiento constitucional; debe fundarse en la constitución vigente.

La teoría de la necesidad como fuente del derecho, superando la división entre Estado y ordenamiento constitucional, no solamente ha atenuado el estado de necesidad con respecto a la suspensión de los derechos individuales, sino que también ha atenuado la neta separación entre regímenes excepcionales y normales, que era uno de los fundamentos del pensamiento constitucional de origen liberal.

En esa concepción, la emergencia no aparece como un régimen paralelo a la normalidad fundado sobre la necesidad en lugar del ordenamiento constitucional vigente. Pietro Pinna señala que el régimen excepcional de emergencia en la mayoría de los actuales ordenamientos comparados es completamente parte integrante del orden instaurado por las respectivas constituciones. De ese modo, la vigencia del principio de legalidad es pertinente tanto para la normalidad como para la excepcionalidad.¹⁶

La emergencia, en cuanto evita una crisis, es un fenómeno que resguarda la existencia de un ordenamiento constitucional. Se trata de una “realidad existencial” e inherente al ciclo vital de una constitución. De ese modo, la constitución no crea competencias excepcionales, sino que las atribuye a los institutos de emergencia previstos, y dentro de sus límites y contenidos. Las normas concernientes a estados de excepción son esencialmente previsiones de procesos decisionales.

La naturaleza de esos procesos de decisión bien puede compararse con las reformas constitucionales, toda vez que la emergencia y el estado de excepción tienen similitudes con la reforma de la constitución. Alberto Spota enseñaba que el poder constituyente era “poder político que se juridiza al normarse” y que el poder reformador respondía al principio de la lógica de los antecedentes.¹⁷

En definitiva, la constitución tiene una vivencia existencial: nace, se reforma o cambia y se extingue. No es la constitución la que funda el

¹⁶ Pinna, Pietro, *op. cit.*

¹⁷ Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus ultra.

poder de modificar la constitución, pero lo disciplina conforme al principio de subsunción o de acatamiento al ordenamiento jurídico.¹⁸ Sánchez Agesta definía de manera muy acertada al poder reformador como “poder constituyente constituido”.

IV. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA COMO INSTITUTO DE EMERGENCIA

La regla clásica *delegata potestas non potest delegari* fue enunciada en el párrafo 141 del *Segundo tratado sobre el gobierno civil* de John Locke en los siguientes términos:

El poder legislativo no puede transferir a otras manos el poder de hacer las leyes, ya que ese poder lo tiene únicamente por delegación del pueblo. Es el pueblo el único que puede señalar cuál ha de ser la forma de gobierno de la comunidad política, y eso lo hace al instituir el poder legislativo, y señalar en qué manos debe estar. Una vez que el pueblo ha dicho: “nos sometemos a lo que resuelvan tales o cuales personas y a ser gobernados por leyes hechas por tales formas”, nadie puede tratar ya de imponer sus leyes a los demás: ni el pueblo queda ligado por tales leyes, y sí únicamente por aquellas promulgadas por quienes ese pueblo ha autorizado y elegido para semejante misión.

De esa tesis surge la férrea oposición a la delegación legislativa por parte de algunos autores, entre quienes cabe citar a Esmein y a Linares Quintana, por entender que mediante esa práctica se vulnera la división de poderes y la función principal que cabe al Poder Legislativo como representante directo de la soberanía popular y articulador de la voluntad general (Rousseau), y encarnación de la soberanía nacional (Siéyes).

Para Locke todos los poderes se ejercen, en definitiva, como delegación de su titular originario, que es el pueblo. En tal sentido, son sujetos de la delegación tanto el poder constituyente como los poderes constituidos.

La delegación que efectúa el poder constituyente es ilimitada y soberana, no siendo exigible en tal caso la regla del *standard inteligible* que la jurisprudencia estadounidense ha creado como condición de la delegación en los poderes constituidos. Bianchi señala como ejemplo de delegación del poder constituyente al Congreso, al encomendársele el dictado

18 Pinna, Pietro, *op. cit.*

de la ley de ciudadanía “...con sujeción al principio de la ciudadanía natural...”.¹⁹

Sin embargo, la delegación legislativa ha tenido recepción en el derecho comparado, tanto en los Estados Unidos como en el derecho continental europeo. En el primer caso, la tendencia a la delegación se incrementó especialmente a partir del *new deal* en tiempos del presidente Roosevelt, facilitando una mayor concentración de funciones en el Poder Ejecutivo, fundado en razones de intervención económica. La jurisprudencia de aquel país, a partir del caso Panamá (1935) y de otras decisiones, fue diseñando la doctrina del *standard inteligible* como ámbito de facultades concedidas por el Poder Legislativo al Ejecutivo, para que este último ejerza como facultad reglamentaria delegada.

Sin embargo, debe señalarse una diferencia notable entre el sistema estadounidense y el sistema constitucional argentino, a pesar de ser aquél el modelo seguido por el nuestro en cuanto a sistema presidencialista con división de poderes. La gran diferencia en este punto estriba en que en la Constitución de los Estados Unidos no están previstos los denominados “decretos de ejecución” o “decretos reglamentarios” que establece el artículo 99, inciso 2 de la Constitución de la nación argentina facultando al presidente de la nación a expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Tal disposición encuentra su fuente en el artículo 171 de la Constitución de Cádiz de 1812, que concedía tal atribución al rey.

Por ende, en nuestro país, la atribución al Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de ejecución es una atribución concedida directamente por la Constitución al Poder Ejecutivo, y no delegada por el Congreso, de forma tal que como señala muy bien Bidegain, no puede el Congreso prohibir la reglamentación de las leyes por el Poder Ejecutivo.²⁰ Sólo la Constitución puede establecer tal prohibición, como lo hace el artículo 75, inciso 2 de la Constitución nacional cuando señala que la ley de coparticipación federal no podrá ser reglamentada.

19 Bianchi, Alberto B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, con nota preliminar de Rodolfo Barra, Buenos Aires, Centro Universitario de Estudios. Instituto de Investigación y Postgrado, CUDES Derecho, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1990.

20 Bidegain, Carlos María, *Curso de derecho constitucional*, Abeledo Perrot, 1995, t. III, p. 143, núm. 545. Palazzo, Eugenio Luis, “Caducidad de las delegaciones legislativas”, *El Derecho*, núm. 182, p. 1265.

Por su parte, en los países europeos que contemplan la delegación legislativa, la misma se da en un marco más elástico y flexible de relaciones entre parlamento y gobierno, y en un juego recíproco de mociones de censura y de confianza.

La Constitución de la V República Francesa contempla la posibilidad de ordenanzas legislativas por el Poder Ejecutivo, que la Asamblea Nacional no puede interrumpir ni suspender durante la vigencia del plazo de la delegación (artículo 38).

En Alemania, el artículo 80 de la ley fundamental de Bonn fija el contenido, la finalidad y el alcance de la materia que puede ser objeto de delegación legislativa. Por su parte, en España, el artículo 82 de la Constitución de 1978 diferencia las materias con reserva exclusiva de ley, de aquellas otras que pueden ser delegadas por las cortes en el gobierno, que requieren la sanción previa de “leyes de bases” o leyes-marco de la delegación. En nuestra doctrina, Quiroga Lavié sostiene que el artículo referido fue la fuente del nuevo artículo 76 de la Constitución nacional introducido en 1994.²¹ Por su parte, García Lema afirma que el antecedente de la exigencia de bases normativas para delegación en nuestro artículo 76 constitucional, proviene de la jurisprudencia estadounidense sobre el *standard intelígible*.²²

La Constitución italiana de 1947 en su artículo 76 (el mismo número que en nuestra Constitución nacional) dice textualmente: “No se podrá delegar al gobierno el ejercicio de la función legislativa sino especificando los criterios directivos y únicamente por plazo limitado y para objetivos determinados”. En tanto que el artículo 77 dice en su primer párrafo: “No podrá el gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria...”.

Nuestra jurisprudencia en esta materia se ha ido afirmando a partir de una serie limitada de fallos clásicos. El primero de ellos es el *leading case* Delfino (1927), la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que la multa impugnada de inconstitucionalidad fue válida en tanto emanaba de un reglamento ejecutivo y no de un reglamento delegado.

21 Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la nación argentina comentada*, 3a. ed., Buenos Aires, Zavallía Editor, 2000, pp. 533-549.

22 García Lema, Alberto M. y Paixao, Enrique, “Las reformas del sistema institucional. El núcleo de coincidencias básicas”, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 291.

Ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente concedidos... No existe delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella... Existe una distinción fundamental entre la *delegación de poder para hacer la ley* y la *de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de regular los pormenores para la ejecución de aquella...* (El subrayado es nuestro)

Quien hace la ley puede someter algo a la discreción de otros departamentos y el límite de este poder es materia de delicada investigación, cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino en virtud de una facultad propia consagrada por el artículo 86 inciso 2 (actual artículo 99 inciso 2) de la Constitución, y cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo...²³

En el caso Mouviel (1957) se destacó el dictamen del procurador general de la nación, doctor Sebastián Soler. En tal oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la doctrina sustentada en Delfino al sostener que no hay delegación de facultades legislativas, siendo las únicas permitidas las que derivan del artículo 86 inciso 2 (actual artículo 99 inciso 2). En el caso *sub examine*, toda vez que la Corte entendió que los límites impuestos por dicha norma habían sido transgredidos por el Ejecutivo, fue declarada la inconstitucionalidad de los edictos de policía afirmando la reserva de ley para la materia penal, como principio del derecho constitucional.²⁴

La jurisprudencia de la Corte distinguió, en consecuencia la llamada delegación propia que al tratarse de materia legislativa reservada al Congreso se encontraba prohibida por la Constitución, de la llamada delegación impropia, es decir, aquella facultad reglamentaria del artículo 99 inciso 2 (antes artículo 86 inciso 2) que el Poder Ejecutivo ejercía por mandato de la Constitución y no por delegación del Congreso.

Ya en 1960, en el caso Prattico vs. Basso, la Corte señaló como condición para que nazca la potestad reglamentaria del presidente, el ejercicio previo por el Congreso de su facultad de dictar la norma primaria que

23 C.S.N. "Fallos" 148:430

24 *Ibidem*, 237:636

aquél habrá de reglamentar. Consecuentemente, esa norma primaria debe ser auténtica y no aparente. En palabras de la Corte, es condición para que proceda la delegación “que la política legislativa haya sido claramente establecida”.²⁵

Al resolver en el caso Cocchia (1993) la Corte Suprema amplió notablemente el ámbito de la llamada “delegación impropia”, interpretando que existía una clara política legislativa del Congreso en lo que denominó *bloque de legalidad*, integrado por las Leyes 23.696 de emergencia administrativa y 23.697, de emergencia económica, en especial uno de sus artículos, la Ley 24.094 de puertos, y el Tratado de Asunción que creó el MERCOSUR.²⁶

Los fallos reseñados deben a su vez ser contrastados con otros que dieron cabida a una interpretación flexible de la división de poderes. Si bien la delegación legislativa encontró acogida doctrinaria en buena medida por la aplicación de la cláusula de los poderes inherentes del artículo 75 inciso 32 de la Constitución nacional,²⁷ también su justificación se vio afirmada por el criterio “eficientista” que demandó la asunción de mayores competencias en el Estado y, en especial, en el Poder Ejecutivo. En esa línea, la profesora María Angélica Gelli ha puesto de manifiesto la doctrina que emana de los fallos Fernández Arias vs. Poggio (1960) donde se señaló la necesidad de adecuar la división de poderes a las necesidades vitales en la Argentina contemporánea y el fallo Peralta de 1990 donde se mencionó a la división de poderes como “categoría histórica”.²⁸

V. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La prohibición de la delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994 fue una respuesta a una desmesurada práctica que llegó a su extremo con el caso Cocchia de 1993, convalidando una amplia facultad reglamentaria en la medida en que encuadrara en un “bloque de legalidad” identificado con el programa económico del gobierno nacional.

25 *Ibidem*, 246:345

26 *Ibidem*, 316:2624

27 Aja Espil, Jorge, *Constitución y poder político*, Buenos Aires, TEA.

28 Gelli, María Angélica, “Cuestiones de la delegación legislativa”, *El Derecho*, núm. 182, p. 1279.

Esa prohibición sólo cede por razones de emergencia declarada, en el marco de la doctrina de la emergencia que venimos exponiendo, toda vez que las llamadas materias “de administración” forman parte de la competencia que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como potestad autónoma de la administración dentro de la zona de reserva que emana del artículo 99 inciso 1 de la Constitución nacional.

La doctrina administrativista, siguiendo las enseñanzas del derecho francés, que entre nosotros difundiera el maestro Rafael Bielsa, reconocía cuatro categorías de reglamentos administrativos: a) reglamentos autónomos (artículo 99 inciso 1) dentro de la zona de reserva de la administración, b) reglamentos de ejecución (artículo 99 inciso 2), los únicos expresamente contenidos en la Constitución nacional, c) reglamentos delegados y d) reglamentos de necesidad y urgencia. Las dos últimas categorías recibían el rechazo de la mayoría de los constitucionalistas, a pesar de lo cual eran de práctica frecuente, especialmente en el ámbito de la denominada “reforma del Estado”.

El nuevo artículo 76 establece:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no impondrá revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa (las cursivas son nuestras).

[La disposición transitoria octava estableció:] La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta excepción, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.

La materia en estudio debe necesariamente relacionarse con el artículo 99 inciso 3, referido a los reglamentos de necesidad y urgencia, y con el artículo 100, referido al jefe de gabinete de ministros, en su inciso 12.

El artículo 99 inciso 3, en la parte pertinente dice: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El artículo 100, por su parte, en su inciso 12 manda al jefe de gabinete de ministros “refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”.

Las “materias determinadas de administración” se refieren a la ya mencionada potestad autonómica, en tanto que la delegación legislativa, como instituto de emergencia constitucional conforma, junto a los reglamentos de necesidad y urgencia, potestades excepcionales y de interpretación restringida. Ambas son caras de una misma moneda y deben interpretarse como un sistema, de manera que las prohibiciones expresas para los decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, de régimen electoral y partidos políticos, son prohibiciones también a la delegación legislativa, cuya sanción es la nulidad absoluta e insanable, conforme surge de la Constitución.

Tales materias conforman un área específica que, en la doctrina italiana, autores como Pizzorusso y Zagrebelsky denominan zona de reserva de ley absoluta, en tanto existen otras zonas de reserva de ley “relativas”. En nuestra doctrina, se han considerado también incluidas en la zona de reserva de ley absoluta las materias codificadas o de derecho común y las leyes para cuya sanción la Constitución fija mayorías o procedimientos especiales.²⁹ Algunas constituciones optan por enumerar de manera limitada la llamada reserva de ley, ampliando el campo de acción discrecional para la zona de ley relativa que puede ser materia de delegación por razones técnicas.³⁰

La delegación legislativa, en cuanto a las materias determinadas de administración así como a las razones de emergencia pública que la habiliten, debe ejercerse dentro de las “bases de la legislación” que la Constitución manda disponer al Congreso y que, en rigor, representan un concepto más estrecho que el “bloque de legalidad” aplicado en el caso *Cocchia* (1993), pero más amplio que los principios de “política legislativa” del caso *Prattico vs. Basso* (1960), ambos ya citados.

Varias de las condiciones establecidas por el convencional constituyente en cuanto al funcionamiento de la comisión bicameral permanente y al mecanismo por seguir, no están aún fijadas en la ley y, empero, la práctica de la delegación ha sido continua, no tanto, en el número de leyes que habilitaron tal práctica, sino en cuanto a la importancia y a la cantidad de materias comprendidas.

29 Anaya, Jaime Luis, “Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/01), *El Derecho*, 24 de enero de 2002.

30 Pizzorusso, Alessandro, *Derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

El acatamiento estricto de los límites procedimentales es una condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de la delegación legislativa en la emergencia. Sólo de ese modo se cumple con los principios del Estado de derecho. De lo contrario sólo se cumple con una ficción de legalidad que habilita la facultad de legislar sobre lo excepcional y que no es más que mero decisionismo.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A la luz de lo expuesto hasta aquí, cabe concluir con una afirmación enfática: la emergencia se encuentra comprendida en los límites de la constitución y no fuera de ella. En tal sentido, la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible tiene respuestas en un ejercicio más severo de las facultades que la Constitución concede, pero sin exceder los límites de la norma fundamental. Las reglas constitucionales del estado de emergencia tienen la misma naturaleza que las correspondientes a las situaciones normales.

En materia de control, la pauta de la razonabilidad emerge como el camino a la adecuada proporción entre medios y fines. La reciente jurisprudencia de la Corte en el caso Smith representa una reafirmación de aquel principio y un retorno al ejercicio de ese control con referencia al caso Peralta, que implicó la tesis más extrema del estado de necesidad sujeto a la razón de Estado.

El control judicial no se suspende durante la emergencia, por lo contrario, la mayor concentración de poderes en el Ejecutivo exige un ejercicio celoso del Poder Judicial como guardián de la constitución, de manera inversa a lo resuelto en el caso Rodríguez en materia de control de decretos de necesidad y urgencia.

Para finalizar, cabe recordar las advertencias de Alexander Hamilton cuando desde las páginas de *El federalista* enseñaba que el Poder Judicial no tiene ni la bolsa ni la espada, sino solamente el juicio, y que la libertad de los ciudadanos no tiene nada que temer del departamento judicial, sin embargo, ha de temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros dos poderes.³¹

31 Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, cap. DXXIX, México, Fondo de Cultura Económica.