



*Instituto de Estudios Legislativos  
Federación Argentina de Colegios de Abogados*

Buenos Aires, 27 de Diciembre de 2023.

*Dr. Fernando Díaz Cantón  
Presidente*

*Dra. Gabriela Tozzini  
Vicepresidenta 1º*

*Dr. Ricardo Gil Lavedra  
Vicepresidente 2º*

*Dr. Hector Mendez  
Vicepresidente 3º*

*Dr. Juan Formaro  
Secretario (1º)*

*Dra. Fabiana Malatesta  
Secretaria (2º)*

*Dra Miriam Ivanega  
Tesorera*

*Dr. Alberto Ruiz de Erenchun  
Protesorero*

*Vocales titulares*

*Dr. Maximiliano Torricelli*

*Dr. Ricardo J. Cornaglia*

*Dr. Pablo María Garat*

*Vocales suplentes*

*Dr. Miguel Oscar Berri*

*Dra. Marcela Basterra*

*Dr. Ricardo De Felipe*

*Director Ejecutivo*

**DICTAMEN**

A requerimiento de la Mesa Directiva de la FACA, esta Junta Directiva del IDEL se ha abocado al análisis sobre la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 70/23 y dictamina lo siguiente:

El 20 de diciembre de 2023, el Presidente de la Nación, en acuerdo de Ministros, dictó el DNU 70/23 por medio del cual deroga decenas de leyes completas y modifica centenas de artículos de otros cuerpos normativos.

Ello lo hace declarando una emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social, alegando una crisis de tal severidad que, según los considerandos, pone en riesgo la subsistencia del Estado.

Cabe analizar si la normativa en cuestión cumple o no los requisitos constitucionales para ser considerada válida.

No está de más transcribir el art. art. 99, inc. 3, que, en lo que aquí importa, expresa que “el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”.

Bajo este principio general es indudable la invalidez del decreto en cuestión; sin embargo, la norma permite ciertas excepciones que, siendo el principio la nulidad, deben ser analizadas con criterio restrictivo.

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

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones



## *Instituto de Estudios Legislativos Federación Argentina de Colegios de Abogados*

*Dr. Fernando Díaz Cantón*  
*Presidente*

*Dra. Gabriela Tozzini*  
*Vicepresidenta 1º*

*Dr. Ricardo Gil Lavedra*  
*Vicepresidente 2º*

*Dr. Hector Mendez*  
*Vicepresidente 3º*

*Dr. Juan Formaro*  
*Secretario (1º)*

*Dra. Fabiana Malatesta*  
*Secretaria (2º)*

*Dra Miriam Ivanega*  
*Tesorera*

*Dr. Alberto Ruiz de Erenchun*  
*Protesorero*

*Vocales titulares*

*Dr. Maximiliano Torricelli*

*Dr. Ricardo J. Cornaglia*

*Dr. Pablo María Garat*

*Vocales suplentes*

*Dr. Miguel Oscar Berri*

*Dra. Marcela Basterra*

*Dr. Ricardo De Felipe*

*Director Ejecutivo*

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 consideraran 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”.

Vemos entonces que, para admitir ciertas excepcionalidades, se deben tener en cuenta materias prohibidas (en ningún caso se acepta emitir decretos sobre ellas), requisitos formales y requisitos sustanciales para su procedencia.

Analicemos cada uno.

### **a.- Materias prohibidas.**

El constituyente excluyó ciertas materias de la atribución de dictar disposiciones legislativas por parte del presidente: la penal, la tributaria, la electoral y el régimen de partidos políticos. Las dos primeras tienen su fundamento en el nacimiento mismo del parlamentarismo.

Desde sus orígenes se intentó limitar al monarca en cuanto a disponer de la libertad de sus súbditos, así como de la posibilidad de fijar tributos sin su consentimiento. Incluso, el tercer gran logro, que fue la fijación del presupuesto (controlar en qué iba a invertir el dinero de los contribuyentes), no fue excluido de esta atribución.

En cuanto al régimen electoral y de partidos políticos no sólo se lo excluyó de la atribución del presidente, sino que incluso se fijó una mayoría agravada para su reforma (según lo estipulado en el párr. 2º del art. 77).

La Corte Suprema declaró reiteradamente inconstitucional la utilización de esta atribución por invadir materias prohibidas. Así lo hizo en “Video Club Dreams”, donde el Poder Ejecutivo, mediante un decreto, había extendido el hecho imponible creado por una ley a otro hecho imponible distinto y nuevo, aun cuando guardaba relación con el primero, pues ambos se vinculaban a la actividad cinematográfica, bien que de modo diverso<sup>1</sup>.

En “Berkley”, adhiriendo al dictamen del procurador general, la Corte Suprema invalidó el decreto que creaba una tasa sobre las empresas aseguradoras de riesgos del trabajo, consistente en pagar un porcentaje de los fondos recaudados a la Administración Federal de Ingresos Públicos, para

<sup>1</sup> CSJN, 6/6/95, “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía s/amparo”, Fallos, 318:1154.



## *Instituto de Estudios Legislativos Federación Argentina de Colegios de Abogados*

destinarlos a solventar sus gastos, por ser la encargada de aplicar, recaudar, fiscalizar y ejecutar judicialmente los recursos de la seguridad social<sup>2</sup>.

A su turno, en “Zofracor” fue más contundente aún, al expresar que “la primera conclusión que surge con toda evidencia es que los beneficios que se han establecido en el decr. 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo –arts. 4o, 17 y 75, incs. 1 y 2, de la Const. nacional– y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución nacional (doctr. de Fallos, 318:1154; 319: 3400; 321:366, entre otros).

Que lo expuesto precedentemente permite concluir que el decr. 285/99 resultó insanablemente nulo por oponerse al principio de legalidad que rige en materia tributaria y al claro precepto del art. 99, inc. 3o, de la Const. nacional, y que, por ende, se encuentra privado de todo efecto jurídico<sup>3</sup>.

También el máximo tribunal analizó la ratificación posterior que el tributo tuvo por parte del Congreso, concluyendo que esta situación no podía convalidar su creación, y dijo que “esa ratificación legislativa carece de efectos retroactivos en virtud de la insanable inconstitucionalidad original”.

En un análisis preliminar del decreto en cuestión no parecen surgir materias no permitidas, por lo que, en lo que a esta situación particular refiere, no existiría una contradicción con la carta magna en este aspecto.

### **b.- Requisitos formales.**

La Constitución también estableció una serie de requisitos de forma en cuanto a su dictado. Exige que la decisión se adopte en acuerdo general de ministros, que tanto ellos como el jefe de Gabinete los refrenden y que este último lo someta a la Comisión Bicameral Permanente.

Más allá de que ninguno de estos requisitos conforma un verdadero límite, pues no se trata de una interacción entre pares, sino de funcionarios (los ministros) subordinados jerárquicamente al presidente y designados y removidos por él, con lo que no se hallan en condiciones de disentir, dado que,

<sup>2</sup> CSJN, 21/11/00 “Berkley International ART SA c/Estado nacional s/amparo”, Fallos, 323:3770.

<sup>3</sup> CSJN, 20/9/02, “Zofracor SA c/Estado nacional s/amparo”, Fallos, 325: 2394.

*Dr. Fernando Díaz Cantón*  
*Presidente*

*Dra. Gabriela Tozzini*  
*Vicepresidenta 1º*

*Dr. Ricardo Gil Lavedra*  
*Vicepresidente 2º*

*Dr. Hector Mendez*  
*Vicepresidente 3º*

*Dr. Juan Formaro*  
*Secretario (1º)*

*Dra. Fabiana Malatesta*  
*Secretaria (2º)*

*Dra Miriam Ivanega*  
*Tesorera*

*Dr. Alberto Ruiz de Erenchun*  
*Protesorero*

*Vocales titulares*

*Dr. Maximiliano Torricelli*

*Dr. Ricardo J. Comaglia*

*Dr. Pablo María Garat*

*Vocales suplentes*

*Dr. Miguel Oscar Berri*

*Dra. Marcela Basterra*

*Dr. Ricardo De Felipe*

*Director Ejecutivo*



## *Instituto de Estudios Legislativos Federación Argentina de Colegios de Abogados*

si lo hacen, es más factible que sean reemplazados antes de que se paralice el dictado del decreto<sup>4</sup>; este requisitos aparece cumplido en el presente decreto, por lo que no merece objeción alguna.

*Dr. Fernando Díaz Cantón*  
*Presidente*

*Dra. Gabriela Tozzini*  
*Vicepresidenta 1º*

*Dr. Ricardo Gil Lavedra*  
*Vicepresidente 2º*

*Dr. Hector Mendez*  
*Vicepresidente 3º*

*Dr. Juan Formaro*  
*Secretario (1º)*

*Dra. Fabiana Malatesta*  
*Secretaria (2º)*

*Dra Miriam Ivanega*  
*Tesorera*

*Dr. Alberto Ruiz de Erenchun*  
*Protesorero*

*Vocales titulares*

*Dr. Maximiliano Torricelli*

*Dr. Ricardo J. Cornaglia*

*Dr. Pablo María Garat*

*Vocales suplentes*

*Dr. Miguel Oscar Berri*

*Dra. Marcela Basterra*

*Dr. Ricardo De Felipe*

*Director Ejecutivo*

### **c.- Requisitos sustanciales.**

Además de la prohibición material y las exigencias formales antes analizadas, la Constitución exige que se configure la presencia de circunstancias excepcionales que impidan seguir los trámites legislativos ordinarios.

Se discute cuándo estamos en presencia de circunstancias que impiden seguir los trámites ordinarios de sanción de leyes.

La Corte Suprema, en “Verrocchi”, entendió que esta posibilidad se presentaba en los siguientes supuestos: “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”<sup>5</sup>.

El primer supuesto no genera inconvenientes en cuanto a su configuración, al ser bastante objetivo, pero no sucede lo mismo con el segundo, dado que utiliza un concepto indeterminado que deja un amplio margen de interpretación.

Dicha amplitud del concepto es duramente criticada por diversos autores, como Mario Midón, quien afirma, además, que no puede considerarse que el segundo requisito se encuentre presente cuando hay mora congresional, se ha rechazado una iniciativa legislativa, no hay quórum o no hay consenso entre los legisladores<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Esta formalidad puede tener cabida en sistemas parlamentarios, donde en la conformación del gabinete pueden existir representadas diversas fuerzas políticas, lo que constituye una limitación real, pero en un sistema presidencialista como el nuestro este requisito nada agrega.

<sup>5</sup> CSJN, 19/8/99, “Verrocchi, Ezio D. c/Poder Ejecutivo nacional –Administración Nacional de Aduanas– s/acción de amparo”, Fallos, 322:1726; criterio reiterado en CSJN, 19/5/10, “Consumidores Argentinos c/Estado nacional”, c. 923, XLIII.

<sup>6</sup> MIDÓN, Decretos de necesidad y urgencia, p. 86 y siguientes.



## *Instituto de Estudios Legislativos Federación Argentina de Colegios de Abogados*

En el presente caso no estamos en presencia de ninguna circunstancia excepcional que impida seguir los trámites ordinarios. Incluso, la convocatoria a extraordinarias para el mes de enero, pone en evidencia que no existe imposibilidad alguna de convocar al Congreso.

*Dr. Fernando Díaz Cantón*  
*Presidente*

Bajo estas condiciones, no se cumplen con las pautas constitucionales.

*Dra. Gabriela Tozzini*  
*Vicepresidenta 1°*

No podemos dejar de considerar que, tanto un importante sector doctrinario, como las pautas jurisprudenciales antes referida, permiten excepcionar cuando la urgencia de la solución sea incompatible con el trámite legislativo.

*Dr. Ricardo Gil Lavedra*  
*Vicepresidente 2°*

Tampoco aquí las medidas adoptada parecen cumplir este requisito.

*Dr. Hector Mendez*  
*Vicepresidente 3°*

¿De qué manera la situación del país se agrava si el Congreso no le da tratamiento a las decisiones adoptadas? Ello no esta respondido, al menos con la solvencia que la adopción de medidas de esta naturaleza requieren, en los considerandos del decreto.

*Dr. Juan Formaro*  
*Secretario (1°)*

Además, no puede soslayarse que el decreto ni siquiera entró a regir en forma inmediata, sino a los 8 días de su dictado (por remisión supletoria del Código Civil y Comercial), ya que no se previó una entrada en vigencia inmediata.

*Dra. Fabiana Malatesta*  
*Secretaria (2°)*

*Dra Miriam Ivanega*  
*Tesorera*

Por tomar algunos ejemplos, en qué cambia la generación de empleo, de manera inmediata, que no pueda esperar unos días al tratamiento legislativo. O si se pretende privatizar una empresa, qué modifica que se conviertan a la forma jurídica de sociedades anónimas por este decreto, 8 días después de su dictado, o por una ley, dentro de pocos días más.

*Dr. Alberto Ruiz de Erenchun*  
*Protesorero*

*Vocales titulares*

*Dr. Maximiliano Torricelli*

*Dr. Ricardo J. Cornaglia*

*Dr. Pablo María Garat*

Lo que sí puede cambiar, en cada caso, es que no haya consenso para efectuar dichas modificaciones. Y siendo competencia del Poder Legislativo llevarlas adelante, un decreto de necesidad y urgencia que, lo que en definitiva hace, no es legislar ante la necesidad o urgencia, sino ante la falta de acuerdo del parlamento para aprobar ciertas leyes, indudablemente vulnera el diseño constitucional.

*Vocales suplentes*

*Dr. Miguel Oscar Berri*

*Dra. Marcela Basterra*

En definitiva, a nuestro entender, el decreto en cuestión es inconstitucional porque no cumple con los requisitos sustanciales exigidos por el art. 99 inc. 3 de nuestra Constitución sino que lo que procura es evitar la discusión legislativa por miedo a no contar con los consensos necesarios para efectuar las modificaciones que el Presidente quiere llevar adelante.

*Dr. Ricardo De Felipe*  
*Director Ejecutivo*

Y esta figura no fue creada con ese objetivo.