

IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Rosario, Argentina, 13 al 15 de Noviembre de 2008-09-19 “La crisis actual de la División de poderes” “El caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia en el Derecho Argentino”

AUTORA: SOLANGE DELANNOY¹

Introducción

*La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía.
“Sobre el parlamentarismo” Carl Schmitt*

La División de poderes clásica, en la cual el Poder Legislativo tenía las funciones de elaborar, legislar y controlar se ha modificado sustancialmente, a favor de una cada vez más dinámica actividad del Poder Ejecutivo, en detrimento de un Poder Legislativo cada vez menos activo”. Así, cada vez menos los Parlamentos son depositarios del “interés general”, rol que le ha sido adjudicado a la Administración, la que en consecuencia se ve necesitada de una diferente legitimidad. Se precisará que como producto de una sociedad pluralista y globalizada el “interés general” se ha visto descompuesto en intereses privados, o en intereses públicos fragmentados, afectando no sólo la producción sino la misma naturaleza de la ley.

Como resultado de esta modificación, aparece como una de las expresiones de esta nueva relación entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, la emergencia como instituto jurídico-político. La legislación de emergencia en Argentina está constituida tanto por los Decretos de necesidad y urgencia, como por el Estado de Sitio, la Intervención federal a las provincias, la promulgación parcial de las leyes, y por leyes que, declarando la emergencia, delegan facultades legislativas en el Ejecutivo, los llamados decretos delegados, el primero de los institutos legales del derecho de emergencia es el caso elegido para la presente ponencia.

Comprender el funcionamiento de los poderes del Estado y la producción del Derecho es de vital importancia para la Teoría del Estado y del Derecho. Para percibir este nuevo funcionamiento, se explorará una de las manifestaciones del derecho de la emergencia: los Decretos de Necesidad y Urgencia, a partir de su constitucionalización en 1994, lo que no implica negarles presencia en este trabajo a los anteriores. Pero, la constitucionalización y el número de decretos y su materia justifican el recorte temporal.

¹ Profesora Titular Derecho Político Directora Centro de Estudios e Investigaciones Políticas, Sociales y Jurídicas “Renato Treves” Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario La presente es parte de la tesina de Maestría para la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO

Estado de Derecho y limitación al poder

Gran parte de las instituciones y materiales jurídicos que hoy forman parte del Derecho Público occidental tuvieron su origen en el principio de división de poderes. Desde la proclamación que efectuara la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, el principio de la división de poderes se ha constituido en la idea nuclear del constitucionalismo y del Derecho Público en general. La autoridad del Estado moderno descansa en la autoridad del Derecho (la autoridad racional, legal), por lo tanto el sometimiento del poder y de la actividad estatal al control jurídico tanto en lo que respecta a sus poderes, como al ejercicio de sus funciones. Así, la teoría de la división de poderes se presenta como un sistema de limitaciones a la arbitrariedad estatal, protegiendo al individuo frente al poder del Estado. La existencia de un régimen de división o separación de poderes se convierte en una exigencia ineludible de ese tipo de Estado, como postulado político es el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo, apareciendo así la idea de *control* y de *limitación* del poder estatal. Los tres poderes limitándose recíprocamente constituyen una garantía frente al absolutismo y la dictadura. Resulta entonces, que la separación de poderes lo que quiere evitar es la concentración del mismo en manos sobre todo del titular del Poder Ejecutivo, a fin de lograr el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos que representados democráticamente constituyen el Poder Legislativo. Al respecto KELSEN decía: "...la función histórica del principio de la separación de poderes, nace en la víspera de la gran Revolución democrática, en una época en la que el pueblo comenzaba a ganar terreno visiblemente contra el poder ilimitado del monarca, y en que la masa de súbditos reclama cada vez más enérgicamente una participación en la legislación, entonces fue concedida ésta, es decir, la creación de normas generales"². Esta cuestión se vincula con lo que podríamos denominar el "*motor*" principal de los sistemas representativos actualmente conocidos: el esquema de "*equilibrio de poderes*" o –como se lo denominó en Estados Unidos- de "*frenos y contrapesos*."

Ese riesgo calculado y evitado mediante el diseño de la división de poderes consiste esencialmente no sólo en distinguir *las distintas funciones* del Estado y en *atribuir* cada función a un órgano, sino, además, *en limitar* el poder para que su abuso no ponga en peligro la libertad. Desde que MONTESQUIEU formuló su teoría según la cual, es

² KELSEN, HANS; "Teoría General del Estado". Editora Nacional- México, 1965. p. 337.

necesario disponer las cosas de tal manera que el poder frene al poder, si el Poder Legislativo no puede por sí mismo ejecutar tiene, sin embargo, el derecho, y debe tener la facultad, de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado. El liberalismo clásico inspiró la teoría de la separación de poderes en tanto freno del poder en defensa del individuo, es decir la búsqueda y la institucionalización del “gobierno limitado”.³⁴ El principio de separación de poderes incorpora en el constitucionalismo la garantía que el “proceso de adopción de las decisiones públicas se lleve en forma articulada y que los resultados estén impregnados o presididos por la racionalidad”⁵

El problema de la democracia y la división de poderes

Como bien señala GARGARELLA, el sistema representativo norteamericano apareció como una opción y no “como hoy normalmente se entiende, como una solución remedial de “segundo mejor”, frente a la imposibilidad de adoptar un sistema democrático”. Como refuerzo de esta opción se reserva al Poder Judicial la última palabra en institucionalidad. “Así, se concretaba la máxima aspiración del conservadurismo político: expropiar a los órganos representativos el poder de decisión final, y depositarlo en un órgano fuertemente aislado de la ciudadanía.” Sostiene además que ese modelo representativo elitista “ha perdurado en las democracias actuales, es decir sigue respondiendo a los principios con los que fue creado”⁶ Así ha de anclarse una tensión entre el gobierno representativo con separación de poderes y la democracia. La democracia nos lleva a la presencia de los partidos políticos en el Estado como enlaces entre el pueblo y el Estado. Así aparece entonces una problemática respecto del actual paradigma de separación de poderes. Una parte de la doctrina (en particular la francesa)⁷ ha puesto el acento en el dilema entre democracia y separación de poderes con respeto de la voluntad soberana expresada por el sufragio universal. PRADO MILLARD⁸ acertadamente ha señalado la importancia de repensar el paradigma iluminista de la Separación de Poderes, incluyendo el elemento de la democracia. Reconoce dos modelos de separación, la *rígida* inspirada en LOCKE y diseñada por los EEUU, que constituye el régimen presidencialista, y la *confusa* que

³ SERRAFERO MARIO “Exceptocracia ¿Confin de la democracia? Lumiere, Buenos Aires, 2005, p. 173

⁴ Ver, LOCKE, JOHN “Ensayo sobre el gobierno civil”

⁵ SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD; “La teoría General del Derecho Administrativo como sistema” Marcial Pons, Madrid, 2003 p. 199

⁶ GARGARELLA, ROBERTO Nos los Representantes, Ciepp Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, 1995, pp.69, 70, 97

⁷ Ver JEAN-LUC PARODI (democracia mayoritaria y consensual), JEAN-CLAUDE COLLIARD, OLIVIER DUHAMEL, (democracia gobernable y pluralista) PHILIPPE LAUVAUX (democracia de compromiso y de competición) en PRADO MAILLILLARD

⁸ PRADO MAILLARD, JOSÉ LUIS “Nuevos Paradigmas de la Separación de Poderes” www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/32 versión en pdf

constituye el régimen parlamentario. Estos dos modos particulares de separación-colaboración de los poderes se han constituido en los modelos clásicos para los demás países. Sin embargo, señala que esta clasificación teórica se ha convertido en relativa en la práctica política, ya que depende del sistema de partidos, y de la existencia o no de mayorías presidencialistas o parlamentarias. Tanto en el Presidencialismo como en el Parlamentarismo, si el gobierno coincide con las mayorías legislativas, la separación de poderes se ve reducida. Reconoce que en el Presidencialismo si no hay mayoría legislativa se puede desembocar en el bloqueo o en el decretismo y que este diseño no tiene una válvula de escape institucional para los conflictos políticos, debiendo esperarse hasta la próximas elecciones y corriendo el riesgo de la ingobernabilidad o la concentración del poder en el Presidente. Respecto del Parlamentarismo distingue aquellos países en que el gobierno domina la vida política, y el Parlamento respalda, Francia y Gran Bretaña, de aquellos en que el Parlamento tiene una implicancia activa frente al gobierno, Italia. Su siguiente pregunta es ¿Por qué habría de oponerse el Parlamento al gobierno si se intentan cumplir las mismas promesas electorales? El problema entonces sería cómo conciliar el respeto a la voluntad soberana con el equilibrio del poder. ¿Qué debe prevalecer? ¿El equilibrio efectivo del poder, o el respeto a la voluntad soberana por la coincidencia de la mayoría presidencialista o parlamentaria? Indica que la respuesta puede encontrarse en el tipo de democracia a) la consociativa, propia de sociedades fragmentadas, con gobiernos de coalición, con representación proporcional, división federal del poder y pluralismo; y b) las democracias mayoritarias, con elección directa popular del gobierno, bipolarización, posibilidad de alternancia en el poder, existencia de consensos para la toma de decisiones y resolución de conflictos mediante alianzas. El sistema de partidos influye entonces en la separación de poderes, en el caso del multipartidismo se la refuerza en detrimento de la voluntad del electorado. En el caso del bipartidismo (Gran Bretaña) o sistema bipolarizado (Alemania o España) la división de poderes es sólo formal. La ventaja que advierte respecto de la democracia consociativa es la vigilancia de la oposición, el uso moderado del poder, y la ausencia de mayorías uniformes y estables, dada la representación de diversos grupos sociales, por ejemplo, la India, Israel, o diversas expresiones lingüísticas Bélgica, Suiza y los Países Bajos. La admisión del sistema proporcional facilita las coaliciones. Pero estas coaliciones necesarias para el funcionamiento llevan al incumplimiento de las promesas electorales en la negociación entre los partidos políticos con representación legislativa, así los electores se

encuentran frente a la incertidumbre respecto de las políticas públicas a llevar a cabo. Respecto de la democracia mayoritaria, precisamente su mayor ventaja es la certitud de las políticas públicas, poco importa el régimen presidencialista o parlamentario ya que el elector sabe de antemano quien va a gobernar, ya que el gobierno cuenta con una mayoría estable en el Parlamento, y la oposición sabe que podrá devenir gobierno. En estas democracias la lógica de coincidencia de mayorías legislativas y una fuerte disciplina partidaria hace relativa la separación de poderes. Claro está, que para que esta lógica se dé es imprescindible la coincidencia temporal de elecciones y duración de mandatos de Ejecutivo y Legislativo, así como la presencia de aparatos partidarios fuertes y consolidados.

La V República francesa de DE GAULLE fue un caso interesante respecto de la función del Presidente. La intención era la creación de un sistema político estable, que pudiera aplicar las promesas electorales y redujera la influencia de los partidos políticos. Su legitimidad (la del Presidente) devenía de su elección directa. Si bien la Constitución le asignaba el papel de árbitro y garante de las instituciones, de hecho, cuando las mayorías son coincidentes el Presidente era el verdadero líder político, cuando las mayorías son opuestas, su papel se reduce a la letra constitucional. Este diseño constitucional es llamado semi-presidencialismo y el Presidente tiene un rol jurídico y político que lo diferencia de diseños similares como los de Portugal, Islandia, Irlanda, Austria y la República de Weimar. Lo que sin duda asegura ese diseño constitucional cuando hay mayorías coincidentes es la gobernabilidad. Como resultado de la irrupción de las masas en la vida política y la partidización consecuente, además se ha de considerar que el Estado (burgués) de Derecho ha debido de responder en la práctica a nuevas demandas generadas por la realidad, que lo han obligado a asumir además de las tradicionales actividades de dirección y ordenación, las de prestación de servicios públicos e intervención económica. Estas nuevas prestaciones y funciones, han “*flexibilizado*” el principio de separación de poderes y el Poder Ejecutivo se ha vuelto cada vez más un colegislador del Legislativo, mediante procedimientos que habían sido imaginados por la concepción liberal para momentos de excepcionalidad, con una frecuencia cada vez mayor. Estos procedimientos se constituyen en el derecho de la emergencia, los Decretos de Necesidad y Urgencia, el veto parcial, la sanción ficta, etc. Todos remedios para situaciones no previstas por el Derecho del Estado Liberal, pero que en la práctica política actual han respondido a una deficiencia en la actualización del viejo paradigma de la separación de poderes de la Modernidad, que muchas veces

se ha convertido en obstáculo para la gobernabilidad y el respeto por la voluntad soberana del pueblo

Análisis de los Decretos de Necesidad y Urgencia

En una obligada y apretada síntesis, expondremos a continuación el caso de los DNU. Para el análisis de los mismos, se han consultado las investigaciones desarrolladas por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC)⁹. Las variables elegidas por las investigadoras del CIPPEC fueron las siguientes: “1) la información misma que se desprende del texto de los decretos, es decir, que las variables permiten describir exhaustivamente el contenido de las normas 2) de los requisitos formales que están presentes en el inciso 3° del artículo 99 de la Constitución 3) en base a la teoría sobre el tema, como puede ser la justificación de la necesidad y urgencia a fin de profundizar en el contenido de los decretos”¹⁰ Es importante la advertencia que hacen las investigadoras respecto de la diferencia sobre la cantidad total de DNUs que varía en distintos trabajos al variar el criterio. Ellas obtuvieron su información de la Secretaría Legal y Técnica de www.infoleg.gov.ar sitio oficial del Ministerio de Economía y Producción, de acceso gratuito y al cual tiene acceso cualquier ciudadano con las herramientas informáticas suficientes, por lo que así se justifica la fuente. La Base de datos comienza en abril de 2003 y finaliza el 31 de julio de 2006, por lo cual nuestro análisis se confeccionó con la información relevada a partir del 1° de agosto de 2006 al 10 de diciembre de 2007, fecha en la cual finalizó la Presidencia del Dr. KIRCHNER¹¹.

9 “Base de Datos de decretos de necesidad y urgencia: análisis cuanti y cualitativo de las disposiciones presidenciales de carácter legislativo (2003-2006) de EUGENIA BRAGUINSKY Y MARÍA FERNANDA ARAUJO y ¿Decretos de Necesidad y Urgencia bajo el control parlamentario? Informe de los primeros seis meses de funcionamiento de la Comisión Permanente de Trámite Legislativo Por EUGENIA BRAGUINSKY, MARÍA FERNANDA ARAUJO Y LEILA MESYNGIER Agosto 2007 Cipepec. La información que contiene la base de datos es la siguiente: 1) número del decreto; 2) fecha de su emisión, 3) cantidad de artículos que lo componen; 4) cantidad de anexos adjuntos (según INFOLEG); 5) el nombre del presidente que emitió la norma, 6) si consta la firma del Jefe del Gabinete, 7) qué firmas del gabinete de ministros están ausentes, 8) cantidad total de firmas del gabinete, justificación de la necesidad y urgencia, 9) si el decreto produce alguna modificación o prórroga de normas anteriormente sancionadas, 10) si se menciona la imposibilidad de seguir el trámite parlamentario, 11) si se menciona la relación entre los medios adoptados por la medida y los fines buscados, 12) si se menciona que no hay mejores medios que el decreto, 13) si se menciona la crisis económica y social, 14) si interfiere en alguna de las materias vedadas para su sanción por la Constitución; 15) el tema sobre el que versa el decreto, 16) si se menciona en el texto del decreto el artículo 99 inciso 3 y si además se agrega algún otro inciso que hace referencia a facultades presidenciales.

www.cippec.org/nuevo/biblioteca.php?idbv_seccion=5

¹⁰ Base de Datos ... p. 7

¹¹ Fuentes: Biblioteca del Congreso de la Nación Departamento de Investigación e Información Argentinas www.bcnbib.gov.ar/legisladores/legisladores_01_0410-06 el sitio de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación www.hcdp.gov.ar el sitio www.infoleg.gov.ar del Ministerio de Economía y el sitio de la Cámara de Senadores de la Nación, www.senado.gov.ar/web/comisiones/intComi.php?nro_comision=105 y el sitio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, www.biblioteca.jus.gov.ar/jurisprudencia-argentina

Los DNUs se reagruparon por temas que coinciden en general con la clasificación brindada por la Biblioteca del Congreso de la Nación, 1.- “Educación y Cultura” que engloba a Ciencia, Tecnología Metrología, Cinematografía, Medios de Comunicación, Organismos Culturales, Educación Superior, Enseñanza Privada, Homenajes (cambios de feriados); 2.- “Comercio, Industria y Recursos Naturales” que incluye Territorio, Exportación e Importación, Pesca, Industria Automotriz, Promoción Industrial, Industria Minera, Energía e Hidrocarburos; 3.- “Comunicaciones” Servicios Postales, Telecomunicaciones 4.- “Estado” Bienes del Estado, Organización del Poder Judicial, Privatizaciones y Concesiones; 5.- “Cuestiones Sociales” Hipoteca y Prenda, Obras Sociales, Previsión Social, Política Social, Ex Combatientes; 6- “Economía, Hacienda y Finanzas” que incluye a Entidades Financieras, Moneda, Inversión, Presupuesto General, Estado de Emergencia Económica, Zona De Desastre, Política Arancelaria, Impuestos, Tasas Y Contribuciones, Deuda, Abastecimiento, Desocupación Laboral, Política Arancelaria, Contabilidad Pública, Empresas, Acciones y Títulos; 7.- “Administración Pública” que incluye a remuneración de Presidente y Vicepresidente, Organismos del Poder Ejecutivo, Ministerios, Secretarías Y Subsecretarías, Seguridad, Estadística y Censos; 8.- “Derecho” Código Aduanero, Derecho Procesal Civil y Comercial, Seguros, Sociedad Comercial, Derecho Comercial; 9.- “Salud” Seguro de Salud, Transplante de órganos, Productos Medicinales, Salud Pública; 10.- “Trabajo y Seguridad Social” Remuneración, Asignaciones Familiares, Riesgos del Trabajo, Relaciones Individuales de Trabajo; 10.- “Obras y Servicios Públicos” Obras Viales, Regulación y Control Obras Públicas; 11.- “Defensa y Seguridad Nacional”, Fuerzas de Seguridad y Policía; 12.- “Transporte” Navegación Aérea, Ferrocarriles, Transporte Automotor, Navegación Marítima y Fluvial. Es evidente, que cada vez más, las materias reguladas por los Decretos son de variada especie y urgencia, lo que nos lleva a confirmar la tesis de que se podrían haberse transformado en un mecanismo ordinario de normación y no en excepciones basadas en circunstancias difíciles, o de grave peligro; como lo demuestra la autorización de la Ley de Administración Financiera, que permite al Ejecutivo la reasignación de partidas presupuestarias.¹²

¹² Ley 24.156 Administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional Art. 39.-El Poder Ejecutivo nacional podrá disponer autorizaciones para gastar no incluidas en la ley de presupuesto general para atender el socorro inmediato por parte del gobierno en casos de epidemias, inundaciones, terremotos u otros de fuerza mayor. Estas autorizaciones deberán ser comunicadas al Congreso Nacional en el mismo acto que las disponga, acompañando los elementos de juicio que permitan apreciar la imposibilidad de atender las situaciones que las motivaron dentro de las revisiones ordinarias o con saldos disponibles en rubros presupuestarios imputables. Las autorizaciones así dispuestas se incorporarán al presupuesto general.

Del análisis cuanti-cualitativo de la producción de DNUs podemos formular las siguientes enunciaciones: Antes de la Reforma de 1994 durante la Presidencia de MENEM, se dictaron DNUs, comparativamente menores en número que los presidentes que le siguieron, pero su sustancia fue muy densa para la vida económica y financiera de la Argentina. Prácticamente la Reforma del Estado se produjo mediante Decretos basados en las Leyes de Emergencia, también durante la Presidencia del Dr. RAÚL ALFONSÍN, el plan Austral por ejemplo. Todos los presidentes, (con la excepción de la actual titular del PEN Dra. Cristina Fernández) más allá de su inclinación político-ideológica, acudieron al mecanismo de los DNUs, los que fueron transformándose de un mecanismo excepcional hacia una herramienta ordinaria de implementación de políticas públicas por parte del Poder Ejecutivo.

Según el Gráfico n° 2 del anexo, la materia que ha sido más frecuentemente objeto de los DNUs ha sido Economía, Hacienda y Finanzas el 39%, seguida por Comercio, Industria y Recursos Naturales 18%, Trabajo y Seguridad Social el 14%, esto desde la reforma del 94 hasta el 10 de diciembre de 2007. Sin embargo, siguiendo con el análisis cuantitativo (Gráfico N° 1), vemos que si bien durante las presidencias del Dr. CARLOS MENEM, el corte se hace desde el 8 de julio de 1989 al 5-de mayo de 1995 y del 5 de mayo de 1995 al 9 de diciembre de 1999, se dictaron 113 DNUs, comparativamente cantidad mucho menor que otras presidencias con el reparo señalado ut supra. El presidente DR. Fernando de la Rúa dictó un total de 63 en el período que va desde el 9 de diciembre de 1999 al 20 de diciembre de 2001. El presidente que menos DNUs dictó fue ADOLFO RODRÍGUEZ SAA, sólo 6 en el período que va desde el 22 de diciembre de 2001 al 30 de diciembre de 2001, es decir en 9 días dictó 6 DNUs, sin embargo relativamente, dictó casi uno cada día de su gobierno. El Dr. Eduardo Duhalde dictó un total de 155 en el período que va desde el 1° de Enero de 2002 al 25 de mayo de 2003, en el período de la crisis económica y financiera que se había desatado durante el gobierno de De la Rúa, y el Dr. Néstor Kirchner dictó un total de 222 en el período que va desde el 25 de mayo de 2003 al 10 de diciembre de 2007.

Respecto de la materia regulada, Menem (Gráfico N° 3) tiene su mayor proporción en Economía Hacienda Pública y Financiamiento, con un 39%, seguido por el 18% en Comercio, Industria, y Recursos Naturales, y un 14% en Trabajo y Seguridad Social; De la Rúa, (Gráfico N° 4) lleva a la cabeza un 39% también en Economía, Hacienda Pública y Financiamiento, un 28% en Trabajo y Seguridad Social, el tercer puesto está ocupado con el 9% en Comercio, Industria y Recursos Naturales. En el

período de Eduardo Duhalde (Gráfico N° 5) el 40% regula también Economía, Hacienda Pública y Financiamiento, el 12% Comercio, Industria y Recursos Naturales, y el tercer puesto con el 10% es para Trabajo y Seguridad Social; y finalmente respecto del período de Kirchner, (Gráfico N° 6) el 33% es para Economía, Hacienda Pública y Financiamiento, el 29% para Administración Pública (la mayoría de ellos tienen que ver con reasignaciones presupuestarias y acuerdos salariales dentro del sector público y reestructuración de la Administración), y el tercer puesto con el 13% es compartido por Comercio, Industria y Recursos Naturales y Defensa Seguridad Nacional, aunque en esta última la mayoría de los DNUs tienen que ver con la política salarial.¹³ ¿Cuál fue la materia menos regulada mediante DNU? Para Menem, con el 1% respectivamente, Educación Ciencia Tecnología y Cultura, y el Poder Legislativo; para De la Rúa, el último puesto es compartido por tres con un 2% por Transporte, Obras Públicas y Salud. Mientras Duhalde tiene su menor nivel en Defensa y Seguridad Nacional y el Estado con un 1%, Kirchner exhibe su menor actividad con el 1% tanto en Obras y Servicios Públicos y Educación Ciencia Tecnología y Cultura.

En el caso del último presidente, según el Gráfico N° 7 un 44% de los DNU dictados por el Dr. Kirchner tiene justificación tautológica, es decir, exhiben una fórmula

¹³ MALAJOVICH, LAURA, Economista de CIPPEC Kirchner destinó el aumento de la recaudación al gasto social (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) "Una vez concluido el año 2003, los cambios en el Presupuesto Nacional realizados durante la segunda mitad del año traslucen la oportunidad que tuvo el presidente Kirchner de aumentar el gasto. La situación económica más favorable le permitió contar con mayores recursos y, en consecuencia, aumentar el nivel total de gasto un 4% respecto de lo presupuestado inicialmente por Duhalde. En particular, el incremento se observa en el gasto social que explica un 52% del aumento del gasto total. ... En el segundo semestre, gestionado en su totalidad por Kirchner, las modificaciones del presupuesto social alcanzaron los \$1.000 millones, mientras que en el primer semestre, gestionado por el gobierno de transición de Duhalde, alcanzaba una variación de \$200 millones. Los principales cambios que se realizaron a partir de la asunción de Kirchner en el presupuesto social fueron los siguientes: \$400 millones transferidos a las provincias para financiar programas sociales. Debe aclararse que este incremento estuvo atado al aumento de la recaudación del impuesto a ganancias, que aumentó un 100%. ...\$234 millones en la función Trabajo, monto que fue asignado al Plan Jefas y Jefes de Hogar. Aquí se incluyen los \$50 que se otorgaron a los piqueteros como aguinaldo de estos planes (\$110 millones en total) y a la continuación de la política encarada por el Ministerio de Trabajo desde comienzos del año 2003. ... \$200 millones en el presupuesto del área de educación respondiendo a los reclamos de los docentes para cumplir con los compromisos del Fondo de Incentivo Docente (FONID). ... \$155 millones en Salud para hacer efectivas las metas de acceso a la prestación médica obligatoria y de cobertura de enfermedades de alta complejidad. Es importante aclarar obligatoria y de cobertura de enfermedades de alta complejidad. Es importante aclarar que este aumento se debió en parte por una disminución de fondos al área durante el primer semestre del año. ... Finalmente, recortó \$186 millones del presupuesto destinado a jubilaciones y pensiones. La explicación oficial de esta disminución es el aumento de la ocupación registrado en 2003, que permitió reducir el gasto en Seguros de Desempleo. En síntesis, luego de un gobierno de transición, donde Duhalde se vio obligado a restringir el Presupuesto Nacional para cumplir con creces las metas pactadas con el FMI, Kirchner aumentó esencialmente el gasto social, priorizando las áreas de promoción social, trabajo y educación. El escenario para el actual Presidente difícilmente pudo ser más beneficioso. Al contar con más certidumbre acerca del escenario macroeconómico y con mayores recursos que los presupuestados por su antecesor (que provinieron de la caída en ciertos gastos por la disminución del valor del dólar, la refinanciación de la deuda acordada con organismos multilaterales y el incremento del nivel de actividad), no sólo se logró sobrecumplir las metas acordadas con el FMI, sino que se incrementó el presupuesto total en un 4%, favoreciendo los programas orientados a combatir la pobreza.
<http://www.lupafiscal.org/archivos/lupa/notas/220104%20EI%20incremento%20de%20la%20recaudacion%20fue%20destinado%20a%20gasto%20social.pdf> Accesible septiembre de 2007

puramente sacramental, una situación excepcional invocada en sí misma, sin argumentación plausible. Es habitual que en los Considerandos se repita la frase “configura una circunstancia excepcional que hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”, que en muchos casos es acompañada por “el decreto se emite como herramienta para solucionar un aspecto de la crisis económica y social”, en especial en los períodos más cercanos a la crisis de 2001-02-03. Estos serían los casos más interesantes para el análisis, ya que el Ejecutivo ha puesto de manifiesto en ellos la habitualidad de los DNUs como herramienta de gobierno, práctica que le es reprochada también al sistema español, que ha acudido cada vez más a estos mecanismos jurídicos, sin fundamentar la excepcionalidad en situaciones de crisis. Los otros motivos de justificación se reparten, siempre para el gobierno de Kirchner, (Gráfico N° 7) entre extensión de emergencia económica, social y sanitaria y reglamentación, prórrogas y renovación de decretos anteriores, con un 15% cada uno, le sigue el reordenamiento de la Administración Pública con un 11%, 7% para los casos en que el presupuesto no contempla la situación y el decreto por lo tanto lo modifica, un 5% reasignación de partidas presupuestarias, un 2% para otras motivaciones y sólo un 1% para situaciones de desastre natural.

Como ejemplo de justificación tautológica, el Decreto N° 1909 de 2006 modifica la estructura salarial del personal de planta permanente del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, cuya motivación consiste en “la necesidad de modificar la estructura salarial a efectos de reorientar los mecanismos de funcionamiento hacia una visión sistémica y proactiva de la tarea, en concordancia con las políticas delineadas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL para el sector”. “Que resulta necesario hacer una excepción a lo dispuesto por el Artículo 62 de la Ley N° 11.672 (t.o. 2005)”, (por la cual se prohíbe que los aumentos de sueldos tengan efecto retroactivo, y sólo autoriza a que rijan a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha en que hubieran sido dispuestos). Surge de la justificación que es claramente la implementación de una política pública salarial que el PEN utiliza bajo la forma de DNU para superar la cuestión de la irretroactividad de los aumentos acordados. Es decir, son razones de oportunidad y conveniencia.

De los 98 DNUs que Kirchner dictó durante su gobierno y cuya argumentación ha sido la situación excepcional en sí misma, es decir, una justificación tautológica, 26 fueron emitidos en el transcurso de los últimos 16 meses de gestión. Del análisis de ellos se desprende que:

- 13 DNUs versan sobre actualizaciones de compensaciones, suplementos y remuneraciones de personal dependiente de la Administración Pública Nacional;
- 11 DNUs tratan sobre contrataciones, pases a la planta de personal permanente, y homologaciones de convenios colectivos de trabajadores de distintos sectores de la Administración Pública Nacional;
- 2 DNUs otras materias

Comisión Bicameral Permanente

Después de doce años de la Reforma de 1994, mediante la ley 26.122¹⁴ se crea la Comisión Bicameral Permanente, prevista por los Artículos 99 inciso 3º, y 100 incisos 12 y 13 de la Constitución, ésta tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) De necesidad y urgencia; b) Por delegación legislativa; y c) De promulgación parcial de leyes. Empieza a funcionar en noviembre de 2006, pero, sólo en 2007 obtiene financiamiento y conformó su cuerpo de asesores. La CBP, ordena la Constitución, deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Una ley especial (sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara), regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso. Antes de la constitución de la CBP, los DNUs eran girados al Congreso por el Jefe de Gabinete, y el silencio del mismo renovó la discusión doctrinaria, respecto de la validez de estos Decretos. Según la Ley 26.122 la Comisión estará integrada por ocho diputados y ocho senadores, siendo la presidencia rotativa, un año a cada Cámara¹⁵. Sus integrantes duran tanto como el ejercicio de sus funciones, hasta la renovación de cada Cámara, y pueden ser reelectos. La CBP cumple funciones aún durante el receso del Congreso. A partir de la conformación de la CBP, y a pesar de la mayoría del partido del Presidente en ella, surgió un gran debate al analizar los DNUs elevados por el Jefe de Gabinete. En muchas ocasiones y siempre en el caso de los DNUs hubo dictamen de mayoría y minorías.

Los argumentos principales de los dictámenes de mayoría a favor de la aceptación de los DNUs han sido los siguientes: que su introducción por la Reforma del 94 “implica poner reglas a una situación de excepción, y por lo tanto, al estricto control que la Constitución Nacional le atribuye al Congreso Nacional”; “Se realizan consideraciones de carácter cualitativo. No se considera de la misma manera un decreto de necesidad y urgencia que tienda a cercenar derechos, que otro que tienda a restituir derechos al pueblo argentino o, eventualmente, a mejorar las condiciones de vida de los trabajadores para cumplir adecuadamente la finalidad del Estado. Por eso, desde el punto de vista de la filosofía, se entiende que el uso de este tipo de

¹⁴ B.O. 28/07/2006

¹⁵ FANELLI EVANS, GUILLERMO E. “Los decretos de necesidad y urgencia y la reforma de la Constitución Nacional” en CASSAGNE, JUAN C. director “Estudios sobre la reforma constitucional” Depalma, Buenos Aires, 1995 Ob. cit. opina que “Una interpretación literal (de la composición de la CBP) nos lleva a la conclusión de que se trataría de un Congreso Unicameral reducido” aún cuando hay que ser cautos ante esta afirmación ya que si se respeta a rajatabla la proporcionalidad, una fuerza política que tenga un representante en cada Cámara, los tendrá en la CBP y así esta terminaría coincidiendo con el Congreso en su totalidad p. 216

instrumentos, como los decretos de necesidad y urgencia, se realiza con un criterio interpretativo amplio que supone el control de la Comisión Bicameral Permanente y supone además el funcionamiento adecuado del Congreso”¹⁶. También se argumenta “que según García Lema en el debate constituyente en los sistemas constitucionales existen dos métodos para circunstancias excepcionales y trámites acelerados, la sanción ficta (reconocida por innumerables juristas) y los decretos de necesidad y urgencia; que la Convención se inclinó por este último método”, “que el juez Fayt señaló que no se ha ignorado que la energía en el Poder Ejecutivo es una cualidad sobresaliente en la definición de un gobierno eficaz, y por lo tanto, respetuoso del principio republicano de gobierno” “...el dictado del Poder Ejecutivo de normas de rango legislativo so pretexto de la existencia de una situación de hecho que impide el pronunciamiento por parte del órgano al cual, según la Constitución le corresponde actuar, no es un fenómeno novedoso para el derecho político”. “Que son numerosas las constituciones europeas que han contemplado la posibilidad de existencia de aquellas situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia,...” “Por su parte, la jurisprudencia argentina, a través de la Corte Suprema de Justicia, en casos tales como “Peralta” del año 1990 -es decir, anterior a la Reforma Constitucional- ha convalidado la práctica del Poder Ejecutivo”. “En el caso Rodríguez, la Corte determinó que no se podía realizar control judicial sobre decretos de necesidad y urgencia, los cuales sólo podían ser controlados por el Congreso; el Poder Ejecutivo, puede dictar dichos decretos aunque el Congreso no haya dictado la ley reglamentaria a la que hace referencia el artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional”.¹⁷

En cambio, los argumentos de los dictámenes de minoría (UCR-PRO) se basan en el argumento del principio restrictivo “de que el Presidente no puede legislar”, también invocan el caso Peralta, pero haciendo hincapié en el considerado del fallo que dice: “la existencia de una situación de grave riesgo social, que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y del Estado.” “en varios otros fallos la Corte exigió, “que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previstoque las Cámaras no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan,...o que la situación que requiere la solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes” “corresponde “descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” y en general consideran que el PE podría haber acudido al decreto ordinario o autónomo y en ejercicio de las facultades delegadas” o que podría haber

¹⁶ BRAGUINSKY, EUGENIA, ARAUJO, MARÍA FERNANDA Y MESYNGIER LEILA, ¿Decretos de Necesidad y Urgencia bajo el control parlamentario? Informe de los primeros seis meses de funcionamiento de la Comisión Permanente de Trámite Legislativo, Políticas Públicas Análisis N° 40 CIPECC, agosto de 2007 p. 5

¹⁷ Este argumento da pie para sostener que es un acto privativo del Ejecutivo, ya que antes del dictado de la ley 26.122, si el PL nunca hubiese dictado la ley, hubiese privado al PE de una facultad constitucional.

elevado un proyecto de ley. En el dictamen de minoría sobre el rechazo al Decreto 1909 de 2006, también se hace referencia a la teoría del “acto complejo” es decir un acto normativo al que confluyen las voluntades del Poder Legislativo y el Ejecutivo.¹⁸ Esta doctrina es la que sustenta la presencia de los Decretos-ley en la Constitución española, pero, el régimen político español es parlamentario, así que gobierno y PL. Este no es el caso argentino, por lo contrario los que se pronuncian favorablemente respecto de los DNU, los enmarcan dentro de una facultad exclusiva y amplia del Ejecutivo, y que el Legislativo se limita a controlar.

La repetición automática de los dictámenes de mayoría y minoría, convertidos ya en fórmulas, pareciera cumplen sólo una función simbólica.

Conclusiones

Es así que el paradigma clásico de la División de poderes, en el cual el Poder Legislativo tenía las funciones de elaborar, legislar y controlar se ha modificado sustancialmente, a favor de una cada vez más dinámica actividad del Poder Ejecutivo y en detrimento de un Poder Legislativo cada vez menos activo¹⁹. La unidad de análisis ha sido la normativa de emergencia, dentro de la cual hemos destacado los DNU, que junto con la promulgación parcial de las leyes, los decretos delegados, la intervención federal a las provincias, y la declaración del Estado de Sitio, constituyen el plexo normo-constitucional de la legislación de emergencia en Argentina. En primer término, creemos conveniente hacer una distinción coincidiendo con Comadira entre “emergencia tradicional”, tal la concebida por la CSJN, y “necesidad y urgencia”. La emergencia “es una manifestación particularizada del poder de policía que se traduce en la restricción de los derechos individuales”, más allá del poder de policía común, que no se traduce en una alteración de la distribución del orden normativo. En cambio la necesidad y urgencia “implica una alteración circunstancial de lo que es habitual respecto de las exigencias del principio de separación de poderes, y podía ser invocada para implementar medidas de emergencia restrictivas de los derechos individuales (...) pero también podía ser invocada para implementar otro tipo de medidas que no restringiera los derechos, sino que los ampliaba”²⁰ Concluiríamos que los DNU no

¹⁸ PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO “Decretos de Necesidad y Urgencia: su ley especial. Punto E. Requisitos para su emisión “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994 II, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 222 y ss.

¹⁹ Según HERNANDO, EDUARDO en “Entre la excepción y la regla. El decisionismo jurídico frente a la Escuela de Frankfurt” Revista de Teoría y Filosofía del Derecho Isonomía, N° 14 abril, Alicante, 2001 “Durante el período de Weimar...en medio de una enorme crisis del Estado de Derecho se desarrolló en Alemania un importante debate entre quienes abogaban por el decisionismo jurídico y quienes aceptando la crisis del derecho positivo aún consideraban relevantes los aportes del Rechtsstaat o Estado de Derecho...ambas tendencias coincidían en un punto: el modelo del Estado de Derecho no podía por sí solo superar las demandas planteadas por la sociedad y esto resultaba un síntoma evidente de que algo en él no marchaba bien”. p. 160

²⁰ COMADIRA, JULIO RODOLFO “Reglamentos de Necesidad y Urgencia” Revista Argentina de Administración Pública, n° 194 Editorial Ciencias de la Administración Buenos Aires, noviembre 1994 p. 66

están dentro del “estado de excepción” en tanto éste significa la suspensión in toto de la Constitución, y además se han convertido en una facultad normalizada, aún cuando en sus considerandos la excepción, la emergencia, la necesidad, la crisis, siguen siendo invocados, como una fórmula residual. ¿Los DNUs como derecho de la emergencia, están dentro o fuera del Derecho? Surgen dentro de la Constitución sin ninguna duda, pero para parte de la Doctrina están fuera, son vistos como cuerpos extraños, extrapolados y no respetuosos de la División de poderes. ¿Cómo afectaron a la división de poderes? Habría que advertir que los DNUs son una consecuencia de la flexibilización de la división de poderes y no su origen.

En Argentina, todos los poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial de alguna manera han reconocido esta flexibilización a través de la aceptación del instituto de los DNUs, más allá de que coyunturas políticas, (estar en minoría en el Legislativo) los lleve a rechazarlos, pero no a desterrarlos del ordenamiento jurídico.

La reglamentación de los DNUs y su control legal son el esfuerzo del Derecho por incluir la contingencia de lo político, contingencia derivada de las transformaciones en las relaciones políticas, económicas, y jurídicas, inevitables luego de la transformación del Estado liberal de Derecho en el Estado social. Los DNUs son a la vez expresión de soberanía, y como tales surgen históricamente en la Constitución de la restauración francesa, pero siguen apareciendo en las modernas Constituciones, tanto en el Estado de Derecho como el Estado Social, en la medida en que la unidad del Estado se ve en peligro por la inacción de los cuerpos legislativos, o por imposibilidad de la toma de decisiones ante demandas sociales más dinámicas, atravesadas por la globalización²¹.

En este sentido la adopción de la sanción ficta ante el silencio del Congreso era para algunos el remedio ante la inacción del Legislativo, al emplazarlo a cumplir su función con celeridad²². Para otros, sin embargo, significaba la atribución directa al Ejecutivo de

²¹ Ver PIERRE ASTIC “La constitution du 5 octobre 1958 et le système politique de la V^e République, en «Jean-Marie Auby, Droit Public. Théorie Générale de l’Etat et Droit Constitutionnel. Droit Administratif», tomo 1, Economica, París. P. 139 citado por PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO “El silencio del Congreso” en “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994” Tomo I Depalma Buenos Aires, 1995. “Cabe agregar que no es privilegio de nuestro país presentar esta situación de crisis institucional donde se destaca el Ejecutivo y aparece en pérdida el Legislativo; dice Astic que “el desarrollo considerable del rol del Estado después de un medio siglo, la complejidad y la diversidad de problemas que aquél debe enfrentar, la extrema rapidez de las soluciones que él debe aportar, la internacionalidad de sus consecuencias, hacen que el Parlamento hay devenido en una institución inadecuada para ejercer el poder. Su carácter colegiado, su modo de designación electoral, sus reglas de funcionamiento tradicionales no le permiten responder a las exigencias del poder político actual”... “y señala el autor que “desde este punto de vista, nuestras instituciones políticas francesas pueden ser calificadas de “modernas””.

²² Alguna doctrina identifica la sanción tácita y la ficta, otra las distingue, reservando el término tácita para las situaciones en las cuales algunas señales claras hacen suponer la voluntad. En cambio la ficta es aquella que no tiene como presupuesto exteriorización alguna. Esta manera de sanción fue objeto de discusión entre el justicialismo y el radicalismo en ocasión del Núcleo de Coincidencias Básicas, oponiéndose el radicalismo a ella. Es así que los DNUs

una herramienta poderosísima para la eliminación o elusión del control parlamentario, excluyendo a las minorías. No parece estar demostrado que fuera del campo de la clase política y de los académicos, en la actualidad los ciudadanos perciban a los DNU como fuente de desafección política. Creemos que son un verdadero campo de lucha política, tal como la ley, en el Estado liberal de Derecho, o la Constitución en el Estado Constitucional. Establecer qué constituye razón de necesidad y urgencia, y qué determina la imposibilidad de recurrir al trámite legislativo ordinario, tiene importantes consecuencias para el tipo de uso que el PE haga de los DNU y para el tipo de control que realice el PL²³. De ello depende que sean considerados como un instrumento excepcional o como una forma ordinaria de toma de decisiones: si la situación de necesidad y urgencia está definida sólo por la agenda o los tiempos políticos del PE los decretos no serían más que un instrumento ordinario de creación de normas de carácter legislativo. De la misma manera, si la imposibilidad de recurrir al trámite legislativo ordinario, está determinada por el surgimiento de un evento imprevisto, al que debe responderse en plazos perentorios, la utilización de los DNU tendría un sentido diferente, a su utilización en los casos en los que el problema fuese, que el partido del Presidente carece de una mayoría, en al menos una de las dos Cámaras, o, que teniendo mayoría en ambas Cámaras, carece de la disciplina partidaria necesaria como para hacerla valer de manera manifiesta.

Si los DNU son un mecanismo ordinario de fuente de las normas, el campo de la política se vería reducido, al no estar presente el previo debate del Congreso, a lo cual podríamos preguntarnos si éste no debate igualmente en la CBP con representación de mayoría y minorías, las que pueden emitir dictamen aún cuando no afectaran la validez del Decreto. Entonces, con SCHMITT, podemos repetir, ¿dónde se toman las decisiones? ¿En el Parlamento?²⁴ ¿Se toman en una discusión pública, o son en realidad fruto de

aparecen como un canal para una producción normativa más ágil, en especial en lo que concierne a políticas públicas del PE.

²³ La CSJN ha dicho en Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo” (2004) Que debe recordarse que los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos: 308:2246, considerando 4º; 311:2128, entre muchos otros)... El ejercicio de los mencionados controles no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial, cuya desvinculación de tal origen -que sólo podía ser indirecto en el texto constitucional originario- se ha acentuado en la reforma de 1994 con los nuevos procedimientos de designación.

²⁴ Así es evidente que, el PEN no dicta los DNU en soledad, ni siquiera sólo consultando a sus propios partidarios, sino que una intrincada trama oculta de consultas, debates, concesiones se desenvuelve detrás de la mayoría de los DNU con envergadura social, política y económica. Sólo así se puede explicar el silencio del Congreso, aunque en la Comisión bicameral Permanente, la minoría siempre que se trata de DNU se manifiesta con dictamen en minoría. Además, puede ocurrir que, con partidos políticos con escasa disciplina partidaria, muchas veces los representantes

transacciones de intereses que, contrariando el principio republicano mismo, se hacen en secreto?²⁵.

La lógica democrática para SCHMITT siempre supone la existencia de una separación entre “ellos” y “nosotros” los que están dentro del demos y los que se hallan fuera de él. Es la condición misma para el ejercicio de los derechos democráticos. Esta condición entra en tensión con el acento puesto por el liberalismo en el respeto de los derechos humanos, ya que no se puede garantizar que la decisión democrática no afecte algún derecho ya existente.²⁶ En consecuencia la soberanía del pueblo siempre se encuentra limitada en una democracia liberal²⁷.

La tensión entre democracia y liberalismo sólo puede reconciliarse imperfectamente, sólo negociarse, esta negociación se da entre fuerzas políticas y siempre establece la hegemonía de una de ellas. Sin embargo, la hegemonía del liberalismo y el neoliberalismo ha negado la existencia de fuerzas opuestas, propugnando por el consenso centrista o racional, naturalizando así el statu quo. En esto precisamente radica el peligro para la democracia liberal, la negación del enfrentamiento.

MOUFFE propone repensar la democracia liberal en términos de “pluralismo agonístico”, pese a reconocer que SCHMITT tiene razón al destacar las diferentes formas en que la lógica universalista liberal se opone al concepto democrático de igualdad, y a la necesidad de constituir políticamente un demos, sostiene que es posible no renunciar a una de las dos tradiciones, transformando la relación amigo-enemigo en una de adversarios. Esta relación sigue reconociendo sin embargo, una forma de resolución de conflictos basada en la dicotomía ganadores-perdedores. Sí hay que renunciar a la “ilusión de que pudiera llegar a producirse un consenso racional allí donde esa tensión se hubiera logrado eliminar, de ahí también la necesidad de comprender que la política pluralista democrática consiste en una serie de formas pragmáticas, precarias y necesariamente inestables de negociar su inherente paradoja²⁸.

Entonces, la relación adversarial aparecerá en cada acto político, y se establecerá en función de cómo se resuelva (se quiera o se pueda resolver) el enfrentamiento,

del partido gobernante en la CBP o en el Congreso mismo, no pertenezcan a la misma línea del Presidente, en estos casos, los disidentes se encontrarían frente al dilema de votar con la minoría opositora, o de hacerlo con su adversario interno. El silencio es una vez más un buen remedio político para el que no ocupa el Ejecutivo.

²⁵ Es curioso este argumento de la publicidad como característica del sistema republicano, ya que la Convención Constituyente de los EEUU sesionó en secreto, y sus actas se hicieron públicas muchos años después

²⁶ MOUFFE, CHANTAL “La Paradoja Democrática” Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 21, 22

²⁷ DONOSO CORTÉS, JUAN expresaba: “...el legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es un imbécil, el que aún en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es un temerario”, en GARCÍA PELAYO, MANUEL, “Derecho Constitucional Comparado” Madrid, 1964 p.163

²⁸ *Ibidem* pp. 31-32

condición sine qua non de la existencia de la política. Entonces esta nueva relación entre los poderes políticos del Estado y la instrumentación cada vez mayor de la excepción por parte del PE ha abierto una brecha de indeterminación entre la Teoría del Derecho Público y su práctica concreta. Sólo reconociendo esta indeterminación, las modificaciones en los conceptos heredados de la Modernidad, interés general, ley, división de poderes, y equilibrios paradójicos entre democracia y liberalismo, se podrá conjurar el peligro a qué la democracia y la misma convivencia humana están sometidas. La política encargada del orden, de mediar y encauzar los conflictos, de determinar la res pública, de reinventar las instituciones fundamentalmente en momentos de crisis, “es demasiado importante para dejarla sujeta al vaivén de los acontecimientos”²⁹ Esta política estará “marcada por la recomposición del poder del Estado, obligado a ceder soberanía en áreas anteriormente consideradas sagradas.”³⁰ En el campo aún llamado política hay que establecer los procesos de fabricación de las reglas, más que construir soberanía. Entonces, es necesario rescatar la conceptualización maquiaveliana del otro aspecto de la política como arte de lidiar con la contingencia.³¹

²⁹ VALLESPIN, FERNANDO “El futuro de la política” Taurus, Madrid, 2000, p. 13

³⁰ *Ibidem* p. 14. Ver WOLIN, SHELDON, “Política y Perspectiva” Amorrortu, Buenos Aires, 1974, pp. 14,15,16

³¹ Ver ATRIA, FERNANDO. “El derecho y la contingencia de lo político”, “Desde los inicios de la modernidad hemos entendido lo político como contingente, en el sentido de que podría haber sido de otro modo. Para bien o para mal, ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia, nos gobiernan: *nosotros* nos gobernamos, y sólo por eso podemos ser libres. La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad. Pero la contingencia de la política aterra, en particular a comunidades políticas que han quedado traumatizadas, como la chilena, después de haber sufrido las consecuencias de esa contingencia, de que las cosas siempre pueden ser de otro modo, incluso del peor modo posible. Es entonces cuando oímos el canto de sirena del derecho, la promesa de que es posible encontrar algo no contingente, algo que puede atarnos cuando el conflicto político se decida de todos modos que a nosotros nos parecen inconvenientes e incluso perversos. *Doxa*, núm. 26 Alicante (2003), pp. 319-347. p. 343

Anexo

GRAFICO N° 1 TOTALES PRESIDENCIA Y MATERIA

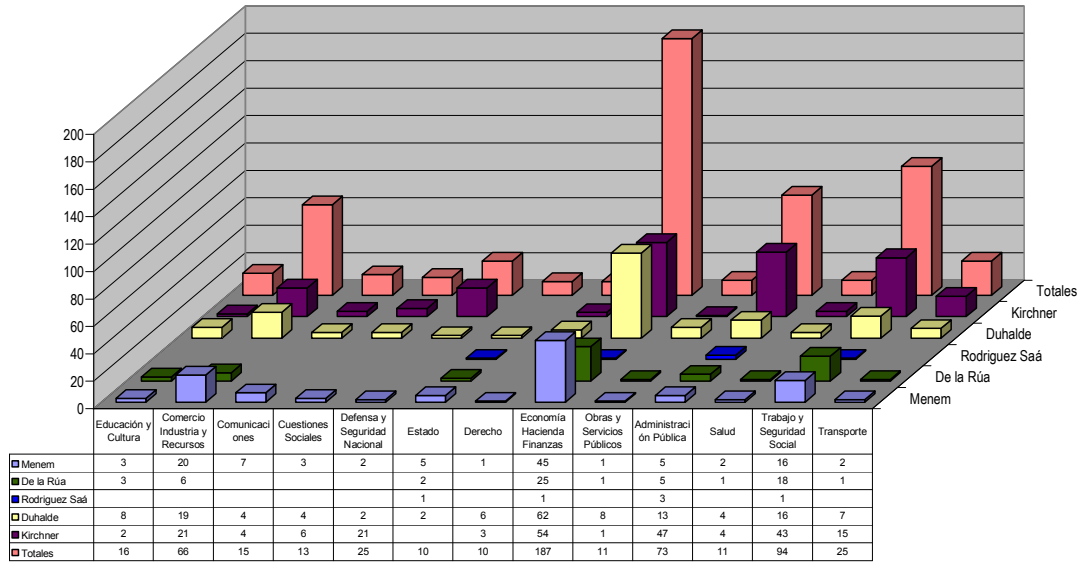
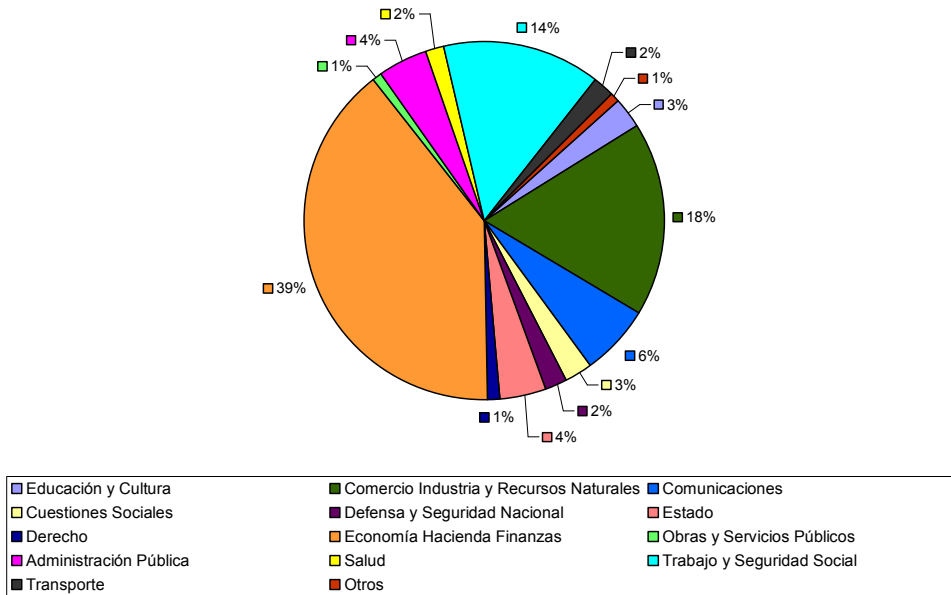


Gráfico N° 2 TOTALES DNU POR MATERIA



Fuente: Elaboración propia en base a información relevada en www.bcnbib.gov.ar/legisladores/legisladores_01_04_10-06 www.hcdp.gov.ar y www.infoleg.gov.ar

GRAFICO N° 3 MENEN DNUs POR MATERIA

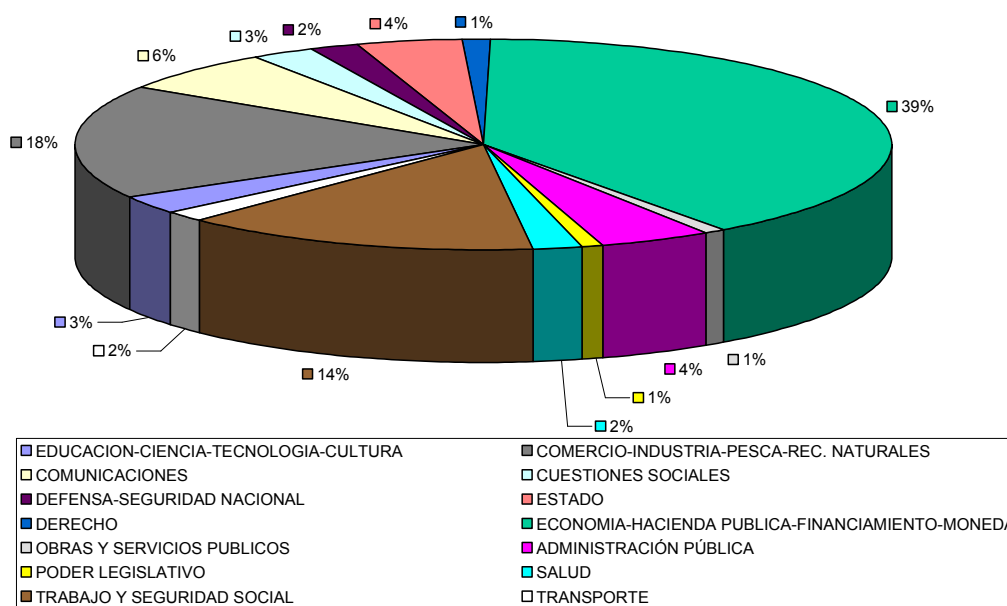
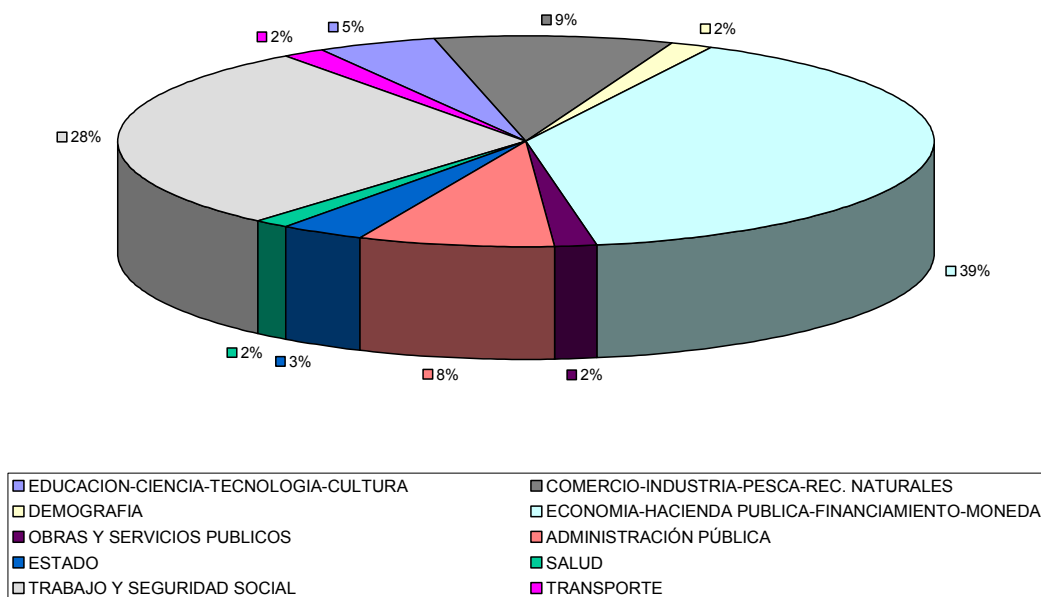


GRAFICO N° 4 DE LA RUA DNUs POR MATERIA



Fuente: Elaboración propia en base a información relevada en www.bcnbib.gov.ar/legisladores/legisladores_01_04_10-06 www.hcdp.gov.ar y www.infoleg.gov.ar

GRAFICO Nº 5 DUHALDE DNUs POR MATERIA

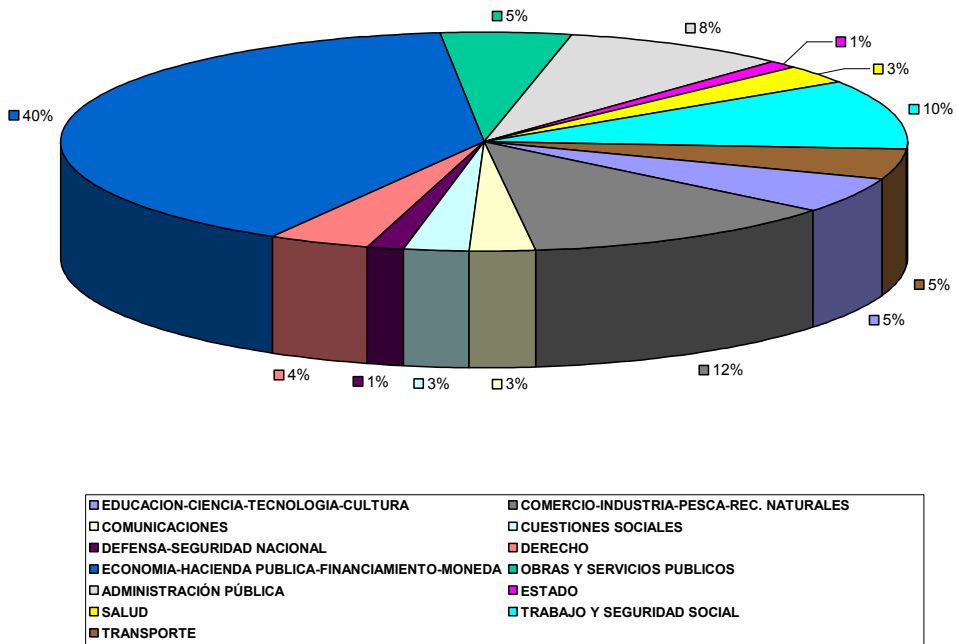
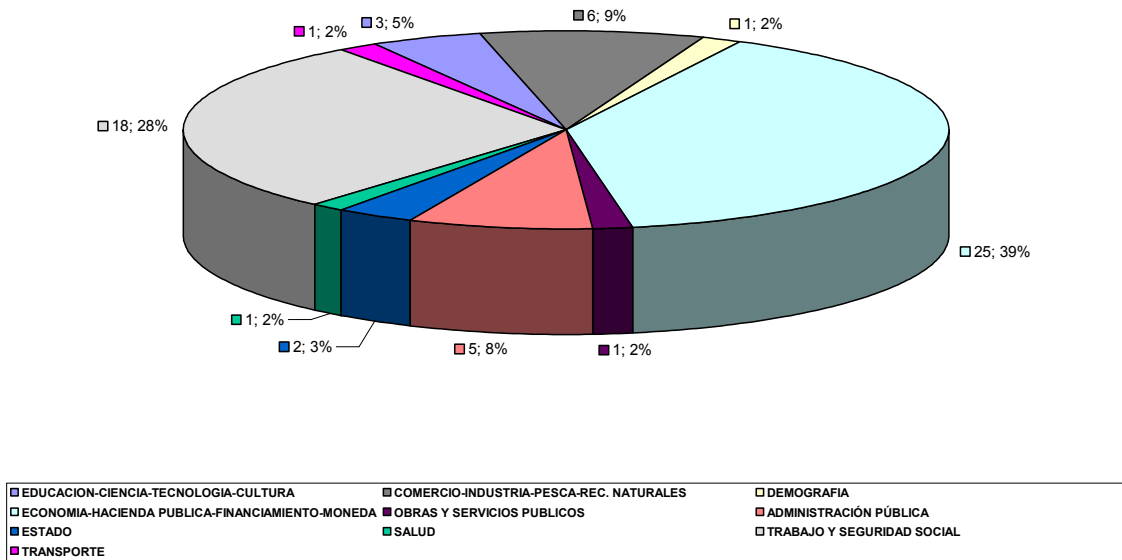
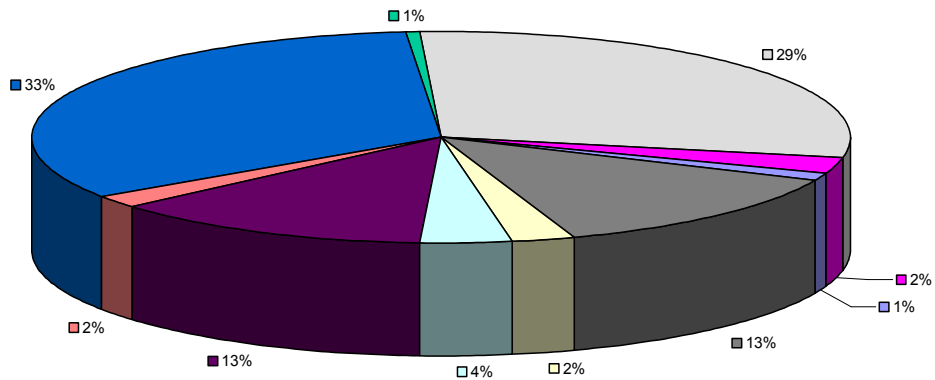


GRAFICO Nº 6 DE LA RUA DNUs POR MATERIA



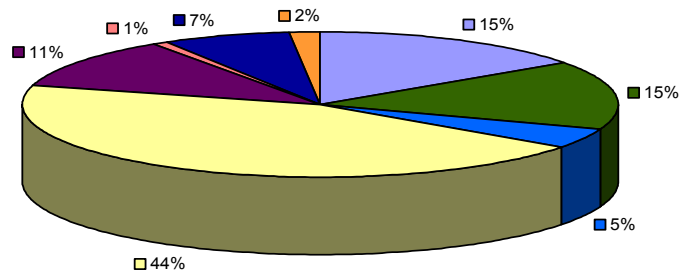
Fuente: Elaboración propia en base a información relevada en www.bcnbib.gov.ar/legisladores/legisladores 01 04 10-06 www.hcdp.gov.ar y www.infoleg.gov.ar

GRAFICO N° 7 KIRCHNER DNUs POR MATERIA



EDUCACION-CIENCIA-TECNOLOGIA-CULTURA	COMERCIO-INDUSTRIA-PESCA-REC. NATURALES
COMUNICACIONES	CUESTIONES SOCIALES
DEFENSA-SEGURIDAD NACIONAL	DERECHO
ECONOMIA-HACIENDA PUBLICA-FINANCIAMIENTO-MONEDA	OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	SALUD

Gráfico N° 8 JUSTIFICACIÓN DNUs KIRCHNER



Reglamentación, prórrogas y renovación	Extensión Emergencia económica, social y sanitaria
Reasignación de partidas presupuestarias	Justificación tautológica
Reordenamiento de la Administración Pública Nacional	Situación de desastre natural
Situación no contemplada en el presupuesto	Otras

Fuente: Elaboración propia en base a información relevada por CIPPEC (25-05-03 a 31-07-06); www.infoleg.gov.ar y www.hcdn.gov.ar (01-08-06 a 10-12-07)

BIBLIOGRAFÍA

- Asís Roig de, Rafael “Modelos Teóricos del Estado de Derecho” Doxa 22 Alicante, 1999
- Atria, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político” Doxa. 26 Alicante, 2003,
- Bagehot, Walter “La Constitución inglesa” Presentación de Chantal López y Omar Cortés Biblioteca Virtual Antorcha
www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/bagehot/presentacion.html accesible 28 de agosto de 2006
- Benjamin, Walter “Tesis de Filosofía de la Historia” Taurus Madrid, 1979
- Bielsa, Rafael, “El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y administrativo” Anuario del Instituto de Derecho Público, Colegio de abogados, Rosario, T. 3, mayo 1939-abril 1940
- Breuer, Stefan “Burocracia y Carisma. La Sociología política de Max Weber” Edicions Alfons el Magnànim. Generalitat Valenciana. Diputació provincial de València, 1996
- Cassagne, Juan Carlos “Derecho Administrativo”, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983
_____ “Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino” Revista Española de Derecho Administrativo N° 73, Cívitas, 1992
- Comadira, Julio, “Los decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma Constitucional” Capítulo IX en Comadira, Julio et al “Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento Administrativo. Otros estudios” Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996
- Convención Nacional Constituyente, Secretaría Parlamentaria, Publicaciones
- Crick, Bernard “En defensa de la política” Kriterion, Tusquets, Barcelona, 2001
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, “La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia” La Ley, Tomo 1989
- Fanelli Evans, Guillermo E. “Los decretos de necesidad y urgencia y la reforma de la Constitución Nacional” en Cassagne, Juan C. director “Estudios sobre la reforma constitucional” Depalma, Buenos Aires, 1995
- García Lema, Alberto M. “La Reforma por Dentro. La difícil construcción del consenso constitucional” Planeta, Buenos Aires, 1994
- Gargarella, Roberto “Nos los Representantes”, Ciepp Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, 1995
_____ “Sobre Los Déficit Del Sistema De “Frenos Y Contrapesos”. Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Ciencias Políticas de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP). Universidad Nacional de Rosario. Noviembre de 2003
_____ “En nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después” Capítulo VI de “La filosofía política moderna: de Hobbes a Marx” Buenos Aires, Eudeba, 2001
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. “El Federalista” versión digital, Biblioteca Virtual Antorcha.
www.antorcha.net/index/biblioteca
- Haro, Ricardo “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia Argentina” Ius et Praxis, 2001, vol. 7, no. 2
- Hierro, Liborio L. “Igualdad, Generalidad, Razonabilidad y crisis de la ley”, Doxa N° 26, Alicante, 2003
- Laporta, Francisco, “Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz, Doxa, n° 15-16 Vol 1, Alicante, 1994
- Laporta, Francisco J. “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley” Doxa N° 22, Alicante, 1999
- MacCormick, Neil “Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas” Doxa N° 6, Alicante, 1989
- Malajovich, Laura, “El incremento de la recaudación fue destinado a Gasto social” <http://www.lupafiscal.org/archivos/lupa/notas/220104%20El%20incremento%20de%20la%20recaudacion%20fue%20destinado%20a%20gasto%20social.pdf> Accesible septiembre de 2007
- Parejo; Alfonso Luciano; “Crisis y renovación en el Derecho Público” en Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991
_____ “Eficacia y Administración” Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995
- Prada Fernández de Sanmaned, José Luis “Contribución al examen de la transformación de la categoría de ley en los estados constitucionales modernos” Tesis Doctoral www.eumed.net/tesis/2007/jlp/index.htm accesible Octubre 2007
- Prado Maillard, José Luis “Nuevos Paradigmas de la Separación de Poderes” www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/32.pdf
- Quiroga Lavié, Humberto, “Decreto de Necesidad y Urgencia en la Reforma de la Constitución” La Ley, t. 1994-D
- Ruiz Moreno, J. en “Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia como motivación de las leyes y reglamentos”, La Ley, Tomo 1990-B

Schmidt-Assmann Eberhard; "La teoría General del Derecho Administrativo como sistema" Marcial Pons, Madrid, 2003

Schmitt, Carl "La Dictadura" Alianza Universidad, Madrid, 1985

_____ "Teología política I cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía" Capítulo II en "Carl Schmitt, Teólogo de la Política", FCE México, 2001

Serrafero, Mario "Exceptocracia ¿Confin de la democracia? Lumiere, Buenos Aires, 2005

Sousa Santos de, Boaventura "Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia" Vol I Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Editorial Descleé de Brouwer, Bilbao, 2003

VALLESPIN, FERNANDO "El futuro de la política" Taurus, Madrid, 2000,

Vanossi, Jorge "Los Reglamentos de Necesidad y Urgencia", Jurisprudencia Argentina, 1987-IV-885, acápite VIII

Varios "Derecho Constitucional de la Reforma de 1994" tomos I y II, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires, Mendoza, 1995

Ventura, Adrián "Los Decretos de Necesidad y Urgencia: un salto a la vida aconstitucional" Revista de Derecho Público, 2002 1 Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002

Vitolo, Daniel Roque, Decretos de Necesidad y Urgencia" Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991

FUENTES:

Sitio de la Biblioteca del Congreso de la Nación Departamento de Investigación e Información Argentinas
www.bcnbib.gov.ar/legisladores/legisladores_01_04_10-06

Sitio Centro de Implementación de Políticas Pública para la Equidad y el Crecimiento CIPPEC
www.cippec.org/nuevo/biblioteca.php?idbv_seccion=5

Documentos consultados en CIPECC, "Base de Datos de decretos de necesidad y urgencia: análisis cuanti y cualitativo de las disposiciones presidenciales de carácter legislativo (2003-2006)" de EUGENIA BRAGUINSKY Y MARÍA FERNANDA ARAUJO y "¿Decretos de Necesidad y Urgencia bajo el control parlamentario?" "Informe de los primeros seis meses de funcionamiento de la Comisión Permanente de Trámite Legislativo" Por EUGENIA BRAGUINSKY, MARÍA FERNANDA ARAUJO Y LEILA MESYNGIER Agosto 2007

Sitio oficial del Ministerio de Economía y Producción, de acceso gratuito
www.infoleg.gov.ar

Sitio de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación
www.hcdp.gov.ar

Sitio de la Cámara de Senadores de la Nación, Comisión Bicameral Permanente
www.senado.gov.ar/web/comisiones/intComi.php?nro_comision=105

Sitio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,
www.biblioteca.jus.gov.ar/jurisprudencia-argentina