

La excepción, componente de la democracia y estrategia de gobierno (1989–2023)

HUGO QUIROGA

Miembro de la academia de Ciencias Morales
y Políticas correspondiente a la provincia de Santa Fe.
UNL/UNR

ESTUDIOS SOCIALES

[Número especial • 2023]
Voces plurales para pensar la
democracia argentina (1983–2023)

Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral
Universidad Nacional del Litoral, Argentina
ISSNe: 2250-6950
estudiossociales@unl.edu.ar
DOI: 10.14409/es.2023.64.e0069

Esta obra está bajo una Licencia Creative
Commons Atribución- NoComercial-
CompartirIgual 4.0 Internacional.



DEMOCRACIA Y EXCEPCIÓN

La democracia argentina no pasa por un buen momento. Cuando vamos a cumplir cuarenta años ininterrumpidos de democracia, el período más largo de nuestra historia política, colisionamos con un proceso de decadencia, en el sentido literal del término, declinación, que nos arrastra hacia la degradación institucional y social. La ilusión democrática de 1983 constituye la esperanza perdida de la promesa de un futuro razonable, debido a la ausencia de fuerzas de cambio capaces de dotar un nuevo estilo institucional y de nuevas vías de reforma social, económica y cultural. Hoy la nuestra es una sociedad que se vuelve más invivible. Los gobiernos y la dirigencia política deberían mirar con más atención el presente y el porvenir.

La democracia, como su dirigencia política, está fuertemente interpelada. La democracia no es algo dado, es como la hacemos. No hay, pues, mito democrático ni ingenua causa final justa que conduzcan al triunfo. En verdad, son los dirigentes y la ciudadanía los arquitectos presentes y futuros del edificio democrático. Pero ese edificio no puede

quedar a medio hacer, aunque la democracia sea un proyecto inacabable. A mitad de camino, o en esa declinación, se ha acentuado el malestar de los argentinos, su frustración, que ha incrementado sus grados de anomia, escepticismo político, el temor a la inseguridad civil, económica, social, y ha elevado el desaliento y el entusiasmo.

A partir de entonces, reparamos que en muy pocos años el sistema político mostró su rostro más precario y adverso, manifestado por ciertos rasgos bien definidos: la exaltación de los liderazgos personales, la fragmentación partidaria, la polarización extrema, la desconfianza hacia la política, el aumento del clientelismo, la corrupción, la crisis del sistema representativo, la legislación de emergencia. Estas, y otras cuestiones, reclaman nuevas reflexiones sobre las mutaciones de la democracia actual.

La democracia argentina posee problemas estructurales pendientes de décadas, en la medida en que arrastra todavía los bienes básicos sociales insatisfechos. No ha podido afianzar sus principales instituciones de control y participación, ni ha podido implementar políticas públicas de largo plazo, y aún mantiene a millones de argentinos en la pobreza y en la indigencia, como tampoco ha podido superar la emergencia permanente.

En este escrito se indagará en especial sobre la situación de excepción como componente de la democracia, en su recorrido de cuarenta años. La soberanía, o el poder de mando legítimo, no se comprende sin el concepto de excepción. La política, que excede y en mucho al Estado, no existe sin el concepto de poder. Si bien el Estado posee el monopolio del poder legítimo, la política circula por diferentes campos, a través de una revolución comunicacional, los movimientos sociales, pero la tarea es más ardua debido a una tercera revolución industrial (crecimiento de la

automatización) y a raíz de un capitalismo financiero, que tiende a someter a la política.

En definitiva, aunque la excepción también constituye la política pareciera que se establece una inédita relación entre derecho y régimen de excepción (delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, veto parcial), en un contexto histórico determinado —la Argentina de 1983—, entre democracia y excepción, que busca encontrar respuestas en el plano institucional. Julien Freund (2017) señala que la noción de régimen es una de la más confusa del vocabulario político. Es un sustantivo que puede ir acompañado de muchos adjetivos, de los más diversos. Aquí «régimen» hace referencia al régimen político de un país o al régimen de excepción como un conjunto de medidas por las que se rige una institución, como puede ser la democracia. Tampoco el régimen es sinónimo de gobierno.

La democracia, ese edificio construido por valores e instituciones de la tradición liberal y republicana, está sostenida, en nuestro país, por un régimen de excepción, que permite acceder a la esencia del derecho y descubrir en esa esencia su componente decisionista. Jean-François Kervégan (1992) interpreta que Schmitt rechaza, precisamente, la división de lo jurídico y lo político. La cuestión política de la decisión no aparece solo cuando el derecho calla, es decir, cuando se ve reducido al silencio. Por el contrario, cuando se presenta un caso no previsto por las normas se plantea con toda claridad la cuestión jurídica. La excepción (que está siempre presente) no manifiesta los límites de lo jurídico, al contrario, aclara su componente decisionista.

Por su parte, Maurice Hauriou (2003) considera, en 1925, que no debe olvidarse que el primer origen del poder no está en ley; es la ley que procede del poder, luego el poder se siente obligado a someterse a ella. El poder existe antes que todo. El poder no se justifica en virtud de una ley, sino en

una especie de *lex regia* que no es permanente, sino una especie de poder constituyente. Agrega, también, que el poder tiene el don de crear la sociedad, ya que es un lazo social por la confianza que inspira y por la obediencia que impone.

Con este fondo conceptual, la pregunta central es la siguiente: ¿cómo es la naturaleza del poder que nos gobierna cuando englobamos a la excepción en la noción de democracia y empleamos la excepción como una estrategia de gobierno?

Hay que reconocer la necesidad de esa parte de la democracia argentina que está vinculada a las decisiones en los tiempos excepcionales. No hay poder democrático sin concepto de excepción. La «urgencia», la «necesidad», requieren con frecuencia de una práctica política flexible como condición de gobernabilidad, que pone en cuestión el mito de un Estado de derecho puro. Se puede discurrir que es una disfunción de la democracia constitucional, pero en la historia concreta desde 1989 hasta el presente ha formado parte de la vida democrática de nuestro país, aunque no nos guste. En todo caso, no es un poder oculto.

Una democracia frágil como la nuestra no se ha podido guiar por una sola variable ante las múltiples situaciones de emergencia, aunque a la larga erosionan a la democracia. En ese derrotero, el parlamento pierde su condición de órgano de cogobierno (si alguna vez la tuvo) de una democracia altamente presidencialista y, a la vez, contrae sus funciones de decisión política.

A raíz de nuestra larga crisis, los argentinos no tenemos todavía una nítida percepción de su compleja naturaleza. Una democracia, en fin, de carácter ejecutivo, que ya no es tanto la expresión de un gobierno limitado y respetuoso de la división de poderes. En esta frondosa tarea de instauración democrática no hemos podido comprender con exactitud los imperativos de la situación de excepción que dan

origen a una nueva forma política, que he denominado **decisionismo democrático**, y que permanece desde hace 34 años.

LA ARQUITECTURA DE LOS PODERES EXCEPCIONALES

La estructura jurídica del régimen de excepción se asienta en un conjunto de artículos contemplados en la Constitución de 1994, que aumenta la autonomía de la esfera del ejecutivo. Se autoriza al presidente a ejercer funciones legislativas directas, aunque estas instituciones fueron utilizadas con anterioridad. Son las llamadas «medidas de emergencia» o «poderes discrecionales de la democracia»: la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia (DNU) y el veto parcial. En teoría, el régimen de excepción es siempre transitorio, en el marco constitucional.

Efectuaré una breve descripción de cada una de esas medidas establecidas por la Constitución que antes no existían y que ahora subsisten como prohibiciones, con sus respectivas excepciones.

En primer lugar, la *delegación legislativa*. El Congreso puede delegar en el Ejecutivo facultades de legislación en «materias de administración o de emergencia pública», conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de «las bases» de la delegación que el Congreso establezca. De esta manera, el parlamento resigna atribuciones que le son propias en momentos de crisis o en situaciones excepcionales y se las transfiere al presidente, usando términos muy vagos e imprecisos.

En realidad, la Constitución establece las prohibiciones de legislar que tiene el poder ejecutivo, pero al mismo tiempo autoriza las excepciones, que en mi interpretación abre las puertas a un régimen de excepción que funciona en los hechos, en situaciones de normalidad de manera

arbitraria y abusiva, como lo veremos más adelante. Estas medidas de emergencia son discutidas y resistidas porque suponen una modificación, a favor del Ejecutivo, de la distribución de poderes. Por eso, en algunos países como Francia y Bélgica se las conoce como *pleins pouvoir* por el alcance de las atribuciones, más allá de que pasado el período previsto para su aplicación se restablece el gobierno y el parlamento.

En segundo lugar, los decretos de necesidad y urgencia contemplados en artículo 99, inciso 3. La justificación de esas facultades delegadas es la «necesidad» y la «urgencia» para dotar de mayor eficiencia a la gestión de gobierno. Es cierto que los gobernantes se ven obligados muchas veces a improvisar sobre la marcha para enfrentarse a situaciones inesperadas o imprevistas que lo desbordan. Por tanto, las medidas de emergencia, principalmente la delegación legislativa y los DNU, se adoptan en casos extraordinarios. Es un mecanismo constitucional de un gobierno de crisis que no debe ser utilizado en situaciones normales. La emergencia se define por la extrema necesidad.

Vivimos en la era del gobierno de los Ejecutivos. Cuando se refuerza al Ejecutivo, el parlamento pierde poder y capacidad de control. Aludo con ello a una *matriz* de pensamiento decisionista democrático, que no se concibe sin la conexión estructural de, al menos, dos poderes del Estado (el Congreso y el Ejecutivo). La emergencia es un término ambiguo, equívoco y genérico, tal como se usa en este texto, que no se restringe a la «administración» de gobierno durante crisis agudas o a situaciones de violencia extrema; con él se alude también a la administración de un amplio campo de asuntos múltiples en tiempos políticos normales.

La emergencia resulta ser con frecuencia el recurso de un largo fracaso de políticas de gobierno. Aunque cambie de calado, la emergencia es siempre una situación extraordinaria, fáctica, originada por un desorden intenso o por

las deficiencias en la capacidad de gobernar que resulta una amenaza, un desafío o una advertencia para la integridad de las instituciones democráticas, del orden social y de la calidad de vida de la población.

El Estado de derecho no desaparece, como lo indicaría una perspectiva decisionista schmittiana, pero lo atenúa; y la emergencia encuentra una legislación excepcional que la regula. La emergencia y los poderes excepcionales van de la mano. El poder se concentra en el Ejecutivo en desmedro de las atribuciones del legislativo. La legalidad atenuada es la forma jurídico-política que puede adquirir un Estado democrático en períodos de crisis.

En tercer lugar, el veto parcial, contemplado en el artículo 80 de la Constitución Nacional. Por este medio, el Ejecutivo desecha de modo parcial una ley aprobada por el Congreso. El problema se presenta, porque la disposición constitucional autoriza al presidente a promulgar la parte no vetada, si el proyecto sancionado por el Congreso conserva su «autonomía normativa» y si no altera el «espíritu y la unidad» del mismo. Cuando se veta parcialmente una ley y se promulga el resto, el poder Ejecutivo asume facultades legislativas al modificar la norma aprobada por el Congreso. Es decir, la posibilidad de la promulgación parcial le otorga facultades legislativas directas. Al final, el artículo 80 termina remitiendo el trámite al procedimiento de los DNU, que le adjudica al Congreso la capacidad de control.

Con esta arquitectura de poder la democracia argentina se ha convertido, desde 1989, en un edificio institucional que requiere en forma permanente de las medidas de excepción, y que contiene a la vez un lado normal y un lado excepcional. La «ley» pertenece al ámbito de la normalidad y las «medidas», al ámbito de la excepción. Esos ámbitos están amalgamados, pero no se trata de perpetuar la excepcionalidad.

En este armazón institucional, se introducen dos partes constitutivas de la democracia, que deben articularse y que no se excluyen recíprocamente, uno requiere del otro para la sobrevivencia de la democracia. Pero con esta salvedad, ante la crisis aguda o el desorden, es la propia democracia liberal la que convoca al régimen de excepción (en el marco constitucional) y le otorga su investidura, debido a las urgencias políticas de contexto. En estas circunstancias, la decisión pasa de manos del Congreso a manos del Ejecutivo; el poder se concentra en esta esfera. La tarea asignada es la de restituir el orden situado y volver al ámbito de la normalidad.

Cabe aclarar que, en general, los estudiosos de Carl Schmitt interpretan que la excepción no puede ser regulada. Por eso, mi noción de decisionismo democrático no se ubica en una perspectiva schmittiana, interpretada de aquella manera.

LA DEMOSTRACIÓN DE LOS HECHOS

La democracia argentina convive con décadas de alta inflación, con una economía bimonetaria, con elevados niveles de presión fiscal, con constantes devaluaciones, y con largos períodos de estancamiento económico. Luego de cuarenta años de democracia, la continuidad de la emergencia permanente refleja un cambio en la base del poder del sistema político que acrecienta su lado excepcional. Este es uno de los graves problemas de nuestra democracia, ¿será un síntoma estructural de su decadencia? Desde esos trazos críticos retomamos la pregunta que hilvana las páginas que siguen ¿es posible gobernar sin el decisionismo democrático, sin la invocación permanente a la emergencia?

Frente a la complejidad de las sociedades contemporáneas, los Estados deben ser cada vez más competentes desde

el punto de vista técnico, garantizar mayor capacidad estatal, incrementar sus conocimientos, para cumplir, además de sus funciones clásicas, con aquellas otras que han surgido como consecuencia de los fenómenos de la globalización, la revolución comunicacional y la sociedad del conocimiento. Pero hablamos de un poder estatal, imbuido por completo en el derecho, apto para dar cuenta democráticamente de las viejas y nuevas demandas sociales, en un contexto mundial diferente y cada vez más exigente. Además, como lo hice notar, la política desborda, y en mucho, al Estado y a sus políticas públicas. Estas no son neutrales ni son independientes de los otros actores políticos y sociales que operan en los diversos niveles de la esfera pública. La arquitectura del poder se ha convertido en el elemento central de la vida política argentina. Cualquier reflexión sobre el gobierno de la democracia conduce a las relaciones entre poder y sociedad. La emergencia puede redefinir los límites entre Estado y sociedad. La ciudadanía tiene que estar muy atenta para controlar a sus gobernantes.

En el caso argentino la excepcionalidad se vincula centralmente a las cuestiones económicas y financieras, ante la «necesidad» y la «urgencia» de los engorrosos problemas que hay que conjurar. Sin embargo, con el paso del tiempo, y en la medida en que la decadencia se acentuaba, la emergencia permanente, junto al decisionismo democrático, se han extendido a otros ámbitos, se ha abierto al mundo de los «asuntos humanos». Es decir, su dominio se ha desplegado a otros aspectos de la vida colectiva. Por ejemplo, se puede decretar la emergencia alimentaria, la habitacional, la seguridad, la energética, la ocupacional, la de transporte, la sanitaria, el crimen organizado. Con ello se alude, en general, a las situaciones de inseguridad civil y social que atraviesan a la ciudadanía, y a las circunstancias de grupos sociales que deben ser protegidos por el Estado.

LAS REFERENCIAS NORMATIVAS DE LA EXCEPCIONALIDAD

La fase inicial

La alta inflación de la Argentina de 1989 dejó paso a la hiperinflación en uno de los peores escenarios económicos imaginables para nuestra sociedad contemporánea. El presidente Carlos Menem realizó la reforma económica y el proceso de privatizaciones a través de medidas de emergencia: la delegación legislativa y los DNU, los que recién fueron incorporados a la Constitución con la reforma de 1994. Así, surgieron la ley de Reforma del Estado 23697 y la ley de Emergencia Económica 23697, ambas de septiembre de 1989. El Congreso de la Nación le transfirió atribuciones y competencias propias al poder Ejecutivo para encarar las innovaciones en la economía y en el reforma del Estado. La fuerte autoridad de Menem nació de la emergencia hiperinflacionaria de 1989–1990.

Una vez finalizadas las principales reformas del mercado y del Estado, que clausuraron el ciclo de la economía mixta, se inauguró oficialmente a mediados de 1996 la segunda etapa de la reforma del sector público. La intención del gobierno era avanzar con la desregulación del mercado laboral y del sistema de salud. De nuevo, el Congreso mediante la ley 24629 autorizó al ejecutivo a poner en marcha los temas de fondo pendientes. El proyecto de flexibilización laboral provocó un quiebre en la histórica relación entre las estructuras gremiales y el partido justicialista.

Continuó en el tiempo. En materia económica, el gobierno de la Alianza (Alianza por el Trabajo, la Educación y la Justicia), que se instala en la Casa Rosada en 1999, provoca la primera derrota en las urnas al peronismo en el

gobierno, por una coalición liderada por Fernando De la Rúa y Carlos «Chacho» Álvarez. El presidente De la Rúa al poco de asumir también apeló a la ley de Emergencia Económica Financiera 25344, de noviembre de 2000, en cuyo artículo 1º se declaraba «en emergencia la situación económico-financiero del Estado nacional» por un año. De nuevo, se aplica la delegación legislativa. Luego fue prorrogada por otro año mediante el decreto 1602/2001. La Alianza careció de una estrategia de desarrollo coherente para mejorar la economía a largo plazo, que fuera más allá de los imperativos de estabilidad y ajuste a corto plazo. A su vez, la convertibilidad ya se había transformado en un freno para el desarrollo; la recesión transformada en depresión dificultaba la recuperación de la economía.

A fines de 2001, De la Rúa presentó su renuncia. Tras ella, el peronismo vuelve al poder. El 2 de enero de 2002, la Asamblea Legislativa eligió a Eduardo Duhalde por el término de dos años hasta completar el mandato de la Alianza. Duhalde tampoco pudo terminar su mandato; renunció seis meses antes, convocó a elecciones anticipadas y entregó el gobierno.

En la primera semana de enero de 2002, con Duhalde como presidente, el Congreso aprobó la ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario 25561, prorrogada año tras año hasta diciembre de 2017. Fueron 15 años de emergencia pública y de «superpoderes». Una ley de carácter transitorio —pensada para una situación de crisis— se extiende en el tiempo, y termina regulando un vasto universo de asuntos gubernamentales en épocas de normalidad. Recordemos el contenido del artículo 1º:

Declárase con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional facultades

comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente. (art. 1º, ley 25561)

La norma le concedía extensas facultades al presidente, entre otras cosas, de fijar el tipo de cambio, la reestructuración de las deudas con los bancos y el control de precios de insumos, bienes y servicios básicos. Con esta iniciativa, Duhalde se convertía en el presidente de la *devaluación*, acompañado por su ministro de economía Remes Lenicov. La salida de la convertibilidad se hizo a través de una fenomenal devaluación.

En un tiempo de conmoción profunda como el que se vivió a partir de diciembre de 2001 —con señales previas y claras en las elecciones generales de octubre de ese año—, el que reaccionó con vehemencia fue el cuerpo social completo y detrás de esa reacción colectiva se encontraba agazapada la violencia. En efecto, la ira enardeció tanto a los ciudadanos que los dirigentes políticos no podían circular con libertad por las calles ni asistir a lugares públicos sin temor a ser agredidos o repudiados, mientras el Congreso de la Nación permaneció vallado durante un buen tiempo. La reacción ciudadana golpeando cacerolas, la convocatoria de las asambleas vecinales y la protesta de los piqueteros en las calles fue una visible demostración del hundimiento del sistema de representación. La consigna «que se vayan todos», coreada masivamente en las calles, fue el símbolo de la indignación y la negativa a entablar una conversación, que se consideraba ya agotada, con los dirigentes tradicionales.

Con todo, la renovación política tan aclamada por la sociedad y prometida por el gobierno no se realizó, y al final del proceso se *quedaron todos*. El largo calendario electoral del año 2003 no hizo más que revalidar los títulos de aquella

dirigencia política que participaba del poder entre fines de 2001 y principios de 2002.

Tengamos presente que el presidente Duhalde decidió acortar la duración del mandato otorgado por la Asamblea Legislativa para completar el período presidencial dejado vacante por De la Rúa, presionado por la represión a una marcha piquetera que causó dos víctimas en el mes de junio de 2002. La decisión, que pretendía alejar un factor de incertidumbre al adelantar el calendario electoral en el tenso clima social y político en que se vivía, trajo aparejados problemas de índole constitucional, por la rigidez de los mandatos en los sistemas presidencialistas. Las elecciones nacionales fueron convocadas para el 27 de abril de 2003 con entrega del poder el 25 de mayo.

El decisionismo fiscal de Néstor Kirchner

Néstor Kirchner fue un gran arquitecto del poder decisionista durante los años de su presidencia (2003–2007). Desde la campaña presidencial de 2003, Kirchner proclamó el reemplazo de la cultura menemista neoliberal de los '90 por otra autodenominada progresista, cuyos enunciados fueron los derechos humanos, la renovación de la Corte Suprema, el rol activo del Estado en el mercado interno, y la redistribución del ingreso, en el contexto de una pretendida renovación política. El poder decisionista que reviste el presidente pone de relieve la nueva etapa que se abre en la democracia argentina. El Ejecutivo funciona como una autoridad legislativa delegada, con especial énfasis entre 2003 y 2009.

La estructura jurídica del poder decisionista se asienta en un paquete de normas fundamentales, que diseña en los hechos un mapa distorsionado de los poderes públicos, y altera el equilibrio en la división de poderes. El eje de esta argumentación será la conexión entre el *decisionismo* y el

poder fiscal. El centro del poder decisionista no se explica sin la «apropiación» del poder fiscal del gobierno federal, sin el manejo discrecional de los recursos fiscales por parte del presidente.

La actuación de un presidente decisionista en materia impositiva no puede ser arbitraria, hay un contrato constitucional que regula las competencias y atribuciones de los poderes públicos. Entre otros, hay dos principios fundamentales consagrados en la Constitución y las leyes, íntimamente conectados, que pueden entrar en tensión con la voluntad decisionista del ejecutivo, y como consecuencia de ello potenciar el conflicto entre norma y decisión: el principio de la delegación legislativa en el ejecutivo y el principio de legalidad tributaria.

El segundo principio se refiere a las atribuciones presupuestarias del Congreso. El artículo 17 de la Constitución determina que solo ese órgano puede imponer las contribuciones que se expresan en el artículo 4, para proveer los gastos de la Nación. En cuanto a la asignación de competencias, le corresponde al Congreso legislar en materia aduanera y establecer los derechos de importación y exportación (artículo 75 inciso 1). «No existe impuesto sin ley» (*no taxation without representation*) es la regla básica del derecho público tributario, universalmente aceptado que proviene de la tradición inglesa de 1215. Es el principio de reserva de la ley. En materia tributaria, entonces, no se puede admitir la delegación de facultades legislativas. Tampoco está autorizado el presidente a dictar DNU que regulen materia tributaria; lo prohíbe el artículo 99 inciso 2. Si el ejecutivo fija las retenciones, legisla.

Otras de las facultades delegadas que favorecen la arquitectura del poder fiscal del presidente, en su fase de consolidación, son las que a continuación menciono a título ilustrativo.

Primero, la delegación legislativa del Código Aduanero, dictado por la dictadura militar en 1981, y aún vigente, que delega en el poder Ejecutivo la facultad de establecer o modificar los derechos de exportación e importación (alícuotas); ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior, entre otras atribuciones, con el objetivo de atender a las necesidades de las finanzas públicas. En base a esa delegación el ministro de Economía de Cristina Fernández de Kirchner, Martín Lousteau, estableció a través de la resolución 125 las denominadas «retenciones móviles» (que originaron el conflicto con el agro durante ese gobierno nacional). En un universo tan ilegal, algunos fallos judiciales declararon la inconstitucionalidad de esa resolución. El curso que tomó el conflicto con el campo obligó a la presidenta Kirchner a transformar dicha resolución en un proyecto de ley que fue discutido en el Congreso y que no fue aprobada merced al «voto no positivo» de Julio Cobos, vicepresidente de la Nación. Más allá del fracaso del gobierno, la sanción de una ley era el único procedimiento correcto para fijar los derechos aduaneros.

Segundo, la creación de «cargos específicos» (ley 26095 de 2006), que confiere al poder Ejecutivo la facultad de crearlos (y ajustarlos) para el desarrollo de obras de infraestructura energética que contribuyan a la expansión del sistema de generación transporte o distribución de los servicios de gas y electricidad, como aportes a los fondos constituidos o a constituirse para el desenvolvimiento de dichas obras. Con este criterio, se crearon verdaderos tributos disimulados bajo la forma de cargos específicos. Se trata de una «asignación específica de tributos coparticipables», que es una competencia exclusiva del Congreso, como lo determina el artículo 75 inciso 3 de la Constitución.

Tercero, los denominados «superpoderes». En ese marco discrecional de la política, se sanciona en 2006 la ley 26124

que sustituye al artículo 37 de la ley de Administración Financiera. Por el nuevo texto se faculta al jefe de Gabinete a disponer «las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de finalidades». En suma, a través de los denominados superpoderes, el jefe de Gabinete puede ampliar el presupuesto (sin incluir los recursos provenientes del Tesoro Nacional: IVA, Ganancias y Retenciones a las exportaciones), modificando su monto total, y reasignar partidas presupuestarias dentro del monto total aprobado.

Para cumplir con estos fines, el nuevo artículo 37 exceptúa al jefe de Gabinete de lo establecido en el artículo 15 de la ley de Responsabilidad Fiscal, donde se prohibía la aprobación de «modificaciones presupuestarias que impliquen incrementos en gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras». Con esta reforma, el presidente Kirchner vuelve sobre sus propios pasos al derogar esa prohibición (que autoriza la mencionada excepción) incluida en una ley sancionada bajo su gobierno en 2005, cuyo propósito era contribuir a la responsabilidad fiscal y a dotar de mayor transparencia a la gestión pública.

En síntesis, el decisionismo fiscal es un legado que Néstor Kirchner deja a los futuros presidentes, y en los hechos significa fortalecer aún más a la autoridad presidencial. La primera beneficiaria de ese legado fue su propia esposa, Cristina Fernández de Kirchner, durante su desempeño presidencial (2007–2015).

La continuación de los poderes excepcionales

Tanto en los dos gobiernos de Cristina Fernández de Kirchner como en el de Mauricio Macri se utilizaron los poderes excepcionales. Ambos se valieron de la estructura de poder decisionista, con sus matices, y realidades diferentes. Macri no controló ninguna de las dos cámaras del Congreso, quizá eso explica que haya dictado más DNU que en el primer gobierno de Cristina Kirchner. Por ejemplo, ambos efectuaron por decretos de necesidad y urgencia modificaciones presupuestarias (reforma del artículo 37 de la ley de Administración pública). Sin embargo, y fue un hecho positivo, el presidente Macri no solicitó la prórroga de ley de emergencia pública de 2002 que venció en diciembre de 2017.

Con el actual gobierno de Alberto Fernández continúa la emergencia, en principio con más fuerza y amplitud que la sancionada por Duhalde. El Congreso sancionó una ley de emergencia en un trámite relámpago con la denominación Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública 27541, aprobada en diciembre de 2019. Esta medida de excepción establece en su artículo 1:

Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2, hasta 31 de diciembre de 2020.

La delegación de facultades del Congreso en el Ejecutivo comprende nueve materias. Se le concede facultades excepcionales al presidente para asegurar —entre otros fines— la sostenibilidad de la deuda pública y crear las condiciones para la sostenibilidad fiscal. Asoma aquí el costado excepcional de la democracia y se opaca su costado deliberativo. Las

facultades legislativas directas del presidente se amplían. Lo novedoso en esta nueva etapa política es que la emergencia no es solo un reclamo del orden nacional, sino que también se ha extendido al orden provincial y municipal.

La emergencia y el decisionismo democrático nunca se fueron. Con el actual gobierno de Alberto Fernández, en el medio de la pandemia, la emergencia se pone al orden del día, con más fuerza y amplitud que la declarada por Duhalde. En esta circunstancia, la emergencia sanitaria abre paso a una emergencia económica, a una disposición emotiva, psicológica y emocional que legitima una situación de confinamiento nunca visto antes.

El propósito de la ley de solidaridad social y reactivación productiva, que contempla la emergencia pública hasta el 31 de diciembre de 2020, es aplicar aquellas medidas necesarias ante la crisis económica y social para asentar las bases del desarrollo productivo. Hasta ahí los enunciados del gobierno, lo que acontecerá en la práctica será materia de interpretación por la imprevisibilidad de los resultados. Con esta legislación de emergencia se ha estructurado en el interior del Estado argentino, por el término de un año, un régimen de excepción con poderes políticos extraordinarios para el presidente. En principio con esa duración —difícil de afirmar taxativamente ese plazo con nuestra historia de emergencia permanente— el poder Ejecutivo se convierte en el custodio del orden colectivo, en base a las significativas atribuciones y competencias transferidas por el congreso.

El supuesto dilema entre salud y economía ha suscitado enérgicas controversias en la Argentina, y en casi todos los países. En la medida en que la cuarentena se extiende sin medida, se deteriora aún más el aparato productivo, crece el desempleo, la falta de ingresos en el sector informal de la economía, cierran miles de empresas, se quebranta la clase media, los sectores más vulnerables se ven dramáticamente

afectados, y aumenta la recesión. ¿Qué hacer? Prestemos atención por un momento a la definición de la OMS (Organización Mundial de la Salud), que entró en vigor en 1948: «La salud es un estado de completo de bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades». Únicamente se puede hallar un equilibrio a ese dilema si la política sanitaria del gobierno nacional hubiese tomado en cuenta la amplitud de la definición de la OMS y no confundir el excesivo confinamiento como el principal remedio de la pandemia. Cuidar la salud de la población del Coronavirus no era solo cuidar su bienestar físico.

Desde el momento en que La Organización Mundial de la Salud declaró al brote del Coronavirus como una *epidemia*, el presidente Alberto Fernández, mediante el DNU 297/20, amplió por un año la emergencia en materia sanitaria establecida por la ley 27.41. Dicho decreto titulado «Aislamiento social preventivo y obligatorio» instituyó el aislamiento entre el 20 de marzo de 2020 y 31 de marzo de 2021. Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales y abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Quedan prohibidos los eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna de otra índole que implique concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas. Obviamente, quedan exceptuados el personal de Salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, bomberos. De igual modo, quedan exceptuados comercios minoristas de proximidad, farmacias, ferreterías, etcétera.

¿Cuál podría ser la meta inmediata desde el punto vista institucional? ¿Desmantelar el decisionismo democrático?²

Ello implica que el Congreso recupere su rol de órgano de codecisión. Ya lo sabemos, los parlamentos debilitados son la contracara del decisionismo democrático. Según el relevamiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se dictaron 804 DNU hasta febrero de 2020. En este ensayo, no se incluye al gobierno de Alfonsín en la matriz del decisionismo democrático porque solo dictó 8 DNU, y no sancionó ninguna ley de emergencia económica. El constitucionalista Antonio María Hernández (2020), contabiliza más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada.

PALABRAS FINALES

Felizmente vivimos en democracia a la espera de las urnas de octubre de 2023, que marcará nuestro destino hacia el futuro. Aún en un clima de extrema polarización y de conmoción de nuestra vida política y social, continúa en vigencia desde 1983 el principio electivo de legitimidad democrática. No es algo menor en un momento de crisis tan aguda de la democracia liberal. Los principios de legitimidad son justificaciones del poder, del derecho de mandar, buscan explicar la razón de la obediencia. El régimen de excepción ya está legitimado por la propia Constitución, en la medida en que se respeten sus cláusulas, y se descarten, por tanto, los atropellos e ilegalidades. La concentración del poder en manos de un líder decisionista, que gobierna con decretos y delegación legislativa, bien puede alcanzar una legitimidad de gobierno o de ejercicio si sus políticas públicas son satisfactorias. Pero lo cierto es que solo a través del parlamento la decisión adquiere carácter público, y no a través de un DNU que se dicta a puertas cerradas. El poder público no debería ser secreto.

La democracia contiene en su interior la decisión política, y ésta no se caracteriza solamente por su expresión jurídica, en el sentido clásico de leyes surgidas del parlamento, sino también porque ese parlamento delega en el ejecutivo atribuciones que le son propias, cuando es impotente para abordar la emergencia, la necesidad y la urgencia. El parlamento se vale, en ese sentido, del ejecutivo, y construye una forma política, el decisionismo democrático. No podemos pensar en la democracia como algo estático, inmóvil, sino por el contrario como un concepto móvil, que evoluciona junto con la sociedad, y que es también un concepto polisémico como todos los conceptos de la ciencia política. Hay diferencias en las muchas maneras de concebir las democracias y de utilizarlas o emplearlas. No es mejor proceder por comparación, sino analizarlas mediante la forma como se configura en los hechos. Incluso países autoritarios se declaran democráticos.

El gran problema es que los poderes excepcionales traspasan los límites constitucionales que le han asignado y, a la vez, la emergencia se renueva permanente ante la ineficacia de los gobernantes. De una forma u otra, la propia democracia liberal incuba los rostros del despotismo o autoritarismo. Es lo que sugería Maurice Joly, en 1864, cuando introduce elementos autoritarios en las instituciones liberales, y crea un modelo político que no corresponde a las categorías elaboradas en la historia del siglo XX (Joly, 2018). Se podría decir que el despotismo moderno de Joly se asemeja más a lo que hoy podemos llamar autocracia electiva.

El régimen de excepción, en nuestra perspectiva, no configura un gobierno de excepción. El mando de excepción es una delegación legislativa, pero tiene una exigencia de temporalidad impuesta por la Constitución, que en la Argentina no se han cumplido desde 1989 (durante 34 años), y la ley de emergencia pública de 2002 tuvo una vigencia de 17 años

ininterrumpidos. El régimen de excepción se erigió en una estrategia de gobierno, en una estrategia política. Como dije, la apelación a la emergencia permanente es el recurso de un largo fracaso de la capacidad de gobernar.

Aún con artículos ambiguos, confusos, en la Constitución argentina, el poder excepcional no suspende la Constitución misma, en todo caso atenúa el Estado de derecho; por tanto, el régimen de excepción no es menos constitucional que las situaciones de gobierno consideradas normales. En una palabra, se constitucionaliza el régimen de excepción, lo que implica una ventaja, pero no evita los riesgos de concentración y preservación del poder, como la progresividad de los mismos. No podemos pensar a la democracia como algo estático, inmóvil, y ajena a la aventura histórica. El deseo no es la realidad. Alguien dijo: para pensar lo nuevo, hay que pensar de nuevo. Es la tarea más difícil.

El espíritu de un enfoque realista de la política (aún controvertido) está aquí presente, con el talento realista de Raymond Aron,³ la «primacía de lo político», que no resulta tanto de una concepción filosófica como del análisis económico y sociológico de las sociedades contemporáneas. Aquellas dos palabras combinadas dan lugar a un nuevo sentido a la crisis de la democracia liberal para inventar el camino que reconecte a la sociedad con la política, y enfrentar los desafíos que plantea la democracia iliberal o un decisionismo autocrático.

¿Nos falta, acaso, el entendimiento para mirar o enfocar ambos componentes de la democracia argentina? La realidad no está afuera, vivimos en ella, y la configuramos. Por eso, el liberalismo democrático no niega el conflicto ni

3\ Arón se definió asimismo en su madurez como un «discípulo liberal de Maquiavelo».

la discusión sobre la igualdad social. Un autor realista en política no es alguien privado de esperanza, ni investido de cinismo, sino quien trabaja siempre sobre los hechos, sobre las contingencias de la historia, como un eterno desafío intelectual. Es alguien que piensa sobre «lo que es», en clave científica, no desde el rústico pragmatismo, tampoco desde una moral política idealista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FREUND, JULIEN (2017).** *El gobierno representativo*. Ediciones Encuentro.
- HAURIUO, MAURICE (2003).** *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Comares.
- KERVÉGAN, JEAN-FRANÇOIS (1992).** *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. PUF.
- HERNÁNDEZ, JOSÉ MARÍA (2020).** *Emergencia, orden constitucional y Covid 19*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- JOLY, MAURICE (2018).** *Dialogue aux enfer entre Maquiavel et Montesquieu. L'avant-scène théâtre*.