



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA

MAESTRÍA EN ECONOMÍA APLICADA

**La eficiencia de los límites impuestos por la Corte Suprema de
Justicia al Poder Ejecutivo para el dictado de Decretos de
Necesidad y Urgencia desde la perspectiva del Public Choice.**

Alumno: Alejandro Juan Rodolfo Krüeger French Isla (L. U. 19Y1107)

Tutor: César Marcelo Ciappa

Fecha: 01/09/21

La eficiencia de los límites impuestos por la Corte Suprema de Justicia al Poder Ejecutivo para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia desde la perspectiva del Public Choice.

Resumen

El presente trabajo persigue analizar la eficiencia de los límites impuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al Poder Ejecutivo para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia a la luz del Public Choice. En una primera parte se analiza sucintamente la normativa y jurisprudencia fundamental sobre el tema. En una segunda parte los aportes fundamentales que ha hecho la teoría del Public Choice para la creación de normas eficientes conforme a las preferencias de los votantes. En una tercera parte se analizan las consecuencias de la incorporación de la herramienta de los Decretos de Necesidad y Urgencia sobre la eficiencia del sistema normativo. Finalmente, se analiza desde esta óptica las pautas establecidas por la Corte Suprema para la validez de estos decretos.

Palabras Clave: DNU, Public Choice, Constitución, Decreto.

Contenido

Introducción.....	5
I. HIPÓTESIS	8
II. NORMATIVA.	8
III. REVISIÓN DE LA LITERATURA.	11
3.1. Acción Colectiva.	11
3.2. Reglas para la toma de decisiones colectivas.	13
3.3. Votaciones y regla de la mayoría.	16
3.4. Intercambio de votos -Logrolling-.	19
3.5. Grupos de Presión y rent-seeking.	21
3.6. División de Poderes.	21
3.7. Congreso Bicameral.	22
3.8. Sistemas electorales.....	24
3.9. Poderes del Presidente en la formación de leyes.	24
IV. ANALISIS DE LA REGULACIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PUBLIC CHOICE.	26
4.1. El intercambio de votos cuando incorporamos los DNU al sistema.	26

4.2. El poder de agenda otorgado por el DNU.....	28
4.3. La negociación entre poderes.....	29
4.4. Concentración del poder.....	30
4.5. Otros problemas generados por los DNU.....	31
V. CONDICIONES DE VALIDEZ ESTABLECIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.	33
Conclusiones.	35
Bibliografía.	36
APÉNDICE.	38

Introducción

La búsqueda por la forma de gobierno ideal ha recorrido un largo trecho desde que los filósofos griegos comenzaron a esbozar las primeras teorías acerca de la organización del gobierno en un Estado.

La evolución en occidente hasta la consagración de la democracia frente a otras formas de gobierno llevó cientos de años, muchas luchas intestinas e internacionales.

¿Quién debe gobernar el Estado? ¿Cómo debe dividirse el poder? ¿Cómo evitar la concentración del poder? Son problemas universales que, en menor o mayor medida, aún no encuentran una respuesta definitiva.

La democracia implica un concepto complejo que otorga la titularidad de la soberanía al pueblo. Esto implica que las decisiones son tomadas por el pueblo directamente (democracia directa) o por medio de representantes (democracia indirecta). Este último tipo de democracia ha sido adoptada por la mayoría de los estados occidentales.

Aún cuando existe un consenso generalizado respecto a la democracia como mejor forma de gobierno, la defensa de las minorías frente a las mayorías y, al contrario, el gobierno de minorías enquistadas en el poder sobre las mayorías, constituyen cuestiones sobre las cuales se requieren grandes esfuerzos doctrinarios y jurídicos para su real eficacia.

También la crisis de la teoría de la representación sufrida por la mayoría de los países democráticos refleja la necesidad de profundizar su estudio.

El mejoramiento de los mecanismos existentes llevará a un fortalecimiento de la democracia frente a otras alternativas que en pos de alcanzar el poder ponen la lupa sobre estas cuestiones aún no resueltas.

Trayendo el análisis a nuestro país, el artículo 1º de la Constitución Nacional establece la forma republicana, representativa y federal para su gobierno.

Dentro de los mecanismos ideados para evitar la concentración del poder quizás el más importante lo constituye la división de poderes.

Esta idea comúnmente se reconoce a Montesquieu y su obra “El Espíritu de las Leyes” pero en realidad se trató de un análisis de las instituciones políticas inglesas donde el poder se dividió a través de una evolución espontánea y natural representando cada poder un sector de la sociedad. Los orígenes de esta distribución los podemos encontrar incluso en las monarquías de la Edad Media.

Siendo que la democracia otorga la titularidad de la soberanía al pueblo, el órgano donde este se encuentre representado será el que mayor preponderancia deberá tener en el gobierno del Estado.

Teniendo en cuenta que los Estados modernos exceden exponencialmente la cantidad de habitantes de las polis griegas, la teoría de la representación vino a salvar los obstáculos que significaban tener que tomar decisiones entre millones de personas.

Del juego de las ideas de Rosseau y Sieyes (padre de la teoría de la representación) - las que son completamente contrapuestas en conceptos fundamentales-, la Asamblea (Parlamento o Congreso) se convirtió en la representación del pueblo soberano y, así, la decisión de la mayoría de los representantes equivalía a la voluntad general.

Esta noción del Poder Legislativo podía llevar y, en la práctica lo hizo, a numerosos abusos de las mayorías sobre las minorías.

La consagración de derechos fundamentales que pertenecen a la persona por ser persona y son inalienables, y la posibilidad de que un órgano independiente (poder contramayoritario) revise la constitucionalidad de las leyes sancionadas aparecieron como límites a esta Asamblea todopoderosa, límites que encontraron su máxima expresión en los juicios de Nüremberg.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 tomó todos estos conceptos y creó un nuevo modelo político. Concientes de los posibles abusos de las mayorías sobre las minorías y para evitar la concentración del poder dividió el Congreso en dos Cámaras, una representando al pueblo y la otra a los Estados. Reemplazó al rey por un Poder Ejecutivo al cual le asignó muchas de sus funciones (principalmente el manejo diario de la cosa pública) y reconoció un Poder Judicial independiente, el que 16 años después obtuvo por sí solo el derecho de declarar la inconstitucionalidad de leyes sancionadas por el Congreso. Además, estableció pesos y contrapesos entre los tres poderes del Estado para evitar que violen sus límites funcionales.

Este fue el modelo que a través de Alberdi adoptó nuestra Constitución en 1853.

De lo expuesto hasta aquí podemos comenzar a extraer algunas conclusiones normativas que preceden el desarrollo del Public Choice:

1. La Democracia constituye al pueblo como titular de la soberanía, es decir, el pueblo es quien decide las políticas que debe llevar a cabo el gobierno.
2. La forma ideal de Democracia sería la directa, pero resulta casi imposible en los Estados actuales por: (i) su elevada población; (ii) los costos que se generarían por llamar constantemente a referéndums acerca de cada asunto público; (iii) el tiempo que requeriría tomar cada decisión; y (iv) el tiempo que necesitarían los ciudadanos para estar al tanto de todas las decisiones que hacen al devenir diario del desenvolvimiento del gobierno.
3. La Democracia indirecta, aparece como la única posible para los Estados Modernos. Los representantes tienen un mandato otorgado por el pueblo por lo que deberían tomar las decisiones más equivalentes posibles a las que hubieran tomado sus representados.
4. El órgano que mejor representa al soberano es la Asamblea, Parlamento o Congreso.
5. Se debe dividir el poder para evitar su concentración.
6. Se requieren mecanismos de contralor cruzados entre los Poderes para evitar desviaciones.
7. Se deben establecer mecanismos para salvaguardar a las minorías del abuso de las mayorías.

Cabe analizar ahora otro factor que irrumpió con fuerza en el desenvolvimiento de las relaciones entre los tres poderes. Este factor tiene orígenes culturales e históricos por un lado y económicos por el otro.

Si bien del análisis hecho hasta el momento podría advertirse que el Poder que podía generar una mayor concentración del poder y que, como depositario del poder constituyente, se elevaría entre los otros poderes es el Poder Legislativo, la historia del siglo XX lo fue eclipsando frente a otro poder que se convirtió en la estrella, el Poder Ejecutivo.

El manejo diario de la cosa pública, su carácter unipersonal frente a la pluralidad que integra el Poder Legislativo, su carácter de ejecutor de las sentencias judiciales, y quizás cultural e históricamente al ser un reemplazo del rey, el Poder Ejecutivo fue concentrando poder de una manera arrolladora.

Tuvo también mucho que ver la irrupción del Estado de Bienestar cuyo ejecutor principal era el Poder Ejecutivo y la aparición de los derechos sociales no requiriéndose ya abstenciones por parte del Estado (libertades negativas) sino acciones puntuales para hacer efectivos los derechos (libertades positivas).

La ampliación de un estado mínimo a un Estado de Bienestar multiplicó la actividad del Estado y la necesidad de tomar medidas que no podían esperar los tiempos parlamentarios, sustrayendo funciones del Poder Legislativo y otorgándoselas al Poder Ejecutivo.

El premio nobel de Economía (Buchanan, 1962, pág. 327) indica como causa de la ampliación del Estado el efecto espiral que genera la combinación entre grupos de interés y gobierno. La ampliación de la actividad gubernamental y la sustitución de normas generales por normas diferenciales incentivó la organización de grupos de presión. El grupo de presión surge porque espera obtener ventajas diferenciales a través del sistema político y se producen estas ventajas a causa de la existencia de estos grupos.

Una de las consecuencias constitucionales más visibles de este crecimiento en el poder del Ejecutivo en la Argentina fue la constitucionalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) en la reforma de 1994. La teoría que utilizaré para describir la eficiencia de la normativa existente será la de la Elección Pública (Public Choice).

En su obra (Mueller, 1993, pág. 3) explica que la teoría del Public Choice permite analizar al Estado de una forma análoga al mercado proveyendo bienes públicos y eliminando externalidades. El acercamiento del Public Choice al proceso de toma de decisiones fuera del mercado ha sido: (i) tomar los mismos supuestos de comportamiento del individuo en el mercado -racionalidad, utilitarismo de preferencias-; (ii) describir el proceso de revelación de preferencias como análogo al mercado -intercambio entre votantes, revelación de preferencias a partir del voto-; y (iii) formular las mismas preguntas que la teoría de precios: ¿Existe un equilibrio?, ¿El equilibrio es estable?, ¿Resulta Pareto eficiente?, ¿Cómo se alcanza el equilibrio?.

La utilización de los Decretos de Necesidad y Urgencia por parte del Poder Ejecutivo resulta una problemática interesante en la Argentina. No debe perderse de vista que cuando el Poder

Ejecutivo emite un DNU esta legislando, absorbiendo una función propia y fundamental del Poder Legislativo.

Desde el año 1994 hasta el 25 de agosto de 2021 se han dictado 832 DNU (Tabla 1 en Apéndice), es decir el Poder Ejecutivo ha dictado 832 normas con todo el efecto de una Ley del Congreso.

El análisis de las problemáticas en las que se centra este trabajo requiere complementar el método jurídico con el aplicado por otras ciencias como la economía. La teoría de juegos, de las reglas de toma de decisiones y de los costos de transacción ayudan a comprender los efectos de la incorporación de los DNU al desenvolvimiento de las relaciones entre los tres poderes del estado.

En el presente trabajo se estudiarán las ventajas y desventajas, incentivos y desincentivos que conllevan los DNU, especialmente analizados desde la perspectiva del Public Choice.

I. HIPÓTESIS

El análisis de los DNU plantea numerosas preguntas que intentaremos responder:

1. ¿Son los DNU una herramienta de creación de normas más eficiente que las leyes sancionadas por el Congreso?
2. ¿El Poder Ejecutivo es capaz de satisfacer las necesidades y preferencias de los votantes mejor que el Poder Legislativo?
3. ¿Cuál regla de toma de decisiones resulta más eficiente en una comunidad?
4. ¿Los DNU cambian el poder de los actores con poder de veto en la creación de normas?
5. ¿Cómo influyen los grupos de presión en el dictado de DNU en relación con las leyes sancionadas por el Congreso y los DNU?
6. ¿Los DNU llevan a una mayor concentración del poder en el Poder Ejecutivo?
7. ¿La reglamentación legal de los DNU puede limitarlos convirtiéndolos en una herramienta más eficiente?
8. ¿Resultan eficientes los DNU conforme a las circunstancias fácticas existentes al momento de su dictado?

La hipótesis que se intentará demostrar en la presente tesis es:

“Las limitaciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia son eficientes desde la perspectiva del Public Choice”.

II. NORMATIVA.

A continuación, se analizarán sólo los aspectos puntuales de la normativa que regula los DNU que resultan fundamentales para este trabajo.

Si en 1853 por regla y sin excepciones la Constitución Nacional establecía que el Poder Ejecutivo no podía *“en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*, con la reforma de 1994 se introdujo una excepción en el tercer párrafo del artículo 99° inciso 3°: *“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 cuarto párrafo prevé que “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”.

Analizando el articulado podemos encontrar los siguientes requisitos:

a) Sustanciales:

1. La existencia de circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.
2. Que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

b) Formales:

1. Deben ser decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros.
2. El Jefe de Gabinete debe someter la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.
3. La Comisión eleva su despacho al plenario de cada Cámara en el plazo de 10 días para su expreso e inmediato tratamiento.

La ley especial recién fue sancionada en el año 2006, doce años después de la manda constitucional.

Dentro de la Ley 26.122, de Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia..., cabe mencionar tres artículos y una omisión que tendremos en cuenta en el desarrollo del trabajo:

- a) El artículo 17° prevé que los DNU tienen plena vigencia desde su dictado;
- b) El artículo 23° impide al Congreso “introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes”;
- c) El artículo 24° establece que el DNU sólo podrá ser derogado por el Congreso a través del rechazo de ambas Cámaras -Diputados y Senado-, dejando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia; y

- d) No se definen expresamente las circunstancias excepcionales a que hace referencia el texto constitucional.

La ley amplió en lugar de limitar la discrecionalidad con la que el Poder Ejecutivo puede hacer uso de esta herramienta, reduciendo las posibilidades de control y de rechazo del decreto por parte del Congreso.

En el articulado de la ley no se plasmaron los límites que había impuesto la Corte Suprema de la Nación al dictado de estos decretos en el fallo “Verrocchi”¹ (1999). En esa oportunidad nuestro más alto tribunal había establecido que:

1. *“...para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesario la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias : 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes...”*.
2. *“...corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto...”*.

En el año 2000, en el fallo "Risolia de Ocampo"² la Corte Suprema avanzó un poco más en materia de validación constitucional de los DNU al expresar que *"uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el 'sublite' es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos"*.

Cabe agregar que en la Opinión Consultiva 6° del 9/05/86, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 30³ de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional en nuestro país conforme al artículo 75° inciso 22°, expresó que las restricciones permitidas al ejercicio de derechos y libertades reconocidos por la Convención sólo pueden ser introducidas por ley formal, emanada del órgano legislativo⁴.

¹ (Fallos, 322-1726, 19/8/1999).

² (Fallos, 323-1934, 2/8/2000).

³ *“Artículo 30. Alcances de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”*

⁴ *“La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.”*

Se adelanta que son estos parámetros los que a lo largo del trabajo serán considerados eficientes como limitación al Poder Ejecutivo en el dictado de DNU.

III. REVISIÓN DE LA LITERATURA.

La incorporación de métodos económicos a la ciencia política ha permitido analizar la acción de los votantes, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y sus relaciones en el establecimiento de políticas públicas. Esto también permite generar predicciones acerca de las distintas reglas aplicables.

Se advierte al lector que, si bien existen muchas motivaciones en el actuar político de los individuos como la moral, el bien común, la religión, entre otras, se va a describir en el análisis como actúan los individuos -tanto votantes como políticos- guiados por su propio interés (Buchanan, 1962) (Cooter, 2000) (Mueller, 1993).

Esta visión no está alejada del constitucionalismo. En “El Federalista”, los Founding Fathers de los Estados Unidos siguieron esta misma premisa⁵. No creyeron que los políticos actuarían espontáneamente en el interés público.

De acuerdo con (Cooter, 2000, pág. 38) la democracia es la mejor forma de gobierno por satisfacer las preferencias políticas de los ciudadanos. Al igual que los mercados competitivos hacen que la economía responda a los consumidores, la competencia electoral provee la mejor garantía de que el Estado otorgará a sus ciudadanos las leyes y los bienes públicos que más prefieren. Para traer prosperidad la Constitución debe proveer un marco legal para la asignación eficiente de bienes públicos y privados. Este marco legal debe incluir mercados competitivos para bienes privados y competencia política para los bienes públicos.

También deja una advertencia, lo opuesto a la democracia y su enemigo es una cierta forma de monopolio político. Los monopolios proveen a sus dueños de ganancias extraordinarias a expensas de la gente. El Estado es potencialmente el monopolio que más ganancias puede dejar a quien lo controle y el más peligroso para todos.

3.1. Acción Colectiva.

En “El Cálculo del Consenso...” (Buchanan, 1962, págs. 70-80) sostiene que si no se requiere ninguna acción colectiva no habría necesidad de una constitución política. Un individuo decidirá organizar una actividad colectivamente cuando: (i) pueda eliminar costos externos: acciones privadas que otros individuos imponen sobre él, y (ii) para asegurarse beneficios externos que no puede asegurarse a través de su conducta individual. El autor emprende el análisis desde una función de minimización de costos como objetivo de la organización política. La acción colectiva sería entonces una forma de disminuir los costos externos que se imponen al individuo por una acción privada. También incorpora los costos en que el individuo espera incurrir como resultado

⁵ "If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself." (Madison, 1981b)

de su participación en una actividad colectiva: costos de la toma de decisiones (*“costos estimados por participar en las decisiones cuando se necesitan dos o más individuos para llegar a un acuerdo”*). Los costos externos más los costos de la toma de decisiones serán denominados costos de interdependencia. Sólo colectivizará aquellas actividades en las que maximice su utilidad de interdependencia social.

Esta visión de la minimización de costos se relaciona con el Teorema de Coase (Coase R. , 1960): si los derechos de propiedad están claramente especificados y son libremente transmisibles, y si los costos de transacción son iguales a cero la asignación de los recursos será eficiente sea cual sea la asignación inicial de los derechos de propiedad. Es decir, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de la propiedad ya que *“...siempre es posible modificar la delimitación inicial de los derechos mediante transacciones de mercado. Y, naturalmente, si dichas transacciones no implican ningún coste, esas modificaciones de los derechos tendrán lugar siempre que conduzcan a un aumento del valor de la producción...”*⁶.

Sin embargo, en el mundo real, en el mercado, los costos de transacción existen *“...para llevar a cabo una transacción de mercado es necesario descubrir con quién se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere comerciar y en qué términos, conducir negociaciones que permitan alcanzar los acuerdos, elaborar los contratos, realizar inspecciones para asegurarse de que se cumplen los términos de los mismos, etc. Estas operaciones son por lo general extremadamente costosas incluso como para impedir que se concreten muchas transacciones que tendrían lugar si el sistema funcionara sin costes”*.

Así la reasignación de un derecho de propiedad se dará sólo cuando los beneficios de dicha reasignación sean mayores que los costos de transacción que deberán afrontar las partes para alcanzarla.

De esta manera, en un mundo con costos de transacción, la asignación inicial de los derechos de propiedad tiene relevancia *“...en estas condiciones [teniendo en cuenta los costos de transacción], la delimitación de los derechos legales tiene efectos sobre la eficiencia con que opera el sistema económico. Una combinación de derechos puede provocar un mayor valor de la producción que cualquier otro...”*.

Las normas legales deberán asignar derechos de propiedad claros y disminuir los costos de transacción estableciendo aquellas soluciones a la que los sujetos hubieren arribado si los mismos no existieran.

Así se puede arribar a las siguientes reglas⁷, expuestas por (Mercado Pacheco, 1994, pág. 37):

a) Que, funcionando el mercado sin costos de transacción, al derecho no le compete ninguna función decisoria o de intervención para conseguir el resultado eficiente. El derecho es una estructura redundante respecto del mercado y su única función es la de garantizar las

⁶ Citas de (Coase R. , 1994, págs. 134,135).

⁷ Reformulo las reglas expuestas en términos de costos de transacción para no referirme a las condiciones de competencia perfecta, equilibrio perfecto o fallos del mercado, que no son objeto del presente trabajo.

condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil que hacen posible que ese resultado se logre.

b) Cuando existan costos de transacción que impidan o reduzcan la posibilidad de transacciones eficientes en el marco del mercado, la función del derecho es reducir la existencia de dichos obstáculos, reduciendo los costos de transacción que impiden que el resultado eficiente se logre a través de un acuerdo negociado.

c) Y, por último, cuando la decisión del mercado sea imposible llevarla a cabo por la imposibilidad de eliminar los costos de transacción que impiden la decisión de mercado, la función del derecho es la de actuar como un mercado simulado, es decir, la adopción por parte del juez o del legislador de la solución que habría adoptado el mercado en el caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento.

3.2. Reglas para la toma de decisiones colectivas.

Siguiendo el análisis de (Buchanan, 1962, págs. 90-93) si una actividad va a ser colectivizada, debe elegirse la regla más eficiente de toma de decisiones. Es decir, aquella que minimice los costos de interdependencia de organizar la actividad de forma colectiva. Cabe agregar que a los costos de la toma de decisiones se deben sumar otro tipo de costo externo: la posibilidad que las decisiones tomadas sean contrarias a los intereses del individuo. Este costo externo sólo desaparece cuando la regla de toma de decisiones es la unanimidad.

En la Figura 1 se puede apreciar la función de costos externos:

$$C_i = f(N_a), i = 1, 2, \dots, N$$

$$N_a \leq N$$

C_i es el valor presente de los costos esperados impuestos sobre el individuo i por acciones de otros individuos; N_a es el número de individuos del total de N que se requieren para tomar la acción colectiva. El total de los costos representados por C son costos externos. Como podemos observar, normalmente se tratará de una función decreciente. A medida que el número de individuos requeridos para formar el acuerdo aumenta, los costos externos disminuyen.

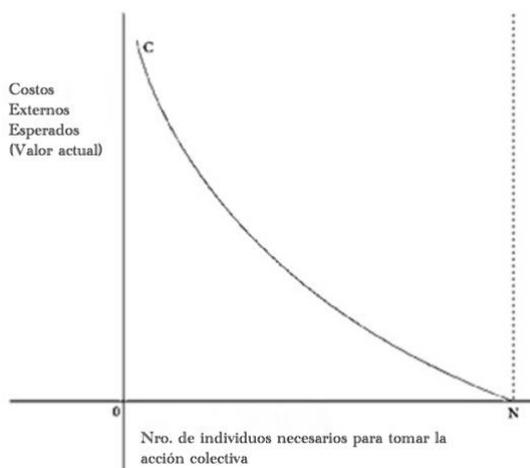


Figura 1.

Bajo la regla de unanimidad los costos externos son cero. En el otro caso extremo, bajo la regla de que cualquier individuo puede tomar la decisión por sí, los costos externos serán mayores que una organización privada de la actividad, ya que la fijación inicial de los derechos de propiedad establece algunos límites efectivos frente a los efectos externos de particulares.

En la Figura 2 se aprecia la función de costos de toma de decisiones:

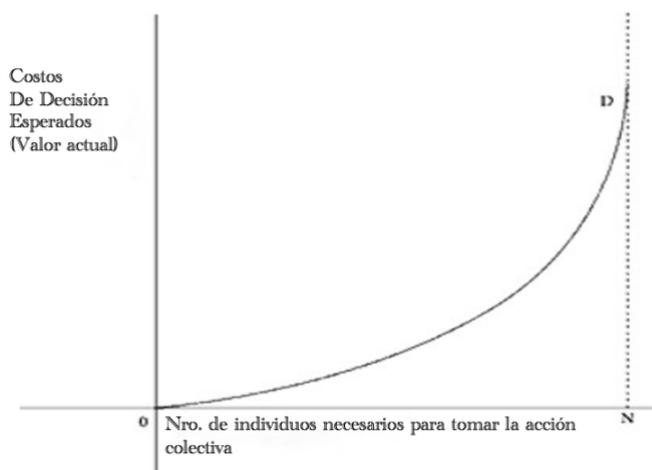


Figura 2

$$D_i = f(N_a), i = 1, 2, \dots, N$$

$$N_a \leq N$$

D_i es el valor presente de los costos que se espera incurrirá el individuo por participar en el conjunto total de las decisiones colectivas para una actividad determinada. Como se puede observar se trata de una función creciente.

Como ya se había advertido en el análisis de los costos de transacción, participar en una decisión tiene costos. Si se requieren dos o más individuos para tomar una decisión habrá costos de tiempo, de esfuerzos, que se incrementarán a medida que más individuos se requieran para alcanzar el acuerdo. En niveles más bajos a la unanimidad si alguien se niega puede recurrirse a una alianza con otros integrantes del grupo, pero bajo la regla de la unanimidad esto es imposible. Como señala (Buchanan, 1962, pág. 96): *“Puesto que cada votante, entonces, tiene un monopolio de un recurso esencial (esto es, su consenso), cada persona puede pretender obtener el beneficio completo del acuerdo para sí misma”*.

La existencia de estos costos externos explica racionalmente el origen de la actividad voluntaria, cooperativa, de acuerdos contractuales y la actividad del Estado.

Empleando estas dos funciones de costos externos esperados y costos de decisión esperados, el individuo racional, en el momento de elección constitucional, elegirá la regla de toma de decisiones que minimice la suma de ambos costos.

En la Figura 3 se observa que el individuo elegirá la regla que requiere que K/N del grupo esté de acuerdo para tomar la decisión colectiva. Esta regla eficiente debe ser analizada para cada actividad.

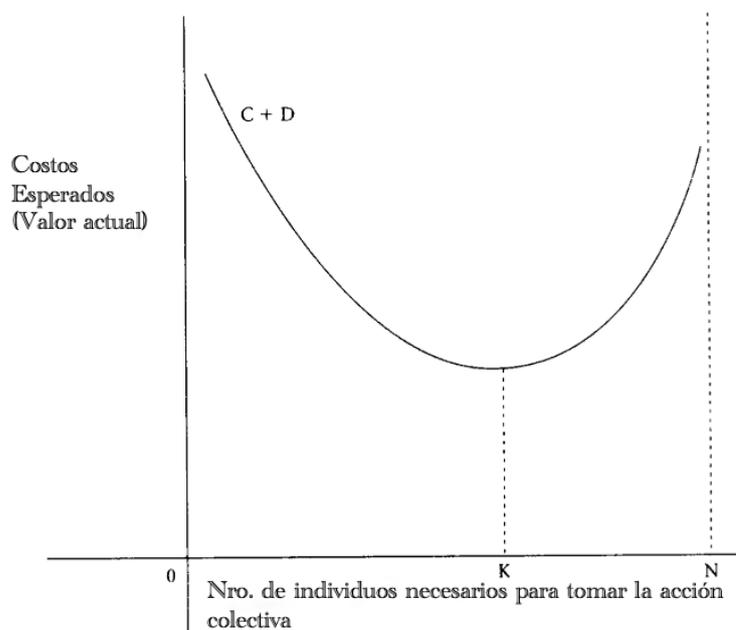


Figura 3.

Cuando se trate de decisiones colectivas que modifican los derechos humanos esenciales, como el derecho de propiedad, los costos externos serán más elevados por lo que requerirá una regla más próxima a la unanimidad a pesar de que los costos de toma de decisiones sean elevados.

Esta conclusión de Buchanan coincide con la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N°6 que se menciona anteriormente.

En el caso de decisiones meramente estatales, como el establecimiento de un departamento de bomberos, educación, seguridad exterior, es decir, asuntos en que los posibles costos externos son menores elegirá reglas de toma de decisiones más laxas.

Reglas más inclusivas de toma de decisiones traerán un costo adicional de toma de decisiones a cambio de mayor protección. Reglas menos inclusivas generarán menor protección frente a costos externos a cambio de un costo menor en la toma de decisiones.

Continuando el análisis de (Buchanan, 1962, pág. 138), distingue las reglas de toma de decisiones en el nivel constitucional y el nivel operativo. Sólo la unanimidad conduce a la eficiencia en el sentido de Pareto, sin embargo, la optimalidad en el sentido de elegir la mejor regla -nivel constitucional-, es distinta a la optimalidad en la asignación de recursos en un

período determinado -nivel operativo-. En el nivel constitucional el individuo tiene incertidumbre respecto a su posición respecto de las distintas acciones colectivas.

Al referirse al tema (Cooter, 2000, pág. 67) explica que la mayor parte de las leyes hacen que algunas personas estén mejor y otras peor. No podemos tomar la eficiencia en el sentido de Pareto sino un análisis de costo beneficio, donde las ganancias de los ganadores excedan las pérdidas de los perdedores en la elección⁸.

Volviendo a (Buchanan, 1962, págs. 152-60) sostiene que en el nivel operativo los votos tienen un valor económico. Si bien se encuentra prohibido el comercio directo, la posibilidad de intercambiar votos sobre temas distintos abre la posibilidad de intercambio. Si las preferencias de los individuos son de igual intensidad entonces la regla de la mayoría asegurará que los beneficios conjuntos de la acción excederán las pérdidas conjuntas. Si las intensidades son distintas sólo alguna forma de intercambio de votos asegurará resultados deseables.

Si las minorías tienen preferencias más intensas que las mayorías sólo la unanimidad podría generar beneficios netos, salvo que incorporemos compensaciones. El intercambio de votos en una secuencia de temas podría salvar este conflicto. Sin este intercambio tendrán igual valor las preferencias de los interesados y de los desinteresados.

3.3. Votaciones y regla de la mayoría.

Comenzaré analizando brevemente el voto de los ciudadanos en una elección bajo sistema uninominal (winner take all) por mayoría simple. No incorporo en este punto sistema de voto proporcional porque será analizado más adelante.

En una campaña cada partido tiene una plataforma electoral donde expone las políticas públicas que seguirá una vez que llegue al gobierno. Por su parte, los ciudadanos votan por los candidatos de aquellos partidos cuyas plataformas sean más cercanas a sus preferencias políticas.

Cooter (2000) y Mueller (1993) demuestran que la experiencia política y la teoría económica demuestran que la competencia electoral hace que las plataformas políticas tiendan a converger en el centro. Así la plataforma ganadora será la favorecida por el ciudadano que es el votante medio.

En la Figura 4 hay tres votantes, el eje vertical muestra sus preferencias y el eje horizontal las plataformas políticas indicadas en el espectro político de izquierda a derecha. La utilidad del votante a se incrementa, en un principio a medida que se acerca a la derecha del eje siendo su plataforma preferida Xa, luego decae. La utilidad de c por su parte se eleva a medida que se acerca a la derecha siendo su plataforma preferida Xc.

⁸ "Since the winners gain more than the losers lose, the former could compensate the latter in principle. Thus an improvement by the cost-benefit standard is also a "potential Pareto improvement." The change is not an actual Pareto improvement unless compensation is actually paid. The criterion of potential Pareto improvement is also called the "Kaldor-Hicks" criterion, after the two economists who developed the idea" (Cooter, 2000, pág. 67).

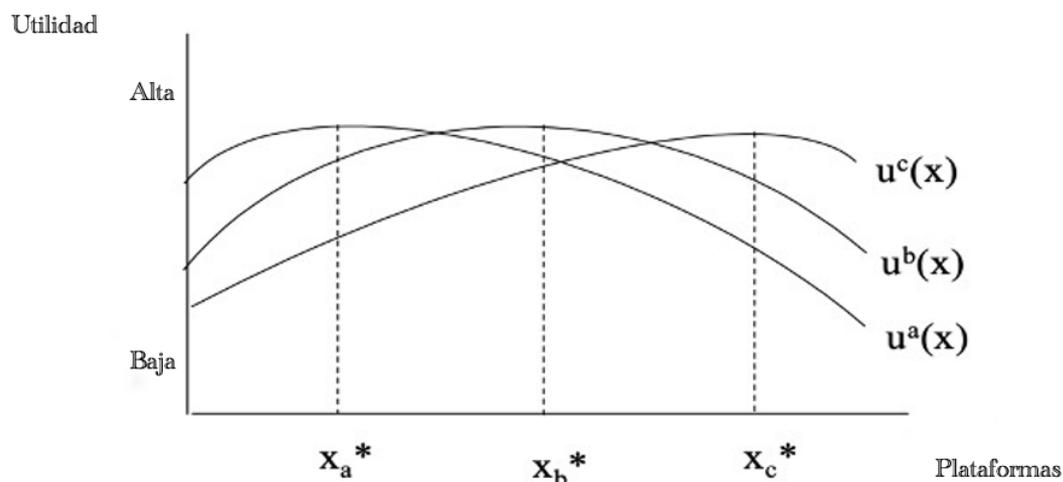


Figura 4.

Si se asume que dos partidos compiten por los votos de los tres votantes veremos que quien elija plataforma X_b es el que ganará.

El votante b está en el medio de la distribución de preferencias en el sentido de que uno de los votantes prefiere los puntos a la izquierda de b y el otro a la derecha de b.

Cuando los votantes tienen este tipo de preferencias de un solo pico la plataforma ganadora será la del votante medio, y como esta plataforma vence cualquier otra se constituye en el equilibrio político de la elección. La elección de esta plataforma ganadora por el candidato depende de la información y la oportunidad para elegir el momento de proclamarla.

Este supuesto de votante mediano se extiende a los legisladores en el Congreso, cuando hay preferencias de un solo pico y la regla es la votación por mayoría se aprobará la propuesta del legislador mediano.

No es tan sencilla la solución cuando hay preferencias de más de un pico o los asuntos son multidimensionales. La regla de la mayoría puede conducir a ciclos. Mueller (1993) expone la situación de un Comité de tres personas que debe votar como dividir un regalo de \$100 entre sus miembros. Se trata de un asunto de pura distribución, un juego de suma cero. Suponiendo que V_2 y V_3 deciden dividirse el regalo 60/40. Ahora V_1 podría ofrecer a V_3 dividir el regalo 50/50. Pero ahora V_3 podría ofrecer a V_1 una nueva coalición donde el regalo se divida 55/45. Cuando las propuestas son redistributivas los miembros de la coalición perdedora siempre tienen incentivos de hacer intentos para formar una nueva coalición ganadora.

Tal como señala (Cooter, 2000, págs. 76-79), las preferencias políticas intransitivas pueden evaluarse en la Figura 5:

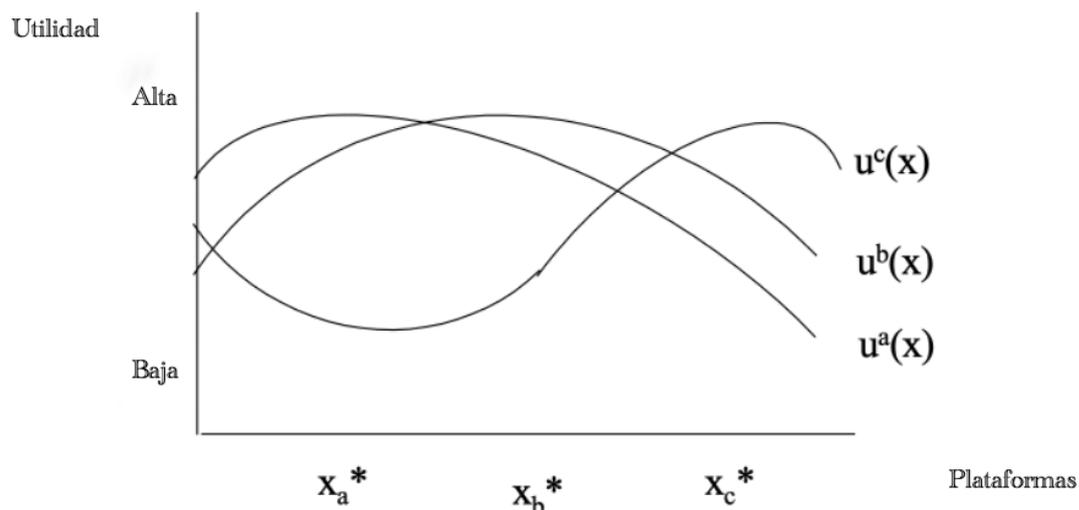


Figura 5.

Se concluye que bajo la regla de la mayoría X_a gana a X_b , X_b gana a X_c y X_c gana a X_a .

Este ejemplo con preferencias intransitivas tiene un núcleo vacío, no existe alternativa que domine a las otras. Se denomina ganador de Condorcet a una alternativa que puede vencer a cualquier otra alternativa en una votación. La alternativa ganadora de Condorcet no está dominada, entonces es estable.

El Teorema de Imposibilidad de Arrow, en el que no se ahondará por no hacer al presente trabajo, demuestra que no hay garantía de que se pueda lograr una regla de decisión consistente dentro de una sociedad democrática.

El control de la agenda legislativa provee una herramienta fundamental para evitar ciclos. Las normas que regulan el funcionamiento del Congreso en general incluyen prohibiciones para volver a considerar una iniciativa rechazada. Si las iniciativas rechazadas no pueden volver a considerarse un eterno ciclo de votación es imposible.

Volviendo al ejemplo de la Figura 5 se incorpora en la Figura 6 el poder de manejar la agenda:

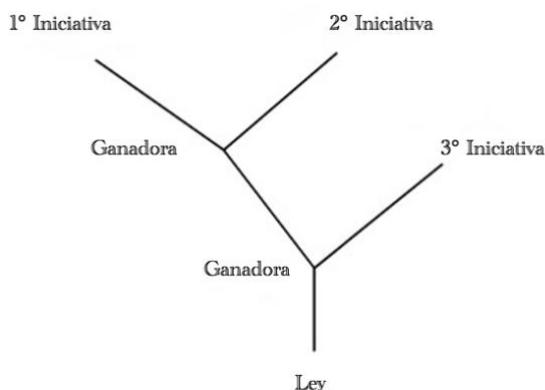


Figura 6.

Según el orden en que sean presentadas las alternativas, quien tenga el poder de manejar la agenda podrá hacer ganar a cualquiera de ellas, como se demuestra a continuación en las Figuras 7 y 8:

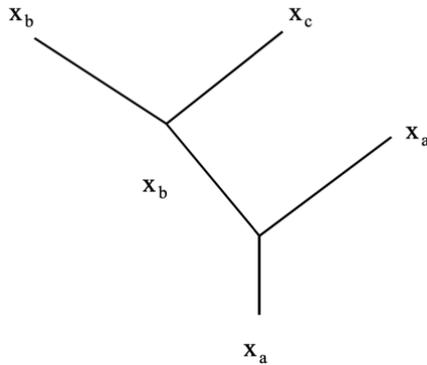


Figura 7.

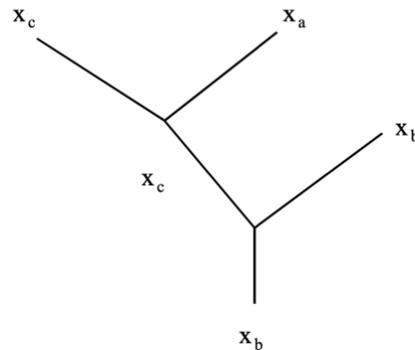


Figura 8.

Generalmente los líderes del bloque mayoritario en el Congreso controlan los procedimientos de votación para llegar al resultado deseado por los otros miembros de su bancada (Owens, 2010).

3.4. Intercambio de votos -Logrolling-

De acuerdo con el modelo de competencia perfecta, el intercambio de bienes privados en mercados perfectamente competitivos asigna los recursos eficientemente. En el caso del intercambio de votos en la democracia nunca se asemejará a la competencia perfecta (Cooter, 2000, pág. 94).

Cada legislador tiene igual cantidad de votos respecto a un proyecto, el poder de ese voto consiste en la probabilidad que sea decisivo. En el intercambio de votos cada legislador quiere cambiar su voto no decisivo en un asunto por otro que si sea decisivo en otro tema. El problema es que lo decisivo de un voto depende de como votan los demás legisladores. “Los valores interdependientes interrumpen el comercio de votos” (Cooter, 2000, pág. 94). Hay fuertes incentivos de los legisladores de ser free riders del voto de los demás.

La teoría de la negociación predice el éxito y fracaso de las negociaciones. Volviendo al Teorema de Coase, se puede concluir que la negociación tiende a ser un éxito cuando los costos de transacción se acercan a cero. Aplicándolo al Congreso asumiendo cero costos de transacción de la negociación política, el suministro de derecho privado y bienes públicos por el Estado es eficiente en relación con las preferencias de los legisladores.

El Teorema de Coase implica que la Constitución debería bajar los costos de negociación para aumentar la probabilidad de que las facciones políticas cooperen entre ellas. Así la organización política aparece como un mecanismo para bajar los costos de transacción de la negociación política.

En la Tabla 2, cada columna indica la utilidad de cada uno de los votantes en los asuntos X e Y. Aplicando la regla de la mayoría si bien B y C tienen una alta intensidad en la aprobación de X e

Y, ambos fracasarán. Sin embargo, pueden intercambiar sus votos para lograr la mayoría en ambos asuntos. Este comercio generó beneficios para la comunidad de tres: la aprobación generó un superávit social de 2. Cabe advertir también que cambiando los valores puede generar una pérdida social (Mueller, 1993, pág. 106).

Tabla 2.

Votantes	Asuntos	
	X	Y
A	-2	-2
B	5	-2
C	-2	5

Coleman (1966) describe a los miembros de una legislatura intercambiando votos en todos los asuntos públicos. Cada legislador forma acuerdos para intercambiar votos. Cada legislador aumenta su habilidad para controlar aquellos asuntos sobre los que tiene preferencias más intensas a cambio de perder el control sobre aquellos temas que le interesan menos. Una forma de óptimo de Pareto se alcanza cuando ningún votante siente que puede incrementar su utilidad intercambiando un voto más. Este equilibrio es la función óptima de bienes sociales de Coleman.

Se advierte, también, que cuando la negociación no alcanza un consenso, bajo la regla de la mayoría, ella prevalece y puede generar un juego inestable de redistribución.

Claro que al no existir un contrato escrito puede haber desviaciones, pero las relaciones de largo plazo entre legisladores y partidos permiten una “sanción” efectiva al desvío. La habilidad de llegar a un acuerdo también depende del poder de asegurar futuras acciones. Esto no es posible frente a la libertad de voto de los legisladores -salvo que el compromiso se haga a través de una reforma constitucional- (Solá, 2013, pág. 743). Sin compromisos creíbles, la confianza es crítica en la negociación. Esta confianza surgirá de la cooperación pasada y de las ventajas que trae continuar la relación. Los políticos que mantienen sus cargos por un largo período (jugadores repetidos) pueden hacer acuerdos que los políticos de un solo mandato no pueden hacer (Cooter, 2000, pág. 109).

En el mismo sentido para el caso argentino, (Solá, 2013, pág. 804) advierte *“Los legisladores en la Argentina tienen períodos relativamente breves de mandato. Los legisladores son en general profesionales políticos y cambian de distintos cargos políticos ya sea que ocupan diferentes cargos de legislador, luego pueden ocupar un cargo en la administración nacional o en la administración provincial. Su participación en el Congreso es parte de su carrera política”*.

Estas conclusiones de la negociación entre legisladores pueden llevarse también al intercambio entre partidos o coaliciones, lo cual es más próximo al caso argentino. Al establecerse el intercambio, en asuntos importantes que requieren una mayoría agravada, las minorías políticas pueden hacer valer sus preferencias de acuerdo con su intensidad.

Si se entiende que los partidos representan a sus votantes, el intercambio de votos permite a los legisladores satisfacer mejor aquellas preferencias intensas de sus representados, a pesar de contar con un solo voto.

Como se advierte en la introducción, los ciudadanos eligen a sus representantes y ellos sancionan las leyes. La Constitución debe tratar de alinear los intereses particulares de los legisladores con los intereses de los ciudadanos. Si la Constitución triunfa, las negociaciones representarán fielmente las preferencias de los ciudadanos. De otra manera, sus negociaciones solo los beneficiarán a ellos y no a los ciudadanos.

3.5. Grupos de Presión y rent-seeking.

Los beneficios de una ley se reparten entre muchos ciudadanos, pero los costos del lobby son concentrados. Los gastos en lobby efectuados por un grupo de presión dependen de su habilidad para superar el problema del free rider. Esto permite predecir que habrá mayor gasto en lobby en las empresas e industrias concentradas, mientras que será bajo en empresas que pertenezcan a mercados competitivos y ciudadanos particulares. Así el lobby será fuerte en organizaciones profesionales o industriales y relativamente débil en grupos de intereses públicos (Cooter, 2000, pág. 115) (Sola, 2010, pág. 288).

La inversión en lobby es productiva si lleva a leyes más eficientes. Sin embargo, muchas leyes redistribuyen dinero del presupuesto o restringen la competencia. Invertir en estas leyes para beneficiarse es denominado rent-seeking-.

Para asegurarse esas transferencias de riqueza en un Congreso bicameral, los grupos de interés deben ganar la mayoría de los votos en ambas Cámaras. Cuanto mayor sea la cantidad de legisladores más recursos deberán destinarse para obtener la mayoría (Cooter, 2000, pág. 347).

3.6. División de Poderes.

Al referirse a la división de Poderes (Cooter, 2000, pág. 330) afirma que, de todos los monopolios, el Estado es el más rentable para controlar. De acuerdo con la teoría del monopolio uno de los factores que facilitan la colusión es un menor número de competidores. Si aumenta el número de participantes el cartel se desestabiliza porque hay grandes incentivos para desviarse. La separación de poderes es necesaria. Cooter, continúa explicando que un mercado con cuatro o más oferentes se comporta bastante parecido a un mercado perfectamente competitivo, mientras que un número inferior incrementa la probabilidad de prácticas monopolísticas.

La separación de poderes también influencia la conducta de los gobiernos ya que no es lo mismo basarse en un sistema de órdenes que en uno de negociaciones.

En un sistema presidencialista como el argentino, el Presidente debe negociar con el Congreso para sancionar una ley. Esto aumenta los costos de transacción disminuyendo el ritmo de sanción de nuevas leyes y reduce su demanda.

En la Figura 9 el eje horizontal muestra la cantidad de legislación y el eje vertical su precio. La demanda muestra la voluntad de los ciudadanos de pagar a lobistas -suponiendo que efectivamente puedan conseguirla-. La oferta de legislación se refiere al costo en que debe incurrir el lobista para proveer la legislación. La separación de poderes desplaza hacia la izquierda la curva de oferta aumentando el precio de la legislación de P_0 a P_1 . Los gastos en lobby crecerán si la demanda es inelástica y caerán si es elástica (Cooter, 2000, pág. 332).

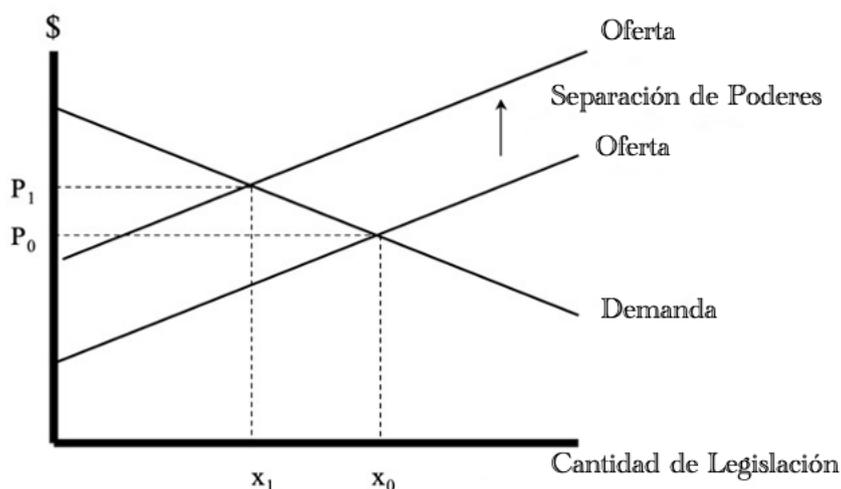


Figura 9.

Respecto al Poder Judicial, (Tollison, 1988) sostiene que cuanto mayor sea la independencia de este poder, los grupos de presión sólo requerirán legislación corriente. Los jueces independientes mantendrán los acuerdos a largo plazo. Cuando los jueces gocen de menor independencia, serán necesarias modificaciones constitucionales muchísimo más costosas. En el margen, los grupos de interés demandarán legislación normal o constitucional como función del grado de independencia del poder judicial manteniéndose los demás factores iguales.

3.7. Congreso Bicameral.

Usualmente las Constituciones crean dos cámaras dentro del Poder Legislativo con diferentes principios de representación. En el caso argentino y estadounidense la Cámara de Diputados o de Representantes representa al pueblo y el Senado representa a los Estados o Provincias.

En ambos países las cámaras deben concurrir en la creación de nuevas leyes, con lo cual nace un nuevo ámbito de negociación. Esta necesidad de negociación eleva los costos de transacción de la legislación. Esto genera como consecuencia que el bicameralismo tienda a favorecer el status quo.

Los sistemas bicamerales tienen un costo de decisión más alto y por la diferente base de representación son una herramienta importante para disminuir los costos externos. Tanto el bicameralismo como el veto del Poder Ejecutivo aumentan la estabilidad, aunque en el caso del bicameralismo depende de que haya diferencias en las preferencias de ambas cámaras (Solá, 2013, pág. 77).

A continuación, se analizará como se da la negociación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo para la sanción de una Ley. Se considerará un Poder Legislativo bicameral como el argentino (Cooter, 2000, págs. 334-337).

Suponiendo que se abre una negociación en el Congreso para otorgar subsidios a la industria del software, el presidente no cuenta con la herramienta de los DNU y sólo dispone del veto para bloquear la iniciativa.

La Figura 10 inicia en cero pesos, status quo, en el cual la industria del software no tiene fondo promocional. El Poder Ejecutivo prefiere un nivel de subsidios en $\$e$. En $\$e0$ el Presidente es indiferente acerca de si el proyecto se aprueba o no. El Ejecutivo discutirá cualquier propuesta entre $\$0$ y $\$e0$, más allá de este punto vetará la ley.



Figura 10.

Por su parte, los autores del proyecto que tienen la mayoría en diputados quieren un nivel de subsidios más alto, digamos en $\$d$, siendo indiferentes acerca de si el proyecto se aprueba o no en $\$d0$. La mayoría de la Cámara de Diputados discutirá cualquier propuesta entre 0 y $\$d0$.

La mayoría del Senado conciente de que mayores subsidios podrían disminuir los fondos que reciben sus provincias prefieren subsidios más acotados en $\$s$, siendo indiferentes acerca de si el proyecto se aprueba o no en $\$s0$. La mayoría del Senado discutirá cualquier propuesta entre 0 y $\$s0$, más allá de ese punto bloqueará la iniciativa.

De acuerdo con la Figura 10 todos están de acuerdo en que se establezcan subsidios a la producción de software, pero el nivel de subsidio deberá ser negociado entre los tres.

Como se anticipó, el Poder Ejecutivo discutirá entre 0 y $\$e0$, el Senado discutirá entre 0 y $\$s0$, y la Cámara de Diputados discutirá entre 0 y $\$d0$. La intersección de los tres conjuntos de preferencias se dará en 0 y $\$s0$.

Cuando las partes comienzan a negociar, identificarán algunos niveles de subsidio preferidos por las tres partes. Un cambio preferido por las 3 partes mueve los niveles de subsidio que quedan afuera del Pareto set a niveles dentro del Pareto set, es decir $\$s$ hasta $\$d$.

Empezando desde 0 subsidios tanto el Poder Ejecutivo como ambas Cámaras estarán de acuerdo en aumentar los subsidios. Pero la situación cambia cuando alcanzan $\$s$, allí el Senado va a resistir mayores aumentos en los subsidios, por otro lado, parte el Poder Ejecutivo va a comenzar

a resistir mayores subsidios cuando se llegue al punto $\$e$. Una vez alcanzado el punto $\$s_0$ el Senado dejará de negociar. Así las cosas, el ámbito de negociación quedará entre $\$s$ y $\$s_0$.

La teoría no puede predecir con exactitud donde recaerá el acuerdo dentro del set de negociación.

Sin considerar aún a los DNU, (Cameron, 2006, pág. 249) menciona ciertas “pre-acciones” estratégicas que puede tomar el presidente en su negociación con el Congreso: (i) Emitiendo un reglamento de ejecución -comúnmente llamado decreto reglamentario- puede unilateralmente modificar ciertos aspectos de la aplicación de una ley. El Congreso puede modificar la Ley y otorgar pautas para su ejecución, pero está sujeto al veto presidencial;

(ii) El Presidente también puede hacer pública su posición sobre un asunto, esto pone el foco de los votantes en ciertos aspectos incentivando o desincentivando el voto del legislador; y

(iii) La amenaza de veto es otro ejemplo de pre-acción estratégica. Esto puede llevar a obtener una mejor posición al Poder Ejecutivo dentro del set de negociación.

3.8. Sistemas electorales.

En un sistema de pluralidad uninominal -winner take all- como el de los Estados Unidos, los partidos chicos tienden a desaparecer y hay fuertes incentivos para el surgimiento de un bipartidismo (Mueller, 1993, pág. 271).

Los sistemas de pluralidad promueven coaliciones amplias, lo que implica que su cohesión es reducida. En los sistemas proporcionales como el de Argentina, se incentiva el surgimiento de muchos partidos ya que se encontrarán en condiciones de acceder a una banca. La disciplina partidaria aumenta ya que la dirigencia del partido toma el control sobre las nominaciones (Tsebelis, 1998).

En muchos sistemas proporcionales de representación, cada partido designa una lista de candidatos y los votantes eligen entre las distintas listas. Generalmente al formar la lista elegirán candidatos atractivos para los votantes, pero también candidatos que le sean leales. La dirigencia del partido sacrificará popularidad para incrementar la lealtad. Así el sistema proporcional tiende a reforzar la lealtad partidaria (Cooter, 2000, pág. 284).

Los partidos políticos cuya demanda por los votantes sea más inelástica tenderán a incorporar más candidatos leales que atractivos. Un partido, que tenga el monopolio del poder en su país, demandará en su mayoría legisladores leales y caerá la demanda de legisladores atractivos para sus votantes.

El sistema de listas electorales permite también a los partidos un mayor control sobre los votantes (Stokes, 2005).

3.9. Poderes del Presidente en la formación de leyes.

Es probable que el Poder Ejecutivo haya comenzado como un igual del Poder Legislativo. Sin embargo, factores estructurales no previstos por los Framers, han generado que la relación entre ambos poderes varíe con el tiempo. Una de las consecuencias que se ha generado en el proceso legislativo es que resulta virtualmente imposible que el Congreso actúe sin incrementar

el poder del Poder Ejecutivo, ya que este último debe implementar las nuevas leyes que se sancionen. Una vez sancionada la Ley, el Poder Ejecutivo tiene discrecionalidad para decidir como y cuando se implementa. La velocidad de las comunicaciones ha reducido el tiempo en que los políticos deben responder efectivamente a la nueva información y eventos. Esto ha conducido a asignar el poder a quien menos restricciones tiene para aplicar las políticas públicas de manera más inmediata (Macey, 2006).

Entre las posibles causas estructurales de este fenómeno se puede agregar: (i) el aumento de la necesidad de producción normativa: como fruto de la regulación e intervencionismo estatal; (ii) la mayor complejidad técnica de la normativa, que requieren intervención de organismos administrativos y quedan por encima de la capacidad del Poder Legislativo para analizarlos; y (iii) el interés de los grupos de presión y la clase política por eludir los costos del proceso legislativo normal (Santiago, 2009).

La literatura comparativa ha clasificado a los poderes del Poder Ejecutivo en el proceso de formación de leyes como proactivos o reactivos (Shugart M. M., 1997) (Shugart M. C., 1992).

Poderes legislativos proactivos permiten al Presidente unilateralmente modificar el status quo, mientras que poderes reactivos le permiten al Presidente defender el status quo.

Los poderes proactivos del Presidente reducen la estabilidad política transformando al presidente en un jugador decisivo (Carey, 1998). La figura 11 muestra como un Presidente (P) con fuertes poderes legislativos puede mover el status quo (SQ) a cualquier posición de su set de preferencias, incluyendo su punto ideal sin tener en cuenta las preferencias de ambas cámaras del Congreso (D y S).

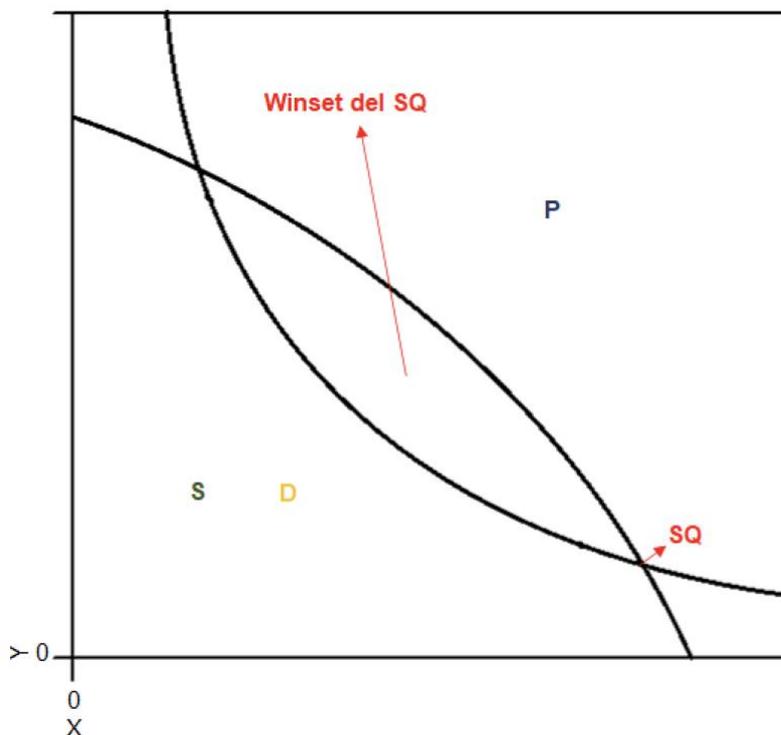


Figura 11

En un régimen democrático, con poderes reactivos del Poder Ejecutivo, el winset del status quo es la unión de tres sets: (1) las políticas que el Presidente puede implementar autónomamente a través de decretos; (2) las políticas que el Congreso puede implementar superando cualquier veto presidencial; y (3) las políticas en que ambos actores de veto coinciden (Pérez-Liñán, 2009).

Ahora asumiendo que el Presidente tiene poderes proactivos (los decretos tienen inmediata vigencia, como en el caso de los DNU), y además poderes reactivos (el Congreso sólo puede rechazar un veto con 2/3 de los votos de cada cámara, como en la Argentina). En este caso (1) el Poder Ejecutivo puede cambiar el status quo unilateralmente y la nueva política será efectiva inmediatamente; (2) el Congreso puede rechazar este cambio por mayoría simple⁹, pero (3) el presidente puede vetar la ley alternativa del Congreso y sostener el veto con el apoyo de 1/3 más 1 de los legisladores de cada cámara. En este caso, el status quo puede ser reemplazado por cualquier política preferida por el Presidente, por cualquier política apoyada por 2/3 de los legisladores -lo necesario para superar el veto-, o por cualquier política apoyada por la mayoría simple de los legisladores y el Presidente.

El resultado de estos poderes proactivos serán políticas muy inestables, aquellas preferidas por el Presidente, pero apoyadas por 1/3 de los legisladores más uno, pueden ser implementadas por decreto pero no durarán mucho. En el otro extremo, políticas apoyadas por una mayoría de 2/3 menos uno puede ser dejadas de lado por un nuevo decreto del Poder Ejecutivo (Pérez-Liñán, 2009).

La condición clave para que la separación de poderes trabaje en favor de los votantes es que ninguna política pueda ser implementada unilateralmente sin el consentimiento de los dos poderes. Si los poderes públicos con intereses opuestos pudieran reclamar independientemente recursos gubernamentales sin ninguna decisión conjunta, los votantes sufrirían consecuencias desastrosas. Se generaría una forma de “tragedia de los comunes” (Persson, 1997).

A pesar de la vasta literatura acerca de los poderes reactivos -veto- del Poder Ejecutivo, no se desarrollará ya que no formará parte del análisis llevado a cabo en este trabajo.

IV. ANALISIS DE LA REGULACIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PUBLIC CHOICE.

Tomando como base la revisión de literatura efectuada se analizará a continuación la eficiencia de los DNU desde la perspectiva del Public Choice.

4.1. El intercambio de votos cuando incorporamos los DNU al sistema.

El sistema electoral proporcional argentino usualmente fragmenta la representación generando que varios partidos obtengan bancas. Este sistema tiende a la formación de gobiernos inestables

⁹ El autor se refiere al dictado de una nueva ley sobre la misma temática del decreto, no se trata de un rechazo del decreto por el Congreso.

al contrario de los sistemas de pluralidad-mayoría. Dentro de las ventajas de este sistema puede destacarse que es el que mejor representa las preferencias de los votantes.

Los legisladores usualmente negocian tanto el contenido de un proyecto como su voto en relación con otros proyectos vigentes –intercambio de votos-. Si el sistema electoral argentino refleja de un modo más acabado las preferencias de los votantes, entonces la negociación dentro del Congreso llevará a normas eficientes en relación con las preferencias de los ciudadanos.

La intensidad de las preferencias de los legisladores sobre los distintos proyectos en tratamiento permite el inicio de la negociación. Los legisladores pueden intercambiar sus votos en los proyectos sobre los cuales sus preferencias son menos intensas a cambio de obtener votos en aquellos proyectos sobre los que tienen preferencias más intensas. Una negociación sin costos de transacción llevará a un conjunto de leyes eficientes.

Como advierte (Buchanan, 1962, pág. 158) si las minorías tienen preferencias más intensas que las mayorías sólo la unanimidad podría generar beneficios netos, salvo que se incorporen compensaciones. En la negociación entre los legisladores es probable que una minoría sea necesaria para formar una coalición ganadora. Muchas veces su voto es negociado mediante cambios en el articulado o el tratamiento de proyectos de su interés. Frente a un DNU estas minorías no tienen posibilidades de hacer valer sus intereses. Los DNU facilitan la redistribución desde los sectores que perdieron la elección a los ganadores. Mientras el Presidente representa a la mayoría de los votantes cada cuatro años, la Cámara de Diputados se renueva cada dos años expresando mejor las preferencias actuales. En el Congreso argentino, gracias al sistema proporcional, están representados tanto quienes ganaron como aquellos que perdieron la elección y pueden negociar una solución que mejor satisfaga las preferencias de los votantes.

Los DNU atentan contra el mecanismo de intercambio de votos en una secuencia de temas de varias formas:

(i) al suplantar la negociación de los legisladores en el Congreso por la decisión unilateral del Poder Ejecutivo. Todo indica que salvo que las preferencias del Poder Ejecutivo coincidan con las del diputado y senador mediano se llegará a una decisión política no eficiente;

(ii) impide que los legisladores inicien la negociación. Al iniciar la negociación los legisladores saben que en cualquier momento el PEN puede modificar alguna de las iniciativas cuyos votos pretenden intercambiar; y

(iii) uno de los problemas que enfrenta el intercambio de votos es que los acuerdos a los que arriban los legisladores no son exigibles. Es la reputación de los líderes de las bancadas, la repetición de intercambios y los beneficios mutuos los que permiten otorgar confianza a las partes. Nuevamente, se puede advertir, que un acuerdo de intercambio no generará confianza si el objeto de este puede ser modificado en cualquier momento por el Poder Ejecutivo.

Si conforme al Teorema de Coase la Constitución debe bajar los costos de negociación para aumentar la probabilidad de que las facciones políticas cooperen entre ellas, la regulación de los DNU actúa en sentido contrario.

4.2. El poder de agenda otorgado por el DNU.

Como se analizó en la revisión de literatura el poder de agenda es fundamental para evitar los ciclos en que puede incurrir la regla de la mayoría por preferencias intransitivas.

En su artículo, Negretto (2002) examina la atribución constitucional de iniciar políticas legislativas por el Poder Ejecutivo en la Argentina y Brasil. Advierte que este poder constitucional incrementa la capacidad del Poder Ejecutivo de emitir normas que el Congreso no hubiera iniciado ni aprobado en caso de que no existiera.

Señala que la capacidad que tendrá el Poder Ejecutivo de controlar la agenda legislativa varía en función de: (i) las normas que regulan la aprobación de los DNU; y (ii) el apoyo que tenga el Presidente dentro del Congreso.

En ambos países estos decretos de naturaleza legislativa requieren constitucionalmente la configuración de una circunstancia de extrema urgencia. Sin embargo, en la práctica no se utilizan sólo cuando hay una verdadera crisis. Ya que generalmente el Poder Ejecutivo es el actor que más rápidamente puede declarar la existencia de una emergencia, suele tener una amplia discrecionalidad para interpretar la situación y justificar la situación de emergencia (Negretto, 2002).

Se trata de un poder de agenda fundamental que se distingue de la facultad de presentar iniciativas legislativas y de emitir otro tipo de pre-acciones estratégicas (Cameron, 2006).

Aún cuando se establezca en la Constitución que los DNU deben ser ratificados por el Congreso, el Poder Ejecutivo define la agenda y el Poder Legislativo queda limitado a vetar o no sus iniciativas. Esto invierte el orden que deben seguir las iniciativas legislativas bajo el sistema de división de poderes (Tsebelis, 1998). Sólo los DNU permiten al Poder Ejecutivo modificar el status quo sin intervención previa del Congreso (Negretto, 2002).

El principal efecto del DNU es forzar al Congreso a tomar acciones ex post, debiendo elegir ya no entre el status quo y la iniciativa del Poder Ejecutivo, sino entre la nueva norma y el resultado que se generaría si el decreto es suprimido o enmendado (en Brasil existe la posibilidad de que el Congreso efectúe modificaciones a los DNU en consideración, esta atribución no existe en la Argentina¹⁰) después de que haya generado efectos legales¹¹ (Tsebelis, 1998). Es decir, se impide a los legisladores analizar las consecuencias que generarán los cambios al status quo antes de que se produzca (Negretto, 2002).

¹⁰ Ley 26.122. ARTICULO 23. — Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes.

¹¹ Ley 26.122. ARTICULO 17. — Los decretos a que se refiere esta ley dictados por el Poder Ejecutivo en base a las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 de la Constitución Nacional, tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil.

ARTICULO 24. — El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Cooter (2000) analiza la posibilidad de que un funcionario pueda hacer ofertas de “tómalo o déjalo” al Congreso. Llega a la conclusión que esta regla otorga todo el poder de negociación a un solo actor. El actor con este poder hará una oferta dentro del set de negociación lo más cerca posible a su punto preferido.

4.3. La negociación entre poderes.

Se analizará a continuación como se llevaría a cabo la negociación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo una vez incorporada la posibilidad del primero de emitir decretos de naturaleza legislativa.

Considérese nuevamente la iniciativa para otorgar subsidios a la industria del software de la Figura 10 pero ahora introduciendo la facultad del Poder Ejecutivo de emitir DNU. Se tomará este ejemplo dejando de lado su posible inconstitucionalidad.

El Presidente sabiendo que algunos diputados están elaborando proyectos para otorgar subsidios a la industria del software decide emitir un DNU en el nivel que considera óptimo.

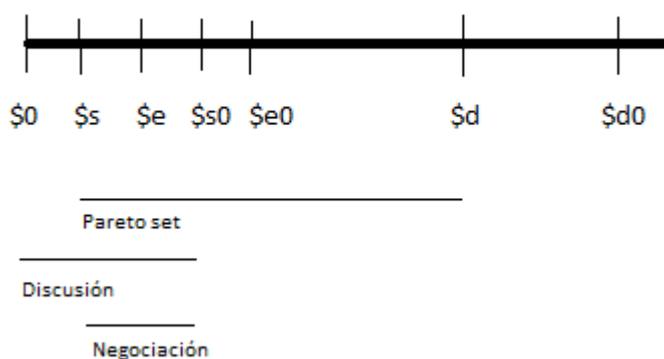


Figura 10.

A partir de la decisión unilateral del Poder Ejecutivo el nivel de subsidios se establece en \$e. Como se encuentra dentro del ámbito de negociación las cámaras no rechazarán el DNU. Mientras la negociación sin DNU iba a darse entre \$s y \$s0 pudiendo alcanzar cualquiera punto entre ellos, aquí el Poder Ejecutivo decide por sí el nivel de subsidios sin tener en cuenta las preferencias de los otros actores.

Al menos en este caso los tres actores estaban de acuerdo en establecer subsidios a la industria del software pero no siempre será así.

Podría darse la situación en que Senado se oponga a cualquier subsidio en la industria del software. Sin DNU, nunca se sancionaría una norma en este sentido ya que el Senado no la aprobaría. La Ley 26.122 al establecer que los DNU continúan rigiendo hasta el rechazo de ambas cámaras permite que solo sean tenidas en cuenta las preferencias de dos actores, uno de los cuales puede llegar a su punto óptimo sin entrar en negociaciones.

Si las preferencias de los votantes se ven reflejadas en las preferencias de los legisladores, el DNU puede llevar a normas no eficientes socialmente.

Con la introducción de los DNU el poder del Congreso se reduce a un poder de veto limitado transformando el juego de los poderes. Resulta limitado porque la decisión de vetar del Presidente depende de sí mismo, mientras el veto del Congreso requiere de la mayoría de ambas cámaras.

También resulta limitado porque a pesar del rechazo de ambas cámaras el Presidente podría al día siguiente emitir un nuevo DNU -de igual contenido- que generaría efectos desde su dictado y hasta un nuevo rechazo por ambas cámaras.

Modificar la Ley 26.122 en el sentido de permitir al Congreso “introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo”, requerir la aprobación de ambas cámaras dentro de un plazo razonable bajo apercibimiento de quedar sin efectos e impedir la reintroducción de un DNU derogado podría volver a introducir a los legisladores en la negociación con los beneficios de mejor representación de las preferencias de los ciudadanos.

Si bien el DNU seguirá generando efectos jurídicos a partir de su publicación, el poder del Presidente se vería limitado y forzado a la negociación con ambas cámaras del Congreso.

4.4. Concentración del poder.

Ya descubiertos los problemas que hacen a la eficiencia de las políticas públicas con relación a las preferencias de los votantes, todavía queda uno más grave que es la concentración de poder.

Las funciones mal definidas entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pueden asemejarse a los derechos de propiedad mal definidos lo cual genera mayores costos de transacción en la negociación.

De la misma manera que las fusiones verticales en la industria, la delegación dentro de los poderes del estado no afecta la concentración de los poderes. Pero la delegación entre poderes del Estado puede concentrar el poder removiendo los obstáculos para la creación de un cartel político. La prohibición de delegación entre poderes del estado ayuda a mantener la competencia política, la cual es definitoria de la democracia.

Así como un cartel económico limita el comercio, los políticos que quieren formar un cartel político favorecerán la delegación de poder entre los mismos. Reduciendo la competencia, la delegación entre poderes beneficia a los políticos del partido mayoritario de la misma forma que daña a los ciudadanos. Cuanto mayor sea la delegación horizontal para concentrar poder, mayor debería ser la intervención del Poder Judicial para controlarlo y evitarlo. Controlando la separación de poderes, el Poder Judicial mantiene la fuerza de negociación de cada poder contra los otros como establece la Constitución.

Como ya se había analizado un mercado con cuatro o más oferentes se comporta de una manera muy parecida a un mercado de competencia perfecta, mientras que una reducción a menos de cuatro incrementa las prácticas monopólicas. Aplicando esta regla a la política implica que la conspiración entre cuatro o más miembros es inmanejable. Así dividir el gobierno en cuatro

poderes (divide los poderes del Congreso en Cámara de Diputados y Senado) provee una buena protección contra las conspiraciones políticas.

Los DNU en su regulación actual restringen dos “oferentes” –la Cámara de Diputados y el Senado- del “mercado” promoviendo la conspiración política, la cartelización y la consecuente concentración del poder¹².

Además de la desestabilización de los carteles la división de poderes influencia las conductas del gobierno. Un superior da órdenes a sus subordinados mientras que iguales actúan por acuerdo. A través de la división de poderes, la Constitución hace que el gobierno funcione a través de negociaciones en lugar de órdenes.

Mientras en los sistemas de circunscripción uninominal existe una cercanía entre el distrito y el candidato, haciendo necesario que sea conocido por los ciudadanos para acceder a un cargo electivo, el sistema argentino de lista sábana genera que sólo los primeros lugares sean ocupados por gente cercana y reconocida por la ciudadanía.

La existencia de partidos políticos institucionalmente sólidos permitiría el acceso a las candidaturas por aquellos que han llevado adelante una carrera política durante años, han accedido a diversos cargos durante la misma y se han hecho reconocidos por sus virtudes.

Así las cosas, diputados y senadores requieren que el Presidente o los Gobernadores los inserten en las listas para que sean reelegidos. Este sistema genera una obediencia casi total del partido oficialista hacia el Presidente, al menos mientras mantenga altos índices de popularidad, la desobediencia se castiga con la no reelección. Como afirma (Cooter, 2000, pág. 284) la fortaleza del brazo ejecutivo depende especialmente de su habilidad para recompensar o sancionar legisladores.

Todos estos factores hacen difícil evaluar la real magnitud del problema de los DNU. Si permiten predecir que será muy difícil que, si el oficialismo tiene mayoría en alguna de las cámaras, los DNU no serán rechazados.

4.5. Otros problemas generados por los DNU.

Las consecuencias de la introducción de los DNU y su regulación abarcan también otras problemáticas que afectan en la eficiencia del sistema:

¹² “Un método de eliminar los costes de negociación es delegar la autoridad de la toma de decisiones a un individuo particular y acatar las elecciones que hace para todo el grupo. Si miramos sólo a los costes de la toma de decisiones, la regla más eficiente para la toma de decisiones es la de la dictadura. Esta proporciona el elemento de verdad bajo la idea de que los estados dictatoriales son más “eficientes” que los estados democráticamente organizados. Sin embargo, del mismo modo que la regla de la unanimidad debe suavizarse normalmente por un reconocimiento de los costes de la toma de decisiones, así la regla de la dictadura debe suavizarse por el reconocimiento de los costes externos que pueden ser impuestos sobre el individuo por las decisiones colectivas. Si el individuo siente que él podría posiblemente no estar de acuerdo con las decisiones del dictador, que tales decisiones podrían causarle perjuicio, nunca apoyaría racionalmente la delegación de la importante autoridad de la toma de decisiones a una única unidad” (Buchanan, 1962).

(i) La división de poderes requiere que más actores cooperen para sancionar una ley, esto incrementa el costo del lobby por parte de las empresas.

Resulta evidente como bajan los costos de transacción para el lobista cuando en lugar de tener que negociar con 257 diputados y 72 senadores, o al menos con los líderes de cada bancada, debe negociar sólo con un órgano unipersonal. Como se advirtió anteriormente, cuando el costo del lobby disminuye aumenta la demanda de legislación, en general rentista.

(ii) Los DNU también afectan la estabilidad de las normas. Los costos de transacción que se deben afrontar para convertir en ley un proyecto y modificar el status quo genera una determinada cantidad de normas y dificulta su modificación, creando estabilidad en los acuerdos políticos que llevaron a su dictado.

Resulta más fácil dictar un DNU que sancionar una Ley. Para sancionar una Ley se requiere la sanción de ambas Cámaras, para el rechazo de un DNU se requiere el rechazo de ambas. Como ya se señaló, si la Cámara de Diputados está de acuerdo con el DNU pero el Senado no, aún seguirá rigiendo. Ahora bien, si se tratase de una iniciativa del Poder Ejecutivo presentada al Congreso, nunca se convertiría en ley ya que no tendría el apoyo de una de las Cámaras.

La estabilidad normativa es esencial para el desarrollo de un país, el establecer leyes claras y estables permite disminuir la incertidumbre y favorece el cálculo económico.

Al depender el DNU de una sola persona hace al status quo mucho más débil incentivando grandes cambios constantes en la legislación e inflación normativa.

(iii) El Presidente tiene grandes incentivos en emitir DNU.

Los DNU permiten al Presidente, tomar iniciativas de legisladores aún no sancionadas y tomar todo el crédito político por ellas.

También, le permite al Presidente dar las buenas noticias y dejar las malas para el Congreso. Haciendo un uso racional de los DNU el Poder Ejecutivo puede dictar a través de ellos las normas que más desea la sociedad, dejando las malas noticias al Poder Legislativo.

El Presidente obtiene lo que quiere instantáneamente. Ya no requiere negociar con su bancada y la oposición, ni esperar los largos tiempos parlamentarios de sanción de una ley. También evita las negociaciones entre las dos Cámaras que conforman el Congreso. Su decisión será la que él prefiere, tendrá efectos inmediatos y generará derechos adquiridos, aunque luego sea rechazada por el Congreso.

El riesgo de que su iniciativa no se termine aprobando o lo haga en un punto que no es de su preferencia lo incentiva a utilizar una herramienta que no puede fallar.

V. CONDICIONES DE VALIDEZ ESTABLECIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Hasta aquí se ha analizado la ineficiencia que generan los DNU en el sistema normativo argentino. Volviendo a la hipótesis en consideración se ha demostrado que la herramienta de los DNU genera resultados ineficientes en la creación normativa. En este sentido resultan eficientes las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) limitándolos.

La CSJN ha primero reforzado la prohibición por parte del Poder Ejecutivo para emitir disposiciones de carácter legislativo, descartando *“criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto...”*.

También resulta eficiente para evitar la facilidad de actuación de los grupos de presión en aras de acceder a nueva normativa que los beneficie establecer como *“uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el 'sublite' es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos”*.

Resta por analizar si las condiciones establecidas por la CSJN en que sí el Presidente se encontraría habilitado para emitir DNUs resultan eficientes. Estas son:

- 1) *“Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal”; o*
- 2) *“que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”*.

Se tratan ambas de situaciones de crisis que requieren una respuesta inmediata y efectiva.

Al referirse a la regla de toma de decisiones para elecciones colectivas que afectan la estructura de los derechos humanos ya definida en una comunidad, (Buchanan, 1962, pág. 100) expresó que los costos externos serán muy altos y se requerirá una regla de toma de decisiones más cercana a la unanimidad.

En la Figura 12 se aprecia como la curva de costos externos C permanece elevada hasta que se curva próxima a la unanimidad. La curva de costos de toma de decisiones D, no puede ser un factor (Buchanan, 1962, pág. 101).

En el caso de una crisis o emergencia del nivel de la que expresa la CSJN se requiere de una decisión rápida. Si la toma de decisiones colectiva se encuentra en muchas personas suben los

costos de toma de decisiones, especialmente el tiempo necesario para alcanzar un acuerdo sobre la decisión a tomar.

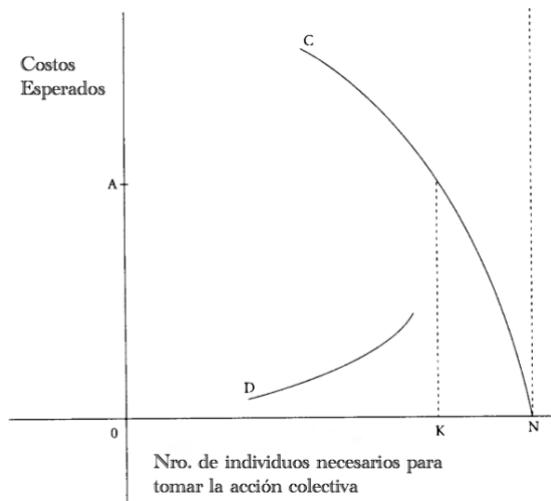


Figura 12.

Los costos externos, es decir los costos que impondrá sobre el individuo la decisión de otros o su desacuerdo con la decisión tomada serán muy probablemente menores a los costos que puede acarrearle que no se tome ninguna decisión colectiva.

En la figura 13 se grafica un caso extremo, supongamos que hay un ataque exterior y el Presidente requiere la declaración de guerra para movilizar las tropas. Si se sigue el procedimiento de formación de las leyes ordinario es probable que los costos del individuo de no poder defender su vida, la de su familia y su propiedad sean mayores a cualquier costo externo que podría generarle la decisión que tome el Presidente en defensa del país.

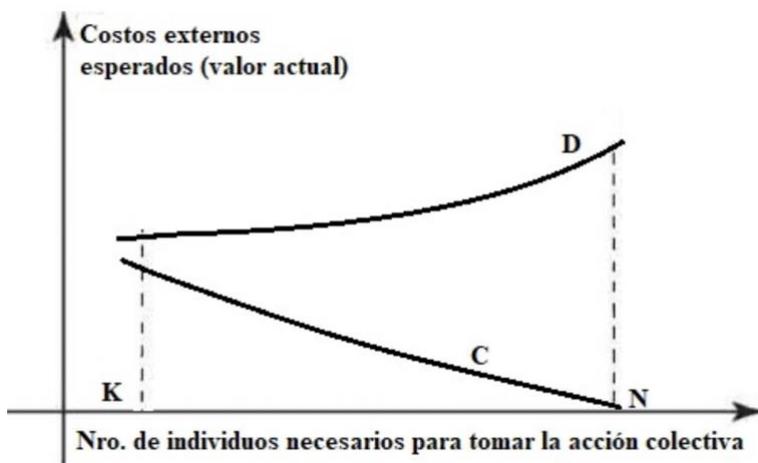


Figura 13

La urgencia en la necesidad de la decisión colectiva es superior a cualquier costo externo. En este extremo es necesario ver la curva de costos de toma de decisiones y elegir el punto en que

se minimizan. En estas circunstancias extraordinarias resulta eficiente que el Presidente emita un DNU.

Conclusiones.

A lo largo del trabajo se expusieron diversas teorías y postulados que forman el core del Public Choice.

La regulación actual de los DNU genera ineficiencias en el sistema normativo que impiden reflejar la intensidad de las preferencias de los votantes y conducen a una mayor concentración del poder en el Presidente.

La reacción de la CSJN, si bien no ha tenido efectos prácticos -recordemos que las decisiones de la CSJN sólo se aplican al caso concreto- permite configurar límites a la actividad legisferante por parte del Poder Ejecutivo.

Se considera que estos límites, así como la habilitación para el dictado de DNU en circunstancias extraordinarias constituyen pautas eficientes a la luz del Public Choice.

Bibliografía.

- Buchanan, J. M. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Barcelona: Planeta Agostini S.A.
- Cameron, C. (2006). *The Oxford Handbook of Political Economy*. New York: Oxford University Press.
- Carey, J. S. (1998). Calling Out the Thanks of Filling Out the Forms? *Cambridge University Press*, 1-29.
- Coase, R. (1960). *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1-44.
- Coase, R. (1994). *La Empresa, el Mercado y la Ley*. Madrid: Alianza Economía.
- Coleman, J. S. (1966). The Possibility of a Social Welfare Function. *American Economic Review* 56, 1105-1122.
- Cooter, R. D. (2000). *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press.
- Macey, J. (2006). Executive Branch Usurpation of Power: Corporations and Capital Markets. *The Yale Law Journal*, Vol 115 No. 9 , 2416-2444.
- Madison, J. (1981b). *The Federalist No 51*. In *The Federalist Papers*. John Hopkins U.P.
- Mercado Pacheco, P. (1994). *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mueller, D. (1993). *Public Choice III*. New York: Cambridge University Press.
- Negretto, G. (2002). ¿Gobierna solo el Presidente? Poderes de decreto y diseño institucional en Brasil y Argentina. *Desarrollo Económico Vol. 42, No 167*, 337-404.
- Owens, R. (2010). The Separation of Powers and Supreme Court Agenda Setting. *American Journal of Political Science*, Vol. 54, No. 2, 412-427.
- Pérez-Liñán, A. R.-R. (2009). Veto Players in Presidential Regimes: Institutional Variables and Policy Change. *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 693-720.
- Persson, T. R. (1997). Separation of Powers and Political Accountability. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 112, No.4, 1163-1202.
- Santiago, A. (2009). La Delegación Legislativa en Nuestros Días. *La Ley*, 40-104.
- Shugart, M. C. (1992). *Presidents and Assemblies Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge University Press.
- Shugart, M. M. (1997). "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate. *Cambridge University Press*, 12-54.
- Sola, J. (2010). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley .

Sola, J. (2013). *Tratado de Derecho y Economía*. Buenos Aires: La Ley.

Stokes, S. (2005). Perverse Accountability: A Formal Model of Machine Politics with Evidence from Argentina. *American Political Science Review*, Vol. 99, No. 3 pag. 317.

Tollison, R. (1988). Public Choice and Legislation. *Virginia Law Review*, 339-371.

Tsebelis, G. (1998). La toma de decisiones en los sistemas políticos: actores de veto en el presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo y multipartidismo. *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*. Eudeba., 289-339.

(s.f.).

APÉNDICE.

Tabla 1.

AÑO	PRESIDENTE	DNUs	
1994	Carlos Menem	5	
1995		7	
1996		11	
1997		26	
1998		24	
1999		37	
	De la Rúa	5	
2000		25	
2001		29	
2002	Rodriguez Saá	6	
	Duhalde	106	
2003		48	
	Kirchner	61	
2004		64	
2005		46	
2006		58	
2007		20	
2008		C. Fernández	3
2009			10
2010	10		
2011	11		
2012	11		
2013	12		
2014	10		
2015	10		
	Macri		4
2016			12
2017		17	
2018		13	
2019	A.Fernández	22	
		6	
2020		76	
2021		27	
TOTAL:		832	

Elaboración propia en base al Sistema Argentino de Información Jurídica. SAIJ. Hasta el 25 de agosto de 2021.