

SEPARATA

Desarrollo Económico Revista de Ciencias Sociales

Vol. 36

Abril - junio 1996

Nº 141

DELIA FERREIRO RUBIO Y MATTEO GORETTI

CUANDO EL PRESIDENTE GOBIERNA SOLO Y URGENCIA HASTA LA REFORMA CONSTITUCIONAL (JULIO 1989-AGOSTO 1994)

Publicación trimestral del

ides

Instituto de Desarrollo Económico y Social
Araoz 2838 ♦ 1425 Buenos Aires ♦ Argentina
Teléfono: 804-4949 ♦ Fax: (541) 804-5856

Desarrollo Económico, vol. 36, Nº 141 (abril-junio 1996)



CUANDO EL PRESIDENTE GOBIERNA SOLO MENEM Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA HASTA LA REFORMA CONSTITUCIONAL (JULIO 1989 - AGOSTO 1994)*

DELIA FERREIRA RUBIO** y MATTEO GORETTI***

I. Introducción

El gobierno del presidente Menem se ha caracterizado, en el aspecto institucional, por una creciente concentración de poder en el Ejecutivo. Tanto el Congreso como el Poder Judicial y los organismos de control de la actividad de la administración han sufrido presiones y embates del Ejecutivo que no siempre han sabido responder con eficacia¹. En otros casos, la concentración de poder se ha visto facilitada por el propio Congreso a través de la delegación de facultades a favor del presidente, o a través de la sanción de leyes que permitieron al Ejecutivo concretar sus aspiraciones, como sucedió con la ley 23.774 que aumentó el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia de cinco a nueve.

Una de las facetas visibles de este fenómeno es lo que, en Argentina, se ha dado en llamar "el decretazo", es decir el gobierno por decreto. La política del presidente Menem se ha concretado, en aspectos tan importantes como privatizaciones y desregulación, a través de decretos del Poder Ejecutivo. Muchos de estos decretos se fundan en las delegaciones que el Congreso formuló a través de las Leyes de Emergencia 23.696 y 23.697 y de la Ley de Consolidación de Deudas del Estado 23.982. Otros decretos, como el que reguló el derecho de huelga (decreto 2.184/90), son ejemplos de la utilización más o menos amplia de la facultad reglamentaria que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo. Por otro lado, los decretos vinculados con la política de racionalización en la función pública han sido dictados, salvo algunas excepciones, en uso de la facultad que la Constitución de 1853 asignaba al presidente como jefe de la administración general del país. Menem dictó

* Los autores agradecen a Juan Carlos Torre sus comentarios a una versión preliminar de este trabajo.

** Centro de Estudios para Políticas Públicas Aplicadas. [ECEPPA/Maipú 742, 2º C / 1006 Buenos Aires / Argentina / Teléfax: (54 1) 325-7859.]

*** CEPPA e Instituto Torcuato Di Tella.

¹ Para sólo citar algunos ejemplos: en 1989, Menem nombró al procurador general de la Corte Suprema por decreto y sin acuerdo del Senado, por primera vez en gobiernos constitucionales desde 1853. En octubre del mismo año, también por decreto, destituyó a cuatro de los cinco miembros del Tribunal de Cuentas, un organismo de control administrativo. En febrero de 1991, el presidente Menem dejó cesante al fiscal de Investigaciones Administrativas, cargo que tradicionalmente había gozado de la misma estabilidad de los jueces. Moiras -el fiscal cesanteado-, que había sido designado con acuerdo del Senado, planteó judicialmente el caso. Finalmente la Corte Suprema apoyó la decisión del presidente. C.S.J.N. 24/09/91. "Moiras, R. c/ Poder Ejecutivo Nacional", La Ley, 1992-A-337 y ss.

también algunos decretos de importancia para la Capital Federal, amparado en su carácter de "jefe inmediato y local de la Capital de la Nación", de acuerdo con el art. 86 inc. 3 de la Constitución de 1853². Todos éstos son decretos delegados, decretos reglamentarios o decretos autónomos y se basan en facultades otorgadas por la Constitución o cedidas por el Congreso a través de las leyes³.

Pero lo que dio lugar a la aparición del término "decretazo" fue la inusual frecuencia con que el Poder Ejecutivo dictaba "decretos de necesidad y urgencia". A través de éstos, el Poder Ejecutivo "legisla" por vía de decreto, asumiendo competencias legiferantes atribuidas por la Constitución al Congreso, sin que medie delegación ni autorización alguna. Estos decretos no eran nuevos en el panorama legal argentino. Entre 1853 y julio de 1989 se habían dictado aproximadamente 35. El presidente Menem dictó, entre julio de 1989 y agosto de 1994, 336 decretos de necesidad y urgencia, a través de los cuales, por ejemplo, creó impuestos, derogó leyes o modificó relaciones contractuales privadas.

Este trabajo no abarca la totalidad del fenómeno del gobierno por decreto. Nuestro análisis se centra en los decretos de necesidad y urgencia, es decir aquellos dictados por el presidente sin autorización constitucional ni legal, entre 1989 y 1994 antes de la reforma constitucional. Nuestro objetivo es aportar datos sobre una de las experiencias más ricas en América Latina en materia de gobierno por decreto. Como veremos, la reforma de 1994 ha constitucionalizado esta práctica y, por tanto, a partir de la vigencia de la Constitución reformada los decretos han dejado de ser iniciativas paraconstitucionales.

II. Marco institucional

1) El presidente Menem y el Congreso

El presidente Carlos Menem asume el gobierno de la Nación en julio de 1989, seis meses antes de lo que hubiera correspondido de acuerdo con los preceptos constitucionales. El presidente saliente, Raúl Alfonsín, renunció a su cargo para facilitar la asunción de Menem, como una forma de aliviar las presiones sobre la economía, en el marco de una crisis que se había tornado inmanejable. A la hiperinflación que se había agudizado desde los primeros meses de 1989, se sumó una ola de protestas sociales en las zonas más densamente pobladas, cuya solución parecía escapar a las posibilidades del gobierno.

El Partido Justicialista, que llevaba como candidato a la presidencia a Menem, había vencido también en las elecciones para diputados nacionales, simultáneas a las presidenciales. Sin embargo, el nuevo presidente tuvo que esperar seis meses—hasta el 10 de diciembre— para que asumieran los nuevos diputados⁴. En este contexto, radicales y

² Amperándose en esta facultad, aunque desconociendo los procesos institucionales previstos por la Ley Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, el presidente derogó por decreto resoluciones aprobadas por el Concejo Deliberante. En 1993, el decreto 52/93 derogó una resolución del Concejo Deliberante que fijaba los sueldos de los concejales. En noviembre del mismo año, por decreto 2353/93, autorizó la realización de la carrera de Fórmula 1 en las calles del Barrio de Palermo, dejando sin efecto una ordenanza que prohíbe las carreras en las calles y las limita al autódromo municipal.

³ La validez de algunos de estos decretos ha sido cuestionada porque, en realidad, el presidente se habría extralimitado en el uso de esas atribuciones. Así lo estableció la Corte recientemente al resolver la inconstitucionalidad de algunos artículos de un decreto supuestamente dictado en virtud de la delegación formulada por la Ley de Emergencia 23.698. CSJN, 2/12/93. "Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otros s/ Acción de Amparo".

⁴ Sólo se adelantó el recambio presidencial. En cuanto a la asunción de los nuevos diputados y senadores se mantuvo el esquema constitucional y la renovación parcial de las Cámaras se produjo el 10 de diciembre de 1989. Cuando el presidente Menem asume el cargo, en julio de 1989, en la Cámara de Diputados, el Partido Justicialista contaba con 106 bancas, mientras el Partido Radical tenía 114 sobre un total de 254. En el Senado, el Justicialismo tenía 20 bancas propias sobre un total de 46 y el Partido Radical, 19.

peronistas acordaron impulsar en el Congreso la sanción de una serie de leyes que el gobierno entrante exigía para contar con herramientas adecuadas para paliar la crisis.

En diciembre de 1989, el Congreso quedó conformado de la siguiente forma: el partido de gobierno—Partido Justicialista—contaba con la mayoría absoluta en el Senado; mientras que en la Cámara de Diputados sumaba 112 bancas sobre un total de 254. Si bien en la Cámara Baja el partido de gobierno no tenía mayoría absoluta, podía, con el apoyo de partidos aliados, lograr quórum propio para sesionar, sin necesidad de contar con la presencia de los 90 diputados de la Unión Cívica Radical, principal partido de oposición⁵.

Cuando asume el presidente Menem, en medio de una gran crisis económica y con alto grado de inflación e inestabilidad, envía al Congreso dos proyectos de ley que, a juicio del Ejecutivo, constituirían la base de su plan de acción para enfrentar la crisis. La oposición no obstaculizó el tratamiento de los proyectos, que fueron rápidamente sancionados. Se trata de las leyes de Emergencia Administrativa (Ley 23.696) y de Emergencia Económica (Ley 23.697).

Simultáneamente con la sanción de estas leyes que declaran un estado de emergencia, el gobierno intensificó la utilización de los decretos de excepción, llamados de necesidad y urgencia, a través de los cuales tomó una serie de medidas que eran resorte exclusivo del Congreso. La prédica oficial hizo hincapié en la lentitud del Congreso y en la imposibilidad de esperar la sanción de las leyes. Las declaraciones de los funcionarios y los actos del Ejecutivo agudizaron el conflicto entre los dos poderes. En algún momento, incluso, el Poder Ejecutivo estudió la posibilidad de clausurar el Congreso. La filtración de la noticia originó una denuncia del ex presidente Alfonsín⁶, la reacción de algunos legisladores⁷ y la atención de la prensa, con lo cual se frustró aquella clausura.

El Poder Ejecutivo—que en el caso argentino cuenta con derecho de iniciativa, es decir, la facultad de presentar proyectos de ley—envió numerosos proyectos a las cámaras y presionó públicamente para una sanción rápida y sin modificaciones. La presión se manifestó a través de la amenaza de la utilización de dos herramientas: el veto, si se introducían modificaciones, y el decreto de necesidad y urgencia, si el Congreso no sancionaba las iniciativas⁸.

⁵ A partir del 10 de diciembre de 1991, el Partido Justicialista contó en la Cámara de Diputados con 118 bancas sobre un total de 257, la Unión Cívica Radical tenía 84 bancas, la Unión de Centro Democrático (allado del partido oficial, en la mayoría de las volaciones) contaba con 10 bancas (la incorporación de tres bancas al total de la Cámara se debió a la creación de la Provincia de Tierra del Fuego).

⁶ A partir del 10 de diciembre de 1993 la integración de la Cámara de Diputados es la siguiente: el bloque Justicialista cuenta con 128 diputados y la Unión Cívica Radical tiene 83 bancas sobre un total de 257.

⁷ En el Senado, a partir del 10 de diciembre de 1989, el Partido Justicialista tuvo 26 de las 46 bancas y el Partido Radical, 14. Desde el 10 de diciembre de 1992, el Partido Justicialista cuenta con 30 bancas sobre un total de 48 y el Partido Radical tiene 11 bancas (la incorporación de dos bancas al Senado es resultado de la creación de la Provincia de Tierra del Fuego).

⁸ El Partido Justicialista controlaba también, en 1989, la mayoría de los gobiernos de las entonces 22 provincias argentinas. El Partido Radical gobernaba en dos de ellas, Córdoba y Río Negro, y tres de ellas estaban en manos de partidos provinciales.

⁹ Ver denuncia del ex presidente Alfonsín, *La Nación*, 8/3/90. El diputado Yoma, del Partido Justicialista y presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara Baja, dijo a la prensa que Alfonsín "tiene razón" en formular una denuncia "que no es descabellada" porque "existió un documento en ese sentido que fue recibido por varios legisladores y que yo consideré disparado". *La Nación*, 9/3/90.

⁷ En el Congreso, a pesar del revuelo, se presentó un solo proyecto de resolución al respecto y el tema no fue tratado en el recinto por ninguna de las cámaras. El proyecto fue del diputado J. Baylac y otros 15 diputados de la Unión Cívica Radical. Expte 4148-D-89, TP 14/03/90.

⁹ Entre otros casos, puede mencionarse el de la Ley de Jubilaciones; ver declaraciones del presidente en *La Nación*, 3/6/92, *Página 12*, 20 y 26/6/92. Otro tanto sucedió con la regulación del derecho de huelga—ver declaraciones del presidente en *La Nación*, 26/7/90—; con la transformación de SEGBA, paso previo a la pri-

La Constitución otorga al Poder Ejecutivo la facultad de vetar los proyectos sancionados por el Congreso. El veto puede ser total o parcial y en ambos casos, según la Constitución de 1853, el texto íntegro del proyecto debe volver al Congreso. El veto sólo puede ser derrotado por una mayoría calificada de dos tercios de los votos en cada una de las cámaras.⁹ Por ejemplo, de los 625 proyectos de ley sancionados por el Congreso entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el Poder Ejecutivo vetó en forma total 37 proyectos y en forma parcial 41. En el caso de los vetos parciales el Ejecutivo, en el período analizado, utilizó sistemáticamente una medida de dudosa constitucionalidad—aunque con antecedentes en el pasado—: la promulgación parcial del texto legal en aquellas partes que no ha sido objeto de veto.¹⁰ Como veremos más adelante, el Ejecutivo utilizó el veto cuando el Congreso dejó sin efecto algunas normas de los decretos de necesidad y urgencia o cuando sancionó leyes que no coincidían con la política adoptada a través de esos decretos.

La utilización reiterada de decretos de necesidad y urgencia ha sido, desde la asunción del presidente Menem, una constante fuente de conflicto con el Congreso. A comienzos de 1991¹¹, cuando Domingo Cavallo asume como ministro de Economía, la tensión pareció disminuir frente a la expresa y pública voluntad del ministro de no dejar de lado al Congreso y no usurpar sus facultades. En aquel período se logró la sanción de la Ley de Convertibilidad, pieza clave del esquema económico del equipo de Cavallo y pilar de la estabilidad económica.

El ministro Cavallo publicó un artículo, en octubre de 1991, en el que afirmaba que "sancionar leyes es más difícil que redactar decretos de necesidad y urgencia. Pero la normalidad lograda a través de esas leyes produce una estabilidad jurídica superior, porque crea la conciencia de soluciones mucho más sólidas y perdurables, generando condiciones propicias para inducir la inversión y consecuentemente el crecimiento económico".¹² Sin embargo, durante la gestión del ministro Cavallo, la cantidad e importancia de los temas regulados por el Poder Ejecutivo en uso de atribuciones legislativas, a través de decretos de necesidad y urgencia, no disminuyó sino que se mantuvo en el alto promedio del período pre Cavallo. El año 1991 fue precisamente en el que el Ejecutivo dictó más cantidad de decretos de necesidad y urgencia dentro del período analizado. En 1993, Cavallo reconoció el "récord" de decretos que ostenta el gobierno de Menem y lo justificó afirmando que sin ellos "no se hubiera podido instrumentar más de un veinte por ciento de la reforma económica".¹³

2) La Corte Suprema

A mediados de 1989, sólo la Corte Suprema de Justicia se mantenía alejada del control del gobierno. La primera estrategia del gobierno, para aumentar su influencia en la

votación del sector eléctrico—ver *La Nación*, 26/6/91—; con la ley de consolidación de las deudas del Estado—ver *Página 12*, 16/8/91—; con el Pacto Fiscal con las provincias—ver declaraciones del ministro del Interior en *La Nación*, 17/8/91—; con la privatización de YPF—ver declaraciones del presidente en *Clarín*, 18/9/92—. Ver también el reportaje al presidente Menem, al cumplir tres años de gobierno, en *La Nación*, 8/7/92.

⁹ Sobre la importancia del poder de veto, ver M. SHUGART Y J. CAREY: *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992, en especial, caps. 7 y 8.

¹⁰ La Constitución de 1853 facultaba al Poder Ejecutivo a vetar parcialmente un proyecto de ley, pero no autorizaba su promulgación parcial. La promulgación parcial supone que las partes no vetadas del proyecto de ley aprobado por el Congreso adquieren carácter de ley. La reforma constitucional de 1994 incorporó la facultad del Poder Ejecutivo de promulgar parcialmente las leyes, si las normas promulgadas tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. C.N., art. 80.

¹¹ M. GORETTI: 'El "decreto": un hábito que erosiona la credibilidad', *Ámbito Financiero*, 30/4/91.

¹² *La Nación*, 2/10/91.

¹³ *La Nación*, 3/10/89, y *Página 12*, 1/09/93.

Corte, fue tratar de conseguir la renuncia de algunos de los ministros.¹⁴ Al no conseguir las vacantes a través de las renunciaciones, el Ejecutivo envió al Senado un proyecto de ley ampliando el número de miembros de la Corte de cinco a nueve. Tal como lo había intentado Roosevelt en 1937¹⁵, Menem buscaba por vía de la ampliación de la Corte garantizar el respaldo judicial a su política. La Corte respondió, en duros términos, a través de la Acordada 44¹⁶, rebatiendo los argumentos del Ejecutivo. Tanto los argumentos de Menem como los de la respuesta de la Corte son similares a los del presidente y la Corte norteamericana en 1937¹⁷. Sin embargo, en el caso argentino, la solución del tema sería distinta: el Senado aprobó la iniciativa en setiembre de 1989 y la remitió a la Cámara de Diputados.

La Corte Suprema se había negado a admitir los argumentos de la crisis económico-financiera de los organismos previsionales, durante el gobierno de Alfonsín, declarando que las medidas de emergencia eran competencia del Congreso.¹⁸ Nadie podía anticipar qué actitud adoptaría frente a los decretos de necesidad y urgencia que empezaban a abundar en Argentina. En enero de 1990, Menem dictó el decreto de necesidad y urgencia 36/90, que ordenaba la restitución del dinero depositado a plazo fijo con Bonex, lo cual hacía aun más urgente la solución del tema de la composición de la Corte Suprema, sobre todo por la gran cantidad de juicios que cuestionaban la medida.¹⁹

Finalmente, el 5 de abril de 1990 fue sancionada la Ley 23.774²⁰. Para ese entonces ya se había producido la renuncia de uno de los ministros de la Corte y poco después se produciría otra renuncia. Entre abril y mayo de 1990, el presidente Menem designó con acuerdo del Senado a seis ministros de la Corte sobre un total de nueve.

Como dijimos ya, otro hecho trascendente vinculado con la Corte Suprema, y demostrativo del estilo de gobierno del presidente Menem, fue el reemplazo del procurador general de la Corte y la designación de su reemplazante por decreto y sin acuerdo del Senado por primera vez en la historia constitucional argentina²¹.

III. La emergencia económica

Dos factores contribuyeron a facilitar la concentración de poder en manos del Poder Ejecutivo: por un lado, el control que el partido de gobierno tenía sobre los principales ámbitos institucionales públicos como las Cámaras del Congreso, la Corte Suprema de

¹⁴ Sobre el particular, ver H. VERBITSKY: *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Planeta, Bs. As., 1993, en especial pp. 33 y ss.

¹⁵ Sobre el tema: R. PACELLE: *The Transformation of the Supreme Court's Agenda. From the New Deal to the Reagan Administration*, Westview Press, Boulder, 1991; R. SOLUANO: *The Supreme Court and the Presidency*, Free Press, Nueva York, 1971; A. COX: *The Supreme Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Co, Boston, 1987, en especial, cap. 8.

¹⁶ Ver texto completo de la acordada 44 en *La Nación*, 23/9/89. En el considerando 13 de la acordada, la Corte Suprema sostuvo que "En la medida de la falibilidad humana, interesa la Corte a la subsistencia misma del régimen democrático. Porque como lo ha señalado la mejor doctrina, una institución semejante no se complace con los gobiernos autoritarios, en cuanto es de la esencia de ellos la liberación de las trabas de la Constitución y de la ley".

¹⁷ Ver Mensaje del presidente Roosevelt al Congreso de los Estados Unidos (5/02/37) y carta del juez Hughes—presidente de la Corte—al senador Wheeler (2/10/37) en: O. STEPHENS, Y G. RATHEN: *The Supreme Court and the Allocation of Constitutional Power*, Freeman Co., San Francisco, 1980, pp. 47 y ss.

¹⁸ CSJN, 30/09/86, caso Rolón Zappa, Fallos 308:1848, este fallo fue el antecedente inmediato de uno de los decretos de necesidad y urgencia del presidente Alfonsín, el decreto 2196/86.

¹⁹ Ver *Página 12* del 1/2/90.

²⁰ Sobre las irregularidades en el trámite parlamentario en la Cámara de Diputados, ver: R. BAGLUS, A. D'AMBROSIO Y H. ORLANDO: *Juicio a la Corte*, Bs. As., 1993, pp. 41 y ss.

²¹ Ver al respecto, H. VERBITSKY, ob. cit., pp. 39-41.

Justicia, el Ministerio Público y los órganos de fiscalización y control. El Partido Justicialista controlaba, además, la mayoría de los gobiernos provinciales. El segundo factor fue la concentración de expectativas en el Ejecutivo que se produce frente a las crisis económicas, que generan en la opinión pública una fuerte demanda de gobernabilidad y eficacia en la solución de los problemas. Por su conformación institucional, el Ejecutivo tiene mayor capacidad de acción y reacción rápida, lo que le permite satisfacer la demanda de eficacia.²²

La emergencia estuvo presente durante la administración de Alfonsín. Para enfrentarla, el gobierno acudió en contadas oportunidades a decretos de necesidad y urgencia y buscó la mayoría de las veces la correspondiente aprobación parlamentaria.²³

El presidente Menem entendió que la situación de emergencia en que se hallaba el país requería la concentración de poder en manos del Poder Ejecutivo. Recurrió entonces a la ampliación de sus facultades, a través de la delegación de atribuciones por parte del Congreso, y a la utilización de una serie de recursos de dudosa legalidad pero muy efectivos a la hora de tomar decisiones rápidas y efectivamente –los decretos de necesidad y urgencia–. En este marco, el Ejecutivo exigió la sanción por el Congreso de dos leyes marco –las Leyes de Emergencia–, mediante las cuales el Poder Legislativo le delegaba una serie de facultades muy amplias para intervenir abiertamente en el proceso económico, en el control del gasto público y en la privatización de las empresas del Estado.

La importancia de la delegación operada a través de las leyes de emergencia surge con claridad cuando se analizan las medidas y políticas que el gobierno llevó adelante en uso de las facultades delegadas. La privatización de empresas públicas como Entel y Aerolíneas Argentinas se llevó a cabo por el Ejecutivo, con meras notificaciones a la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones. Otro tanto sucedió con importantes aspectos de la política de desregulación que se desarrollaron en base a decretos amparados por la delegación del Congreso.

No deben confundirse estos decretos delegados con los decretos de necesidad y urgencia cuyo análisis es el punto central de este trabajo. La diferencia esencial radica en el fundamento de ambos tipos de decretos. Mientras al dictar decretos o reglamentos

22 J. C. TORRE: "América Latina. El gobierno de la democracia en tiempos difíciles", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, Nº 74, octubre-diciembre 1991, p. 155. Del mismo autor, ver: "The Politics of Economic Crisis in Latin America", *Journal of Democracy*, vol. 4, Nº 1, enero 1993. Ver también, G. O'DONNELL: "Estado, democratización y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, Nº 128, Caracas, noviembre-diciembre 1993, pp. 62 y ss.; A. PRZEWORSKI: *Democracy and the Market*, Cambridge University Press, New York, 1991, y L. BRESSER PEREIRA, J. MARAVALL y A. PRZEWORSKI: *Economic Reforms in New Democracies. A Social-Democratic Approach*, Cambridge University Press, New York, 1993.

23 El gobierno de Alfonsín (diciembre 1983-julio 1989) emitió 10 decretos de necesidad y urgencia. En todos los casos se adujeron razones vinculadas con emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado. Veamos algunos ejemplos:

- Decreto 1096/85, conocido como "Plan Austral", que dispuso la reforma y el cambio del signo monetario. Un año más tarde fue ratificado por ley del Congreso. El Poder Ejecutivo argumentó en el decreto que "las medidas resueltas sólo pueden ser efectivas si se disponen sin preaviso".

- Decreto 2192/86, por el cual se derogaron las llamadas normas de enganches salariales en el seno de la Administración Pública Nacional.

- Decreto 2196/86, declaratorio del estado de emergencia del sistema previsional. El mismo dispuso, en lo esencial, la suspensión de los juicios por cuestiones previsionales hasta el 21 de diciembre de 1988. El gobierno invocó como razón del dictado de este decreto el receso del Congreso.

- Decreto 632/87, declaratorio del estado de emergencia agropecuaria.

- Decreto 1411/87, por el que se suspendió la intervención del Tribunal de Cuentas en la ejecución de actos administrativos, a raíz de una huelga de su personal. Ver M. GORETTI: "Gobernar la administración: los decretos de necesidad y urgencia y la gestión pública" (mimeo), INAP, Bs., 1991.

delegados el Poder Ejecutivo hace uso de facultades propias del Congreso que éste le ha transmitido, en el caso de los decretos de necesidad y urgencia el presidente se autoatribuye facultades propias del Congreso, sin que por lo tanto medie delegación ni autorización o consentimiento previo.

Como dijimos, el tema de nuestra investigación no abarca la totalidad de los decretos del gobierno de Menem, sino sólo un aspecto del "gobierno por decreto", aquel referido a los decretos de necesidad y urgencia, dictados sin autorización constitucional, ni delegación de facultades por parte del Congreso. Para comprender, entonces, la real magnitud e importancia del "gobierno por decreto" en Argentina hay que sumar a los muchos decretos de necesidad y urgencia dictados, aquellos que son derivados de la delegación de facultades operada a través de las leyes de emergencia. La delegación de facultades del Congreso al Poder Ejecutivo no es un hecho nuevo en Argentina, aunque las delegaciones son cada vez más importantes. La presidencia de Menem marcó un hito en el "gobierno por decreto" no por los decretos delegados, sino por la reiterada utilización de los decretos de necesidad y urgencia que habían sido sólo medidas extraordinarias en la vida jurídico-institucional argentina hasta 1989.

IV. Los decretos de necesidad y urgencia

Según la Constitución de 1853, el presidente tenía facultad para dictar tres tipos de decretos: "de ejecución" (reglamentario de una ley dictada por el Congreso); "autónomo" (cuando el Ejecutivo regula por sí una materia que le es reservada por la Constitución como facultad privativa); "delegado" (regula materias propias del Congreso, en virtud de la delegación de facultades ordenada por el propio Poder Legislativo). Los decretos de necesidad y urgencia no integran el conjunto de facultades presidenciales. Sin embargo, desde 1853, ante situaciones de notable gravedad institucional o de crisis económica, los presidentes argentinos dictaron decretos de necesidad y urgencia, asumiendo para sí facultades que, en el esquema constitucional, correspondían al Congreso.²⁴

Los decretos de necesidad y urgencia encuentran su justificación y fundamento en situaciones extraordinarias que exigen soluciones también extraordinarias. Al dictar decretos de necesidad y urgencia el presidente "legisla" y, asumiendo facultades del Congreso,

²⁴ En los tiempos de la organización nacional, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Carlos Tejedor, se levanta en armas en 1860 en contra del gobierno nacional. El presidente Avellaneda emite un decreto de necesidad y urgencia -Nº 11.543- por el cual tratada temporalmente los poderes del gobierno central al pueblo de Belgrano (a pocos kilómetros de la ciudad de Buenos Aires). Este decreto estuvo acompañado por otro que declaraba el estado de sitio. Ambas normas recibieron sanción legislativa a mediados de ese año.

En 1891, mediante el decreto de necesidad y urgencia del 8 de marzo, se autorizó la impresión de 100 millones de pesos en títulos de la deuda interna. Esta medida se dictaba en un contexto de fuerte crisis de endeudamiento de los bancos.

El decreto del 22 de mayo de 1914 nombró una comisión de vecinos de Buenos Aires en sustitución del Consejo Deliberante, órgano legislativo de la ciudad.

El dictado de los decretos 31.864 y 31.865, ambos de diciembre de 1933, permitieron al gobierno intervenir en la comercialización de granos, regulándola y estableciendo precios básicos.

El decreto 2639 de 1960 estableció el "Plan Conintes", por el que se implantaba un esquema de seguridad interna y se extendía la jurisdicción de los tribunales militares a los civiles. La Corte convalidó la constitucionalidad de este decreto en el caso "Rodríguez".

Durante la presidencia constitucional de Perón-Perón (1973-76) se dictaron decretos de necesidad y urgencia vinculados a la comoción interior que vivía la Argentina en aquel entonces; entre ellos, pueden mencionarse los decretos 807/75 y 842/76, reglamentarios del derecho de salir del país previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y el decreto 2717/75 que prorrogó el estado de sitio.

Pueden consultarse otros ejemplos en N. LUGONES, A. GARAY, S. DUCCO y S. CORCUERA: *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia*, Ed. La Ley, Bs., 1992, pp. 125 y ss.

Los decretos de necesidad y urgencia argentinos, en el período comprendido por esta investigación, son equiparables, desde el punto de vista constitucional, a algunas decisiones del presidente de los Estados Unidos. En 1942, durante la Segunda Guerra Mundial, el presidente Roosevelt dictó la *Executive Order* 9066 (19/2/42), que fue el fundamento de la Orden de Exclusión N° 34, por la cual se ordenaba la detención preventiva y relocalización de la población de origen japonés. La Corte decidió que esta medida del presidente era constitucional²⁹, a pesar de que, como reconoció el juez Black: "Todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un único grupo racial son inmediatamente sospechosas"³⁰. En 1952, durante la Guerra de Corea, ante una huelga que, a juicio del Ejecutivo ponía en peligro la defensa de los Estados Unidos, el presidente Truman ordenó la confiscación de las acerías; lo hizo a través de una *Executive Order* (10.340 del 8/04/52). La decisión no se fundaba en ninguna atribución concreta la decisión del ni de la Constitución ni de la ley³¹. La Corte Suprema declaró inconstitucional la decisión del presidente³². Durante la crisis por los rehenes en Irán, el presidente Carter ordenó a través de una serie de *Executive Orders*, la nulidad de algunos embargos y la suspensión de procesos judiciales privados. La Corte Suprema decidió a favor de la validez de las medidas del Ejecutivo³³.

Especialmente a partir de la presidencia de Roosevelt, las *Executive Orders* fueron utilizadas por los presidentes para tomar medidas que, en rigor, hubieran requerido la acción del Congreso³⁴. Este tipo de *Executive Orders* son comparables en su factura institucional y en su estructura jurídica a los decretos de necesidad y urgencia del presidente argentino entre 1853 y 1994.

V. Los decretos de emergencia del presidente Menem: uso y abuso

1) 336 decretos de necesidad y urgencia

Entre julio de 1989 y el 24 de agosto de 1994 (día de entrada en vigencia de la reforma constitucional), el presidente Menem dictó 336 decretos de necesidad y urgencia. La cifra adquiere importancia comparada con los no más de 35 que dictaron todos los presidentes constitucionales entre 1853 y 1989. No todos estos decretos fueron reconocidos por el Poder Ejecutivo con ese carácter. En 166 casos, es decir el 49 %, se menciona en los considerandos de la norma el carácter de necesidad y urgencia. En el resto, 170 casos (51 %), el Poder Ejecutivo ha obviado mencionar tal carácter en decretos que indudablemente son de necesidad y urgencia.

Para la identificación de estos 170 decretos fue necesario revisar todos los decretos emitidos por el presidente Menem a lo largo de casi 62 meses de gestión (más de 13.500

²⁹ En el caso "Korematsu v. Estados Unidos", 323 U.S. 214 (1944).

³⁰ Ver voto en STEPHENS Y RATHEN, ob. cit., pp. 329 y ss.

³¹ Ver al respecto, entre otros, E. CORWIN: *Presidential Power and the Constitution*, Cornell Univ. Press, Ithaca/Londres, 1976, pp. 121 y ss.; R. PIOUS: *The American Presidency*, Basic Books Inc., Nueva York, 1979, pp. 47 y ss.

³² En el caso "Youngstown Sheet & Co. v. Sawyer", 343 U.S. 579 (1952). Ver W. REINHOLST: *The Supreme Court. How it was and how it is*, Morrow & Co., Nueva York, 1987, cap. 3, pp. 61 y ss.

³³ En el caso "Dames & Moore v. Reagan", 453 U.S. 654. Ver, al respecto, L. TRIBE: *American Constitutional Law*, 2a. ed., The Foundation Press, Nueva York, 1988, pp. 238 y ss.

³⁴ Ver G. KING Y L. RACSDALE: *The Executive Order*, CO Press, Washington, 1988, p. 121 y ss.; M. SMITH Y C. COLLIER: *Powers of the President during Crises*, Da Capo Press, Nueva York, 1972; L. FISCHER: *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1985, cap. 9; D. FRANZINI: *Extraordinary Measures. The Exercise of Prerogative Powers in the United States*, Pittsburgh Univ. Press, Pittsburgh, 1991.

modifica o deroga leyes o sanciona normas con rango de ley. En este sentido, los decretos de necesidad y urgencia²⁵ hacen excepción transitoria al principio de división de los poderes que establece la Constitución argentina de acuerdo con la matriz norteamericana que heredó, ya que a través de estos decretos el Ejecutivo dicta normas con rango y fuerza de ley, incluso modificando o derogando las leyes vigentes.

Durante la vigencia de la Constitución de 1853, la doctrina estaba dividida con respecto a la validez constitucional de estos decretos²⁶. La reforma constitucional de 1994 incorporó expresamente la facultad del presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia siempre que existiesen circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir el procedimiento legislativo ordinario.

Los decretos de necesidad y urgencia, ahora incorporados a la Constitución argentina, tienen importantes antecedentes en otras constituciones. Por ejemplo, las constituciones de Francia, España e Italia prevén en sus textos este tipo de normas excepcionales. En efecto, los textos constitucionales de Francia (art. 16), España (art. 86, apartado 1) e Italia (art. 77) otorgan al órgano ejecutivo la facultad de dictar este tipo de decretos y obliga, con excepción de Francia, a enviarlos inmediatamente al Parlamento para su consideración.

También algunos textos constitucionales de raigambre presidencialista²⁷ han incluido disposiciones similares que, en opinión de algunos autores, romperían con el principio de separación de poderes y de frenos y contrapesos del orden republicano. Algunos de estos ejemplos están plasmados en el ordenamiento constitucional de tres provincias argentinas. Las constituciones de las provincias de Salta, San Juan y Río Negro autorizan al gobernador a dictar decretos de emergencia, utilizando excepcionalmente facultades propias de la Legislatura provincial. Los puntos en común de los textos constitucionales de estas tres provincias argentinas en lo referente a los decretos de necesidad y urgencia apuntan a señalar el carácter excepcional de estas medidas, la observancia de una serie de requisitos relativos tanto a consultas previas con algunos órganos del estado provincial como al envío del decreto a la Legislatura para su consideración. En todos los casos, además, se prevé su aprobación de hecho transcurrido una determinado tiempo²⁸.

²⁵ Los decretos de necesidad y urgencia no deben confundirse con los llamados "decretos-leyes" que son, en el derecho argentino, las "leyes" dictadas durante los gobiernos de facto.

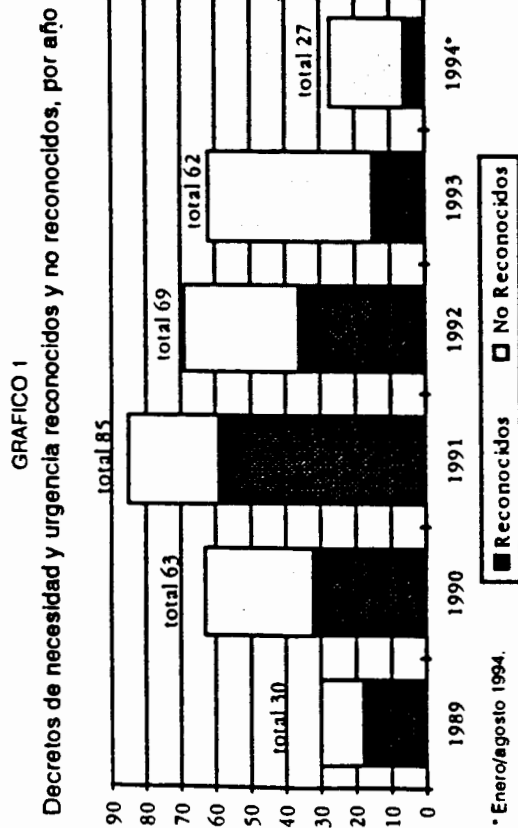
²⁶ Ver al respecto D. FERREIRA RUBIO Y M. GORETTI: "Gobierno por decreto en Argentina (1989-1993)", *El Derecho*, 27/6/94.

²⁷ C. de Perú (1993), art. 118 inc. 19; "Corresponde al presidente de la República... dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia". Ver J. CAREY Y M. SHUGART: *Presidents and Assemblies...* ob. cit.

²⁸ Las constituciones de Salta (art. 142) y Río Negro (art. 181 inc. 6) facultan al gobernador de la provincia a dictar decretos sobre materias de competencia legislativa en casos de necesidad y urgencia o de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos. Los textos constitucionales prevén, además, una serie de requisitos que debe observar el gobernador al dictar estos decretos bajo apercibimiento de perder su eficacia en forma automática: consensuar la medida en acuerdo general de ministros, previa consulta al fiscal del Estado y al presidente de la legislatura; informar a la provincia mediante mensaje público y emitir el decreto a la legislatura dentro de los cinco días de su dictado, convocando simultáneamente a sesiones extraordinarias si estuviere en receso. Además, transcurridos noventa días desde su recepción por la Legislatura, el decreto de necesidad y urgencia queda convertido automáticamente en ley.

El artículo 143 del texto constitucional riogreño establece un trámite legislativo abreviado para el tratamiento de los decretos de necesidad y urgencia al establecer una única vuelta para su sanción, en vez de dos -votación en general y en particular- que corresponde al resto de los proyectos de ley.

La Constitución de San Juan (art. 157) establece circunstancias y procedimientos similares a los anteriores para el dictado de este tipo de decretos, con algunos cambios y consideraciones adicionales: deben ser ratificados o rectificadas en el término de treinta días, pasados los cuales la ley quedará aprobada; no pueden afectar derechos adquiridos y no puede aplicarse en determinadas materias, por ejemplo, aprobación de tratados, fijación del presupuesto general, autorizar empréstitos, etcétera.



decretos de todo tipo) e indagar, en los casos que presentaban dudas, si el Poder Ejecutivo tenía o no facultad para su dictado, bien porque así lo estableciera la Constitución, bien por tratarse de una facultad delegada por el Congreso. Por lo tanto, forman parte del grupo de los 170 aquellos decretos que indudablemente modifican y derogan leyes, o legislan en materia reservada al Congreso, sin que medie ninguna facultad que permita al Poder Ejecutivo hacerlo por sí solo. Son casos en que el Ejecutivo excede el campo de sus atribuciones³⁵. El gráfico 1 presenta la información que venimos comentando.

En 1989, sobre un total de 30 decretos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo reconoció 18. En 1990, reconoció 32 sobre 63. En 1991, reconoció 59, sobre un total de 85. En 1992, del total de 69 el Ejecutivo reconoció como de necesidad y urgencia 36 decretos. En 1993, se dictaron 62 decretos de necesidad y urgencia, de los cuales 15 fueron reconocidos como tales³⁶. Finalmente, durante 1994 y hasta la sanción de la reforma constitucional, el presidente Menem dictó 27 decretos de necesidad y urgencia, reconociendo como tales sólo 6.

³⁵ El criterio utilizado en este análisis ha sido el de incluir sólo aquellos decretos que *sin duda* son de necesidad y urgencia. En aquellos casos en que pueden producirse interpretaciones contradictorias, el decreto no fue incluido en la base de datos. Por ejemplo, entre estos casos figura el decreto 2184/90 sobre derecho de huelga. El Ejecutivo presentó el decreto como reglamentario de las leyes 14.786 (de 1958), 16.936 (de 1966) y 20.638 (de 1974) que regulan la conciliación obligatoria y el arbitraje como forma de solución de los conflictos colectivos de trabajo. En rigor, el decreto avanza sobre los regulados en la ley y limita el ejercicio del derecho de huelga para el caso de los que considera servicios esenciales. Como la cuestión es materia de interpretación jurídica, este decreto no fue incluido en la base de datos.

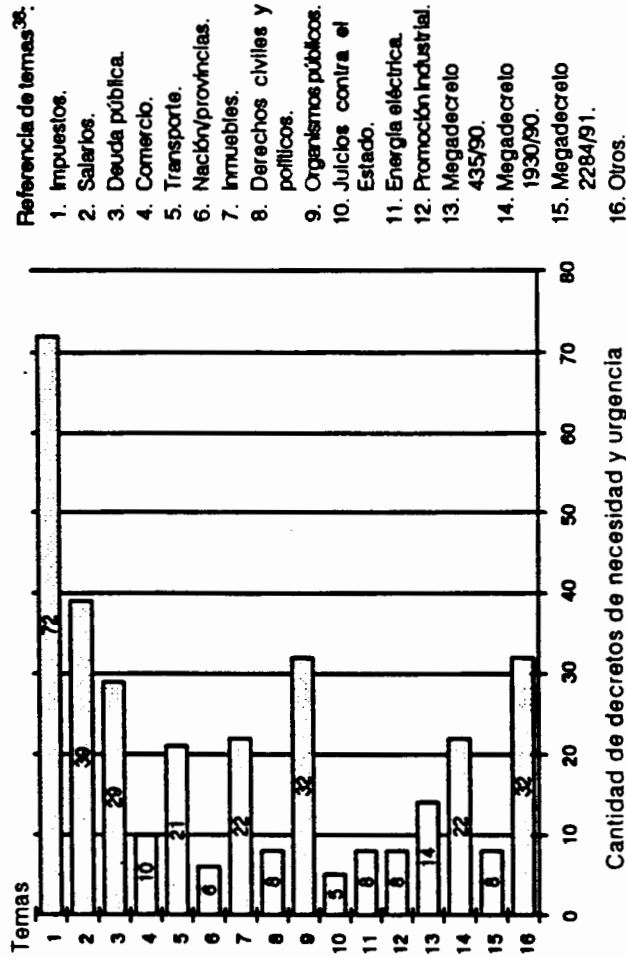
³⁶ Ver D. FERREIRA RUBIO Y M. GORETTI: "The Emergency and the Relationship between the Executive and the Congress, during President Menem's Administration in Argentina: Use and Misuse of Prerogative Powers", en L. LONGLEY, *Working Papers on Comparative Legislative Studies*, RCL-IPSA, Lawrence University, Appleton, 1994, Capítulo 9, pá. 133 y ss. En ese trabajo, 1992 figura con 67 decretos porque sólo se incluyeron los decretos publicados hasta el 31 de diciembre de 1992. En cuanto al aumento de un decreto en 1990, se debe a que el *Boletín Oficial* publicó una versión abreviada del decreto y sólo se lo incorporó a la base cuando pudo verificarse el texto completo. En nuestro trabajo "Gobernar la emergencia: Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)", publicado en *Agora*, N° 3, Invierno 1995, pp. 75 y ss, 1993 figura con 61 decretos. Ello se debe a que para ese caso el cierre de la base de datos fue el 11 de enero de 1994 y con posterioridad se publicó en el *Boletín Oficial* otro decreto de necesidad y urgencia emitido en 1993.

Estos datos muestran, asimismo, una distribución similar de los números a lo largo de los años estudiados, con la única notable excepción de 1991, donde el número de decretos se incrementa de manera importante, ya que pasa de un promedio de algo más de 60 por año a 85. El año 1989 está cerca de los guarismos de 1990, 1992 y 1993 ya que ese valor corresponde en realidad a medio año, es decir, de julio -cuando se hace cargo del gobierno el presidente Menem- a diciembre. En 1994 el promedio de decretos, para los ocho meses considerados, se encuentra levemente por debajo de la media del período.

2) Los temas

Hemos identificado 16 grupos de temas contenidos en los decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente Menem. De ellos, 12 corresponden a temas concretos, y otros 3 son los que están íntimamente relacionados con los decretos ómnibus o megadecretos³⁷ -435/90, 1930/90 y 2284/91- y el último grupo es una categoría residual.

GRAFICO 2
Temas de los decretos de necesidad y urgencia



³⁷ Llamamos "megadecretos" o decretos ómnibus a aquellos que incluyen normas sobre una gran cantidad de temas y que modifican varias leyes. Por ejemplo, el megadecreto 2284, de desregulación, derogó o modificó no menos de 43 leyes del Congreso.

³⁸ Temas:

1. Impuestos: impuestos y tasas, gravámenes, exenciones, franquicias tributarias, política fiscal.
2. Salarios: salarios y remuneraciones, asignaciones salariales y familiares, regímenes salariales y de negociaciones salariales, horas extras, jubilaciones y pensiones, retribuciones y sumas remunerativas y no remunerativas.
3. Deuda pública: consolidación, creación, refinanciación y cancelación, Bonos y Bonos externos, Divisas.
4. Comercio: comercio y comercialización, importaciones y exportaciones.
5. Transporte: desregulación del sector, transporte marítimo, fluvial, aéreo, terrestre y automotor. Condiciones laborales. Registro de buques.

Como resulta evidente, la categoría que concentra la mayor cantidad de decretos de necesidad y urgencia es la correspondiente al tema "impuestos", con el 21 % de los decretos. A esta cifra hay que agregar otros decretos que, sin estar dedicados íntegramente a temas impositivos, contienen normas sobre el particular (por ejemplo, el decreto 2284/91).

El análisis, año a año, de los temas que regulan los decretos de necesidad y urgencia permite detectar los aspectos que concentraron el interés del Poder Ejecutivo.

CUADRO 1
Decretos de necesidad y urgencia por tema y por año

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	Total
Impuestos	2	7	23	17	21	2	72 (21%)
Salarios	18	9	3	-	2	7	39 (12%)
Deuda pública	5	14	6	3	1	1	29 (9%)
Comercio	-	-	-	5	3	2	10
Transporte	-	-	3	8	7	3	21 (6%)
Nación/provincia	-	-	-	4	1	1	6
Inmuebles	-	3	6	3	7	3	22 (7%)
Derechos civiles y políticos	2	-	2	1	-	3	8
Organism. públicos	1	11	7	5	5	3	32 (10%)
Juicios contra el Estado	-	-	5	-	-	-	5
Energía eléctrica	-	4	1	2	1	-	8
Promoción Industrial	-	3	3	1	-	-	8
Megadecreto 435/90	-	7	5	-	2	-	14 (4%)
Megadecreto 1930/90	-	5	11	6	-	-	22 (7%)
Megadecreto 2284/91	-	-	4	3	1	-	8
Otros	2	-	7	11	10	2	32 (10%)
Total	30	63	85	69	62	27	336 (100%)

La primera etapa de la administración Menem, más precisamente la segunda mitad de 1989 y los primeros meses del año siguiente, estuvo signada por una alta inflación que deterioró considerablemente los salarios. El gobierno intervino otorgando sumas adicionales que rompían con los convenios salariales, tanto para el ámbito público como para el privado. Tan sólo en 1989 se emitieron 18 decretos sobre esta materia, lo que representa el 60 % de todos los decretos de necesidad y urgencia emitidos durante ese año.

Durante el año 1990 la atención estuvo centrada en los problemas de financiamiento público debido a la abultada deuda pública interna que mantenía el Tesoro. Se dictó a principio de ese año el decreto 3690 (Plan Bonex) por el cual se congelaron los depósitos a plazo fijo y se dispuso que se restituirían con bonos de deuda, en lugar de dinero efectivo. A esta medida le siguieron inmediatamente otras, tendientes a refinanciar y consolidar esa

(CONTINUACIÓN DE NOTA 38)

- Nación-provincias: relación entre la Nación y las provincias, coparticipación federal de impuestos, transferencias de servicios de la Nación a las provincias.
- Inmuebles: transferencia, enajenación, donación.
- Derechos humanos, civiles y políticos.
- Organismos Públicos: estructura, organización, relaciones, regulación, funciones, funcionamiento, controles, servicios públicos, reestructuración de Empresas del Estado, racionalización, retiro voluntario de personal, indemnizaciones.
- Juicios contra el Estado: suspensión y regulación de juicios.
- Energía eléctrica: declaración de emergencia del sector, subsidios, política tarifaria y energética, deudas, régimen de generación.
- Promoción Industrial.
- Decreto ómnibus 435/90 y directamente vinculados.
- Decreto ómnibus 1930/90 y directamente vinculados.
- Decreto ómnibus 2284/91 y directamente vinculados.
- Otros: contrataciones privadas, televisión, radio, etc.

deuda. El 23 % de los decretos de necesidad y urgencia dictados en 1990 corresponden a esa materia. También el tema "organismos públicos" tuvo un peso relevante ese año, ya que el 18 % de los decretos de necesidad y urgencia estuvieron dirigidos principalmente a contener el gasto del Estado y reestructurar algunas de sus estructuras y organizaciones.

El tema impositivo primó a lo largo de los tres años siguientes: el 27 % de los decretos de necesidad y urgencia de 1991 y el 25 % de los decretos de necesidad y urgencia de 1992 corresponden a esa materia. En 1993, el 33 % de los decretos regularon aspectos impositivos. Esto habla a las claras de hasta qué punto el gobierno, en este caso con Cavallo en el Ministerio de Economía, recurrió a la creación y modificación de impuestos dictando decretos de necesidad y urgencia con el propósito de reorientar la economía a través de la política fiscal y tributaria.

En el período considerado de 1994, la mayor cantidad de decretos está referida al tema jubilaciones, en estrecha consonancia con la aprobación del nuevo régimen de retiros y pensiones aprobado por la ley 24.241, que incorporó la posibilidad de optar por el régimen de capitalización privada.

3) El Congreso y los decretos del presidente Menem

Una de las razones que podría haber utilizado el Poder Ejecutivo para justificar el dictado de los decretos de necesidad y urgencia hubiera sido el receso de las Cámaras legislativas de acuerdo con el calendario fijado por la Constitución, en momentos en que no era posible esperar la convocatoria del Poder Legislativo para sancionar una norma considerada urgente. De todas formas, el Ejecutivo puso el acento en la imposibilidad de esperar un pronunciamiento del Congreso aun cuando éste sesionó, en reuniones ordinarias y extraordinarias, casi en forma ininterrumpida desde julio de 1989.

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. De todas maneras, recordemos que la Constitución no autorizaba al Poder Ejecutivo a emitir decretos de necesidad y urgencia en ninguna oportunidad, tampoco durante los períodos de receso del Congreso.

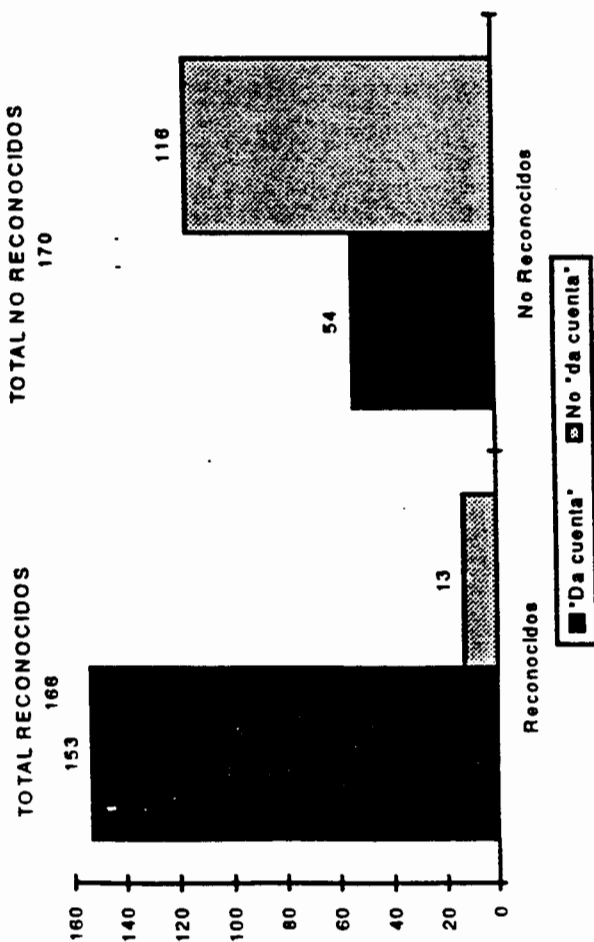
En el período analizado en este trabajo, a pesar de las diferencias en torno de la validez constitucional de los decretos, habla acuerdo en cuanto a exigir que éstos fueran remitidos al Congreso como requisito para su validez. Algunos de los decretos del presidente Menem recurrieron a una teoría aun más favorable a la concentración de poder en el Ejecutivo. En efecto, ya no hacía falta ni siquiera el envío efectivo del decreto al Congreso: "la legitimidad y validez de esos actos se reconoce sobre la base de existir una intención manifiesta de someterlo a la ratificación legislativa"³⁹. A criterio del Ejecutivo, bastaba, por tanto, incluir una norma que ordenara la comunicación al Congreso para satisfacer la condición de validez del decreto⁴⁰. La fórmula "dése cuenta al Congreso" aparece en la mayoría de los decretos, pero no en todos.

El gráfico 3 resume esta información y muestra algunas curiosidades. En primer lugar, en 13 de los 166 decretos a los que el Poder Ejecutivo reconoce carácter de necesidad y urgencia ni siquiera existió la intención de informar al Congreso. Suponemos que en la mayoría de estos casos se trata de un descuido u olvido.

³⁹ Esta fórmula es utilizada, por ejemplo, por los decretos 240/92; 879/92; 964/92; 2632/92; 1684/93; y 2509/93.

⁴⁰ Ver D. FERREIRA RUBIO Y M. GORETTI: "Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)", en *Agora*, N° 3, Invierno 1995, pp. 75 y ss., en especial p. 84.

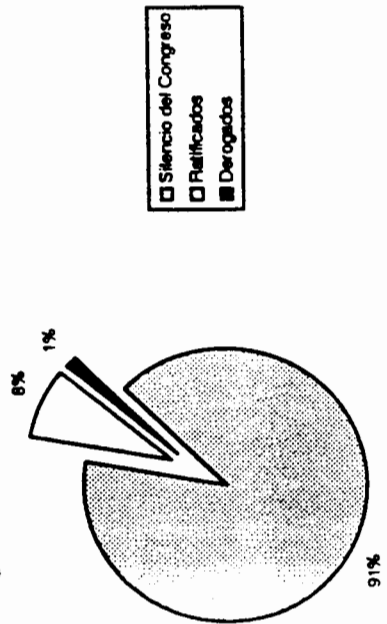
GRAFICO 3
Decretos de necesidad y urgencia en los que figura la fórmula "dése cuenta al Congreso"



En segundo lugar, casi un tercio (54) de los 170 decretos que el gobierno no reconoce como de necesidad y urgencia, contienen la orden de dar cuenta al Congreso. Esta situación merece ser aclarada. De acuerdo con algunas entrevistas que hemos efectuado a funcionarios gubernamentales, esta actitud significaría que en muchos casos el Poder Ejecutivo fue consciente del carácter de necesidad y urgencia de esos decretos, si bien no lo hizo explícito en el texto de la norma dictada.

¿Qué hizo el Congreso con los decretos de necesidad y urgencia?

GRAFICO 4
Reacción del Congreso con relación a los decretos de necesidad y urgencia



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 otro. 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 -la derogación del decreto 752/92 por ley 24.138 y la derogación del decreto 660/94 por ley 24.347-. En los otros dos casos utilizó el veto parcial para evitar la derogación de los decretos. Un ejemplo interesante que permite advertir la reacción del Ejecutivo es el de la ley 23.982.

El Congreso dispuso, al sancionar la ley 23.982, que "sin que implique pronunciamiento sobre el resto del texto, déjase sin efecto los capítulos VII y IX del decreto 1757/90". De esta forma el Congreso manifestaba una clara voluntad normativa derogatoria de una parte del decreto de necesidad y urgencia y aclaraba que esto no implicaba pronunciarse sobre el resto de dicho decreto, manifestación que excluye -al menos en este caso- la hipótesis de consentimiento presunto que utilizó la Corte Suprema en el caso Peralta, al fallar sobre la validez del decreto 36/90 (Plan Bonex). El Poder Ejecutivo votó parcialmente esta ley y no promulgó la derogación formulada por el Poder Legislativo respecto al capítulo VII del decreto de necesidad y urgencia 1757/90. Llamativamente, el Poder Ejecutivo, a través del decreto reglamentario de la ley 23.982, derogó el mencionado capítulo del decreto de necesidad y urgencia. Esto no significa en realidad acatar la decisión del Congreso, sino más bien reforzar la posición del Ejecutivo que es quien, en definitiva, decide sobre la suerte de los decretos de necesidad y urgencia⁴¹.

En 4 ocasiones el Poder Ejecutivo ha vetado totalmente leyes dictadas por el Congreso, aduciendo que contradecían lo dispuesto por decretos de necesidad y urgencia⁴². El mismo motivo adujo para vetar parcialmente 9 leyes. El veto presidencial en la Argentina es realmente fuerte y efectivo porque para revertirlo el Congreso debe contar con los dos tercios de los votos de cada una de las Cámaras⁴³.

Pero la actitud del Congreso no ha sido enteramente pasiva frente al avance del Ejecutivo sobre sus facultades. Las reacciones no han pasado de acciones individuales⁴⁴, especialmente de diputados de la oposición. En ninguna ocasión fueron aprobados los proyectos de ley que estimaba "inconveniente establecer excepciones generales al régimen regulado por los artículos 24 y 26 del decreto 435/90".

⁴¹ En igual sentido, R. Spisso: *La consolidación de deudas del Estado*, Depalma, Bs. As., 1992, pp. 90 y 103; dice Spisso que la actitud del Ejecutivo "trabaja una clara voluntad de quebra del principio de la división de poderes".

⁴² Tal el caso de la ley 23.889, sancionada por el Congreso el 26 de setiembre de 1990, que establecía algunas excepciones a los decretos 435 y 612. El presidente, en uso de sus facultades constitucionales, vetó el proyecto aduciendo que el decreto 1757 (de necesidad y urgencia no ratificado por ley) ya contemplaba una de las excepciones que el Congreso pretendía instaurar con rango de ley. Por otra parte el Ejecutivo afirmó, al vetar el proyecto de ley, que estimaba "inconveniente establecer excepciones generales al régimen regulado por los artículos 24 y 26 del decreto 435/90".

⁴³ SHUGART y CAPEY, *Presidents and Assemblies...*, ob. cit., caps. 7 y 8.

⁴⁴ Entre otros pueden destacarse los siguientes proyectos: senador Brillos (Partido Justicialista): Proyecto de Comunicación, Expte S-1451-90, DAE 29/4/91; senador De la Rúa (UCR): Proyecto de Comunicación, Dic. 1993; senador Rodríguez Saá (Partido Justicialista): Proyecto de Comunicación, Expte S-1174, DAE 8/03/91; senador Romero Ferris (Partido Justicialista): Proyecto de Comunicación, Expte 17/09/92, Expte. 320, Sec. P.; diputado Baglini (UCR), Proyecto de Declaración, Expte 4437-D-91, TP 27/12/91; diputado Baylac (UCR): Proyecto de Resolución, Expte 363-D-91, TP 10/05/91; diputado Cappetani (UCR): Proyecto de Resolución, Expte 2694-D-91, TP 12/09/91; diputado Genile (DC): Proyecto de ley, Expte 4600-D-90, TP 09/01/91; diputado Hernández (UCR): Proyecto de ley, Expte 4343-D-91, TP 18/12/91; diputado Ibarbía (UCeDe): Proyecto de ley, Expte 4665-D-91, TP 05/02/92; diputado Lázara (FSU): Proyecto de ley, Expte 3577-D-91, TP 6/11/91; diputado Mosca (UCR): Proyecto de ley, Expte 6061-D-90, TP 05/04/91; diputado Vanossi (UCR): Proyecto de ley, Expte 3564-D-91, TP 4/10/91.

yectos de ley o de resolución presentados para reclamar contra el abusivo uso de los decretos de necesidad y urgencia, lo cual no es extraño en vista del dominio que el partido del gobierno tenía en ambas Cámaras. Curiosamente, también hubo legisladores—incluso de la oposición—que solicitaron al Ejecutivo que dictara decretos de necesidad y urgencia⁴⁵.

4) Algunos casos

A continuación ofrecemos algunos ejemplos concretos de los decretos de necesidad y urgencia. En todos los casos se trata de decretos que el Poder Ejecutivo reconoció como de necesidad y urgencia, y reiteramos, una vez más, que no son decretos delegados ni autónomos, sino "iniciativas paraconstitucionales" conforme a la Constitución de 1853.

a. *El empréstito forzoso sobre los titulares de plazos fijos y cuentas de ahorro. El decreto 36/90*

El 3 de enero de 1990, en medio de la especulación desatada por el colapso de su primer intento de estabilización (conocido como Plan BB) y a continuación de un feriado cambiario y bancario, el Poder Ejecutivo, a través del decreto de necesidad y urgencia 36/90 ordenó que los depósitos a plazo fijo, los de cuentas de ahorro especial y otros depósitos bancarios no serían resituados a sus titulares en dinero efectivo, conforme lo pactado para cada operación, sino en títulos de la deuda externa, Bonex 89. El mismo decreto dispuso también que los títulos de deuda interna serían canjeados por Bonex 89.

La medida significó la indisponibilidad de fondos propios y su reemplazo forzoso por títulos de deuda que sólo serían rescatados por el Estado pasados algunos años. De esta forma, los ahorristas que necesitaran efectivo no tendrían otra opción que vender los títulos en el mercado a un valor obviamente inferior a su valor nominal.

La conmoción social que causó el decreto 36/90 se vincula con el gran número de afectados por la medida. En aquellos momentos de alta inflación, uno de los únicos medios con que contaba el público en general para tratar de mantener el valor de su dinero era el depósito a plazo fijo por plazos muy breves.

El Poder Ejecutivo utilizó la vía del decreto de necesidad y urgencia, en uso del poder de policía de emergencia, afirmando que "tanto en la guerra como en la crisis, el poder de combatir, autoriza a combatir con éxito". En ese "combate", el gobierno eligió un arma que afectó directamente las relaciones jurídicas particulares, pactadas entre clientes y bancos y las que existían entre titulares de deuda interna y el propio Estado. Además de alterar las reglas jurídicas aplicables, el decreto que comentamos afectó directamente el derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional, e instituyó un empréstito forzoso que afectó a una parte de la población.

El 23 de enero, el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el decreto 36/90 con un proyecto de ley que lo ratificaba. Este proyecto obtuvo la sanción del Senado pero no la de la Cámara de Diputados. En conclusión, no hubo ley ratificatoria. A pesar de ello, la medida continuó plenamente vigente, fue declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia en el caso Peralta y dio lugar a una serie de decretos de necesidad y urgencia que consagraron excepciones generales y personales, el último de los cuales en 1993, más de tres años después, ratificó una excepción consagrada por el Banco Central.

Para contribuir al panorama de inseguridad jurídica generado, algunas de las excepciones al decreto 36/90 no provinieron de decretos del Poder Ejecutivo, sino de normas de rango aun inferior. En efecto, entre el 5 y el 15 de enero del 90, el Banco Central de la

⁴⁵ Por ejemplo, diputados De Martino y Bassani (UCR); Proyecto de Resolución, Expte. 4352-D-91, TP 19/1291.

República Argentina, sin que mediara delegación alguna y a través de simples "Comunicaciones", exceptuó a una serie de fondos y personas que no figuraban entre las excepciones contempladas en la norma original. Tan importantes fueron estas normas—firmadas por un subgerente general y el gerente de Normas para Entidades Financieras—que el texto del proyecto de ley sancionado por el Senado dice expresamente: "Ratificanse en todas sus partes el Decreto Nº 36 de fecha 3 de enero de 1990, con la modificación aprobada por el Decreto Nº 100 del 12 de enero, con las excepciones establecidas en las Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina número A-1603, A-1617, A-1619 y A-1620 y el Decreto Nº 99 del 12 de enero del mismo año". En 1993, el Ejecutivo ratificó por decreto una Resolución del Banco Central del 8 de enero de 1990, por la cual también se estableció una excepción al decreto 36/90⁴⁶.

En síntesis: un decreto del Ejecutivo intervenía en los términos de las relaciones contractuales de los particulares y ordenaba un empréstito forzoso. Una "comunicación" del subgerente del Banco Central "corregía"—o, como diría la Corte Suprema en el caso Peralta, "complementaba"—lo dispuesto por el Poder Ejecutivo que se habla autoatribuido facultades que, aun en la emergencia, sólo habrían sido reconocidas al Congreso.

Además de las excepciones que dispuso el subgerente del Banco Central, el propio Poder Ejecutivo dictó normas de excepción al decreto 36/90:

- El decreto 99/90 que eximió del canje en Bonos Externos a aquellos fondos destinados al pago de obligaciones tributarias.
- El Poder Ejecutivo no consideró a este decreto como de necesidad y urgencia, pero ordenó dar cuenta al Congreso.
- El decreto 100/90 que modificó el artículo 3, excluyendo del canje de deuda interna por títulos de deuda externa a los Bonos para cancelación de deuda de la Comisión Nacional de Energía Atómica.
- El Poder Ejecutivo no consideró a este decreto como de necesidad y urgencia y no ordenó dar cuenta al Congreso.
- El decreto 296/90 que dispuso una modificación similar a la anterior respecto de los Bonos de Crédito - Decreto 1339/89.
- El decreto fue dictado con fundamento en la figura de los decretos de necesidad y urgencia y el Poder Ejecutivo dispuso dar cuenta al Congreso de su contenido.
- El decreto 340/90 que eximió del canje a los depósitos de entidades sin fines de lucro y aquellas que tuvieran por objeto la asistencia social y la salud pública. También excluyó los fondos de institutos privados de enseñanza destinados al pago de remuneraciones o compra de alimentos y a los fondos de asociaciones cooperadoras de establecimientos educativos. Finalmente se exceptuó a las cajas e institutos previsionales provinciales.
- Al igual que en el caso anterior, el Poder Ejecutivo reconoce en los considerandos de este decreto que está utilizando facultades propias del Poder Legislativo, con fundamento en la necesidad y la urgencia, y ordena dar cuenta al Congreso.
- El decreto 591/90 que excluyó del canje dispuesto a los depósitos de personas mayores de 75 años y los de quienes acreditaran que esos depósitos estaban destinados a afrontar los gastos de tratamientos médicos y operaciones quirúrgicas impostergables y siempre que fueran a realizarse en la República Argentina. También quedaron excluidos del canje los depósitos provenientes del pago de indemnizaciones por despido.
- El Poder Ejecutivo no fundó este decreto en razones de necesidad y urgencia y tampoco dispuso dar cuenta de su contenido al Congreso.

⁴⁶ Ver decreto 1964/93.

- El decreto 853/90 que excluyó del canje los fondos cuyos titulares fueran las Comisiones Binationales en que Argentina es parte.
 - Al igual que en el caso anterior, este decreto no se funda en razones de necesidad y urgencia y tampoco se ordena su remisión al Congreso.
 - El decreto 2670/91, dictado casi dos años después, excluyó de lo dispuesto por el decreto 36/90 a los depósitos de Universidades Nacionales que conforman el Fondo Universitario.
 - Este es un decreto reconocido por el Ejecutivo como de necesidad y urgencia y se ordena dar cuenta al Congreso de la Nación.
 - Las excepciones enunciadas hasta aquí revisieron carácter más o menos general. Además de ellas, el Poder Ejecutivo dictó un decreto de excepción a favor de una empresa de publicidad, contratada por Unicef. Nos referimos al decreto 581/90. El caso es el siguiente, según los fundamentos de la medida: en diciembre de 1989, Unicef-Argentina contrata a la empresa Thompson Argentina SA para "realizar una serie de actividades relacionadas con entrenamiento, diseño e impresión de materiales de comunicación masiva". Thompson Argentina "invierte" el dinero que cobra por el contrato en plazos fijos en el Banco de Crédito Argentino, plazos fijos que renueva sucesivamente hasta que el decreto 36/90 ordena que, en lugar de dinero, se entregue a los titulares Bonex 89 -a todos los titulares personas físicas y jurídicas, sin importar el origen de los fondos, sin importar si eran honorarios profesionales o pago por otras prestaciones; a todos los titulares incluido Thompson Argentina SA-. El Poder Ejecutivo decidió, el 28 de marzo de 1990, mediante decreto 581/90, liberar los fondos de Thompson Argentina y restituirlos en dinero efectivo ya que consideró que "las sumas antes aludidas son fondos que la Unicef-Argentina a través de J.W. Thompson Argentina SA estaba aplicando básicamente a la campaña de vacunación".
 - El decreto 581/90 se basó en consideraciones de necesidad y urgencia y el Poder Ejecutivo ordenó remitirlo al Congreso.
 - Como veremos, el caso del decreto 36/90 no fue la única ocasión en que el Ejecutivo intervino en las relaciones contractuales privadas.
- b. *El decreto 435/90, el primero de los "decretos ómnibus"*
- Como ya dijimos, además de los decretos de necesidad y urgencia dedicados a temas específicos, el Poder Ejecutivo ha dictado varios decretos de emergencia cuyas disposiciones han abarcado una amplísima gama de temas, afectando -por modificación, suspensión o derogación- gran cantidad de leyes. El primero de estos "decretos ómnibus" o "megadecretos" es el 435 del 4 de marzo de 1990.
- En sus 70 artículos, el decreto 435 abarca una treintena de temas, entre los que mencionaremos a título de ejemplo, los siguientes:
- prohibición al Banco Central de financiar el déficit operativo del Tesoro;
 - declaración de plazo vencido de las deudas que las entidades financieras tengan con el Banco Central;
 - suspensión de trámites de licitaciones y contrataciones;
 - suspensión del pago a contratistas del Estado;
 - prórroga de algunos de los plazos previstos en la ley de emergencia económica;
 - medidas de política salarial y laboral del Estado (fijación de remuneraciones máxima y mínima para el sector público, denuncia de los convenios colectivos de trabajo vigentes en el sector, etcétera).

- medidas vinculadas con el régimen de promoción industrial;
- conducción y administración de las empresas del Estado.

Además de los temas indicados, el decreto 435 estableció una serie de normas vinculadas con temas impositivos y de política fiscal, entre las que pueden mencionarse:

- modificación de alcuotas en materia de impuesto a los capitales;
- modificación de la ley de impuesto a los sellos;
- régimen de actualización de tributos;
- modificaciones del régimen del impuesto al valor agregado;
- régimen de espera para tributos que gravan la exportación;
- supresión de los incentivos para la promoción de exportaciones;
- contratación de servicios privados para apoyo en la recaudación y fiscalización de la política tributaria.

El decreto 435/90 se convirtió a partir de su dictado en uno de los instrumentos claves de la política oficial en cuanto a la racionalización de la administración pública, tanto en su aspecto funcional como en lo que hace a su régimen económico-financiero.

El decreto 435/90 ha sufrido varias modificaciones. Las más importantes fueron introducidas por sendos decretos de necesidad y urgencia: el 612, el 1757 y el 2154, todos de 1990. Además de las modificaciones, el Poder Ejecutivo dictó más de 249 decretos estableciendo excepciones a las normas establecidas en el decreto, de los cuales sólo 8 son reconocidos por el Poder Ejecutivo como decretos de necesidad y urgencia⁴⁷.

De los decretos que modificaron las normas del 435/90, merece especial atención el decreto 1757 del 5 de septiembre de 1990. Este decreto es otro de los "megadecretos"; en sus más de 120 artículos regula, además de las modificaciones al 435/90, una veintena de temas de gran relevancia tales como:

- racionalización del gasto público;
- régimen de disposición de los fondos de cuentas especiales;
- privatización del patrocinio y representación en juicio del Estado;
- régimen de venta de inmuebles del Estado declarados innecesarios;
- medidas relativas a la política salarial y laboral en el sector público;
- suspensión de algunos artículos de la ley de Emergencia Económica, N° 23.697.
- régimen de consolidación de las deudas del Estado y su pago a través de la entrega de Bonos de Consolidación a 10 años de plazo.

Hasta agosto de 1994 no habían sido ratificados por el Congreso ni el decreto 435/90, ni sus modificatorios, ni los que prevén excepciones.

c. *La desregulación de la economía: el decreto 2284/91*

Uno de los aspectos más relevantes del programa económico del ministro Cavallo es el relativo a la desregulación de la economía. El programa apunta a liberar al mercado de las restricciones y limitaciones, de las trabas y gravámenes que distorsionan el libre juego de las fuerzas espontáneas de la oferta y la demanda. El decreto de necesidad y urgencia 2284 del 31 de octubre de 1991 constituye la pieza clave de este proceso, aunque la política

⁴⁷ Los decretos de excepción al 435/90, salvo los reconocidos como de necesidad y urgencia por el Ejecutivo, no han sido incluidos en el listado de DNU de la base de datos, aunque el propio presidente ha sostenido en otros casos que para modificar un decreto de necesidad y urgencia, hace falta otro decreto de necesidad y urgencia (ver por ejemplo, considerandos del decreto 1854/91).

desreguladora ya había tenido inicio en otras áreas, por ejemplo la de hidrocarburos⁴⁸, sin necesidad de recurrir a decretos de excepción, sino por aplicación de facultades delegadas por el Congreso.

Entre las principales medidas dispuestas a través del decreto 2284/91, pueden mencionarse las siguientes:

- eliminación de las normas que restringen la oferta de bienes y servicios y las que distorsionan los precios del mercado;
- desregulación del transporte de carga;
- instar a la Corte para que declare la inconstitucionalidad de las normas provinciales que restringen el comercio y el transporte interjurisdiccional;
- desregulación del ejercicio profesional, así como de los aranceles profesionales;
- liberación de la venta de medicamentos;
- apertura de la importación de medicamentos y productos alimenticios;
- disolución de una decena de organismos reguladores y de control;
- reforma fiscal (supresión de gravámenes);
- reforma del mercado de capitales;
- creación del sistema único de seguridad social.

El decreto 2284/91, con las modificaciones introducidas por otros cuatro decretos, modificó o derogó expresamente un total de 43 leyes sancionadas por el Congreso de la Nación. El decreto contiene una cláusula derogatoria general: "Deróganse todas las normas o disposiciones que se opongan a las del presente decreto". Es obvio que entre las normas que el decreto derogaba figuraban todas aquellas que establecerían gravámenes que significaran la intervención en el mercado. Sin embargo, posteriormente, el decreto 797/92 estableció un gravamen sobre la importación de caña de azúcar, remolacha o sacarosa pura, en base a una norma del Código Aduanero que autoriza al Poder Ejecutivo a "gravar con un impuesto de equiparación de precios" la importación para consumo con el fin de proteger la producción nacional, asegurar precios razonables en el mercado interno o evitar la competencia irrazonable.

En realidad, el decreto 797/92 que grava la importación de la caña de azúcar es sólo una muestra de la realidad que subyace al decreto de desregulación 2284/91. En efecto, más allá de la supresión de las regulaciones existentes, en muchos de sus artículos el decreto 2284 lo que hizo en realidad fue modificar la autoridad que dictaría las regulaciones. Las regulaciones o los límites ya no provienen de leyes; tampoco de decretos del Ejecutivo, sino de las resoluciones de las autoridades de aplicación del decreto de desregulación: los ministros de Economía y de Trabajo⁴⁹. Así, por ejemplo, el decreto 2284 deja sin efecto las restricciones al comercio mayorista de alimentos, pero no elimina los perímetros de protección sino que delega en la autoridad de aplicación la redefinición de los mismos. Otro ejemplo es el de la supresión de "todas las restricciones, los cupos y otras limitaciones cuantitativas a las importaciones y a las exportaciones para mercaderías" que está sujeta a lo que disponga la autoridad de aplicación que, utilizando esa facultad -y luego de la presión pública ejercida por las terminales nacionales de la industria automotriz- dispuso cupos y otras reglas limitativas para la importación de automotores.

El decreto 2284 fue modificado en cuatro ocasiones y en función de las directivas políticas que contiene se dictaron numerosos decretos de necesidad y urgencia. Entre los

⁴⁸ Entre otros decretos 1055/89, 1212/89 y 1589/89.

⁴⁹ D. FERREIRA RUBIO: "La regulación ha muerto. ¡Viva el Gran Regulador!" (mimeo), Bs. As., 1991.

decretos de excepción vinculados al 2284 cabe mencionar el que coordina la percepción del impuesto al valor agregado entre el Servicio Nacional de Sanidad Animal y la Dirección General Impositiva; el que disuelve el Instituto Nacional de Reaseguro y modifica la ley de impuesto al valor agregado; el que modifica la forma de financiamiento del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, a través de la afectación de algunos gravámenes, el que desregula la actividad portuaria; el referido al trabajo portuario; el que regula la comercialización de medicamentos y el que desregula el transporte automotor de pasajeros.

El decreto 2284 fue comunicado a la Cámara de Diputados de la Nación, junto con el proyecto de ley ratificatorio⁵⁰; sin embargo el Congreso no lo ratificó hasta diciembre de 1993. La ratificación no provino de aquel viejo proyecto, sino del proyecto de ley de Presupuesto para 1994 en el que el Ejecutivo propiciaba la ratificación de 19 decretos de necesidad y urgencia dictados entre 1990 y 1993. La ley 24.307 ratificó el decreto 2284 y sus modificatorios 2424/90 y 2488/90 y otros 13 decretos.

d. "No hay impuestos sin representación": El caso del "impuesto al cine"

La Constitución Nacional, siguiendo principios clásicos en la materia ("no taxation without representation"), dispone que sólo el Congreso puede crear impuestos y que todas las iniciativas de ley relativas al tema deben ingresar por la Cámara de Diputados. A pesar de esto, el Poder Ejecutivo, entre 1989 y 1994, ha dictado más de medio centenar de decretos de necesidad y urgencia vinculados con el tema impositivo. Al número de decretos de necesidad y urgencia específicamente dedicados a temas impositivos indicado en el gráfico 2 y el cuadro 1, hay que agregar otros que incluyen entre sus disposiciones normas tributarias, entre los cuales se destacan los megadecretos.

A través de decretos de necesidad y urgencia el Poder Ejecutivo creó, por ejemplo, el impuesto sobre los activos financieros (decreto 560/89), el impuesto sobre los combustibles líquidos (decreto 2733/90) y también estableció un impuesto a la exhibición de películas por cualquier medio -conocido como "impuesto al cine y a los videos"- (decreto 2736/91). También a través de decretos de excepción se modificó en reiteradas ocasiones el régimen del impuesto al valor agregado (p. ej., decretos 2596/90, 501/91, 707/91, 171/92, 879/92, 180/93, 1684/93, 2501/93, etcétera). Por decretos de necesidad y urgencia se modificó el régimen del impuesto a las ganancias (p. ej., decretos 779/91 y 1684/93), la ley de impuesto a los combustibles líquidos (p. ej., decreto 2198/91), la ley de impuestos internos (p. ej., decreto 2753/91). Por la misma vía se creó una zona franca en el puerto de La Plata, con las consiguientes exenciones impositivas (decreto 1159/92).

Como ha sido una constante, la reacción frente a los decretos de necesidad y urgencia ha estado determinada por intereses sectoriales. El tema de los impuestos no fue la excepción. Así, mientras la creación de impuestos ha merecido, en general, el repudio de los afectados, el establecimiento de exenciones o la suspensión de la aplicación de algunos tributos ha sido saludada como un acierto del gobierno.

El caso del "impuesto al cine" resulta particularmente interesante en este punto. El decreto 2736/91 dispuso que el impuesto que por ley se aplicaba a las entradas a las salas de cine se aplicaría también al alquiler de películas en videocassette y a la emisión de películas a través de la televisión. Las asociaciones que representan a los videoclubes y a los medios de difusión televisivos manifestaron desde el inicio su crítica a la medida⁵¹. Sin

⁵⁰ Expte 40-PE-91, TP 06/11/91. También fueron comunicados el decreto 2424/90: Expte 42-PE-91, TP 22/11/91, y el decreto 2488: Expte 43-PE-91, TP 27/11/91.

⁵¹ Ver, por ejemplo, solicitada "Un decreto de película", Asociación de Televisoristas Argentinos, La Nación, 08/07/92.

embargo el repudio no fue general hacia los decretos de necesidad y urgencia, sino hacia éste en particular que creaba un gravamen que los afectaba en forma directa⁵².

La medida dio lugar a múltiples acciones judiciales. Varios tribunales ordenaron la suspensión del cobro del impuesto⁵³. El caso del impuesto al cine llegó a consideración de la Corte en dos ocasiones. En abril de 1993, la Corte entendió que no estaban dadas las condiciones formales que habilitan un pronunciamiento del máximo tribunal. No hubo pronunciamiento sobre la constitucionalidad del decreto y se mantuvo la decisión del tribunal de segunda instancia que había ordenado suspender el cobro del impuesto⁵⁴. Recientemente, la Corte se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión declarando la nulidad de los decretos que establecieron el impuesto al cine, sobre la base del principio de que sólo el Congreso puede crear impuestos⁵⁵.

En la Cámara de Diputados se presentó un proyecto de ley ratificando el decreto 2736/91 y su modificatorio el 949/92. La iniciativa, presentada por una conocida actriz nacional, diputada del bloque oficialista⁵⁶, fue despachada favorablemente por las Comisiones de Educación y Presupuesto, pero no tuvo sanción de la Cámara⁵⁷. En 1993, la misma diputada presentó un proyecto de ley creando el impuesto, pero sin ratificar los decretos del Ejecutivo⁵⁸. El proyecto fue finalmente sancionado por el Congreso en septiembre de 1994.

e. El caso de los Documentos de Identidad (DNI)

En abril de 1991, aduciendo razones de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 603 por el que aprobó la contratación directa de la emisión de nuevos documentos de identidad para los argentinos. La empresa favorecida con el contrato, por un valor de 200 millones de dólares, fue SOFREM, del Ministerio del Interior de Francia. En virtud del decreto se ordenaba una serie importante de exenciones impositivas y tarifarias. Como dijimos, el Ejecutivo reconoció que se trataba de un decreto de necesidad y urgencia pero no ordenó "dar cuenta al Congreso" y efectivamente nunca lo remitió a las cámaras.

La prensa dio a conocer el decreto⁵⁹ y a partir de allí se desató un verdadero escándalo. En el Congreso se presentaron innumerables proyectos pidiendo informes al Poder Ejecutivo sobre la contratación y solicitando la anulación del decreto 603. La mayoría oficialista evitó una interpelación al ministro del Interior⁶⁰. El Tribunal de Cuentas cuestionó la legalidad del decreto⁶¹. Un juez de primera instancia ordenó al Ejecutivo suspender provisoriamente la ejecución del decreto⁶². La Embajada de Francia en Argentina dio un

⁵² Ver la solicitud "Justicia, verdades y video", donde se hace una defensa parcial de los decretos de necesidad y urgencia, cuando "desregulan, terminan con prebendas o subsidios", pero no cuando se crean impuestos, en este caso el impuesto al cine. *La Nación*, 23/04/93. Ninguna de las asociaciones que publican las solicitudes habían protestado cuando por decretos se crearon otros impuestos.

⁵³ Por ej.: CNFEd, Contencioso Administrativo, sala III, 16/07/92. "Video Cable Comunicación SA. c/ Instituto Nacional de Cinematografía". *La Ley* 1992-E-382 y ss. Según informe *La Nación*, 14/11/93, hubo más de 22 casos en que se obtuvo la suspensión del cobro del impuesto.

⁵⁴ CSJN, 27/04/93. "Video Cable Comunicación SA c/ Instituto Nacional de Cinematografía".

⁵⁵ CSJN, 6/06/95. "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía".

⁵⁶ Expte 2309-D-92, TP 5/08/92.

⁵⁷ También hubo dos proyectos de ley ordenando la derogación del decreto 2736: diputado Ibarbia (UCeDe), Expte 4665-D-91, TP del 5/02/92 y diputado Herrera, Expte 5990-D-91, TP 2/04/92.

⁵⁸ Expte 2788-D-93.

⁵⁹ *Página 12*, 4/5/91.

⁶⁰ Ver información en *La Nación*, 8/08/91.

⁶¹ Providencia 213/91 del 5 de junio de 1991. *Ciudad*, 12/06/91.

⁶² Juzgado Nacional de Primera Instancia Contencioso Administrativo N° 2, ver la noticia en *Ciudad*, 17/06/91.

comunicado expresando que "teniendo en cuenta el carácter confidencial de esta tecnología, este tipo de acuerdo no podría haberse realizado en el marco de una licitación internacional, ni tampoco a través de una empresa privada que no ofrece las mismas garantías de seguridad"⁶³. A fines de julio, la justicia declaró la nulidad del decreto por inconstitucional⁶⁴ y el gobierno apeló la medida. En este marco se produjo la renuncia del ministro del Interior Mera Figueroa, y el nuevo ministro -José Luis Manzano- anunció que se dejaría sin efecto la contratación⁶⁵.

Finalmente el 13 de setiembre el presidente dictó el decreto de necesidad y urgencia 1854/91 por el que dejó sin efecto el decreto que aprobó la cuestionada contratación. A pesar de sostener que "el presente acto queda sometido a ratificación legislativa, puesto que le corresponde al Honorable Congreso de la Nación, en última instancia, adoptar la medida pertinente", y aunque ordenó "dar cuenta al Congreso", el decreto nunca fue comunicado efectivamente.

f. El caso Tomatitas

La Corte Suprema, en la decisión del caso Peralta, exige para la validez de los decretos de emergencia que éstos se dicten frente a situaciones de extrema gravedad que pongan en peligro la continuidad del Estado o signifiquen la disgregación social. Sin embargo el Poder Ejecutivo ha dictado decretos de urgencia para salvar cualquier obstáculo legal o formal a sus decisiones. Así, en 1991, utilizó un decreto de necesidad y urgencia (decreto 1809/91) para donar cemento asfáltico a Bolivia.

La donación estaba destinada a la pavimentación de la ruta "Tomatitas-El Picacho-San Lorenzo" y de la pista de aterrizaje de Yacuiba. Para justificar la urgencia de la medida el Ejecutivo dijo que "los trabajos a ejecutarse en la pista de aterrizaje antes mencionada, resultan también imprescindibles para facilitar las comunicaciones aéreas con nuestro país, lo que constituye una necesidad urgente e impostergable".

El decreto no fue comunicado al Congreso y los legisladores no presentaron ningún proyecto al respecto.

g. La transmisión de partidos de fútbol por televisión

Otro caso en que es dudosa la existencia de una situación de extrema gravedad que ponga en peligro la continuidad del Estado es el del decreto 1563/93. A través de este decreto se dejaron sin efecto los contratos privados en los que se hubieran pactado "derechos exclusivos de transmisión" correspondientes a "los torneos deportivos, sus preliminares y eliminatorias, en los cuales participen equipos representando a la República Argentina". En virtud del decreto se obligó a los titulares de los derechos de transmisión a renegociar los contratos.

Al igual que en otros casos, las reacciones frente al decreto estuvieron inspiradas por el interés de cada sector y no por una preocupación institucional. Los ciudadanos que no tenían televisión por cable se mostraron satisfechos porque el presidente Menem les garantizaba que verían los partidos que debía disputar el seleccionado argentino de fútbol por las eliminatorias para el Mundial '94. Las asociaciones que nucleaban a los titulares de los derechos de transmisión televisiva, que hacía mucho tiempo que habían pagado

⁶³ Solicitada en *La Nación*, 25/06/91.

⁶⁴ *Página 12*, 30/07/91.

⁶⁵ Ver declaraciones en *La Nación*, 14/08/91; *Página 12*, 15/08/91, y el editorial de *La Nación*, 31/08/91.

importantes sumas para conseguir los derechos, se mostraron contrarios a esta "nueva escuela autoritaria que agrava a la televisión argentina"⁶⁶.

Finalmente, las partes en conflicto llegaron a un acuerdo. Los partidos se transmitieron por televisión abierta. El Ejecutivo derogó el decreto, un mes después, también invocando razones de urgencia (decreto 1747/93).

h. *Comentario general sobre los casos*

Los casos analizados permiten advertir un rasgo característico del estilo de gobierno por decreto del presidente Menem. Los decretos de necesidad y urgencia no sólo se han utilizado para lanzar políticas, sino también para tomar medidas de escasa relevancia, salvo -claro está- para los afectados directos, como en el caso de los derechos de transmisión por televisión de los partidos de fútbol. Desde el punto de vista de la política económica, el decreto de deregulación no puede compararse en su significación con la donación de cemento a Bolivia. Sin embargo, desde el punto de vista institucional, todos y cada uno de los 336 decretos de necesidad y urgencia muestran una voluntad de gobernar unilateralmente, sin reparar en las restricciones institucionales.

La urgencia y la necesidad de actuar en secreto existió, sin duda, en el caso de decreto 36/90 que impuso el Plan Bonex. Pero, en el caso de los documentos de identidad, ¿cuál era la urgencia?, ¿qué graves consecuencias se hubieran seguido de la discusión parlamentaria o de la licitación que ordenan las leyes? Desde el punto de vista de su trascendencia política y social los dos casos son absolutamente dispares. Desde el punto de vista del estilo de gobierno, son muy similares: la política del *fait accompli*.

Ha habido uso y abuso del gobierno por decreto. En algunos casos, las situaciones extraordinarias, la emergencia, la urgencia han sido reales. En otros, han sido la mera excusa formal para tomar decisiones discrecionales. En algunas otras ocasiones, ha habido urgencias pero no para la sociedad o el Estado, sino para el gobierno. Tal el caso, por ejemplo, de las medidas impositivas anunciadas en la víspera de la visita del presidente a la Exposición Rural de Palermo, en 1993. Para aquella reunión se pronosticaba una dura silbatina y abucheos al presidente, en rechazo a su política para el campo. Para calmar a los sectores que propiciaban la manifestación, se anunciaron públicamente una serie de medidas impositivas, entre ellas, la eliminación del impuesto a los activos, a través del decreto de necesidad y urgencia 1684/93. El acto de la Sociedad Rural transcurrió con bastante calma. Pero cuando se publicó el decreto en el *Boletín Oficial*, la prensa advirtió que la eliminación del impuesto era recién a partir del 30 de junio de 1995! Si el impuesto recién quedaría sin efecto dos años después, ¿por qué no podía enviarse un proyecto al Congreso y esperar el trámite ordinario de la ley? La respuesta es clara: la urgencia era evitar la silbatina. La crítica y las presiones sectoriales hicieron que, tan sólo dos semanas después, el presidente dictara otro decreto (1802/93) disponiendo que el impuesto a los activos quedaba derogado a partir del 1 de septiembre de 1993.

5) *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los decretos de necesidad y urgencia del presidente Menem*

¿Cuál ha sido la respuesta institucional del Poder Judicial frente a los decretos de necesidad y urgencia? El decreto 36/90 (Plan Bonex) y el decreto que creó el impuesto al cine y a los videos fueron los decretos de necesidad y urgencia que dieron lugar a mayor

cantidad de causas judiciales y sus correspondientes resoluciones. Los tribunales inferiores se inclinaron, en su mayoría, por la inconstitucionalidad de estos decretos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se vio enfrentada en varias ocasiones a juzgar cuestiones relacionadas con los decretos de necesidad y urgencia del presidente Menem y no siempre lo hizo en igual sentido. Al igual que otros sectores de la sociedad, la Corte consideró los decretos de necesidad y urgencia con una óptica cuando no afectaba sus intereses directos y con otra cuando, a través de un decreto de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo avasallaba facultades de la propia Corte. La reforma constitucional de 1994 abre un nuevo panorama para la validez de los decretos de necesidad y urgencia, aunque algunos aspectos podrán ser objeto de juzgamiento por los tribunales.

Hasta 1995, el *leading case* en la materia era la decisión recalcada en el caso Peralta, relativo a la validez del decreto 36/90 que estableció el Plan Bonex⁶⁷. En su sentencia en el caso Peralta, la Corte Suprema sentó los siguientes principios sobre los cuales sustenta la validez de los decretos de necesidad y urgencia:

1. La división de poderes es una categoría histórica; "fue un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política". Ese principio "no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional". En consecuencia "no necesariamente el dictado por parte del Poder Ejecutivo de normas como el dec. 36/90 determina su invalidez constitucional por la sola razón de su origen".
2. La validez de los decretos de necesidad y urgencia depende de dos elementos:
 - a) "que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados"; y
 - b) que medie "una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas ... cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados".

En cuanto a la actitud del Congreso respecto a los decretos de necesidad y urgencia, la Corte construyó su teoría sobre la base de la existencia de un presunto consentimiento por silencio, derivado de la no sanción de una norma expresa contraria al decreto 36/90 y de la sanción de algunas leyes que ratificaron lo dispuesto por otros decretos de necesidad y urgencia. La tesis del consentimiento presunto del Congreso no asigna influencia alguna al hecho de que el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley ratificatorio que, después de dos años, sólo había obtenido sanción del Senado.

Dijo la Corte, en el caso Peralta, que el ejercicio de funciones legislativas por parte del presidente, "no extrae ... la decisión de fondo de manos del Congreso Nacional, que podrá alterar o coincidir con lo resuelto". Sin embargo, como vimos, cuando el Congreso ha decidido en contra de los decretos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo ha utilizado su facultad de veto. Si tenemos en cuenta la mayoría calificada que necesita el Congreso para imponerse sobre un veto presidencial, queda claro que el veto del Ejecutivo contribuye a la concentración de poder en materia de decretos de necesidad y urgencia.

La Corte define la emergencia como "una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de

⁶⁷ C.S.N., 27/12/90, "Peralta, Luis c/Estado Nacional, Ministerio de Economía - Banco Central", La Ley, 1991-C-141, con comentario de A. BIANCHI: "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica". El fallo también fue publicado por *El Derecho* 141-5-19, con comentario de G. BUDARI CAMPOS: "El fallo de la Corte sobre el 'Plan Bonex'. El amparo: afoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución: entre paréntesis".

escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin". A la luz de esta definición, la emergencia -fundamento de estos decretos de excepción- está ausente en muchos de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el presidente Menem. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la transmisión televisiva de partidos de fútbol o la donación de cemento a Bolivia, a los que nos hemos referido antes.

La emergencia, a juicio de la Corte, determina la necesidad de urgentes medidas cuya eficacia sería nula -o sus consecuencias perjudiciales- si se las conociera con anticipación. Obviamente, si el público hubiera conocido que sus ahorros en plazo fijo serían cancelados por bonos a varios años, se hubiera producido una corrida bancaria. El criterio de eficacia del decreto, sostenido por la Corte, es sin duda aplicable al caso del decreto 36/90.

El Poder Ejecutivo, que ha citado este fallo en apoyo de varios decretos de necesidad y urgencia, no siempre se ha guiado por los principios del caso Peralta. Así, por ejemplo, no se advierte ni la existencia de una emergencia en la caracterización de la Corte, ni la urgencia de tomar medidas sin difusión previa, en casos como el del decreto 603/91, por el cual se ratificó un contrato entre el Ministerio del Interior y el Ministerio del Interior francés, celebrado en forma excepcional y directa, para la emisión de los documentos nacionales de identidad. En esta hipótesis no había peligro de indocumentación para los argentinos y nada hubiera pasado si la población conocía que el Poder Ejecutivo estaba por emitir un nuevo modelo de documento. La no existencia de tal urgencia aducida por el Ejecutivo se evidenció al derogarse el decreto en el mismo año 1991 y en el hecho de que hasta el presente no se han cambiado los documentos de identidad.

Poco tiempo después de dictar el fallo en el caso Peralta, las facultades de la Corte como cabeza del Poder Judicial de la Nación fueron cercenadas a través de un decreto de necesidad y urgencia. El decreto 207/91, firmado por el vicepresidente de la Nación en ausencia del presidente Menem, suspendió por el término de un año un artículo de la ley de Autarquía del Poder Judicial que faculta a la Corte a fijar las remuneraciones de sus propios miembros y demás funcionarios y empleados del Poder Judicial.⁶⁵

La Corte respondió dictando la acordada 42 (8/10/91), en la que declaraba "nulo" el decreto del Ejecutivo, aunque conciliando posiciones, suspendía por 60 días las dos acordadas que hablan irritado al Poder Ejecutivo. En cuanto al decreto de necesidad y urgencia que la afectaba directamente, la Corte sostuvo que:

- a) "... el decreto 207/91 ... interfiere en la ejecución de lo resuelto en las Acordadas Nº 32 y 38 de este Tribunal, emitidas en el ejercicio de las facultades de gobierno que le son propias con arreglo a las disposiciones de la ley... situación que torna ineludible un pronunciamiento en salvaguarda del sistema de división de poderes consagrado por la Constitución Nacional."
- b) "... el decreto carece de motivación razonada... afectado por un grave error de derecho que supera lo meramente opinable y lo torna, por ello y por el vicio de incompetencia que lo corroe, manifiestamente ilegítimo."

El conflicto de poderes terminó un mes después, cuando el Ejecutivo, a través de otro decreto de necesidad y urgencia (2356/91), le "devolvió" sus facultades a la Corte, que procedió de inmediato a fijar los sueldos siguiendo el criterio del Ministerio de Economía

⁶⁵ El decreto del Poder Ejecutivo se fundaba en que la Corte se había mostrado insensible frente a la emergencia económica que atravesaba el país, al fijar sueldos que, a juicio del Ejecutivo y del Ministro de Economía, eran excesivos. Atribuyéndose facultades para juzgar sobre la constitucionalidad o legalidad de los actos de los otros Poderes, el Ejecutivo entendió que la Corte se había excedido en el uso de sus facultades legales y, en consecuencia, ordenó la suspensión de la Ley de Autarquía (ley 23.853) y la de todos los actos dictados en su consecuencia -entre ellos, dos acordadas de la Corte Suprema.

(aumento para los ministros de la Corte y demás jueces y ningún aumento para los empleados).

Recientemente, la Corte volvió a ocuparse de la validez de los decretos de necesidad y urgencia, al resolver una causa en la que se cuestionaba la constitucionalidad de los decretos 2736/91 y 949/92, que establecieron el llamado "impuesto al cine".⁶⁶ La Corte declaró la inconstitucionalidad de dichos decretos por cuanto violaban el principio constitucional que reserva al Congreso la facultad de crear impuestos. El caso Video Dreams se constituye así en *leading case* para el tema de los decretos de necesidad y urgencia en materia impositiva. La reforma constitucional ha reforzado este principio al establecer, en el artículo 99, inc. 3, que los decretos de necesidad y urgencia no podrán regular temas tributarios.

VI. La constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia

En noviembre de 1993, Menem y Alfonsín, como titulares de los dos partidos nacionales mayoritarios, suscribieron la Declaración de Olivos en la que se acordó promover un proyecto de reforma constitucional que, entre otros objetivos, "consolide el sistema democrático y perfeccione el equilibrio entre los poderes del Estado", para lo cual se propuso, junto a otras medidas, "la reglamentación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia". El 13 de diciembre se suscribió el Acuerdo para la reforma constitucional, en el cual se dividían los temas habilitados para su tratamiento por la convención reformadora en dos grandes grupos: a) el núcleo de coincidencias básicas y b) los temas simplemente habilitados. El Acuerdo fue recogido por la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma. En el artículo 2, referido al "Núcleo de Coincidencias Básicas", la ley 24.309 incluyó el texto propuesto para reglamentar los decretos de necesidad y urgencia, para lo cual se propuso la incorporación del siguiente inciso al artículo 86 de la Constitución de 1853:

Artículo 86: El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

"23) El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros.

El Jefe de Gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías."

El texto ordenado de la Constitución, sancionado por la Convención de Santa Fe, ha incorporado con rango constitucional la facultad del presidente de dictar decretos de necesidad y urgencia. El texto finalmente aprobado incluyó algunas modificaciones respecto al acordado en el Pacto de Olivos.⁶⁷ El nuevo artículo 99 inc. 3 dispone:

"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

⁶⁶ CS.JN, 6/08/95, "Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía".

⁶⁷ Ver algunas modificaciones sugeridas en FERREIRA RUBIO Y GORETTI: "Gobierno por decreto...", ob. cit., El Derecho, 27/6/94.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El Jefe de Gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, 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.*

¿Cuál será el efecto de la constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia? El tiempo dará una respuesta definitiva, en función de las prácticas que se adopten a la luz de la nueva disposición. Algunos autores⁷¹ opinan que la inclusión de los decretos en el texto constitucional se limita a la consagración de una institución que ya estaba incorporada al derecho constitucional argentino como costumbre jurídica. Otra corriente doctrinaria⁷² entiende que la constitucionalización de esta facultad del presidente significará un reforzamiento de su poder y no contribuirá para nada a atenuar la concentración de poder en el Ejecutivo.

Desde el punto de vista jurídico, la constitucionalización de los decretos implica sin duda un reforzamiento de la institución. Desde el ángulo del proceso de toma de decisiones, es indudable que la incorporación de los decretos en nada contribuye a la atenuación del presidencialismo y al equilibrio de los poderes; por el contrario, consagra un mecanismo de concentración en el Ejecutivo de la fijación de políticas⁷³.

La reforma constitucional incluyó los decretos de necesidad y urgencia en el haz de facultades presidenciales, fijando algunas restricciones sustanciales y otras de tipo formal o de procedimiento. Una de las restricciones que establece la Constitución de 1994 es la referida a la materia de los decretos. A partir de ahora el Poder Ejecutivo no podrá dictar decretos de necesidad y urgencia sobre temas impositivos, penales, electorales o vinculados al régimen de los partidos políticos. Otros recaudos constitucionales se refieren a cuestiones formales: los decretos de necesidad y urgencia deberán ser decididos en acuerdo general de gabinete y serán refrendados por los ministros y por el Jefe de Gabinete. Dificilmente estas condiciones signifiquen una restricción para el presidente, de acuerdo con el diseño institucional vigente en el área del Ejecutivo⁷⁴.

Una modificación importante con respecto a las prácticas anteriores a la reforma es la exigencia de comunicación al Congreso. De acuerdo con el nuevo artículo, dentro de los

⁷¹ Ver, por ejemplo, A. GARCÍA LEIVA: *La reforma por dentro*, Planeta, Bs. As., 1993, p. 205.

⁷² Ver, por ejemplo, D. SASSAY Y J. OVARANDA: *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Eripar, Bs. As., 1994, p. 299, y A. NATALE: *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Bs. As., 1995, cap. III, pto. 1, y cap. V, pto. 1 y 5. En el mismo sentido se pronunciaron algunos convencionales consultivos; ver, por ejemplo, la documentada intervención del convencional R. TORRES MOLINA: *Diario de Sesiones - Convención Constituyente*, 19a. Reunión - 3ª Sesión Ordinaria - 26/7/94, pp. 2.420 y ss.

⁷³ Ver M. GORETTI Y D. FERREIRA RUBIO, *reportaje en La Nación*, 20/06/94, y "Gobierno por decreto...", ob. cit., *El Derecho*, 27/6/94.

⁷⁴ Ver D. FERREIRA RUBIO Y M. GORETTI: "La reforma constitucional argentina: ¿un presidente menos poderoso?", en *Contribuciones*, 1/95, Ciedra, Fund. K. Adenauer, Bs. As., pp. 69 y ss.

diez días de dictado el decreto, el Jefe de Gabinete deberá comunicarlo personalmente a la Comisión Bicameral. Esta Comisión deberá informar a los plenarios de ambas Cámaras en los diez días siguientes. Además, la Constitución exige ahora que el Congreso trate la cuestión de inmediato y expresamente. A partir de este punto, el proceso no está delineado y una ley del Congreso deberá establecer, por ejemplo, si la decisión del Congreso debe tomar la forma de una ley; en tal caso, si el Ejecutivo podrá vetarla; cómo se hará el trámite si el proyecto ha entrado simultáneamente a ambas Cámaras; qué efectos tendrá la no ratificación del decreto; si serán retroactivos o no; qué sucederá si el Congreso trata la cuestión expresamente pero no toma ninguna decisión.

Además de los problemas que generará la interpretación del artículo 99, inc. 3°⁷⁵, surgen interrogantes en cuanto al perfil definitivo de la institución. Ello es así debido a que el constituyente dejó importantes cuestiones sujetas a la reglamentación que se formule por ley del Congreso. Entre los puntos que deberá resolver esa ley figuran el procedimiento que se seguirá en las Cámaras para el tratamiento de los decretos y los efectos que tendrá la decisión del Congreso que ratifique o derogue el decreto de necesidad y urgencia. En estos aspectos, así como en el de la integración definitiva de la Comisión Bicameral, el Congreso tiene la palabra.

VII. Conclusiones

La llegada de Carlos Menem a la Presidencia marcó un cambio trascendental en las formas de tomar decisiones gubernamentales.

Estos cambios no pueden explicarse sin tener en cuenta la intensidad de la emergencia que afectó seriamente y por años las relaciones y los contratos sociales y económicos de los argentinos. Recuperadas las instituciones democráticas, con el correr de la administración Alfonsín, la sociedad comenzó a exigir soluciones a la crisis económica que el gobierno no parecía estar capacitado para resolver. Alfonsín había logrado satisfacer exitosamente las demandas de democratización, pero fracasó —hacia el final de su mandato— en el intento de moderar la crisis y entregó el gobierno a Menem con altas tasas de inflación y una economía desquiciada.

La situación parecía repetirse en otros países de América Latina. Los gobiernos militares en retirada habían dejado lugar a gobiernos democráticos débiles, desde el punto de vista de su capacidad para gobernar economías en crisis. Resuelta la demanda más inmediata de democratización y apertura del sistema político, los problemas económicos ocuparon el primer lugar en los reclamos de la sociedad. La agenda política dejaba lugar a la agenda económica.

Argentina, Brasil y Perú, a pesar de que sus transiciones fueron muy diferentes, pasaron de la euforia democrática a la emergencia económica. En los tres casos, los gobiernos seguramente experimentaron el déficit de los instrumentos de gobierno propios de un régimen democrático para enfrentar con éxito la crisis⁷⁶. Asimismo, los tres casos estuvieron signados por situaciones de virtual empate entre las fuerzas leales al gobierno y la oposición, es decir, presidentes sin el suficiente apoyo legislativo para llevar adelante las políticas gubernamentales.

⁷⁵ Ver FERREIRA RUBIO Y GORETTI: "Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)", en *Agora*, ob. cit.

⁷⁶ Ver al respecto TORRE, ob. cit.

En Argentina, Brasil⁷⁷ y Perú⁷⁸, al avanzar la emergencia y debilitarse la respuesta pública, el pueblo concentró sus expectativas en la figura presidencial como la única capaz de resolver la crisis a través de una mayor concentración de poder, apelando al uso de recursos de gobierno extraordinarios, algunos de dudosa legalidad. Los presidentes no dudaron en confrontar con el Congreso. El resultado estaba definido de antemano: Menem, Collor de Melo y Fujimori optaron por gobernar a espaldas del Congreso, recurriendo al uso de medidas extraordinarias o, en el mejor de los casos, amenazando al Poder Legislativo con el gobierno discrecional si éste no sancionaba las iniciativas del Ejecutivo. Inauguraban así la "Presidencia Imperial" en sus respectivos países.

El desenlace del proceso en los respectivos países fue diferente. Collor fue sometido a juicio político y destituido. Fujimori produjo un autogolpe de Estado y se alzó con la suma del poder público. Menem, en cambio, logró conjurar con éxito la emergencia dentro del cauce democrático. Moderó la inflación y su partido ganó las sucesivas elecciones de renovación de diputados y de gobernadores. Además, después de cuatro años de gobierno, Menem logró acordar con el líder de la oposición, Alfonsín, la reforma de la Constitución, con la inclusión de la posibilidad de la reelección presidencial, tan cara al presidente.

Para enfrentar la crisis, la Presidencia absorbió recursos de gobierno que, en el pasado, habían estado más distribuidos y compartidos, y actuó con una independencia y autonomía nunca vistas antes. La discrecionalidad, la informalidad, la arbitrariedad y una escasa sensibilidad institucional marcaron un nuevo estilo personal que recuerda, si bien parcialmente, a los viejos liderazgos de los caudillos locales.

Por su parte, los cuerpos colegiados de gobierno, como el Congreso, perdieron legitimidad y visibilidad frente a la iniciativa del presidente. Redujeron su acción a, en el mejor de los casos, reaccionar o ratificar, tardíamente, los actos del Poder Ejecutivo.

Menem vislumbró tempranamente la oportunidad que le brindaba el contexto para desarrollar una política de confrontación con el Poder Legislativo en nombre de la decisión urgente. Prefirió gobernar discrecionalmente antes que someter su autoridad a un Congreso que, por su parte, seguramente habría tratado y aceptado sus iniciativas considerando la distribución de fuerzas favorable al oficialismo.

Además del uso extensivo de los recursos institucionales disponibles, Menem se sustrajo del control democrático toda vez que fue posible, confrontando o ignorando a los otros poderes.

Estas actitudes del presidente Menem manifestaban un estilo que, sin embargo, tiene precedentes en la historia reciente del país. G. Wymia⁷⁹ ha demostrado de qué manera otros presidentes argentinos han apelado a la confianza de la opinión pública en circunstancias de crisis utilizando, para ello, canales que están reñidos con los mecanismos institucionales-legales y que comportan una actitud de confrontación con el Congreso. Mientras que

⁷⁷ Ver T. POWER: "The Pen is Mightier than the Congress: Presidential Decree Power in Brazil". *Latin American Studies Association*, XVIII International Congress, Atlanta, marzo de 1994. C. TACTO: "La loi et la hiérarchie des lois". *La nouvelle république brésilienne. Études sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Économica, Paris, 1989, pp. 159 y ss.; D. FIGUEROA MOREIRA: "Interferencias entre Poderes do Estado". *Rev. Inform. Legis. Brasília*, año 26, Nº 103, julio-setiembre 1989, pp. 5 y ss.; R. REBELLO DE BRITTO POLETTI: "O decreto-lei na Constituição". *Rev. Inform. Legis. Development*, Univ. de Miami, Miami, 1993.

⁷⁸ Ver G. SCHAADI: "Presidential Decree Authority in Peru, 1980-1993: Passivity, Confrontation and Compromise?". *Latin American Studies Association*, XVIII International Congress, Atlanta, marzo de 1994.

⁷⁹ G. WYMIA: *La Argentina de posguerra*, Ed. Univ. de Belgrano, Bs. As., 1986, en especial, las Conclusiones.

en tiempo de prosperidad y bonanza se utilizan los procedimientos institucionales para resolver conflictos, es decir, mecanismos básicamente cooperativos, en los momentos de aguda crisis y de emergencia económica éstos son suplidos por la autoridad discrecional del presidente, aceptada por la población pero cuestionada por los principales actores institucionales y por la oposición política que perciben este juego unipersonal como de suma cero para sus intereses y recursos.

El estilo que impregnó muchos actos del presidente Frondizi están en línea con lo que hemos estado comentando. Como muy bien lo señala C. Smulovitz, Frondizi prefirió no darle injerencia al Congreso en una serie de decisiones fundamentales, si bien el oficialismo reunía una amplia mayoría en las Cámaras⁸⁰. Optó, en cambio, por ampliar sus propios recursos institucionales en desmedro de los otros poderes. La legalidad de los procedimientos fue puesta en duda y discutida en múltiples ocasiones como, por ejemplo, en el manejo de la política petrolera y en la declaración del estado de sitio a fines de 1958 en respuesta a la huelga de los trabajadores del sindicato petrolero SUPE. En ambos casos el Ejecutivo tomó la decisiones sin darle intervención al Congreso.

Conocidos estos antecedentes, los mecanismos preferidos por el presidente Menem para gobernar resultan menos novedosos. Aparecen, más bien, como la reafirmación de un estilo arraigado de gestión cuya intensidad resulta de la combinación de dos factores. El primero es la tradición cultural favorable a la discrecionalidad del poder y al uso extensivo de los recursos presidenciales en desmedro del poder compartido y de los mecanismos habituales para el logro del consenso institucional. El otro factor es, de acuerdo con J. C. Torre, la demanda de gobierno, originada en el temor y en el sentido de amenaza propios de las situaciones de emergencia⁸¹.

La persistencia en el tiempo de estos dos factores ha tenido un resultado similar en todos los casos históricos mencionados: decisión rápida a cambio de la desinstitucionalización y el empobrecimiento de la calidad de vida democrática.

El presidente Menem se diferencia de los otros casos en la elección de las herramientas discrecionales de gobierno. En efecto, utilizó, como ningún otro presidente, los decretos de necesidad y urgencia.

El desprestigio de las instituciones formales que reflejan las encuestas y de las formas tradicionales de gobernar tiene como contracara la preferencia de la opinión pública por las formas rápidas de tomar decisiones, propia del poder presidencial. Como hemos señalado, esta modalidad se opone y compite exitosamente con las formas más consensuadas, discursivas y lentas, propias de los cuerpos colegiados. El presidente gobierna solo. Resulta difícil competir con él; logra mantener la iniciativa a la vez que concentra el poder necesario para enfrentar la crisis. Para ello apela directamente a la voluntad popular, erigiéndose en su mandatario y concentrando todas las expectativas. Es posible que algunos sectores de la sociedad reaccionen, pero lo hacen sólo cuando el presidente toma medidas que afectan en forma directa sus propios intereses⁸².

⁸⁰ C. SMULOVITZ: "La eficacia como crítica y utopía. Notas sobre la caída de Illia", en *Desarrollo Económico*, vol. 33, Nº 131, octubre-diciembre 1993, pp. 403 y ss.; de la misma autora: *Oposición y gobierno: los años de Frondizi*, Centro Editor Latinoamericano, Bibliot. Política, Nº 213 y 214, Bs. As., 1988, en especial, cap. V, pp. 75 y ss.

⁸¹ J. C. TORRE, entrevista en *Clarín*, 5/02/96, pp. 20 y 21.

⁸² Además de las reacciones ya mencionadas en el caso del impuesto al cine o en el de la transmisión de partidos de fútbol, pueden citarse como ejemplos de lo dicho: la reacción de las asociaciones de abogados frente al decreto 34/91, que suspendió los juicios contra el Estado -Página 12, 3/04/91-; el decreto 207/191, que suspendió la ley de aulacaja del Poder Judicial -La Nación, 6 y 11/10/91-; el decreto 2077/93, sobre honorarios profesionales -Página 12, 22/10/93-. Otras asociaciones profesionales reaccionaron frente al decreto 34/90 de suspensión de juicios contra el Estado, *La Nación*, 3/05/91 (arquitectos, ingenieros, agrimensores), y Página 12, 27/09/91 (profesores).

La opinión pública ha tolerado el uso de estas herramientas extraordinarias de gobierno en la medida en que han contribuido a tomar decisiones inmediatas consideradas eficientes para resolver la emergencia⁸³. Queda por ver si, modificada la situación o moderada la crisis, el presidente Menem podrá seguir gobernando solo o, más bien, deberá hacerlo a través de las herramientas ordinarias, propias del poder compartido.

nales de Ciencias Económicas). También entran en esta categoría los reclamos por la inseguridad jurídica: de grupos empresarios, p. ej., Coloquio de IDEA, seliembre de 1992, de la Embajada de los Estados Unidos: declaraciones del embajador Cheek (Página 12, 12/08/93, y La Nación, 12/08/93 y 27/09/93).

⁸³ En una encuesta de E. Callierberg y Assoc., de diciembre de 1991, sobre un total de 500 casos, el 39 % de los encuestados estaba "muy de acuerdo o de acuerdo" con los decretos de necesidad y urgencia. En agosto de 1992, sobre un total de 600 casos, el porcentaje había bajado al 33 % (La Nación, 6/09/92). En otra encuesta, de diciembre de 1994, realizada a 144 empresarios por Menalla, Delich y Asociados, el 59 % se manifestaba favorable al uso de los decretos de necesidad y urgencia como modo de gobernar.

RESUMEN

El gobierno del presidente Menem se ha caracterizado por una creciente concentración de poder en el Ejecutivo. Para hacer frente a la crisis económica que afectaba al país en 1989, el presidente Menem absorbió recursos de gobierno que, en el pasado, habían estado más distribuidos y compartidos, especialmente por el Congreso. Este estilo de gestión resulta de la combinación de dos factores: 1) una tradición favorable a la discrecionalidad del poder y al uso extensivo de los recursos presidenciales, y 2) la demanda de gobierno, originada en el temor y en el sentido de amenaza propios de las situaciones de emergencia. Una de las facetas visibles de este fenómeno es el gobierno por decreto, en particular, el uso y abuso de medidas excepcionales como los decretos de necesidad y urgencia. En el marco de la Constitución de 1853, el Ejecutivo no tenía facultades para dictar este tipo de decretos, aunque hasta 1989 los presidentes constitucionales argentinos habían recurrido a ellos en situaciones extraordinarias. Durante la presidencia de Menem los decretos de necesidad y urgencia dejaron de ser una medida de excepción para convertirse en una herramienta ordinaria de gobierno.

SUMMARY

Menem's administration is characterized by an increasing concentration of power in the Executive. In order to manage economic emergency Menem decided to use unilaterally government resources which, in the past, had been distributed and shared mainly by Congress. This style of administration is the result of two factors: 1) tradition in favour of discretionary rule and the extensive use of presidential power, and 2) the demand of government created by the fear and threat produced by emergency situations. One of the characteristics of the process of concentration of power is government by decree, particularly the use and misuse of Need and Urgency Decrees. Argentine Constitution before the reform in 1994, did not grant the Executive the power to issue this kind of decrees. Nevertheless until 1989, constitutional presidents have issued Need and Urgency decrees to face extraordinary situations. During Menem's administration, Need and Urgency decrees ceased to be exceptional decision means and became ordinary government tools.

REGISTRO BIBLIOGRAFICO

FERREIRA RUBIO, Delia, y GORETTI, Matteo

"Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989-agosto 1994)". *DESARROLLO ECONOMICO - REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES* (Buenos Aires), vol. 36, N° 141, abril-junio 1996 (pp. 443-474).

Descriptores: <Teoría política> <Estructura política> <Gobierno> <Parlamento> <Poderes constitucionales> <Estudios Institucionales> <Argentina>.