

## **Instituto de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de Rosario**

### **Dictamen nº 1/2024**

#### **Análisis de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia nº 70/2023 y, el mensaje del Poder Ejecutivo MEN-2023-7-APN-PTE “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”**

### **1. Introducción**

El presente dictamen se elabora a solicitud del Directorio del Colegio de Abogados de Rosario, con la finalidad de analizar la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia nº 70/2023 y, la delegación legislativa proyectada en el mensaje del Poder Ejecutivo MEN-2023-7-APN-PTE “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”.

A esos efectos, nos abocaremos en primer lugar al análisis del DNU nº 70/2023, su adecuación a los requisitos constitucionales y la interpretación que ha realizado de ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina, obviando la consideración particular de cada una de las medidas dispuestas en este decreto, ya que, consideramos los especialistas de cada una de las ramas del derecho involucradas podrán realizar un análisis más completo de las implicancias profesionales de esta norma.

En segundo lugar, analizaremos la constitucionalidad mensaje del Poder Ejecutivo MEN-2023-7-APN-PTE “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo de la Nación, limitando también el análisis a los aspectos relacionados con la delegación de facultades legislativas y, su interpretación jurisprudencial y doctrinaria.

### **2. Análisis del decreto de necesidad y urgencia nº 70/2023**

#### **2.1. La regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia**

#### **2.2. Concepto**

Los decretos de necesidad y urgencia son actos normativos “dictados por el Poder Ejecutivo sobre temas que la Constitución reserva al Congreso, sin previa autorización o delegación de éste”<sup>1</sup>. Bidart Campos señala que los reglamentos de necesidad y urgencia son “los que se dictan sobre materias propias de la competencia legislativa, cuando una urgencia súbita exige emitir las normas que el congreso no ha dictado, o suplirlo lisa y llanamente. La necesidad y la urgencia son las razones justificante para consentir que ese margine la división de poderes, y que el ejecutivo ejerza una función del congreso.”<sup>2</sup> También Quiroga Lavié, destaca que las notas de necesidad y urgencia son las que exigen su adopción “y justifica la transitoria postergación del postulado de división de poderes, precisamente para evitar un mal mayor generado por la “necesidad y urgencia”<sup>3</sup>.

#### **2.2 Recepción Constitucional. Debate en la Convención Constituyente.**

---

<sup>1</sup> SAGÜÉS NÉSTOR P. Manual de Derecho Constitucional Ed. Astrea Bs. As. Año 2007. pag. 386

<sup>2</sup> BIDART CAMPOS GERMAN J. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino Ed. Ediar Bs. As. año 2005 pag. 302.

<sup>3</sup> QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI Y CENICACELAYA Derecho Constitucional Argentino Ed. Rubinzal Culzoni Sta Fe. 2009 Tomo II pag 1187

La Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional del año 1994 estableció en el punto G del de su artículo 2 la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia.

El texto de la norma, luego reflejado en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, habilitó al Poder Ejecutivo para que, en circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir el trámite legislativo ordinario previsto por la Constitución, ejerza atribuciones propias del Congreso Nacional por razones de necesidad y urgencia.

Asimismo, se estableció que el jefe de gabinete tiene la obligación de poner en consideración de una comisión bicameral permanente la medida adoptada en uso de dicha atribución.

En esos términos, la recepción constitucional de los decretos de necesidad y urgencia se tornó en uno de los temas más controvertidos de la Convención Nacional Constituyente que dividió opiniones entre aquellos que se inclinaban por su reconocimiento y quienes se oponían por considerar que implicaba una exacerbación de las facultades del Poder Ejecutivo.

Esa situación se vio reflejada en los debates que se produjeron dentro del seno de la Convención Nacional Constituyente. En ese sentido, el miembro informante del dictamen de la mayoría, el Convencional García Lema, explicaba la conveniencia de la regulación de los decretos de necesidad y urgencia señalando que era necesario “discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución”. Asimismo, explicaba que, en ese marco, se había optado por esta segunda solución ya que parecía lógico que, pese a los conflictos que pudieran generarse, antes de que existan prácticas paralelas al sistema constitucional era mejor contar con una regulación expresa en la materia.

Así, el mencionado convencional señaló que “la ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinearlos sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores”<sup>4</sup>.

Por otra parte, existió un sector que se opuso al reconocimiento de los decretos de necesidad y urgencia motivados en diferentes razones. Así pueden observarse las opiniones del Convencional Auyero (Frente Grande), quien sostuvo que su bloque tenía “desacuerdos frontales, totales”<sup>5</sup> con los decretos leyes. El Convencional Conesa Montes Ruiz (Fuerza Republicana) que advertía una contradicción al apoyar el reconocimiento de estos decretos ya que, por un lado, la ley de reformas hablaba de la atenuación del sistema presidencialista y por el otro se estaba otorgando mayores facultades en desmedro del sistema republicano y del equilibrio de poderes ya que los decretos de

---

<sup>4</sup> Exposición del Convencional Constituyente García Lema. Diario de Sesiones 18ª Reunión de la Convención Nacional Constituyente - 3ª Sesión Ordinaria 27º de julio de 1994

<sup>5</sup> Exposición del Convencional Constituyente Auyero, Diario de Sesiones 18ª Reunión de la Convención Nacional Constituyente - 3ª Sesión Ordinaria 27º de julio de 1994.

necesidad y urgencia representan, a su entender, cercenamientos concretos al Poder Legislativo.<sup>6</sup> En el mismo sentido el Convencional Llano (Demócrata de Mendoza) sostuvo que luego de que la reforma estableciera ciertos límites al Poder Ejecutivo, se estaban reconociendo una serie de nuevos poderes o excesos de atribuciones, que lamentablemente inclinan el platillo hacia el crecimiento del poder presidencial<sup>7</sup>.

Otros convencionales señalaban que la escasa limitación de materias implicaba otorgar una facultad sumamente amplia al Poder Ejecutivo. Así, El Convencional Estévez Boero sostuvo su oposición a la incorporación del texto del artículo 99 inc 3 por considerar que una limitación a las cuatro materias (penal, impositiva, partidos políticos y régimen electoral) implica la posibilidad el reconocimiento de la facultad en cuanto al resto de la legislación<sup>8</sup>. En mismo sentido se expidió la Convencional Avelín de Ginestar. Por su parte, el Convencional Natale señaló el peligro que significaba el reconocimiento de los decretos de necesidad y urgencia, teniendo en cuenta el abuso cometido en la década anterior a la reforma. También indicó la excesiva permisión de la norma que permite dictar normas en materia Civil, de Comercio y de Minería y legislación laboral quedando al arbitrio del Poder Ejecutivo con la sola condición de invocar necesidad, que siempre existe y urgencia en los tiempos que se viven es normal que todo es urgente.

#### **2.4. La norma constitucional y la ley reglamentaria 26.122**

Cómo afirmáramos en el punto anterior, la reforma constitucional de 1994 le dio incorporó en el art. 99 inc. 3 como facultad del presidente la de dictar disposiciones de carácter legislativo de manera excepcional, con la idea por parte del constituyente de limitar su uso y posibilitar un control político posterior. Sin embargo, la técnica legislativa utilizada en la redacción es mala y, control posterior realizado por el Congreso es deficiente<sup>9</sup>, lo que generó un uso cada vez mayor de esta herramienta.

La realidad ha demostrado que, a partir del reconocimiento constitucional, se incrementaron de manera considerable la cantidad de actos normativos emitidos por el Poder Ejecutivo. Así, Quiroga Lavié señala que hasta el año 1989 se habían dictado 25 decretos mientras que en el período que transcurre entre 1989 y 1999 se dictaron más de 400.<sup>10</sup> El número de DNU dictados a partir de la reforma de 1994 casi alcanzan los 1.000.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Exposición del Convencional Constituyente Conesa Montes Ruiz, Diario de Sesiones 18ª Reunión de la Convención Nacional Constituyente - 3ª Sesión Ordinaria 27° de julio de 1994

<sup>7</sup> Exposición del Convencional Constituyente Llano, Diario de Sesiones 18ª Reunión de la Convención Nacional Constituyente - 3ª Sesión Ordinaria 28° de julio de 1994.

<sup>8</sup> Exposición del Convencional Constituyente Guillermo Estévez Boero. Diario de Sesiones 21ª Reunión de la Convención Nacional Constituyente - 3ª Sesión Ordinaria 1° de agosto de 1994.

<sup>9</sup> TORICELLI, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 56.

<sup>10</sup> QUIROGA LAVIÉ, BENEDETTI Y CENICACELAYA, op. cit., pag. 1188.

<sup>11</sup> “En total, el presidente que más DNU dictó durante su gestión fue Néstor Kirchner (Partido Justicialista), con 236. Le siguen Carlos Menem (Partido Justicialista), con 195; Alberto Fernández (Frente de Todos), 177; Eduardo Duhalde (Partido Justicialista), 154; Cristina Fernández de Kirchner (Frente para la Victoria), 78; Mauricio Macri (Cambiamos), 71; Fernando de la Rúa (Alianza), 59; Adolfo Rodríguez Saá (Partido Justicialista), 6; y Javier Milei (La Libertad Avanza), con 5. Si se mira por la cantidad de días de gobierno, el presidente que más decretos de necesidad y urgencia dictó fue Rodríguez Saá. Estuvo sólo 8 días en el gobierno y realizó 6, casi 1 por día. Luego, quien le sigue a Rodríguez Saá en mayor cantidad de DNUs por día es hasta el momento Milei, con 0,46 (5 decretos en 11 días de gobierno). El último fue el DNU N° 70/2023, que cuenta con más de 600 páginas, entre las que se derogan o modifican una gran cantidad de leyes para “desregular la economía”. Duhalde, quien ejerció la presidencia de forma interina entre 2002 y 2003, es el tercer mandatario que más DNUs dictó en relación al

El art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, establece lo siguiente:

*Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...*

*3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.*

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

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

*El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.*

La norma comienza con la prohibición del primer párrafo del inciso 3 al indicar que el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo. Aparece aquí una especie de refuerzo del principio de división de poderes que se desprende del sistema republicano establecido por el artículo 1° de la Constitución Nacional. Sin embargo a poco de avanzar por los siguientes párrafos, puede advertirse que dicho criterio se ve seriamente contradicho.

En su segundo párrafo, establece una facultad excepcional para el Poder Ejecutivo para dictar normas de carácter legislativo, pero sujeto al estricto cumplimiento de determinados requisitos. Estos son:

- 1) que existan circunstancias excepcionales,
- 2) que estas hagan imposible seguir el trámite ordinario de leyes,
- 3) que no sean de materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos,
- 4) que sean dictados por razones de necesidad y urgencia y,
- 5) aprobados en acuerdo general de ministros y firmado por todos ellos.

Luego regula también un trámite de revisión de este tipo de decretos por parte de una Comisión Bicameral Permanente que dictaminará acerca de su validez para que luego cada Cámara decida si corresponde su rechazo o aprobación.

---

tiempo que estuvo en el poder: emitió 154 DNUs durante 1 año y 4 meses de gestión (0,3 por día).”  
<https://chequeado.com/el-explicador/el-dnu-de-javier-milei-cuales-son-los-presidentes-que-mas-usaron-esta-herramienta-entre-1989-y-2023/> consultado el 02/01/2024

De lo dicho, surge que no es suficiente con que existan **circunstancias excepcionales o de emergencia**, sino que esas circunstancias **tienen que hacer imposible seguir el trámite ordinario de leyes**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Verrocchi” interpretó que el concepto de imposibilidad puede tener dos significados o aplicaciones: **1)** que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, o sea, que las cámaras del Congreso no se puedan reunir 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 que sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Si bien personalmente consideramos que el segundo supuesto amplía demasiado la posibilidad para que el presidente dicte un DNU, tampoco permite que lo haga cuándo le resulte inconveniente enviar un proyecto de ley al Congreso porque no cuente con las mayorías o, este se encuentre en receso o no quiera esperar el tiempo que lleva aprobar una ley.

En relación con este requisito, podemos agregar que si bien no la constitución no exige expresamente que se acrediten las circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir el trámite ordinario de leyes, surge del requisito de motivación suficiente que deben tener todos los actos administrativos.

La exclusión de materias resulta bastante clara, los DNU no pueden versar sobre materia penal, tributaria, régimen electoral o de partidos políticos. El fundamento de la prohibición de las dos primeras materias radica en el nacimiento mismo de los órganos legislativos<sup>12</sup> y, la de las otras en la esencia misma de la democracia, o sea, en el simple hecho que un gobernante no puede modificar por sí solo las reglas para la competencia democrática. La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de DNU que invadieron materias prohibidas en numerosas oportunidades (p.e. “Video Club Dreams” Fallos 318:1154; “Berkley” Fallos 323:3770; “Zofracor” Fallos 325:2394 entre otros).

Las razones de necesidad y urgencia aluden a que las circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir el trámite ordinario de leyes, requieren de medidas que deben ser “...adoptadas de forma inmediata para resguardo de las instituciones fundamentales del país o sus bases mismas...”<sup>13</sup>. En este sentido, Caminos sostiene que “Con respecto a las razones de necesidad y urgencia, no es suficiente que los fundamentos del decreto invoquen la conveniencia de adoptar cierta medida. Lo que se debe explicitar es por qué la medida resulta necesaria y urgente, es decir, por qué no es posible que el Presidente envíe el proyecto de ley al Congreso y espere a que la decisión sea adoptada por ese órgano. Esto sugiere que, en principio, las medidas adoptadas a través de un decreto de necesidad y urgencia deben tener un carácter de corto plazo o, si se prefiere, debe tratarse de medidas transitorias.”<sup>14</sup>

En este mismo sentido, la Corte Suprema en el caso “Consumidores Argentinos” (Fallos 333:633) sostuvo que los DNU no serán constitucionales cuándo propongan modificaciones permanentes. En concreto sostuvo el voto de la mayoría conformada por Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni entendieron que el DNU analizado en ese caso “...no traducen una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional... sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes modificatorias de leyes del Congreso Nacional.” Por su parte, la jueza Highton de Nolasco sostuvo que “...el decreto examinado contiene disposiciones de regulación permanente sobre la actividad mencionada (...) cuya aplicación excedería a la situación de emergencia en la que se pretende justificar

---

<sup>12</sup> Cfr. TORICELLI, Maximiliano, ob. cit., pág. 57

<sup>13</sup> TORICELLI, Maximiliano, ob. cit., pág. 59

<sup>14</sup> CAMINOS, Pedro A., *Populismo, decretos, estado de derecho y mercado*, La Ley Diario 22/12/2023, pág. 2.

su dictado". O sea, que las decisiones tomadas mediante un DNU no pueden ser una norma permanente modificatoria de una ley del Congreso, sino que deben ser una regulación excepcional y transitoria.

El último requisito, exige que el DNU sea decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por todos ellos y el Jefe de Gabinete. No obstante, esta no es una verdadera limitación a las facultades presidenciales, ya que, el nombramiento y remoción de todos estos funcionarios es una facultad propia y exclusiva del presidente. En consecuencia, si algún ministro o el Jefe de Gabinete se negara a firmar el decreto, el presidente por sí solo podría removerlo y designar a otra persona que esté dispuesta a firmarlo.

Finalmente, el procedimiento de control por parte del Poder Legislativo fue reglamentado por la ley 26.122. La misma estableció que la Comisión Bicameral Permanente (CBP) estará integrada por 16 miembros, 8 de cada cámara designados por los presidentes de cada una a propuesta de los respectivos bloques y respetando la representación política de cada cámara.

Esta ley establece que los DNU, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, tienen vigencia conforme a lo establecido por el art. 2 del Código Civil. Reitera lo dispuesto en la constitución en cuanto a que el Jefe de Gabinete debe remitir el decreto a la CBP en el plazo de 10 días, no aclarando si son hábiles o corridos, personalmente nos inclinamos por esta última interpretación pero la práctica parlamentaria impone la primera. Si el Jefe de Gabinete no envía el decreto la CBP puede avocarse a su tratamiento, entendemos que este plazo de 10 días corre desde su publicación en el Boletín Oficial. La CBP tiene 10 días hábiles para emitir un dictamen acerca de la validez constitucional del decreto en cuestión, que debe remitirlo a ambas Cámaras para que se pronuncien. Las Cámaras pueden avocarse a su tratamiento una vez vencido este plazo. La aceptación o el rechazo lo hace cada Cámara por separado y deben comunicar la decisión a la otra. Solo si ambas Cámaras rechazan, el DNU pierde vigencia, en cualquier otro supuesto continúa vigente. O sea, que el efecto del rechazo por ambas Cámaras es derogatorio quedando a salvo los efectos cumplidos por el mismo hasta ese momento.

## **2.5. Análisis del DNU nº 70/2023**

En fecha 21/12/2023, el presidente de la nación dictó el decreto de necesidad y urgencia nº 70/2023. Consta de 366 artículos y cuál modifica y/o deroga numerosas normas de fondo con carácter permanente. Resumidamente, justifica el dictado del mismo en consideraciones acerca de la situación de emergencia económica y, de las actividades en particular sobre las que modifica y deroga normas, afirmando que por lo expuesto se *"...demuestra holgadamente que se encuentran cumplidos todos los requisitos formales y sustanciales exigidos por el artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL para habilitar la utilización excepcional del instrumento previsto en esa norma, por lo que el dictado del presente decreto, en cuanto implica el ejercicio de facultades reservadas al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN se encuentra plenamente justificado, tanto por lo que dispone aquella Ley Fundamental, como por su interpretación por parte de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN y la práctica de sucesivas gestiones presidenciales."*

La principal objeción al DNU nº 70/2023 conforme lo explicado en el punto anterior, es, precisamente, que no respeta el requisito de imposibilidad de seguir el trámite ordinario de leyes. La fundamentación de este DNU se expone en la descripción de una situación fáctica del país que -según el gobierno- configuraría una circunstancia excepcional o de emergencia, pero no explica porqué esas circunstancias excepcionales harían imposible que cada una de las medidas dispuestas sea tratada mediante el trámite ordinario de sanción de leyes establecido por la Constitución.

O sea, no da razones de porqué es **imposible** que envíe los proyectos de ley al Congreso para que este los debata y sancione o rechace. La ausencia de imposibilidad de seguir el trámite ordinario de leyes, es todavía más evidente por el hecho que el presidente acaba de convocar a sesiones extraordinarias al Congreso para que debatan numerosos proyectos de ley que envía en el mismo decreto de convocatoria.

Entendemos que, la sola afirmación dogmática de una situación de emergencia como la que describen, o la invocación por parte del Poder Ejecutivo del fallo “Verrocchi”, no resulta suficiente para dar por cumplidos los requisitos del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. **A la par de la descripción de la situación de emergencia, debe dar las razones de porqué en cada uno de los supuestos que menciona, no se pueden seguir el trámite ordinario de leyes.**

Se omiten considerar en el DNU 70/2023 los argumentos vertidos por la Corte Suprema el fallo “Consumidores Argentinos” al que afirmar que el Poder Judicial al analizar los DNU debe “...descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional 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”. O sea, los DNU no se justifican en la mera conveniencia del Poder Ejecutivo de legislar mediante decreto porque resulta más rápido que seguir el procedimiento de sanción de una ley.

Por otro lado, no se condice la imperiosa urgencia que manifiesta en los considerandos del DNU con la posterior convocatoria a sesiones extraordinarias (en la que se podían haber tratado todos estos temas), ni tampoco con la entrada en vigor del DNU en cuestión. Al no preverse en el propio DNU que entra en vigor desde su fecha de publicación, la misma fue recién en fecha 29/12/2023 conforme las previsiones del art. 5 del Código Civil y Comercial.

Además, si bien en el DNU se afirma que las circunstancias descritas serían una razón de **necesidad y urgencia**, las decisiones que se toman en este son medidas de carácter permanente (se derogan y modifican leyes con alcance general), siendo incompatibles con lo resuelto por la Corte Suprema el caso “Consumidores Argentinos” comentado *ut-supra*.

Suma otro problema, el mecanismo de control legislativo que debe realizar la CBP aún no está integrada<sup>15</sup> ya que se renueva luego de cada elección legislativa y, la Cámara de Diputados aún no designó a sus representantes. Por lo tanto, no es esperable que realicen el dictamen acerca de su validez en el corto plazo establecido por la Constitución. Lo deseable, sería que cuándo las Cámaras comiencen el período de sesiones extraordinarias se avoquen a su tratamiento.

A favor de la constitucionalidad del decreto se pronuncian Barra<sup>16</sup> y Bianchi<sup>17</sup>. El primero, apoyado principalmente en tan solo “las circunstancias excepcionales” y, en que esta facultad presidencial surge del apoyo popular (?) y en la dificultad del Congreso de lograr acuerdos, requisitos que no se encuentran en la constitución ni configuran el concepto de imposibilidad de seguir el trámite ordinario de leyes. El segundo, lo sostiene a partir de la doctrina de la emergencia del Corte Suprema y, que aún se encuentran pendientes los controles posteriores (legislativos y judiciales).

---

<sup>15</sup> Recién el 29/12/2023 el Senado de la Nación nombró a sus 8 representantes, restando que la Cámara de Diputados haga lo propio.

<sup>16</sup> <https://www.infobae.com/opinion/2023/12/22/el-instituto-juridico-del-decreto-de-necesidad-y-urgencia/>

<sup>17</sup> <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-megadecreto-de-milei-frente-al-espejo-de-la-constitucion-nid23122023/>

## 2.6. Conclusiones

Los decretos de necesidad y urgencia configuran actos normativos emanados del Poder Ejecutivo en uso de facultades propias del Poder Legislativo restringidas a las materias habilitadas por la constitución nacional. El poder Ejecutivo solo puede dictar dichos actos en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que requieran de una solución de inmediatez tal, que haga imposible completar el trámite normal de formación y sanción de leyes. Por su naturaleza, los decretos de necesidad y urgencia tienen carácter provisorio y deben ser sometidos a la aprobación del órgano que originariamente tiene la facultad para emitirlo.

No se observa que el DNU nº 70/2023 cumpla con los requisitos constitucionales. Aún en el supuesto que coincidiéramos totalmente en la descripción fáctica que realiza el Poder Ejecutivo en los considerandos del decreto y, coincidiéramos también que configura una situación de emergencia; seguiría ausente la justificación de porqué esa situación hace imposible que se siga el trámite ordinario de leyes en cada uno de los cambios legislativos propuestos, más aún cuándo el Congreso está en sesiones y, más todavía cuándo ni siquiera se dispuso en el DNU su vigencia desde la publicación. Las normas creadas por este decreto tampoco son transitorias como exige la Corte Suprema en "Consumidores Argentinos" sino que modifican normas con carácter general, lo que es incompatible con una situación de emergencia que, por definición es coyuntural.

Finalmente, al no estar aún en funcionamiento la CBP, suma un elemento de preocupación ya que se dilata el análisis de este DNU.

## 3. DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS

### 3.1. Introducción

Al hablar de delegación, nos referimos a la posibilidad de que, en función de una habilitación legal, uno de los órganos que ejercen el poder del estado traspase a otro una competencia que originariamente le pertenece.

Así lo ha sostenido inicialmente la Corte Suprema al decir que existe delegación "cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella"<sup>18</sup>.

Cabe recordar que en la original redacción de la Constitución Nacional no se encontraba prevista la posibilidad del traspaso de facultades de un órgano a otro.

Sin embargo, no transcurrió mucho tiempo sin que la Corte Suprema de justicia de la Nación se expidiera sobre la cuestión habilitando tal posibilidad.

El 20 de Junio de 1927, el Máximo Tribunal se pronunció a favor del reconocimiento de la delegación legislativa en el conocido caso "Delfino".

Haciendo eje en la facultad contenida en el inc. 2do del art. 86 (ahora 99) de la Constitución Nacional, la corte sostuvo que "*no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella*". Sin embargo, haciendo una distinción muy sutil, la Corte estableció un límite a la posibilidad

---

<sup>18</sup> "A. M. Delfino" Fallos 148:430.



*de delegar facultades por parte del Poder Legislativo ya que sostuvo que “existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario se halla fuera de la Constitución”.*

Como conclusión de ello se estableció que existían dos posibilidades en materia de delegación: 1) la posibilidad de que el órgano legislativo delegue su propia materia, es decir, el mismísimo poder para hacer la ley, lo cual no se encontraba permitido por la Constitución Nacional; 2) la posibilidad de que el Poder Legislativo ensanche la facultad de reglamentación del Poder Ejecutivo –delegación impropia– que sí se encontraba permitido por el texto constitucional.

Este antecedente luego es ampliado por los sucesivos pronunciamientos que sobre la materia han ocupado a la Corte Suprema desde entonces. Esta situación ha llevado a concluir a buena parte de la doctrina nacional en la existencia de una verdadera delegación de facultades propias. En ese sentido Gelli sostiene que “pese al antecedente “Mouviel”<sup>19</sup> – donde la Corte Suprema ratificó la doctrina Delfino y Cía- pero la aplicó de modo más estricto entendiendo que, en el caso, se había vulnerado, el transcurrir del tiempo fue mostrando cómo la administración ejercía cada vez de modo más amplio facultades delegadas y cómo el Poder Ejecutivo las encontraba inclusive allí donde no la otorgaba”<sup>20</sup>. Así en el caso “Cocchia”<sup>21</sup>, la corte convalidó incluso la derogación de convenios colectivos por medio de un decreto del Poder Ejecutivo entendiendo que esta última normativa no era más que “uno de los instrumentos cuya implementación el legislador confió al Poder Ejecutivo para llevar a cabo la política de reforma del Estado por aquél decidida”.

Todo ello lleva a autores como Sagüés a sostener que “En los casos de decretos delegados, el Poder Ejecutivo legisla, y no meramente reglamenta. Y lo hace por expresa indicación del congreso, ley mediante”<sup>22</sup>.

### **3.2. La reforma Constitucional**

En este estado se llega a la convención constituyente de 1994 en que se discute la cuestión al momento de tratarse el núcleo de coincidencias básicas.

El entonces miembro informante sostuvo al exponer el dictamen de la mayoría que “Se permite legislación delegada solamente en materias determinadas de administración o de emergencia pública con plazos fijados para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que se establezca.

Los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades. Dura un tiempo limitado, pasado el cual las facultades concedidas son recuperadas por el Congreso”.

La redacción final del art. 76 de la Constitución Nacional es la siguiente:

**Artículo 76.-** *Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

---

<sup>19</sup> "Oscar Raúl Mouviel" Fallos 237:636

<sup>20</sup> Gelli, María Angélica “Cuestiones de la delegación legislativa” ED, 182-1277.

<sup>21</sup> "Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro", LA LEY, 1994-D, 643

<sup>22</sup> Sagüés, Nestor Pedro Elementos de Derecho Constitucional Ed. Astrea, Bs. As. 2001 Tomo I página 601.

*La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.*

Cómo sucede con la regulación de los DNU, la técnica legislativa no es la mejor, ya que comienza con una prohibición general para luego incorporar excepciones, pero nuevamente con conceptos indeterminados que dependen de la interpretación de los operadores de la constitución.

### **3.3. Materias permitidas. Criterios de la Corte Suprema.**

El análisis normativo del art. 76 CN, nos permite afirmar que como principio la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo se encuentra prohibida y es, por lo tanto, inconstitucional.

Excepcionalmente, el Congreso puede realizar esta delegación mediante una ley que establezca un plazo preciso para el ejercicio de estas facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo e indicando bases de delegación, o sea, criterios de política legislativa o indicaciones precisas del sentido en el que se debe ejercer esta delegación legislativa. A su vez, el Congreso solo puede realizar esta delegación en materias determinadas de delegación o emergencia pública.

Las materias determinadas de administración es un concepto indeterminado, pero si estudiamos las leyes por las que el Congreso prorrogó el plazo de la disposición transitoria octava y ratificó la delegación previa a la reforma, podemos observar que dentro de este concepto incluyeron *“a) la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización; b) la fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; c) la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los ministerios; d) la creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; e) la legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación; f) toda otra materia asignada por la Constitución nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.”* (art. 2 ley 25.148)

Más flexible es la limitación por razones de emergencia pública, ya que, en este caso no hay limitación material, solo resulta necesario que el Congreso declare la emergencia pública en determinada materia y, realice la delegación legislativa sobre la misma.

SAGÜÉS y CASSAGNE<sup>23</sup>, entiende que para el caso de la delegación legislativa rigen las mismas limitaciones materiales establecidas para los DNU en el art. 99 inc. 3, aplicando el principio de interpretación *a fortiori*. No obstante esta prestigiosa doctrina, coincidimos con Toricelli cuándo afirmar que *“Si bien en ambos decretos -de delegación legislativa o de necesidad y urgencia-, el presidente emite disposiciones legislativas, unos y otros tienen diferencias importantes. En la delegación legislativa es primeramente el Congreso quien cede atribuciones determinadas de su competencia y no el Ejecutivo, el cual -calificando per se la necesidad y urgencia- asume dichas facultades. En tal cesión, el Congreso marca los límites que considera adecuados, respetando las*

---

<sup>23</sup> SAGÜÉS NÉSTOR P., *Elementos...*, t. 1, pág. 604

estipulaciones de la Constitución, que ha establecido específicamente qué materias pueden ser objeto de delegación -aunque lo haya hecho con una imprecisión harto criticable-.”<sup>24</sup>

Pese a lo confuso de la cláusula inserta en el artículo 76 de la Constitución Nacional, distintos fallos han ido delineando una interpretación más ajustada de la misma.

En materia Tributaria por ejemplo la Corte ha dispuesto que se debe fijar límites o pautas que no solo comprendan el establecimiento de escalas o valores del tributo sino que deben reflejar una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución pues de lo contrario, al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada<sup>25</sup>.

Con ese Criterio rechazó la constitucionalidad de la delegación llevada a cabo a favor del Jefe de Gabinete para establecer valores de las tasas para la Inspección General de Justicia en el Fallo Selcro S.A.

Ampliando estos conceptos, en reciente fallo de la Corte Suprema recaído en autos “Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>26</sup> de noviembre de 2008, la Corte Suprema otorgó una mayor precisión al estándar requerido para que la delegación cumpla con los requisitos del art. 76 de la Constitución Nacional.

En un minucioso examen del fallo, TORICELLI nos señala que la Corte “Entendió que tanto el artículo 76 como el 99 inciso 3 fijan una regla general que es la prohibición del Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo. Dijo que los artículos 76 y 100 inciso 12 establecen las excepciones a esa regla, que consisten en: 1) que se limiten a materias determinadas de administración o emergencia pública; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca; 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación”.<sup>27</sup>

En cuanto a las bases de la delegación, se señaló que un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente; y que esta exigencia tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva dentro de las bases que el Congreso establezca.

También se dijo que la delegación sin bases está prohibida (porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa); y que cuando las bases están formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales, si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate”<sup>28</sup>.

Evidentemente el fallo representa un significativo avance en materia de limitación en la forma de materializar las delegaciones y también del modo de ejercerla.

---

<sup>24</sup> TORICELLI, Maximiliano, *Organización...* t.1, pág. 456.

<sup>25</sup> C.S. 21/10/2003, Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros

<sup>26</sup> C. S. 04/11/2008 Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

<sup>27</sup> TORICELLI, Maximiliano “Control de las facultades legislativas delegadas” LL -2008- F, 566.

<sup>28</sup> Toricelli, Maximiliano “Control de.....”op. cit.

### **3.4. Conclusiones**

1. La delegación legislativa se en principio, prohibida por el art. 76 CN, aunque excepcionalmente se la admite para materias determinadas de administración o, en caso de emergencia pública. Lamentablemente su redacción es tan confusa que no hecha luz sobre cuales son en forma precisa las materias permitidas y cuales las prohibidas.

2. La delegación permitida por el artículo 76 de la Constitución Nacional requiere que el Congreso Nacional dicte una ley delegante en la que se establezca cuáles son las materias a delegar, formule un patrón o directriz inteligible, claro y preciso al cual debe sujetarse el Presidente determinando las bases de la política legislativa y, establezca un plazo cierto dentro del cuál el presidente puede ejercer esas facultades delegadas.

3. Del espíritu del constituyente, surge que la legislación delegante que se encontraba en vigencia con anterioridad a la reforma de 1994, debe ser revisada y ratificada una por una debiendo asegurarse que, en caso de ser ratificadas, contengan los parámetros establecidos por la redacción actual del texto constitucional, lo que finalmente el Congreso realizó con una importante mora y luego de sucesivas prórrogas.

### **3.5. La delegación legislativa en el mensaje del Poder Ejecutivo MEN-2023-7-APN-PTE "Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos"**

Lo primero que nos resulta relevante marcar es que ésta delegación de facultades propuesta por el Ejecutivo de turno, no es igual a las que se han venido suscitando a lo largo del tiempo.

En primer lugar, este método de declaración de "emergencias públicas" mediante ley, para otorgarle mayores facultades al Presidente, no es nuevo, y se ha desarrollado en desde el 2002 hasta nuestros tiempos para darle soporte a las delegaciones efectuadas. Este justificante, hoy se encuentra ampliado a la materia seguridad.

En segundo término, cuantitativamente, es considerable el número de las materias que buscan ser delegadas en el gobierno: desde crear "sistemas de resolución de conflictos prejudiciales" (art. 4 inc. j) hasta dejar sin efecto fideicomisos (inc. o) o intervenir órganos de la administración (inc. e). La totalidad de las materias delegadas llega a dieciséis. (art. 4 del mensaje enviado al Congreso)

Además de lo cuantitativo, otro aspecto a considerar es el método sustentado en la vaguedad de los términos en los que se apoyan la pretendida delegación, este carácter también resulta controvertido y no respeta acabadamente los parámetros constitucionales. O sea, las bases de delegación proyectadas son amplísimas y de una laxitud conceptual que, por vía de interpretación, el Poder Ejecutivo podría ampliar considerablemente sus márgenes de actuación (art. 4 del mensaje).

Otro aspecto cuestionable, es el plazo de la delegación. En el mensaje remitido por el Poder Ejecutivo prevé que la delegación se realiza hasta el 31/12/2025 (art. 3 del mensaje), plazo en el que vencería la amplia declaración de emergencia realizada. Pero, en el mismo artículo se faculta al Poder Ejecutivo a prorrogar la declaración de emergencia por dos años más. Entendemos que esta posibilidad de prórroga de la emergencia por parte del Poder Ejecutivo, no respeta el diseño constitucional, ya que, el Congreso debe establecer expresamente el plazo de la delegación de sus propias facultades. Además, una delegación tan amplia y por el tiempo propuesto implica la clausura fáctica del Congreso Nacional en abierta transgresión a los principios republicanos establecidos por el artículo 1ro de la Constitución Nacional.

En consecuencia, de sancionarse como ley el mensaje del Poder Ejecutivo MEN-2023-7-APN-PTE “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, el Poder Ejecutivo tendría a su disposición la posibilidad de legislar prácticamente sobre cualquier materia, sin someter a consideración del Congreso sus iniciativas durante la totalidad del mandato.

Esta delegación, por su extensión cuantitativa y cualitativa, sumada a la facultad de dictar DNU y, lo poco eficaz del control posterior de estos decretos, implicaría la posibilidad real de que el Poder Ejecutivo prescindiera del Congreso.

En cuánto a las materias que regula esta ley omnibus, es una cuestión de política legislativa y, que corresponde analizar a los especialistas de cada área y/o de manera interdisciplinaria que excede las competencias de este Instituto.