

LA PRESIDENCIA Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Por Mario D. Serrafero¹

La Constitución de 1853/60 le dio al presidente la facultad de dictar decretos con el fin de poner en ejecución las leyes. Con el tiempo se fue expandiendo la actividad reglamentaria del Ejecutivo y fueron adquiriendo reconocimiento jurídico expreso -y a través de la jurisprudencia- distintos tipos de decretos o reglamentos. Específicamente, se han distinguido los siguientes ²: a) los decretos reglamentarios que son aquellos que ponen en ejecución las leyes sancionadas por el Congreso y promulgadas, sin alterar su espíritu; b) los decretos autónomos, que son los que dicta el Ejecutivo en el ámbito de sus competencias administrativas; c) los decretos delegados, que requieren una previa autorización del Congreso para que el Ejecutivo complete leyes o decida en cuestiones que son competencia del Legislativo; y d) los decretos de necesidad y urgencia que también implican la asunción de facultades legislativas por parte del Ejecutivo, sin autorización ni previa delegación del Congreso, basados en fundamentos de “emergencia” o gravedad institucional (razones de necesidad o urgencia).

Como los que aquí importan son los que implican el ejercicio de competencias legislativas³ se tratarán específicamente los decretos de necesidad y urgencia, además de una breve consideración sobre los delegados.

¹ Investigador del CONICET – Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Comunicación de la UADE.

² Históricamente, los decretos que aparecen a lo largo de todas las administraciones han sido los reglamentarios, los autónomos y los de intervención federal a las provincias. Los decretos delegados son de más compleja localización y los de necesidad y urgencia, tienen un tiempo más preciso de uso y hasta de abuso.

³ Una perspectiva sobre este tipo de decretos, en distintos países, puede consultarse en John M. Carey y Matthew Soberg Shugart, Executive Decree Authority, Cambridge University Press, 1998.

LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA (Y LOS DECRETOS DELEGADOS)

Años atrás –y antes de la reforma de 1994- preguntaba⁴ en otro estudio: ¿Qué hacer con los llamados "reglamentos delegados"⁵? Y respondía que no eran pocos los especialistas que pensaban que estos decretos se encuadraban en lo señalado en el art. 29 de la Constitución⁶, o implicaban una inversión del principio del art. 19. La Corte si bien dictaminó –como se verá más adelante- sobre la validez de las leyes que contienen transferencias legislativas, éstas deberían ser sólo para reglar pormenores o detalles necesarios para su ejecución. En todo caso, siempre implicaba un riesgo el contenido y alcance de la delegación. Hay que tener muy presente que en los presidencialismos latinoamericanos estas delegaciones legislativas fueron uno de los factores cruciales de la preponderancia del Ejecutivo⁷. En síntesis, además de alterar el esquema teórico de separación de poderes podrían introducir un severo desequilibrio en favor del presidente.

La siguiente pregunta era: ¿Qué hacer con los llamados "decretos de necesidad y urgencia"⁸? Mediante este expediente, el Ejecutivo había invadido terreno

⁴ Mario D. Serrafiero, Las formas de la reforma: entre Maquiavelo y Montesquieu, Bs. As., CEAL, 1994.

⁵Para consultar opiniones antes de la reforma de 1994 pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Miguel Angel Ekmekdjian, "Nuevas reflexiones sobre la concentración del poder en el esquema actual de la sociedad", en Diario El Derecho, n.7420, 31 de enero de 1990; y "Un nuevo caso de violación al principio de división de poderes (nuevamente acerca de los reglamentos delegados)", en El Derecho, tomo 133 (1989), 425-430. Las diferentes opiniones que ha suscitado este procedimiento pueden verse en Juan Fernando Segovia, "Delegación de facultades legislativas", en Atribuciones Del Presidente Argentino, Bs. As., Depalma, 1986, pág. 277-348.

⁶ Dice el artículo 29: "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 gobierno o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen consientan o firmes, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

⁷Así ha ocurrido, por ejemplo y para citar algunos casos, en Colombia, en Venezuela y en Perú con la Constitución de 1979.

⁸ Para consultar opiniones antes de la reforma de 1994 pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Horacio Ruiz Moreno, "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación de las leyes y reglamentos", en La Ley, 1990-B (1990), pág. 1029-1038. Entre otros pueden mencionarse a los siguientes autores: Marcelo Bazan Lazcano, "¿Es constitucional la delegación de competencias?", en El Derecho, tomo 117 (1986), pág. 763-767; Alberto Bianchi, "Objeciones constitucionales a dos reformas recientes (La reforma monetaria y la reforma

legislativo de obvia competencia del Congreso. Los criterios se dividieron entre la constitucionalidad o no de la medida. Las fórmulas que se sostuvieron en relación con su incorporación fueron variadas. Según algunas opiniones, la admisión expresa de este tipo de decretos debería decidirse sobre un sistema de conversión legal, ratificando o rechazando el Congreso en un plazo determinado, y estableciéndose los efectos del rechazo o derogación, las causales y la oportunidad del dictado (¿sólo durante el receso del Congreso?). Este mecanismo –se aducía- sería más conveniente que el sistema de acuerdo tácito del legislativo (cuando el Congreso, enviado el decreto a las Cámaras por el Ejecutivo, no se expide en el tiempo fijado).

Tanto en relación a los reglamentos delegados y a los decretos de necesidad y urgencia, se señaló que no existían "poderes implícitos" del Ejecutivo en materia legislativa, y se *advirtió en cuanto al riesgo que representaba constitucionalizar estos decretos como facultades del Ejecutivo*. En la etapa de redemocratización se había abusado notoriamente del dictado de este tipo de decretos -durante el gobierno de Alfonsín y mucho más bajo el mandato de Menem -como se trata más adelante- y no resultaba conveniente convalidar constitucionalmente estos excesos.

Sostenía que sería mejor que un decreto de necesidad y urgencia dictado por el presidente fuera materia discutible en cada caso -más aún al no existir su procedencia en la Constitución Nacional-, que introducir en la Ley Fundamental la facultad de emitirlos. Su eventual consagración expresa en la Constitución, lejos de limitar los excesos en que han incurrido los presidentes a partir de 1983, podría dejar el terreno más libre y aumentar así el papel de legislador del primer mandatario. Lo notable fue que, con anterioridad a 1989, no se hayan presentado proyectos de reforma constitucional que propusieran la facultad presidencial de

ministerial)", en El Derecho, tomo 115 (1986), pág. 768-773; Juan José Azpelicueta, "El decreto 1096/85 y su justificación constitucional", en El Derecho, Tomo 115 (1986), 766-768. El tema adquirió vigencia en el gobierno de Alfonsín principalmente por la reforma monetaria, el llamado "Plan Austral" que se determinó vía decreto.

dictar reglamentos de necesidad y urgencia⁹. Ni aún el presidencialismo hegemónico de la Constitución de 1949 había incluido tal facultad.

DERECHO COMPARADO

Un argumento sostenido por los defensores de la introducción de los decretos de necesidad y urgencia fue su existencia en la legislación comparada. Los casos más citados fueron, entre otros, los de Italia, España y Francia.

El artículo 77 de la Constitución de Italia, de 1948, señala: “El gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan valor de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el Gobierno adopte bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el mismo día para su convalidación a las Cámaras, que, incluso si se hallan disueltas, serán convocadas al efecto y se reunirán dentro de los cinco días. Los decretos perderán toda eficacia si no son convertidos en ley dentro de sesenta días de su publicación. Las Cámaras pueden, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de decretos no convalidados”.

El artículo 86 de la Constitución de España de 1978 dice. “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las comunidades Autónomas ni al derecho electoral en general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho lapso sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. Durante el

⁹ Ver Reforma Constitucional, Volumen I y II, Dirección de Información Parlamentaria, Bs. As., 1989.

plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia”.

El artículo 16 de la Constitución de Francia, de 1958, dice: “Cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales están amenazados, de una manera grave e inmediata, y cuando el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se interrumpe, el Presidente de la República toma las medidas exigidas por las circunstancias, después de consulta oficial al primer Ministro, a los Presidentes de las Asambleas, así como al Consejo Constitucional, informa a la Nación por medio de un mensaje. Estas medidas deben estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, en los mínimos plazos, los medios de cumplir su misión,. El Consejo Constitucional debe ser consultado, a este respecto. El Parlamento se reúne de plenos derechos. La Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales”.

Los regímenes institucionales de Italia, España e incluso Francia no eran extrapolables sin más para fundamentar la inclusión de los decretos de necesidad y urgencia en el ordenamiento argentino. Y es que el dictado de decretos de necesidad y urgencia tiene una significación y resonancia distinta según sea el régimen institucional. *En sistemas parlamentarios –e incluso semipresidencialistas- donde impera más la fusión que la teórica división del poder de formato presidencial, el dictado de decretos cuenta con una suerte de legitimidad inicial por una razón muy sencilla: el gobierno que lo dicta está sostenido por una mayoría que lo respalda, de lo contrario, el gobierno parlamentario caería. Distinto es el caso de los regímenes presidenciales, que pueden tener gobierno de mayoría parlamentaria (gobierno unificado) o de minoría (que da lugar al gobierno dividido) y donde el principio de poderes independientes forma parte de su esencia.*

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Finalmente, en la reforma constitucional de 1994 se introdujeron una serie de facultades legislativas dentro del ámbito de la presidencia y de acuerdo a determinadas condiciones de ejercicio. La Corte Suprema de Justicia, antes de la reforma, había admitido la validez de los decretos de necesidad y urgencia, en 1990, en el "caso Peralta", según se verá más adelante.

Cabe reiterar que parte de la doctrina se había expedido en relación con su inconstitucionalidad y existió, entonces, una divisoria de aguas respecto de su legitimidad constitucional¹⁰. Así, por ejemplo, señalaba Bidart Campos: "Nosotros creemos que los reglamentos de necesidad y urgencia siempre son inconstitucionales en nuestro régimen, porque la división de poderes que demarca la constitución argentina (que es suprema y rígida) no tolera, ni siquiera por razones de urgencia y necesidad, que el poder ejecutivo ejerza competencias del congreso"¹¹

Con la reforma se produjo, entonces, un notable campo de expansión al introducirse "excepcionalmente" el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3), los decretos delegados (art. 76) y el veto parcial (art. 80). La ampliación del Poder Ejecutivo ha sido notable, sin entrar a considerar aspectos técnicos o de fondo, como las ambigüedades, los límites imprecisos, el impacto sobre la división de poderes, el debate acerca de la delegación propia o impropia, las condiciones fácticas de la necesidad y la urgencia, etc. Además, el presidente mantiene atributos relevantes como la prorroga de las sesiones ordinarias del Congreso y la convocatoria a extraordinarias¹².

¹⁰ Sobre las opiniones de constitucionalistas y administrativistas ver Julio Rodolfo Comadira, "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en *La Ley*, T. 1995-B, Sec. Doctrina, pág. 831 y 832.

¹¹ Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Bs. As., Ediar, 1989, pág. 230.

¹² El inc. 9 reproduce el anterior texto: "Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o progreso lo requiera".

Señala el artículo 99, inc. 3 respecto de los Decretos de necesidad y urgencia: "...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros...".

En relación con los Reglamentos delegados dice el art. 76: "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 importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa".

Y, en cuanto al Veto parcial dispone al artículo 80: "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia".

Volviendo al tema de los decretos de necesidad y urgencia, el Constituyente estableció el control legislativo a través de la presentación del decreto, por el Jefe de gabinete ante una Comisión Bicameral. En relación con este punto, dice el último párrafo del artículo 99, inciso 3: "El jefe de gabinete de ministros personalmente y

dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”. Y, en consonancia, el inciso 13 del artículo 100 se refieren al refrendo de los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los decretos de necesidad y urgencia, y los que promulgan parcialmente las leyes; debiendo presentar el Jefe de Gabinete, personalmente y dentro de los diez días de su sanción, estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Respecto de la procedencia de los reglamentos de necesidad y urgencia, Cassagne ha sostenido: “Las razones que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben existir, 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; o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencia de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; b) una proporcionalidad 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”¹³.

¹³ Juan Carlos Cassagne, “El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su posterior evolución hasta la reforma constitucional de 1994”, en Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, La Ley, 2003, pág. 303.

LA TÉCNICA DEL INSTITUTO: VUELTAS DE TUERCA

Lo primero que queda claro es que la prohibición general establecida por el artículo en su primer párrafo se desvanece en el segundo¹⁴. *Resulta contradictorio decir que no puede emitir disposiciones de carácter legislativo “en ningún caso” e inmediatamente después abrir la puerta a las situaciones en que sí puede.* En segundo lugar, tampoco es clara la fórmula de habilitación: “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes”. Como bien se ha afirmado, las circunstancias excepcionales parecen incluso de menor entidad que el requerido “grave riesgo social” que refería el “caso Peralta”. Además, según la redacción, no parece que una supuesta situación de emergencia o estado de real necesidad sea el punto central que habilite la norma, sino que el factor desencadenante sería la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes. ¿Bastaría, entonces, que el Ejecutivo expresara esta situación como fundamentación de una disposición de carácter legislativo?. Parece obvio que no fue esa la intención del constituyente, pero así y todo la redacción no puede evitar una primera interpretación literal. *Tampoco parece feliz una palabra que la crítica le ha prestado menor atención que la debida: “circunstancias”, en vez, por ejemplo, de situaciones.* Las circunstancias parecen tener, también, menor entidad para configurar la gravedad que supuestamente la disposición del Ejecutivo tiende a conjurar. Lo más concreto de la medida ha sido, sin duda, la prohibición expresa de las materias que se vedan al Ejecutivo (penal, tributaria, electoral y régimen de partidos).

En cuanto al procedimiento y el mecanismo de control se destaca el hecho de que los decretos deben ser decididos en acuerdo general de ministros que deberán

¹⁴ Sobre las cuestiones técnicas resultan interesantes los trabajos de Mario Midón, “Un desacierto del constituyente; Los decretos de necesidad y urgencia”, en El Derecho, tomo 161 (1995), pág. 907-912; Alberto García Lema, “Decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de leyes”, en la Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción, santa Fe, 1994, pág. 381-410. Carlos E. Colautti, “El control sobre los decretos de necesidad y urgencia”, en La Ley, T.1998-B, Sec. Doctrina, pág. 1041-1046

refrendarlos conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros¹⁵. La norma le fija a este funcionario un papel activo pues debe personalmente, dentro de los diez días, someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente. *Cabe destacar nuevamente que, más allá de la cuestión del supuesto control de la Comisión referida, la facultad de dictar decretos no convierte al presidente en un legislador por razones de oportunidad o de conveniencia, ni tampoco por el mero hecho de la supuesta imposibilidad de seguir el trámite ordinario para la sanción de leyes. Teóricamente, sólo podría dictar este tipo de decretos cuando el Congreso no pudiere seguir el trámite parlamentario por razones de necesidad y urgencia. Ello ocurriría por una imposibilidad material, por ejemplo, una catástrofe de la naturaleza o, bien si fuere necesario obrar en forma inmediata y sin dilación alguna, dada la índole y gravedad de la emergencia en cuestión.*

Una pregunta que ha suscitado no poca controversia es que ocurre ante el silencio del Congreso. La situación despliega varias opciones. La convalidación del decreto; una suerte de “rechazo ficto”¹⁶ y, finalmente, la posición de que al silencio no cabe atribuirle valor alguno, sería entonces “neutro”. En realidad, esta última posición significa atribuirle valor aprobatorio pues si hace falta dictar una ley para derogar el decreto no cabe otra interpretación.

Más adelante se retomaran las consideraciones técnicas en el marco más amplio del diseño del instituto. Asimismo, el tema del control se retomará al considerar el llamado caso “Rodríguez” y en la jurisprudencia dictada con posterioridad a este fallo.

DIGRESIÓN. LAS REFERENCIAS A CARL SCHMITT

Varios autores vincularon el decretismo ilimitado con el decisionismo schmittiano. Una de esas opiniones nos sirve para introducir otras cuestiones. Quiroga Lavié realiza una interesante defensa de la introducción de los decretos de necesidad y

¹⁵ En realidad, si un ministro no estuviere de acuerdo el presidente podría prescindir de él.

¹⁶ Ver, por ejemplo, Horacio Quiroga Lavie, Decreto de necesidad y urgencia en la Reforma de la Constitucional Nacional, en La Ley, 2 de septiembre de 1994, pág. 2.

urgencia remitiéndonos a la teoría de Carl Schmitt. La importancia del argumento requiere su transcripción: “Entonces queda claro que el decreto de necesidad y urgencia es un instrumento de gobernabilidad, y que ésta es la suprema ley de la tierra para cualquier pueblo. Lo malo es que no existan normas que lo regulen, porque, en tal caso, la omisión de reglas impide poder determinar si ha habido o no violación de las mismas. Ponerle reglas a una situación de excepción no significa otra cosa que limitarla. Si no han reglas limitando el ejercicio de la necesidad y la urgencia, se gobernará de facto, tal como ocurriera ante la reforma de 1994...Preferir el carácter de facto a la regulación de una institución en la Constitución implica adherir al decisionismo de Carl Schmitt. Este doctrinario sostenía que el ‘soberano es quien decide en estado de excepción’, es decir cuando no existen reglas de ninguna naturaleza. Pero no sólo eso: lo más importante es que para Schmitt la verdadera Constitución es la decisión desnuda, sin reglas, siendo para él las reglas constitucionales positivas una “constitución relativa” de segundo orden de trascendencia...Esto es la posición inadmisibles para nosotros. Que se prefiera la inevitabilidad del decreto de necesidad y urgencia por decisiones de facto. En cambio siempre sostuvimos: sí a la medida de excepción dentro de la Constitución, con expreso poder de control por parte de la justicia. No es cierto que se ha constitucionalizado la regularidad del decreto de necesidad y urgencia. Se ha constitucionalizado su control, su nulidad absoluta e insanable, el potestamiento en tal sentido por parte de la justicia, la posibilidad del control ratificatorio por parte del Congreso y, por último, la prohibición expresa de la sanción ficta de las leyes, con lo cual la limitación del poder Legislativo cierra en un círculo perfecto, desde el punto de vista normativo. Que los jueces no vayan a hacer respetar las normas es una cuestión de hecho, pero no jurídico-constitucional”¹⁷

¹⁷ Humberto Quiroga Lavié, Constitución de la Nación Argentina Comentada, Bs. As., Zavallía, 2000, pág.

SCHMITT: EL SOBERANO, LA EXCEPCIÓN Y LA SUPERIORIDAD FÁCTICA

Como bien afirma Quiroga Lavié, para Schmitt, "Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción"¹⁸. Pero el tema tiene por cierto sus vueltas y repliegues.

Según Schmitt: "La decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia. En efecto, una norma general: la representada, por ejemplo, en un concepto normal cualquiera del Derecho vigente, nunca puede prever una excepción absoluta ni dar fundamento cierto a una decisión que zanje si un caso es o no verdaderamente una excepción"¹⁹. En definitiva, el derecho no puede prever los casos de excepción y, éstos están, de alguna forma, más allá del derecho positivo, aunque para Schmitt norma y decisión forman parte del ordenamiento jurídico. El derecho no puede decidir cuando un hecho configura el caso de excepción, la decisión la toma un órgano del Estado frente a la propia realidad política.

Así la imposibilidad de previsión de la norma sobre todos los hechos precisos y el que actúa sobre el caso extremo es, entonces, realmente el soberano. Dice el autor alemán: "...en la historia de la soberanía no se disputa un concepto como tal...Se disputa sobre su aplicación concreta, es decir quién sea el llamado a decidir en caso de conflicto, en qué estriba el interés público y el del Estado, la seguridad y el orden público...El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede tal vez ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para el Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente...es este caso el que reactualiza el problema de la soberanía, o sea el problema mismo de la soberanía"²⁰.

¿Qué diría Carl Schmitt ante el artículo 99, inc. 3? Probablemente, diría que encuadra en los supuestos que limitan al soberano del cual él habla al existir

¹⁸ pág. 35.

¹⁹ pág. 36.

²⁰ pág. 37.

controles para el ejercicio del dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Hasta aquí esta versión de Schmitt coincidiría con los que sostienen que la reforma limitó el dictado de los referidos decretos. Al menos, cabe suponerlo según su propio pensamiento: "La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está llamado a actuar en tal caso. Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano"²¹.

Contrario sensu al existir una suerte de control que pretende mantener el esquema de división de poderes –el último párrafo del art. 99 inc.3- no estaríamos frente a una apertura o habilitación jurídica del decisionismo, sino a su limitación.

Por cierto la riqueza del pensamiento de Schmitt excede su "Teología Política". Su perspectiva casi fatalmente inmersa en lo fáctico deviene inevitablemente en un realismo político puro que deja fuera de todo juego a la norma y al derecho. *Pero lo importante, para la Ciencia Jurídica, es el señalamiento que hace Schmitt de los puntos críticos donde la norma confronta con la realidad de la política y el poder y, lamentablemente, lleva las de perder. Así el etéreo terreno de los controles puede permanecer en las nubes del ordenamiento legal mientras el implacable suelo de lo fáctico impone su propia lógica.*

Cabe recordar otro texto del autor. Sobre la consideración del Congreso en relación con decretos y medidas del Ejecutivo, *el recuerdo del "realismo" de Schmitt en relación a la Constitución de Weimar se imponía ya sea a modo de prevención o de oscuro presagio.* Decía respecto del tercer legislador extraordinario -el presidente del Reich-: "el requerimiento de derogación del Reichstag no tiene efecto retroactivo, de manera que el legislador extraordinario puede crear hechos consumados frente al legislador ordinario; y hay verdaderas medidas especialmente efectivas, como, por ejemplo la intervención con la fuerza armada y el fusilamiento de un hombre, que no pueden ya ser dejadas sin vigor.

²¹pág. 38.

Todas estas cosas son fundamentos de gran importancia práctica y significan una gran superioridad fáctica"²².

En realidad, la decisión del legislador extraordinario es anticipación a otras posibles alternativas de decisiones del legislador ordinario y, sobretodo, *hecho consumado sobre el cual no siempre podrá volverse atrás. Así la fórmula de controles que reclama una supuesta superioridad jurídica puede verse arrasada por la superioridad fáctica.*

Continúa señalando Schmitt: "El Estado legislativo parlamentario, con separación también orgánica entre la ley y la aplicación de la misma, configura todas las instituciones propias del Estado de Derecho que son específicas del mismo desde el punto de vista de la protección frente al ejecutivo. Sin embargo, para el legislador extraordinario del artículo 48, la distinción entre la ley y su aplicación, entre el legislador y el ejecutivo, no constituye un freno, ni jurídico ni fáctico, porque es ambas cosas en una sola persona...puede también decretar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso para su ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos ejecutivos extraordinarios...reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas, lo que no puede hacer el legislador ordinario del Estado legislativo parlamentario"²³.

A partir de aquí podría darse otra vuelta de tuerca. En realidad, *la superioridad no es sólo fáctica, sino también jurídica.* Es sólo el Ejecutivo y no el Congreso quien puede reunir en las mismas manos la creación de la ley y su aplicación.

En otras palabras y resumiendo estas observaciones: a) *la mera posibilidad de que el Ejecutivo se convierta en legislador le otorga una superioridad fáctica;* b) *el otorgamiento de competencias legislativas al Ejecutivo implica una confusión de poderes en el mismo órgano –y personal- e implica, también, una relativa*

²²Carl Schmitt, Legalidad y legitimidad, Bs. As., Struhart, 1994, pág. 90.

²³ *Ibíd*em, pág. 91-92.

superioridad jurídica; c) los controles jurídicos pueden ser inocuos respecto de los hechos empíricos sobre los cuales no cabe la vuelta atrás.

Luego de este rodeo teórico, cabe una mirada sobre la realidad del dictado de los decretos de necesidad y urgencia. ¿Se cumplieron los pronósticos y las prevenciones señaladas desde distintos sectores antes de la reforma de 1994?

LA EXPERIENCIA DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

¿Cuál ha sido la experiencia del dictado de decretos de necesidad y urgencia antes y después de la reforma de 1994? En el cuadro I se observa el poco uso que tuvo históricamente la herramienta, que se contraponen la utilización que tendría en los años posteriores.

Históricamente, algunos de los decretos dictados fueron los siguientes²⁴. El dictado el 5 de junio de 1880 -11.543- que trasladaba el gobierno central a la localidad de Belgrano en ocasión del levantamiento de Carlos Tejedor, en 1880, en la presidencia de Avellaneda. El 29 de enero de 1908 se dicta un decreto que prorrogaba la vigencia del presupuesto general de gastos de administración sancionado en 1907. El decreto del 22 de marzo de 1915 nombraba una comisión de “vecinos honorables” para sustituir al Consejo Deliberante Municipal de la Ciudad de Buenos Aires.

En los años treinta pueden mencionarse el decreto 31.864 del 11 de diciembre de 1933, por el cual se creaba la Junta Reguladora de Granos y el 31.865 –de la misma fecha- que fijaba precios básicos del trigo, maíz y lino. El decreto 108.295, dictado en 1937, creaba la Superintendencia de Seguros. El decreto 102.843 de 1941 declaraba la disolución del Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires.

²⁴ Según datos de la Dirección de Información Parlamentaria, del Honorable Congreso de la Nación.

El decreto 2639 de 1960, durante el gobierno de Frondizi, que establecía el plan Conintes. En 1973 y 1974 se dictaron una serie de decretos referidos, principalmente, a temas servicios sociales y temas previsionales. No se dio cuenta al Congreso, pero se los sometió a su consideración mediante el mensaje del 20 de febrero de 1975. Ese mismo año se dictó el decreto 807 referido al estado de sitio y la reglamentación de la opción para salir del país y el año siguiente el decreto 642 trató la misma temática²⁵.

Durante el gobierno de Alfonsín gran parte de los decretos de necesidad y urgencia se relacionaron con declaraciones de emergencia en distintas áreas. Así, el decreto 2196/86 declaró la emergencia en el sistema previsional y el decreto 632/87 declaró la emergencia agropecuaria. El decreto 1096/85 dio nacimiento al llamado “Plan Austral” que implicó la reforma monetaria. Otros decretos fueron el 1696 –llamado- de normalización sindical, el decreto 2272/84 de convocatoria a la consulta popular sobre la cuestión de límites con Chile, el decreto 122/86 que prorrogaba por el término de dos años el Programa Alimentario Nacional., el decreto 679/88 de normas para el “cumplimiento de sentencias condenatorias contra el Estado Nacional”, etc. Durante la época de Alfonsín si bien fueron pocos los decretos –en comparación con lo que vendría después- fueron importantes en cuanto a la materia y los contenidos.

Cabe destacar que las mediciones, según las fuentes, arrojan distintos resultados. Pero lo importante es hacer notar el incremento en el número más allá de su exactitud.

Cuadro I. Cantidad de decretos de necesidad y urgencia, 1853-1989

Años	Cantidad
1853-1976	15

²⁵ Estos decretos fueron cuestionados en el seno del Congreso, pero los proyectos que los impugnaban no tuvieron tratamiento parlamentario.

1983-1989	8
-----------	---

Fuente: Molinelli, Palanza y Sin, Congreso, Presidencia y Justicia en la Argentina, Bs. As., Temas, 1999, pág. 626.

En el cuadro II aparece el número de decretos dictados en la administración de Alfonsín y gran parte de la gestión del presidente Menem. Recién en la segunda presidencia de éste último se reduce el número de decretos. El cuadro sólo pretende ilustrar la actividad reglamentaria del Ejecutivo.

Cuadro II. Cantidad de Decretos por año 1984-1998

Año	Cantidad	Año	Cantidad
1984	4170	1991	2817
1985	2590	1992	2837
1986	2651	1993	2810
1987	2241	1994	2427
1988	2053	1995 (1º Presid. Menem)	1046
1989 (Presid. Alfonsín)	1150	1995 (2º Presid. Menem)	1062
1989 (Presid. Menem)	1674	1996	665
1990	2841	1997	1498
		1998	1574
		Total 1984-1998	37.106
		Prom. Annual 1984-1998	2473

(1) Cantidad total de decretos del Poder Ejecutivo, incluyendo los de “necesidad y urgencia”. Para tener todos los decretos del Presidente Alfonsín habría que

agregar los de 1983 (10 al 31 de diciembre) que no figuran en el cuadro y que son 389.

Fuente: Molinelli, Palanza y Sin, Congreso, Presidencia y Justicia en la Argentina, Bs. As., Temas, 1999, pág. 625.

Como se dijo anteriormente, la historia muestra pocos casos de decretos de necesidad y urgencia, pero a partir de la redemocratización puede observarse como la actividad legislativa presidencial creció, según se observa en el cuadro III. Cabe reiterar que la cifra es distinta según los criterios utilizados por los distintos investigadores, pero lo significativo es resaltar su extraordinario crecimiento.

Cuadro III. Cantidad de decretos de necesidad y urgencia, 1989-1998

Año	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	Total
Cantidad I	18	32	59	36	15	7	7	11	26	13	224
Cantidad II	15	36	55	27	17	7	s/d	s/d	s/d	s/d	-
Cantidad III	3	25	46	18	s/d	7	7	8	20	s/d	-

(1) Desde el 9 de Julio de 1989. (2) Según cómputo de Ferreira Rubio-Goretti, pero ver nota 4. (3) Hasta el 30 de agosto de 1998. (4) La fuente agrega, separadamente, otros 248 decretos para el mismo período, que consideran también decretos de necesidad y urgencia pero que a nuestro juicio no lo son y no deben ser computados como tales. (5) Según cómputo de Maurich. (6) Según cómputo de la DIP, pero esta fuente aclara que la lista “no es taxativa”.

Fuente: Molinelli, Palanza y Sin, Congreso, Presidencia y Justicia en la Argentina, Bs. As., Temas, 1999, pág. 626.

Cuadro IV. Decretos de Necesidad y Urgencia (Cómputo por año y Presidente actualizado al 03/08/04)

Año	Presidencia	Fecha	Cantidad	Total Período
1994	Menem, Carlos (1ra)	23/08/94 al 31/12/94	1	
1995	Menem, Carlos (1ra)	01/01/95 al 07/07/95	3	4
1995	Menem, Carlos (2da)1	08/07/95 al 31/12/95	4	
1996	Menem, Carlos (2da)	01/01/96 al 31/12/96	8	
1997	Menem, Carlos (2da)2	01/01/97 al 31/12/97	24	
1998	Menem, Carlos (2da)	01/01/98 al 31/12/98	21	
1999	Menem, Carlos (2da)	01/01/99 al 09/12/99	37	94
1999	De la Rúa, Fernando	10/12/99 al 31/12/99	5	
2000	De la Rúa, Fernando3	01/01/00 al 31/12/00	22	
2001	De la Rúa, Fernando	01/01/01 al 21/12/01	25	52
2001	Puerta, Ramón	21/12/01 al 23/12/01	0	0
2001	Rodríguez Súa, Adolfo	23/12/01 al 30/12/01	6	6
2001	Camaño, Eduardo	30/12/01 al 01/01/02	0	0

2002	Duhalde, Eduardo ⁴	01/01/02 al 31/12/02	107	
2003	Duhalde, Eduardo ⁵	01/01/03 al 25/05/03	45	152
2003	Kirchner, Néstor	25/05/03 al 31/12/03	47	
2004	Kirchner, Néstor	01/01/04 al 20/05/04	31	78

¹ 1 decreto firmado por el Vicepresidente Ruckauf

² 1 decreto firmado por el Vicepresidente Ruckauf

³ 1 decreto firmado por el Vicepresidente Álvarez

⁴ 1 decreto firmado por el Presidente Provisional del Senado Maqueda

⁵ 1 decreto firmado por el Presidente Provisional del Senado Gioja

Fuente: Oficina de Información Parlamentaria

La práctica del decreto de necesidad y urgencia se ha mantenido, pero además hay que señalar algunas cuestiones importantes en relación con el período 1989-1994. En primer lugar, no siempre se ha girado el decreto al Congreso. En segundo lugar, sólo un mínimo porcentaje de los remitidos por el Ejecutivo al Legislativo ha sido tratado por este último. En tercer lugar, se ha legislado sobre diferentes temáticas²⁶.

Ferrerira Rubio y Goretti señalan: “El 38% de los decretos de necesidad y urgencia fueron dictados mientras el Congreso sesionaba en forma ordinaria y una parte importante del 62% restante fue emitido mientras el Congreso estaba reunido en sesiones extraordinarias y no durante el receso”²⁷.

²⁶ Ver Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti, “Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989-agosto 1994), Desarrollo Económico, Vol. 36, n^o 141 (1996), pág. 443-474.

²⁷ Ibíd., pág. 455.

Continúan señalando los autores: “En el período analizado, de los 336 decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente Menem, el Congreso ratificó, por ley, en forma total 26, sólo parcialmente un decreto y con modificaciones otros. De estos 28 decretos (8%), 16 fueron ratificados por la ley 24.307, sancionada y promulgada en diciembre de 1993. En el mismo período, el Congreso derogó en forma total, por ley, 3 decretos de necesidad y urgencia y, en forma parcial, uno. El Ejecutivo aceptó la decisión del Congreso en dos de los casos...en los otros dos casos utilizó el veto parcial para evitar la derogación de los decretos”²⁸. Asimismo, advierten sobre un hecho muy preocupante: “En 4 ocasiones el Poder Ejecutivo ha vetado totalmente leyes dictadas por el Congreso, aduciendo que contradecían lo dispuesto por decretos de necesidad y urgencia. El mismo motivo adujo para vetar parcialmente 9 leyes”²⁹.

El dictado de decretos de necesidad y urgencia también fue profuso en la administración Kirchner³⁰. En su primer año de gobierno dictó 67, en el mismo período Menem había dictado 64 y De la Rúa 38. En relación con los temas de estos decretos, se ocuparon “de la asignación de recursos del Estado, pues involucran modificaciones al presupuesto nacional, obras y servicios público, beneficios fiscales y contrataciones directas”³¹. En su segundo año, el presidente Kirchner emitió 73 decretos, en el mismo período Menem había dictado 64 y De la Rúa 35. En su segundo año de gobierno –según un estudio de Ferreira Rubio y Goretti- se utilizó para cuestiones económicas, por ejemplo, nueve decretos regularon beneficios fiscales, siete modificaron el presupuesto nacional y otros siete versaron sobre obras y servicios públicos³².

²⁸ *Ibíd.*, pág., 457.

²⁹ *Ibíd.*, pág., 457.

³⁰ Ver *La Nación*, 22 de junio de 2004.

³¹ *Ibíd.*

³² Los especialistas citados ponen atención en algunos decretos: el 685/04, que dispone el aumento de salarios del 100% para el Presidente y sus ministros; el 906/04, que modifica el manejo de los fondos fiduciarios que ahora pueden ser redireccionados para otros usos; el 917/04, que modifica el presupuesto mediante una reestructuración de más de 4.200 millones de pesos, que autoriza, entre otras cosas, a aumentar el presupuesto de publicidad y propaganda oficial; el 908/04 que autoriza al jefe de Gabinete a modificar el presupuesto más allá de los límites fijados por el Congreso. *La Nación*, 13 de junio de 2005, pág. 1 y 6.

Lo destacable es que Kirchner tenía mayoría en ambas Cámaras, o sea que se trataba -al menos teóricamente- de un gobierno unificado, más allá de haber sido un presidente minoritario respecto de los votos obtenidos en las elecciones de 2003 y los problemas que fueron surgiendo con su aliado, el ex presidente peronista Eduardo Duhalde. Esto va en contra de uno de los argumentos esgrimidos por los defensores de la facultad presidencial de dictar este tipo de medidas: que el Congreso pone obstáculos al tratamiento de los proyectos de ley atentando contra la debida celeridad y, entonces, no cabe otro remedio que el dictado de decretos.

LA CORTE Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Como es sabido, el crecimiento de la intervención del Estado en el ámbito de la economía a partir de la década del 1930, significó inexorablemente un mayor activismo del Ejecutivo. Este proceso obedeció a una coyuntura específica del mundo, como fenómeno de extensión generalizada que también se hizo presente en la Argentina. El mayor dinamismo y energía del Ejecutivo implicó una disminución de la injerencia del Congreso en materias que debían estar libradas a su competencia.

El caso "Agencia Marítima Delfino" dio status legal ya en 1927 a la "teoría de la delegación", por la cual el Congreso podía dejar en manos del Ejecutivo la integración de los pormenores de una ley. La situación, por cierto, era diferente a la facultad constitucional de la reglamentación de las leyes³³. Expresó la Corte en la sentencia: "Debe hacerse una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo

³³En este tema la Corte, según los casos concretos, estableció la procedencia o improcedencia de la reglamentación del Ejecutivo. Dijo el Alto Tribunal en 1939: "el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria constitucional, cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley, siempre que se ajuste al espíritu de la misma". *Fallos*, 183:147. En otro fallo de 1961, la Corte explicitó de esta forma la procedencia de la reglamentación: "El Poder Ejecutivo puede apartarse de los términos literales de la ley siempre que las disposiciones que adopte no sean incompatibles con las de aquélla, propendan al mejor cumplimiento de sus fines o constituyan medios razonables para evitar su violación y sean ajustadas a su espíritu". *Fallos*, 250:758.

administrativo para reglar los pormenores y detalles para su ejecución (...) Quien hace la ley puede someter algo a la discreción de los otros departamentos y el límite preciso de este poder, es materia de delicada investigación"³⁴.

¿Actualización del ejercicio del poder -no exclusivo de la Argentina- y funcionamiento del Estado, o riesgoso paso en contra de la división de poderes?. Lo cierto es que el dictado de "reglamentos delegados" por el Ejecutivo no fue ejercicio de casos excepcionales³⁵. Si Alberdi contaba con un presidente fuerte, pero sometido a la ley, progresivamente ese mismo presidente era autorizado a crear -al menos- parte de la ley. Y si el publicista José Nicolás Matienzo acusaba al Congreso por haber permitido la expansión del ejecutivo en materia política-institucional al no haber reglado, por ejemplo, la intervención federal, ahora el Cuerpo Legislativo daba una nueva vía libre al Ejecutivo en otro tipo de materias³⁶. Y la Corte convalidaba el avance.

El Congreso como legislatura tiene "el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores. Por lo tanto, la legislatura está incapacitada para transferir a otros la autoridad de hacer leyes"³⁷. ¿Cometían el Congreso argentino y la Corte -con este antecedente- el pecado capital señalado claramente por Locke, o ajustaban simplemente el funcionamiento institucional a la altura de los nuevos tiempos?

En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia fue en el "Caso Peralta" cuando la Corte se expide acerca de su constitucionalidad. En el fallo se convalidó el decreto 36/90 -dictado durante la primera presidencia de Carlos Menem- que disponía la conversión obligatoria de los depósitos a plazo fijo en títulos de deuda denominados

³⁴Fallos, 148:430. Ver también Miguel Angel Ekmekdjian, "Un nuevo caso de violación de división de poderes (nuevamente acerca de los reglamentos delegados)", E.D., tomo 133 (1989), pág. 427.

³⁵En otra sentencia de 1944 -en el caso "Inchauspe"- la Corte expresó: "Que en cuanto a la objeción fundada en la delegación de facultades legislativas a la Junta Nacional de Carnes es de advertir que al discutirse el asunto en la Cámara de Senadores, quedó aclarado que es el Poder Ejecutivo el que, a propuesta de la Junta, fija el respectivo porcentaje dentro del límite establecido por la ley". Fallos, 199:483.

³⁶Más casos en relación a este tema pueden verse en Jonathan M. Miller, María A. Gelli y Susana Cayuso, Constitución y Poder Político, Tomo 1, Bs. As., Astrea, 1987, pág. 679-706.

³⁷John Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, Bs. As., 1990, pág. 148 y 149.

“Bonex”. La Corte dijo que: “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo....condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio- ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquél decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”. Se estableció así un importante antecedente de jurisprudencia dictado por el más alto tribunal de la Nación, más allá de las críticas que recibió por parte de la doctrina.

Durante los años noventa se dictaron importantes fallos que fueron mostrando las distintas posiciones y perspectivas de la Corte y sus integrantes³⁸. Los años de Menem significaron un período favorable a la consolidación de estos decretos y el límite más claro fue la declaración de inconstitucionalidad para aquellos que decidían sobre materia impositiva. Asimismo se dictaminó que la falta de la ley especial que refería la Constitución reformada y la ausencia de conformación de la Comisión Bicameral Permanente no inhabilitaban al Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia en casos excepcionales.

Respecto de la posición de la Corte sobre los decretos y la materia impositiva cabe recordar el caso “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/Amparo”³⁹. Decía el Alto Tribunal: “Del principio de legalidad en materia impositiva resulta la invalidez de los decretos de necesidad y urgencia que establecen impuestos”. Este dictamen se remitió en distintos casos⁴⁰. Se planteo también ante

³⁸ Puede verse María Cristina Serrano, “Las facultades legislativas otorgadas al Poder Ejecutivo a diez años de la reforma de 1994”, en Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (Coordinadores), *A una década de la reforma constitucional*, Bs. As., Ediar, 2004, pág.519-533.

³⁹ Fallos, 318:1154.

⁴⁰ Por ejemplo, en “Kupchick, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario c/ B.C.R.A. y Estado Nacional (M.E.) s/ varios”, *Fallos*, T. 321:366. En el mismo sentido se expide la Corte en “La Bellaca SAACIF. y M. C Estado Nacional – DGI s/Repetición”, *Fallos*, 329:3400; “Berkeley International A.R.T. S.A. c/ E.N. s/ Amparo ley 16.986”, *Fallos*, 323:3770.

la Corte la inconstitucionalidad de la derogación vía decreto de necesidad y urgencia de una ley del Congreso⁴¹.

Otro importante fallo fue el dictado en la causa sobre los aeropuertos, el llamado caso “Rodríguez”⁴². Ante la presentación de legisladores a la justicia para lograr una medida cautelar con el fin de obtener la suspensión de los efectos del decreto 842/97, el Juez de primera instancia otorga la medida. El entonces jefe de Gabinete, Jorge Rodríguez, recurre al Alto Tribunal. La Corte, en un fallo dictado por mayoría, abdica del control de constitucionalidad en relación con referido decreto. Dice el Tribunal: “El art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional prevé un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria para los decretos de necesidad y urgencia. Dicho contralor no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ley especial contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la Comisión Bicameral Permanente pues, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar ‘sine die’ al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente”. Continúa la sentencia: “El decreto de necesidad y urgencia 842/97...se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucional y legalmente éstas se insertan. De tal modo, dicha norma sólo se puede considerar sometida al pertinente contralor del Poder Legislativo, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos –de valoración política- que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido”. El fallo excluía así de la acción de la Justicia a este tipo de decretos renunciando a la función de contralor de su constitucionalidad⁴³, criterio que se revertirá con posterioridad.

⁴¹ En el caso “Levy, Horacio Alberto y otros c/ Estado Nacional (Mrio. De Economía y Superintendencia de Seguros de la Nación s/ Juicio de conocimiento”, Fallos, 320:1426, en disidencia los Dres. Petracchi y Boggiano señalaban: “Es inconstitucional la derogación, mediante el decreto 2192/86, del beneficio concedido por la ley 20.091”.

⁴² “Rodríguez, Jorge – Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación S/ Plantea cuestión de competencia”, Fallos, 320:2851.

⁴³ Un posición diametralmente opuesta se sustentaba en el voto en disidencia de los Doctores Belluscio y Bossert decía: “El no juzgamiento de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia en el caso en que el Congreso no los ratificara ni desechara, constituiría, por parte de la Corte, la ruptura del equilibrio de poderes que asegura la Constitución, ya que implicaría una renuncia a su misión fundamental de intérprete de la Ley fundamental mediante la

Bidart Campos -en comentario del fallo- señala la gravedad de lo resuelto y las contradicciones evidentes con el régimen constitucional: “asistimos a la paradoja de que, sin que ninguna norma de la Constitución suministre sustento, no se puede controlar judicialmente el dictado de un decreto de urgencia, en tanto se someten a control las leyes, los decretos reglamentarios, los actos administrativos de contenido general e individual, los actos de los particulares, las sentencias. Es como decir: al Poder Ejecutivo se le confiere habilitación para violar la Constitución con el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, y aunque la trasgresión al marco de condicionamientos habilitantes y a los requisitos formales de trámite se haga evidente, el silencio judicial tendrá que ser el amén”⁴⁴.

En el caso “Verrocchi”⁴⁵ la Corte realiza importantes consideraciones, entre otras, su atribución para evaluar la presunción fáctica y la pertinencia de los decretos⁴⁶. Señalaba: “Es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la

creación de un tipo de actor que estarían excluidos, aunque fuese temporariamente, del control constitucional que corresponde al poder Judicial de la Nación (arts. 3 y 4 de la ley 27)”.

⁴⁴ Ver Germán Bidart Campos, “Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional”, nota a fallo, La Ley, t. 1998-B, pág. 289 y 290. Entre otros trabajos críticos del fallo de la Corte ver Carlos E. Colautti, “El control sobre los decretos de necesidad y urgencia”, en La Ley, T.1998-B, Sec. Doctrina, pág. 1041-1046 y Humberto Quiroga Lavie, “La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los Aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos”, en La Ley, t.1998-B, Sec. Doctrina, pág. 987-992; Augusto Mario Morillo, “La destrucción del control difuso de constitucionalidad”, en Lexis n° 980900; Félix Loñ, “¿Supralegalidad de los decretos de necesidad y urgencia”, en Lexis n° 980900.. Otra visión diametralmente distinta puede verse en Rodolfo Carlos Barra, “Decretos de necesidad y urgencia. El caso ‘Rodríguez’”, en La Ley, T. 1998-B, Sec. Doctrina, pág. 1362-1383.

⁴⁵ “Verrocchi, Enzo Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas s/ Amparo”, Fallos, 322:1726.

⁴⁶ El voto del Dr. Santiago Petracchi en éste y en otros tantos casos fue terminante respecto a incumplimiento del dictado de la ley especial ordenada por el texto Fundamental: “Al no haber sancionado el Congreso la ley que reclama el Art. 99, Inc. 3° de la Constitución, no puede cumplirse con la denominada ‘subetapa’ legislativa, lo que de termina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción decretos de necesidad y urgencia”. Señalaba también: “Aceptar que el Poder Ejecutivo pudiera dictar decretos de necesidad y urgencia no habiéndose sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3°, de la Constitución, sería desnaturalizar lo que ella dicen que son, dando paso a la actuación singular y exclusiva del Poder Ejecutivo, transformando al presidente de la Nación en legislador, en flagrante violación de lo dispuesto en el segundo párrafo del citado inciso”.

sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”. Se descarta, entonces, la mera conveniencia como justificación a la habilitación del dictado de decretos y, en otros pronunciamientos – como el caso “Casime”- se señala que cuando el decreto regula situaciones por un período extenso, se estaría apartando del sentido del remedio excepcional⁴⁷ pues evidencia “vocación de permanencia”. En otros casos, la Corte se expidió sobre la justificación y el momento del dictado del decreto vinculado al régimen de sesiones parlamentarias. En el caso “Della Blanca” ⁴⁸señala: “La sola referencia a ‘la acuciante situación alimentaria’ que los considerandos del decreto 1477/89 predicán para justificar su contenido, es inhábil para justificar una situación excepcional que imposibilitara al Congreso legislar sobre el punto en su zona de reserva de actuación, máxime si se considera que éste había sido convocado a sesiones extraordinarias”. La referencia a que el Congreso se encontraba en sesiones extraordinarias es destacada por el Tribunal pues se descartaría la imposibilidad del Congreso para sesionar y sancionar leyes. En el caso “Guida”, para la Corte, la ratificación que realizó el Congreso mediante la ley 24.624 del decreto de necesidad y urgencia 290/95 bastó para ser tenida por configurada tradujo, por parte del Legislativo la situación de emergencia invocada por el Ejecutivo

En el caso “Risolia de Ocampo” se formulan importantes consideraciones acerca de la materia del instituto y la actuación del Congreso. La emergencia de un sector –en el caso, de empresas prestadoras del servicio de autotransporte público de pasajeros- no basta para obviar la actuación del Congreso, máxime que por la duración del régimen no existió impedimento alguno para que el Legislativo se pronunciara sobre la materia. Decía el considerando 8°): “uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el

⁴⁷ Así en el caso “Casime, Carlos Alberto c/ Estado Nacional”, en el voto en disidencia de los Doctores Fayt y López, se señalaba: El decreto 1285/99, en cuanto dispuso la vigencia del nuevo régimen por cuatro años, manifiesta una clara voluntad de asumir con vocación de permanencia, funciones que la Constitución le confía al Congreso de la Nación, constituye la negación misma del remedio excepcional de los decretos de necesidad u urgencia y determina su insanable invalidez”, Fallos, 324: 333.

⁴⁸ “Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/ Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ Ordinario. Fallos, 321:3123.

cuestionado en el sub lite es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. Esta Corte ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la substancia de unos y otras, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole”.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia de la Corte⁴⁹ fue complementando una materia que presenta numerosos puntos abiertos de discusión e interpretación y una deuda de legislación todavía pendiente.

ABORDAJES Y DEBATES POLITOLÓGICOS

En realidad, los abordajes en relación con los decretos de necesidad y urgencia pueden ser de distinto alcance desde una perspectiva más politológica que jurídica: a) tomarlos como indicador para el análisis de una gestión de gobierno centrada, especialmente, en el desempeño presidencial, esto es, considerarlos un instrumento o recurso institucional en manos del presidente a efectos de llevar adelante sus estrategias de gobierno; b) tomarlos como objeto de estudio, en sí mismos, y adoptar una perspectiva más jurídica o más politológica en perspectiva comparada y c) tomarlos como engranaje de un análisis más comprensivo referido, sobretudo, al sistema presidencial, republicano y federal establecido por la Constitución y en referencia más amplia al régimen político del país.

Así, respecto del primer tipo de abordaje el uso de los decretos de necesidad y urgencia disparó un debate respecto del carácter decisionista –o no- del gobierno de Menem, paradigma de presidente que usó y abusó de tales instrumentos. Se señaló también el intento de “gobernar solo” que significaba el recurrente uso de

⁴⁹ Existieron por cierto matices y diferencias en los votos de los magistrados, así por ejemplo, respecto del caso “Bustos” el Dr. Carlos Fayt dijo: “El decreto 214/02 no supera el test de constitucionalidad, ya sea que se lo considere un decreto delegado o bien un decreto de necesidad y urgencia”.

los decretos de necesidad y urgencia e, incluso, se realizaron Debates acerca de estilos y estrategias vinculados con el uso de estos decretos⁵⁰. Por supuesto, también se recurrió a la explicación contextual acerca del uso de tales decretos en los noventa, cuando los gobiernos estaban en proceso de implementar cambios estructurales en el Estado y en la economía. Estos debates respondieron a la necesidad de dar cuenta del fenómeno del menemismo y del estilo de gobierno de su líder, el ex presidente Carlos Menem.

Con el beneficio de una mirada más panorámica gracias al tiempo transcurrido, pueden realizarse algunos comentarios virando los ejes de análisis en orden de capturar un cuestión más comprensiva que el período Menem y que atienden, en realidad, no tanto al análisis de estilos de gobierno –cuya importancia por cierto no es poca- sino a las habilitaciones institucionales del diseño y sus efectos en distintos tópicos.

En primer lugar, llama la atención que existiendo una historia muy rica en cuanto a la instalación de planes económicos en la Argentina, haya sido absolutamente necesario en una época determinada recurrir al decretismo tan intensamente. ¿Fueron los noventa la única época en que el “contexto” se justificó el uso de los decretos? ¿Qué había ocurrido antes? ¿Cómo se llevaron a cabo los cambios económicos en otros momentos democráticos? *La argumentación basada en la necesidad del Ejecutivo de implementar planes y programas que de otro modo supuestamente no hubieran podido llevarse a cabo, no tiene alcance como justificación del uso de los decretos. Que la gestión política encuentre intereses diversos y conflictivos, obstáculos institucionales y resistencias políticas, económicas y sociales es lo esperable, no es situación “excepcional”. Es lo*

⁵⁰ Ver Mario Maurich y Gabriela Liendo, “¿Estilo decisionista de gobierno o estrategia decretista de gobierno? La Argentina de Alfonsín y Menem”, en E. Kvaternik (comp.), Elemento para el Análisis Político, Bs. As., Paidós, 1998, pág. ; y Mario Maurich y Gabriela Liendo, “¿Reforma del Estado y estilo decisionista de gobierno? Un estudio del caso argentino (1989-1995)”, en Oscar Oszlak (comp.), Estado y Sociedad. Las nuevas reglas del juego, Vol. 2, Bs. As., Eudeba, 2000, pág. 405-427.

normal, en todo caso, de una supuesta “situación excepcional” que operaría concomitantemente.

En segundo lugar, se ha visto que no sólo el decretismo fue un estilo o estrategia utilizada por un presidente que quiso ubicarse en el centro del tinglado político y el andamiaje institucional. ¿Qué ocurrió posteriormente con De la Rúa? *Parecería, entonces, que no necesariamente el abuso del decretismo se vincula con un estilo de liderazgo determinado. Para utilizar recursos institucionales normatizados no necesariamente debe tenerse un tipo especial de liderazgo y estilo decisional. Aunque esto, debe ser objeto de prueba de investigaciones precisas.*

En tercer lugar, el abuso del decretismo luego de la reforma de 1994 *no fue sólo tema del gobierno sino también de la oposición.* En efecto, la demora inexplicable de la conformación de la Comisión Bicameral *Permanente muestra una opacidad que no resiste demasiado análisis.* ¿Alcanza a justificar la supuesta inacción la larga lista de proyectos para reglamentar tal comisión? Parecería que no. *¿Por qué la oposición no convirtió en “causa pública” la no conformación de la comisión?* La manera de limitar el uso y evitar el abuso de los decretos de necesidad y urgencia era, teóricamente, presionar para que la comisión se conformara y comenzara a actuar plenamente la letra constitucional en cuanto al control legislativo de estos decretos presidenciales. No es que no haya existido la crítica, pero, evidentemente, no fue suficiente.

En realidad, cabría reflexionar también sobre lo que se entiende como “abuso de decretismo”. Antes de la reforma de 1994 era muy claro. La época de Alfonsín mostraba una peligrosa tendencia pues su gobierno había emitido un número equivalente a la mitad de los decretos dictados en toda la historia del país. Pero fue el primer gobierno de Menem el que pegó un salto extraordinario. Luego vino la reforma de 1994, con una técnica que dejó la “excepcionalidad” en un terreno de ambigüedad manifiesta. *Y la práctica posterior estaría demostrando que lo que hoy podemos ver como “abuso” podría ser sólo el uso más habitual de este tipo de instrumentos en el marco jurídico e institucional que se viene desplegando*

desde la reforma y dentro del formato de cultura política e institucional de los actores políticos.

DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA (SEGUNDO ABORDAJE)

El segundo tipo de abordaje era el que analizaba el diseño institucional. Como es sabido, el rendimiento de una institución se vincula con el diseño institucional y la dinámica política⁵¹. Así, los presidentes actúan de acuerdo a los recursos institucionales que el diseño les ofrece de un lado y, del otro, según sea el apoyo o margen de sostenimiento que encuentran en el sistema político. Respecto de este último, resulta fundamental el apoyo político que los presidentes cuentan en el Poder Legislativo pues los decretos, tarde o temprano, deberían recorrer también la senda parlamentaria. Pero en relación al apoyo del arco parlamentario caben algunas reflexiones. En primer lugar, será más o menos necesario de acuerdo a las líneas del diseño institucional, como se verá más adelante. En segundo lugar, dependerá no sólo del partido propio sino de los arreglos que se realicen con la constelación de fuerzas en un momento determinado y, también, de la salud y vigor del liderazgo presidencial. Y, así, las situaciones pueden abrirse en un abanico de casos diversos. Un presidente que tenga mayoría en el Congreso deberá contar también con “disciplina partidaria” de los legisladores y cierto control sobre las distintas líneas internas de la fuerza política. Asimismo, un presidente minoritario podría establecer acuerdos legislativos que le permitan sortear la instancia en la arena parlamentaria. Y, en cuanto al liderazgo, un presidente engrosado de legitimidad podrá “arrastrar” a los legisladores con mayor facilidad, sean o no del propio partido.

⁵¹ Gabriel L. Negretto, “¿Gobierna solo el Presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina”, en Desarrollo Económico, Vol.42, nº 167 (2002), pág. 377-403.

El diseño institucional es, sin duda, un elemento importante. La perspectiva comparada, según lo visto anteriormente, muestra importantes diferencias. En el caso de Italia y de España, se requiere tratamiento inmediato por las Cámaras o el Congreso de los Diputados, respectivamente, y éstos deben expedirse en un plazo determinado convalidando, rechazando o derogando el decreto del Ejecutivo. Existe una vigencia provisoria del decreto, un control *a posteriori* y una convalidación expresa que, en caso de no obtenerse, implica la pérdida de vigencia de lo legislado por el Ejecutivo. En Francia, el presidente puede dictar decretos frente a situaciones más taxativas y existe un control *ab initio* pues el presidente debe realizar consultas oficiales con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional. Se suman también controles *a posteriori* como la imposibilidad de que la Asamblea Nacional pueda ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales. También pueden encontrarse casos en el presidencialismo latinoamericano, por ejemplo, en el Brasil, existe un control *a posteriori* pues los decretos pierden eficacia si no son convertidos en ley dentro de los sesenta días de su dictado –con posibilidad de una prórroga por igual término- según lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución de Brasil.

Cuadro V. Derecho comparado: Italia, España, Francia, Brasil

País	Control	Convalidación	Vigencia/Eficacia
Italia	A posteriori por las Cámaras	Expresa	Pierden eficacia si no son convertidos en ley dentro de los 60 días
España	A posteriori por el Congreso de Diputados	Expresa	En el plazo de 30 días el Congreso debe expedirse por su convalidación o derogación

Francia	Ab initio y a posteriori	Consulta amplia antes del dictado del decreto. El Parlamento se reúne de plenos derechos. La Asamblea Nacional no puede ser disuelta durante el ejercicio de los poderes excepcionales	
Brasil	A posteriori por el Congreso	Expresa	Pierden eficacia si no son convertidos en ley dentro de los 60 días o, en su caso, transcurrida una prórroga por igual período

Fuente: Elaboración propia según textos constitucionales.

En los casos de Italia, España y Brasil resulta claro que el presidente debe contar con respaldo parlamentario para que sus medidas no pierdan eficacia. Y esto opera también como un control ab initio pues un presidente no puede arriesgarse a que sus medidas sean regularmente rechazadas por el Parlamento. Las diferencias con el caso argentino, entonces, son muy pronunciadas.

La regla sería, entonces, que *a mayor control parlamentario, menor uso discrecional de los decretos de necesidad y urgencia*. Y, más concretamente, podrían sostenerse como hipótesis que: a) *La convalidación o derogación expresa de los decretos de necesidad y urgencia desincentiva la proliferación de su dictado por el Ejecutivo* y b) *La eficacia provisoria de los decretos no convalidados por el Legislativo opera también como restricción de la facultad legislativa concedida al Ejecutivo*.

EL DECRETO, MÁS ALLÁ DEL ENFOQUE NORMATIVO. ALGUNOS ESTUDIOS EN EE.UU. (TERCER ABORDAJE)

Desde un interés puramente politológico este enfoque se preocupa por averiguar el comportamiento presidencial respecto de los decretos e intenta explicar y

predecir su utilización. A continuación y como ejemplo, se aporta un recorte del modo de abordar en los EE.UU. el fenómeno.

Usualmente se sostiene que el dictado de decretos es una deformación propia del presidencialismo latinoamericano. En realidad, el dictado de legislación por el presidente a través de los decretos y otros instrumentos es también una realidad que se observa en los EE.UU. Se ha hablado de la acción unilateral de la presidencia norteamericana que contempla distintos instrumentos para crear ley, entre los cuales ocupan un lugar importante los executive orders. Señalan Moe y Howell: “Our aim here is to highlight an institutional bases for presidential power that has gone largely unappreciated to this point but that, in our view , has become so pivotal to presidential leadership, and so central to an understanding of presidential power, that it virtually defines what is distinctively modern about the modern American presidency. This is the president’s formal capacity for taking unilateral action and thus for making law on his own. Often, presidents do this through executive orders. Sometimes they do it through proclamations or executive agreements or national security directives. But whatever vehicles the may choose, the end result is that presidents can and do make new law –and thus shift the existing status quo- without the explicit consent of Congress”⁵².

Una rápida mirada sobre el caso norteamericano permite ampliar el campo de análisis, tomando el caso de los “executive orders”. La discusión sobre este tipo de instrumentos es por cierto interesante. Se ha sostenido que su importancia para la producción legislativa y la implementación de políticas no siempre se advierte en su real magnitud. En los EE.UU. son los juristas quienes más han destacado la importancia de los “executive orders” para el crecimiento del poder presidencial. En cambio, los politólogos –por lo general- le han restado significación a este recurso institucional pues se han centrado más en cuestiones tales como el tipo de liderazgo, las habilidades y cualidades presidenciales, las estrategias presidenciales y la opinión pública, etc.

⁵² Terry M. Moe y William G. Howell, “Unilateral Accion and Presidential Power: A Theory”, en Presidential Studies Quarterly, Vol. 29, n° 23 (1999), pág. 2.

La hipótesis más convencional fue que el presidente utiliza el recurso de los decretos cuando la legislación propuesta es muy difícil de pasar frente a un Congreso hostil. Sin embargo, esta hipótesis es contradicha por varios investigadores y continua como tema abierto a la contrastación empírica.

Diversos trabajos han mostrado que algunos presidentes han dictado más “executive orders” en gobiernos unificados que en divididos. De esta forma se ha sostenido otra hipótesis: presidentes que dictan decretos para reforzar sus victorias legislativas (Shull). Así, por ejemplo, Cohen y Krause no encontraron evidencia acerca del mayor uso de los decretos en situaciones de menor apoyo congresional⁵³.

Un trabajo interesante⁵⁴ realiza también una distinción respecto de la hipótesis de los “executive orders” frente a un Congreso no controlado por el presidente. La hipótesis es que el presidente realizará un cálculo acerca del destino que podría tener el dictado de su decreto. Así, la probabilidad de dictar un decreto es mayor si el presidente puede fácilmente derrotar una insistencia congresional y, será menor si la probabilidad de que el Congreso avance sobre la legislación dictada por el presidente es mayor. Se introduce así un factor adicional de análisis de acuerdo a las coaliciones legislativas que pudieren formarse para favorecer o enturbiar los deseos presidenciales. El presidente va a ponderar, entonces, su accionar de acuerdo a los factores de provisoriedad de su legislación y los costos resultantes frente a posibles reacciones del Legislativo.

Algunos estudios intentaron establecer los patrones de dictado de funcionamiento para formular hipótesis sobre el uso y la frecuencia de los “executive orders”. Así,

⁵³ George A. Krause; Jeffrey E. Cohen, “Opportunity, Constraints, and the Development of the Institutional Presidency: The Issuance of Executive Orders, 1939-96”, en The Journal of Politics, Vol. 62, nº 1 (Feb.2000), 88-114.

⁵⁴ Christopher J. Deering and Forrest Maltzman, “The Politics of Executive Orders: Legislative Constraints on Presidential Power”, en Political Research Quarterly, Vol. 52, nº 4 (1999), pág. 767-783.

Mayer⁵⁵ analizó el tema en relación con: a) el partido en la presidencia; b) el momento del período en que se dictan más EO; c) la vinculación con el menor o el mayor apoyo del Congreso y la población. En su estudio, intentó establecer la frecuencia del dictado según fueren presidentes demócratas o republicanos; los distintos momentos del período presidencial (al principio, hacia la mitad o al final del turno); la vinculación existente según se trate de gobierno dividido o unificado y de acuerdo al estado de la popularidad presidencial. Respecto de estos puntos, los presidentes han emitido más “executive orders” en el final de su mandato que en el principio, sobretodo, en el último mes de gestión. Los presidentes que están por su reelección dictan más decretos en el período de campaña que cuando no compiten. En cuanto a la popularidad presidencial, se comprobó que los presidentes tienen a dictar más “executive orders” cuando el apoyo ciudadano declina, quizá como un modo de compensación. Respecto al gobierno unificado o dividido no existe una evidencia tal que confirme que el presidente dicta más “executive orders” cuando menos apoyo congresional tiene. En muchos casos, los gobiernos con control parlamentario o gobierno unificado utilizaron más este recurso.

Desde esta perspectiva, se agrega una posible ruta de investigación acerca de los decretos de necesidad y urgencia si, más allá de las posiciones que despierta respecto de su ubicación en el esquema institucional se lo considera, además, como un *recurso institucional* en manos del Ejecutivo. Como todo recurso institucional, el presidente lo cuenta como instrumento estratégico en su desempeño institucional y con el fin de llevar adelante sus objetivos de gobierno. En este sentido, la investigación podría abarcar las siguientes temáticas:

⁵⁵ Kenneth R. Mayer, “Executive orders and Presidential Powers”, en *The Journal of Politics*, Vol. 61, n° 2 (May, 1999), 445-466. Señala este autor: “Presidents use them to make substantive policy, exercise emergency powers, strengthen their control over executive branch agencies and administrative processes, emphasize important symbolic stances, and maintain their electoral and governing coalition. Their use varies in predictable ways in accordance with substantive changes in political context. The president’s power to make policy through executive orders has grown along with, and has reinforced, the expansion of executive branch responsibilities”.

- a) Frecuencia de dictado de decretos de acuerdo al tipo de gobierno (unificado o dividido).
- b) Períodos dentro del mandato en los cuales el presidente dicta más decretos.
- c) Situaciones políticas, sociales y económicas frente a los cuales el presidente recurre más asiduamente a los decretos.
- d) Vinculación entre popularidad presidencial y el dictado de decretos.
- e) Análisis de la visión estratégica presidencial respecto de las posibilidades de superar cuestionamientos del Congreso.

Para finalizar, cabe señalar que el mayor uso de los “executive orders” se ha contemplado también como un indicador importante de la llamada “presidencia institucionalizada”, definida según los criterios de autonomía, adaptabilidad, complejidad y coherencia.⁵⁶

¿IMPACTOS COLATERALES DEL DISEÑO EN EL SISTEMA POLÍTICO?

El diseño de los decretos de necesidad y urgencia podrían tener efectos u obrar como incentivos de determinados comportamientos o actitudes políticas de diversa índole que vale la pena considerar, al menos como posibilidad abierta hacia el futuro. De alguna manera, podría incentivar alguno de los siguientes escenarios.

La facultad de dictar tales decretos *reforzaría la sensación de omnipotencia presidencial*. Los presidentes, en mayor o menor medida caen en la tentación de sentirse omnipotentes. Es cierto que la realidad puede virar y, repentinamente, también aparece el sentimiento de impotencia cuando la realidad no se ajusta a los “deseos presidenciales”. *Pero la posibilidad de legislar casi por “cuenta propia” incrementa la supuesta “superioridad simbólica” que suelen tener los presidentes.*

⁵⁶ Lyn Ragsdale y John J. Theis III, “The Institutionalization of the American Presidency, 1924-92”, en *American Journal of Political Science*, Vol. 41, N° 4 (1997), pág. 1280-1318.

Este decretismo también facilitaría el cambio abrupto de políticas en cada nueva gestión presidencial. *Un lugar común de la política argentina fue que cada nueva gestión presidencial intentó revertir lo realizado por la anterior presidencia*⁵⁷. La facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia facilitaría, de alguna manera, la posibilidad de modificaciones de las distintas políticas existentes y, aunque efectivamente no se produzcan verdaderos cambios es un recurso que se contempla al momento de “imaginarlos”.

También la *sensación de inseguridad jurídica* se ve alimentada por esta facultad en manos del presidente. En cuanto al Estado de Derecho, *los decretos de necesidad y urgencia sin el control institucional adecuado aumentan la sensación de inseguridad jurídica pues la legislación vigente puede ser modificada por voluntad de una persona*. Otra sensación que se incrementa es la *de vivir en permanente estado de “excepcionalidad”*: El uso recurrente de los decretos de necesidad y urgencia genera una situación paradójica. Si de un lado, instala el clima de la emergencia permanente, del otro, *la regularidad de su dictado transforma lo excepcional en algo normal, ordinario y casi rutinario*. Como corolario de estas observaciones la sensación resultante sería que existe un Congreso que no legisla, al menos adecuadamente. Lo afirmado precedentemente deviene en una atmósfera institucional desviada pues se percibe que el Congreso no legisla, o lo hace mal o bien ha delegado –sin delegación explícita- la facultad legislativa en el Ejecutivo.

Por otro lado, los decretos de necesidad y urgencia pueden también desincentivar ciertos comportamiento, actitudes o climas determinados en las instituciones o el sistema político en general. Así, *no resulta un estímulo para la cohesión partidaria oficial*. Si el presidente puede legislar independientemente del Congreso estará menos preocupado en mantener un partido cohesionado bajo su figura y no le importará establecer lazos comunicantes con el “partido legislativo”. *Tampoco incentivaría el mantenimiento de coaliciones de gobierno*. El presidente estará

⁵⁷ Sobre el tema ver Mario D. Serrafiero, “Calidad Institucional: La cuenta pendiente”, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Tomo 64, XII (1994), pág. 9-35.

menos comprometido en la permanencia de las alianzas de gobierno ya conformadas, al menos para la obtención de apoyo legislativo para que sus proyectos tengan éxito. *El tránsito desde una coalición electoral a otro de gobierno tendrá menos de reforzamiento*⁵⁸. Y, en caso de no existir coaliciones de gobierno, *tampoco opera a favor de la búsqueda de acuerdos parlamentarios*. Por las mismas razones, estará menos dispuesto o interesado en el logro de acuerdos entre las distintas fuerzas que operan en el parlamento si no hace falta su consenso para el dictado de la legislación que le importe.

En términos más amplios, no coadyuva a la sensación de un Estado de Derecho estable. La facultad amplia del dictado de decretos de necesidad y urgencia aumenta la percepción de inestabilidad de la legislación y, en general, de que las reglas de juego pueden, en cualquier momento, cambiar. Las reglas de juego no son entonces estables. *Por todas estas razones resulta claro que la gobernabilidad no se verá favorecida, sino todo lo contrario. Resulta así paradójico que los decretos de necesidad y urgencia pensados como instrumentos de gobernabilidad puedan operar, según sea su uso y fundamentalmente su abuso, como elemento institucional que puede minar la propia gobernabilidad de la administración.*

OTRAS REFLEXIONES EN TORNO DEL DECRETISMO

La primera observación que surge evidente es el salto cualitativo que experimentó del decretismo de necesidad y urgencia en los noventa. No fueron sólo grandes decisiones las que se tomaron vía decreto, sino muchas otras que podrían haber sido materia del normal desenvolvimiento legislativo. *¿Tantas medidas fueron necesarias y urgentes como para sortear el procedimiento ordinario de formación de leyes?*

⁵⁸ Piénsese, por ejemplo, en la experiencia de la Alianza, su fracaso como coalición de gobierno y el hecho de un presidente –Fernando de la Rúa– estuvo poco interesado en mantener la coalición. El presidente fue más que generoso en el dictado de decretos de necesidad y urgencia.

La segunda observación es sobre el tipo de diseño de los decretos de necesidad y urgencia y aquí se ha visto que no ha sido lo suficientemente feliz pues, más allá de la falta de gobierno y oposición en la constitución de la Comisión Bicameral Permanente, *los trazos de la institución fueron demasiados ambiguos*. No aparece, por ejemplo, la necesidad de convalidación expresa de los decretos y una vigencia siempre provisoria en caso de no pasar el examen del Legislativo.

Toca ahora el turno respecto del tercer tipo de abordaje que se mencionaba más arriba, esto es en relación a la Constitución y el régimen en su conjunto. Muchos análisis han realizado una descripción o explicación de la lógica subyacente en el decretismo presidencial. Nada obsta a practicar tal tipo de evaluación e, incluso, es la más adecuada para entender cómo los institutos jurídicos son usados políticamente para el gobierno y la política misma. Pero no debe perderse de vista la otra lógica, más elemental, que es la lógica institucional que la Constitución prescribe. *Y aquí nos encontramos ciertamente con el problema de la dualidad legislativa que instaura la reforma de 1994, a través de una técnica al menos cuestionable.*

Lo cierto es que la lógica presidencialista, en formato republicano, dispone que la función legislativa corresponde al Congreso. *Punto nodal de una ingeniería que no resiste el análisis de una justificación basada en la pura política práctica y a espaldas de los principios del sistema. Podemos explicar y hasta justificar los desvíos del abuso, pero no renegar de la subyacente conculcación de la lógica republicana.*

Linz advertía acerca de la doble legitimidad del presidencialismo: en el Presidente y el Congreso⁵⁹. La vía libre del decretismo implica acentuar la legitimidad plebiscitaria del Ejecutivo, en cuanto se refuerza el criterio que subyace a su elección como legislador en tiempos de emergencia y que es, ni más ni menos, el carácter de órgano-persona votado por el pueblo (aunque no lo haya votado “todo

⁵⁹ Sus comentarios pueden verse en J. Linz y A. Valenzuela (Ed.) The Failure of Presidential Democracy Vol. 2, The Johns Hopkins University Press, 1994.

el pueblo”). Pero también, significa instaurar la doble legalidad, en tanto coexiste la ordinaria que emerge del Congreso y la extraordinaria en manos del presidente.

En relación a la cuestión teórica relativa a la vinculación con la división de poderes poca duda cabe que significa una desviación importante. ¿Se supera con el mecanismo de control estatuido en la reforma? Aquí caben dos observaciones. En primer lugar, como se mencionó antes, el sistema de control a través de la Comisión Bicameral Permanente nunca se efectivizó. En segundo lugar, aún existiendo, la posibilidad de dictar de decretos de necesidad y urgencia implica una “superioridad fáctica” innegable -retomando la idea de Schmitt- y también, como se ha visto, una superioridad jurídica.

Que el presidente pueda usar y abusar de estos decretos no significa necesariamente que el sistema ha ganado terreno en la cuestión “governabilidad” (democrática). Ésta implica también un cierto equilibrio en el juego de decisiones entre los poderes que no está “definitivamente” resuelto por el hecho de que el presidente dicte un decreto. Incluso la dimensión sesgada de una gobernabilidad entendida sólo como la mera capacidad de implementar una decisión política deja el juego en el campo institucional, pero no necesariamente se impone en terreno político (y social). Institucionalmente, el decreto de necesidad y urgencia puede imponerse dotando al Ejecutivo de la aludida “superioridad fáctica”, pero la gobernabilidad no por ello se verá garantizada. La legitimidad de la medida y su efectividad exceden la mera eficacia de un Ejecutivo que decreta en amparo de la supuesta necesidad y urgencia. Las nuevas relaciones jurídicas emergentes y las políticas implementadas podrán ser estables o no, tener éxito o fracasar, ser aceptadas o repudiadas. pero esta claro que todo ello se produce más allá de la eficacia que *prima facie* implica el dictado del decreto.

Asimismo, tomar decisiones más rápido puede ir en contra de la seguridad jurídica y del Estado de Derecho. No ha coadyuvado a la cultura institucional del país el argumento tan reiterado acerca de la lentitud del Legislativo y de los trámites parlamentarios. Por el contrario, el dialogo interpoderees es saludable y,

muchas veces, la dilación es consecuencia no del debate, sino de su falta. Y, esta cuestión, se vincula íntimamente con el tipo de oposición política que impera no pocas veces en el sistema y que deviene en obstruccionismo. Cuestión distinta que no se resuelve vía decreto si no que es materia de cultura política y desarrollo institucional.

Volviendo al tema del decisionismo, si lo entendemos como el privilegio de la pura decisión sobre el derecho o más allá de las normas, a partir de 1994 hubo menos decisionismo. Extraña paradoja producto de la reforma de 1994. En efecto, el dictado de los decretos de necesidad y urgencia se realizó bajo el soporte constitucional de normatividad por cierto incompleta (por la falta de puesta en ejecución de la referida Comisión Bicameral) pero enmarcada bajo el paraguas de la Carta Fundamental.

El análisis podría despegarse también del fárrago de interpretaciones acerca del decisionismo. En concreto, *todo gobierno decide e incluso cuando no lo hace, tácitamente está operando alguna decisión que actúa sobre el curso de los actos y los hechos*. Aunque la decisión operante se hubiera originado en un gobierno anterior, el actual consciente y hace suya la política en curso⁶⁰. La cuestión del decisionismo, entonces, *tiene menos que ver con el hecho de tomar decisiones que con el modo y la forma que las decisiones toman*. Y el dilema aquí sería: si éstas recorren el cauce del proceso establecido por el Derecho o bien se apartan y se independizan de esta senda. *Lo cierto es que el presidente ha aumentado su apetencia de poder en el campo legislativo y el Congreso ha resignado complacientemente sus facultades en manos del presidente, sea por su grado de partidización y sujeción a la voluntad presidencial o el relativo abandono de sus competencias y responsabilidades institucionales*.

⁶⁰ Además, el gobierno no es sólo el Ejecutivo, sino los tres poderes del Estado. ¿No es decisionista, acaso, el poder Judicial? ¿Qué son las sentencias sino “decisiones” que deciden la aplicación del derecho en el caso concreto?

Otras preguntas vinculadas son las siguientes: *¿Es el Ejecutivo el órgano con más “percepción política” para evaluar la necesidad de la necesidad supuesta? ¿No es lugar común el presidente que considera una “necesidad” llevar adelante sus políticas? ¿Y es también el Ejecutivo el órgano que mejor puede decidir la urgencia? ¿Cómo entender situaciones de gobiernos “autistas” que, no obstante, dictan decretos de necesidad y urgencia en forma recurrente, como fue por ejemplo el caso del ex presidente Fernando de la Rúa?* Como puede observarse, el tema abre distintas sendas de análisis y no pocos dilemas dignos de respuestas tentativas.

Y LLEGÓ LA LEY.....

Meses después de concluidas las páginas anteriores ocurrió un hecho nuevo: la promulgación de la ley que reglamenta los decretos de necesidad y urgencia.

El gobierno del presidente Néstor Kirchner impulsó su proyecto de regulación de los decretos de necesidad y urgencia, bajo el argumento de la deuda pasada respecto de la legislación y conformación de la Comisión Bicameral Permanente. La propuesta del Ejecutivo fue criticada por la oposición pues si bien el Congreso debería expedirse sobre cada decreto y la Comisión Bicameral contaría para su dictamen de diez días y, luego, pasaría al Congreso para su tratamiento existiere o no dictamen, no se establecía plazo alguno para que se expidiera el Legislativo. En otras palabras, si bien era cierto que no se establecía la aprobación ficta por silencio del Legislativo, en los hechos ocurriría algo parecido pues el decreto permanecería en vigencia hasta tanto no fuera rechazado por el Congreso. Bastaría, entonces, que el Congreso no tratara un decreto para que éste siguiera vigente.

El 6 de julio el proyecto fue tratado por la Cámara de Senadores y finalmente fue aprobado por 42 votos a favor y 17 en contra. La defensa del proyecto la sostuvo la senadora Cristina Fernández de Kirchner –presidenta de la Comisión de

Asuntos Constitucionales de la cámara- y señaló que ningún gobierno antes había querido dictar la pertinente reglamentación, que todos habían hecho uso de la medida y que antes de 1983 el país había padecido inseguridad jurídica y no por cierto por la existencia de estos decretos. Señaló que no implicaba la sanción ficta y, por el contrario, de ahora en más, el Congreso por simple mayoría podría derogar un DNU a diferencia de lo que ocurría hasta entonces, ya que eran necesarios dos tercios pues se requería una ley que, por ser tal, podría ser vetada por el Ejecutivo. La senadora recordó una serie de decretos dictados por otros gobiernos y que valoró negativamente y señaló que, en el gobierno de Kirchner, el decreto fue instrumento de medidas dictadas en favor de la población.

La senadora realizó un repaso histórico señalando los momentos en que no se llegó a acuerdo para el dictado de la reglamentación, principalmente, en la época de la Alianza y remarcó que ningún gobierno tuvo la voluntad real y expresa de limitar sus propios poderes en la materia. Abordó también otros proyectos presentados a lo largo del tiempo, algunos que tenían los mismos efectos que el presentado por el Ejecutivo. En su discurso realizó un embate contra opiniones de académicos que, según ella, se encontraban directamente interesados en denostar al peronismo gobernante. Remarcó la acción de los medios de comunicación, especialmente del diario La Nación, que prestó su tribuna para que periodistas y académicos criticaran el proyecto oficialista.

La oposición consideró que el proyecto establecía la sanción ficta. Se recordó, asimismo, que la senadora Fernández siendo oposición –y como diputada- había presentado un proyecto sustancialmente distinto. En aquel texto se señalaba que en el caso de que pasaran treinta días sin que los plenarios de las cámaras trataran el dictamen de la Comisión Bicameral el decreto perdía vigencia. Asimismo, el senador Rodolfo Terragno recordó que bastaba que una sola de las cámaras rechazara el decreto para que éste fuera derogado. Comparó las distintas partes del texto presentado por Cristina Kirchner cuando era diputada y el que se ponía en debate y que defendía como senadora.

El 20 de julio la Cámara Baja trató el proyecto en una sesión que duró más de siete horas. A grandes rasgos, se reprodujeron los argumentos de la Cámara Alta. El oficialismo señaló que se saldaba una deuda institucional pendiente desde la reforma de 1994 y que la nueva ley incrementaría la calidad de las instituciones. La oposición reiteró que implicaba un grave retroceso de la República y que el proyecto en debate ley implicaba aumentar el poder del Ejecutivo en materia legislativa.

El proyecto fue aprobado por 139 votos y obtuvo 82 en contra. A favor se expidieron el Frente para la Victoria (113), el Peronismo Federal (16), el partido Nuevo Córdoba (3) y radicales kirchneristas (2), el resto fue aportado por Proyecto Corrientes, Convergencia y Guardia Peronista. Los votos en contra provinieron de la UCR (29), Propuesta Republicana (13), el ARI (12), el Justicialismo Nacional (13), y el resto del Partido Socialista, Concertación entrerriana y CTA.

EL NUEVO RÉGIMEN...

¿Cuáles son los trazos centrales de la ley 26.122 sobre el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia? En primer lugar, cabe señalar que la referida ley es aplicable al tratamiento de los supuestos referidos en la reforma de 1994: decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa y veto parcial.

Según el artículo 3 “La Comisión Bicameral Permanente está integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas”. En cuanto a su duración y permanencia señala el artículo 4º: “Los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos”. El artículo 6º dispone que la Comisión cumple sus funciones aún durante el receso del Congreso de la Nación y el

siguiente artículo establece que sesiona cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros.

El artículo 10 establece en relación con los decretos que: “La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”.

En cuanto a la obligación constitucional del Jefe de Gabinete, señala el art. 18: “En caso de que el jefe de gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha Comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de gabinete”.

En el artículo siguiente, se establece el plazo dentro del cual deberá expedirse la Comisión: “La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II y III del presente Título”.

El art. 21 establece la elevación del dictamen al plenario de las Cámaras: “Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento”.

En cuanto al pronunciamiento, el art. 22 señala que “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá

ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma Inmediata”.

En el art. 23 la ley le impide a las Cámaras la modificación de los decretos: “Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”.

El artículo siguiente fue el que generó más polémica por parte de la oposición respecto de las condiciones de la derogación: “ El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia”.

Podrían realizarse diversos comentarios acerca de los distintos contenidos de la nueva ley. Pero, aquí, cabe ir directamente a la cuestión medular. En síntesis, la derogación del decreto presenta dos limitaciones: a) el art. 22 no establece plazo alguno para el pronunciamiento de las Cámaras con lo cual mientras el decreto no es tratado, mantiene su vigencia; b) la derogación del decreto requiere el rechazo de ambas Cámaras con lo cual si el Ejecutivo tiene respaldo en una de ellas gozará de vigencia. Asimismo, podría decirse que si el Ejecutivo controla una de las cámaras tiene expedita la facultad legislativa en el marco y por la vía del decreto de necesidad y urgencia, salvo en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

La pregunta que uno se hace es, hasta que punto cambiará la situación de uso y abuso con la nueva ley que regula el régimen del instituto. La respuesta lógica y esperable sería que poco o nada. Esperemos que no sea así.