

**Universidad Torcuato Di Tella**  
**Escuela de Derecho**

---

## **Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)**

**Volumen 21, Número 1, noviembre 2020**

---

Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU *pac-man* se comió al Congreso)

Mariela Puga

Formato de cita recomendado

Mariela Puga, *Decretos de Necesidad y Urgencia y Emergencia Sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 21 1 (20)

---

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a [revistajuridica.utdt.edu](http://revistajuridica.utdt.edu)

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con [ratj@utdt.edu](mailto:ratj@utdt.edu)

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

---

## Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU *pac-man* se comió al Congreso) †

---

Mariela Puga\*

### I. Introducción

En los primeros 35 años de la democracia argentina (1983-2018) se dictó un decreto de necesidad y urgencia (DNU) por cada 3,9 leyes, y solo un 4% de ellos fue ratificado por ambas Cámaras del Congreso Nacional.<sup>1</sup> Así, cerca de un 25% de la legislación dictada en democracia ha sido producto de la exclusiva voluntad del Poder Ejecutivo. Este dato sugiere una distorsión en la regla que prohíbe al presidente “emitir disposiciones de carácter legislativo” (artículo 99 inciso 3 Constitución Nacional), y un llamado de atención para nuestro constitucionalismo.

El dato que preocupa puede leerse desde distintos enfoques. Aquí solo avanzaremos sobre uno muy acotado, aunque normalmente desatendido por la doctrina. Me refiero al hecho de que los DNU no solo se usan en las circunstancias excepcionales que la Constitución Nacional (CN) previó para su habilitación, sino también en las situaciones para las que la Constitución previó otro instituto de excepción, a saber, la delegación legislativa por emergencia pública. El solapamiento histórico entre las razones que habilitan el dictado de un DNU y las que habilitan un decreto delegado (DD) se advierte en la fundamentación híbrida de varios de los más relevantes

---

† La idea de este trabajo surgió en el marco de los debates del “Conversatorio sobre Constitución y Pandemia” realizado virtualmente entre mayo y julio del 2020, en el marco de la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Entre Ríos. Especial agradecimiento a mis compañeros de ese conversatorio: Liliana Ronconi (UBA), Leandro Ardoy (UNL), Luciana Sbresso (UNER), Leandro Mega (UNER), Gonzalo Alejandro García Garro (UAER), Diego Somoza (UNM), José Felice (UNL), Joaquín Millón (USA), Cristián Sheifler Grieve (UNL), Julieta Cena (UNC) y, finalmente, a las editoras y directores de la Revista de la Universidad Torcuato Di Tella que transformaron a este en un texto mucho más amigable al lector.

\* Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y profesora de la Universidad de Entre Ríos (UNER) y de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT).

<sup>1</sup> El Congreso de la Nación sancionó 4.441 leyes, mientras que el Poder Ejecutivo dictó 1.136 decretos de necesidad y urgencia (DNU). Según Santiago, de los 1136 DNU dictados en ese periodo, solo 46 fueron aprobados por ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Los otros 1036 nunca tuvieron esa aprobación y aun así mantuvieron su validez. Santiago, Alfonso (2019) “Las tres generaciones de DNU (1993-2018)” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*. Volumen 20, Número 2, diciembre 2019.

El artículo de Santiago citado se apoya en un extenso y exhaustivo trabajo de investigación, previamente publicado en coautoría. Tal, Santiago, A., Veramendi, E. y Castro Videla, S. *El Control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de las leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, La Ley, Bs. As., 2019.

DNU y DD de nuestra historia constitucional, y alcanza su paroxismo con los DNU de la última emergencia sanitaria del COVID-19. En efecto, la emergencia inicia con un DNU con el que el Ejecutivo se auto-delega facultades legislativas, auto-imponiéndose un límite temporal de un año, y prácticamente ningún límite material de actuación. A este llamaré el DNU *pac-man*, para evocar esa función de multiplicar el poder de devorar, a través de la misma acción de devorar poderes.

El presente trabajo empieza situando las decisiones de excepción, en particular a los DNU, en los debates del constitucionalismo argentino (apartados II y III). En el apartado IV repaso el esquema de decisiones ejecutivas durante la pandemia del COVID-19, presentándolo como un evento de paroxismo institucional que conduce a una peligrosa anulación del Congreso Nacional. En el apartado V examino los criterios expresados en la letra y el diseño constitucional para habilitar cada institución de excepción, cuya confusión histórica sería la fuente del evento paroxístico descrito en el apartado IV. Finalmente, en el apartado VI reflexiono sobre el desarrollo de la regulación de los DNU en nuestro país, sus habilitantes y sus peligros, intentando mostrar cómo se forjó y arraigó la confusión denunciada en el apartado anterior, y fuente del evento paroxístico expuesto en el apartado IV. El apartado VII sintetiza estas reflexiones, contribuyendo con algunas conclusiones evaluativas.

## II. La preocupación por los DNU

En la doctrina nacional hay cierto acuerdo respecto a que los DNU son una práctica instalada del poder estatal argentino que integra lo que llamamos nuestra “constitución material”. Ella ha sido validada por decisiones de todos los poderes del estado, y las normas resultantes constituyen de forma estable a nuestro sistema jurídico. Sin embargo, para algunos, esta práctica es incompatible con la prohibición de legislar que la Constitución impone al presidente y supone una seria amenaza a la seguridad jurídica argentina, por lo que debe ser combatida.<sup>2</sup> De hecho, la inclusión de los DNU en la “constitución formal” de 1994 estuvo dirigida, según la opinión dominante, a contener la expansión de esta práctica. Pero este intento de canalización institucional, según se acuerda, fracasó.

---

<sup>2</sup> En este sentido Sabrina Comotto señala que “lo acaecido en Argentina en relación al ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo... [es que]... las prácticas de la “constitución material”, luego integradas a la “constitución formal”, dieron origen y legitimaron varias herramientas *prima facie* incompatibles con dicha prohibición; entre ellas: los Decretos de necesidad y urgencia”. En este contexto, se entiende a la constitución material como el conjunto de prácticas que no derivan directamente del texto escrito de la Constitución sino que integran la “realidad fáctica” del ejercicio del poder estatal. Ver Comotto, Sabrina, “Del retorno a la democracia al “corralito” financiero: Decretos de Necesidad y Urgencia y Seguridad Jurídica en la Argentina (1983-2001)”, ponencia ganadora del *Call for papers* realizado en ocasión del II Congreso Iberoamericano de Seguridad Jurídica, septiembre de 2017. Disponible aquí: <http://congresoseguridadjuridica.com/wp-content/uploads/2017/09/Sabrina-Comotto.-Decretos-de-necesidad-y-urgencia..pdf> [última visita 20-8-2020]

Otros observan que la Argentina democrática ha pasado por repetidas crisis económicas y sociales, resonando aún las trágicas crisis de los años 1989 y 2001. Así, el dato que observamos sobre la proliferación de DNU (el 25% de legislación nacional) debería ser evaluado en este contexto de persistencia de situaciones de crisis. También se señala que ese dato debería sopesarse con el hecho de que recién en 1994 la Constitución distinguió entre DNU y decretos delegados por el Congreso, y que ambas instituciones recién fueron reguladas por ley en el 2006.

Todas estas consideraciones son pertinentes para interpretar los datos. Las repetidas crisis de nuestro país explican, e incluso justifican, tanto las repetidas delegaciones legislativas por emergencia pública como las declaraciones de estado de sitio (ES). Sin embargo, la pregunta interesante aquí es si esas crisis explican y justifican igualmente el número de DNU registrado desde 1994 a 2018 (que según Santiago han sido 677 DNU).<sup>3</sup> Desde una aproximación dogmática, la pregunta sería si las “circunstancias excepcionales” que impiden el trámite ordinario de las leyes y que la Constitución exige como motivación de un DNU ocurrieron 677 veces en los últimos 24 años. También cabría preguntarse si esas circunstancias que habilitan el dictado de un DNU son un asunto empírico diferente o distinguible de las situaciones de crisis institucional o “emergencia pública” que habilitan la delegación legislativa. Si ello no fuera así, estaríamos ante una redundancia constitucional que habilita dos salidas de excepción (DNU o delegación legislativa) frente a los mismos eventos excepcionales.

### III. Emergencia pública y circunstancias excepcionales: una aproximación inicial

Aquí sostendré que cuando el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional refiere a las “circunstancias excepcionales” que impiden seguir el trámite ordinario de las leyes, se refiere a un tipo de episodio tan inusitado como particularizado, que opera con una racionalidad diferente a la de las “situaciones de emergencia pública” del artículo 76 de la CN. En este sentido, la circunstancia definida como excepcional podría presentarse tanto en situación de normalidad como de crisis o emergencia pero siempre con un nivel de ocurrencia acotado. Precisamente por este carácter acotado es imposible que circunstancias excepcionales, en el sentido relevante, hayan motivado el 25% en la producción legislativa de nuestro país. Por definición, esa ratio de ocurrencia sugiere que no estamos ante algo excepcional sino más bien frente a un rasgo de la normalidad institucional y/o un rasgo de las situaciones de emergencia. En otras palabras, el dato en análisis preocupa porque insinúa una práctica institucional de uso de los DNU en situaciones de emergencia pública (las cuales son un rasgo lamentablemente recurrente de nuestra historia

---

<sup>3</sup> En lo que Santiago llama la segunda generación de DNU (1994-2006) se dictaron 503 DNU, y en la tercer generación (2006-2018) fueron 174 los DNU dictados. Ver Santiago, Alfonso (2019) op. cit.

institucional), en lugar de su uso como una reacción institucional habilitada solo frente a ciertas circunstancias excepcionales.

Antes de la reforma de 1994 los DNU y la delegación legislativa por emergencia pública no tenían el marco de definición distintivo que hoy tienen en la Constitución. Es decir, se dictaban DNU fundados en situaciones de emergencia pública, sin distinguir razones de emergencia, por un lado, y circunstancias excepcionales que impiden seguir el trámite ordinario de las leyes, por el otro. Esos eventos estaban asimilados en el imaginario estatal, que no distinguía lo *urgente* y *estructural* de una situación de emergencia pública, de lo *excepcional* y *eventual* de una circunstancia incompatible con el trámite legal normal.

Después de la reforma de 1994, aquella práctica no parece haberse modificado substantivamente a pesar del diseño y la letra constitucional que distingue entre ambos como eventos que habilitan competencias constitucionales diferentes. Esta persistencia de la práctica de DNU fundados en las urgencias estructurales antes que en la urgencia excepcional, aún después de la reforma constitucional, responde en parte a los 12 años de práctica institucional sin una ley que reglamentara el mandato constitucional. Durante ese lapso en la constitución material se validaron los parámetros de la práctica anterior a la reforma, aún bajo el nuevo paraguas constitucional. Tal persistencia de esa práctica también responde a cierta falla en el diseño institucional que permitió que la ley 26.122 siguiera hospedando la confusión entre lo urgente y lo excepcional, así como un fuerte desapoderamiento del Congreso en favor de las facultades legislativas del presidente.

Es desde esta perspectiva que sostendré que los DNU dictados durante la pandemia del COVID-19 representan un evento institucional paroxístico del fenómeno institucional de asimilación entre dos institutos de excepción diferente, a saber, los decretos delegados y los DNU. Tal asimilación es causada por el solapamiento entre las razones habilitantes de uno y otro instituto, tales, la emergencia estructural y las circunstancias excepcionales. Los DNU dictados frente a la pandemia del COVID-19 son un ejemplo prototípico y, a la vez, extremo de esa asimilación.

#### **IV. La pandemia del COVID-19 y la excepcionalidad constitucional**

##### *IV.1 Marco general*

Propongo, quizás contra el sentido común del constitucionalismo, que los DNU sean considerados en el marco de las instituciones de excepción constitucional.<sup>4</sup> Así, nuestra Constitución ofrecería, centralmente, tres institutos de excepción: 1) el estado de sitio del artículo 23 de la Constitución Nacional, 2) la delegación legislativa del artículo 76 de la CN que habilita decretos delegados, y 3) los decretos de necesidad y urgencia del artículo 99 inc. 3 CN. Estas tres instituciones, ES, DD y DNU, son instituciones de “excepción” porque excepcionan a reglas troncales de la organización constitucional. En efecto, el ES excepciona la regla que establece garantías procesales en favor de los derechos individuales, mientras que los DD y los DNU excepcionan las reglas que atribuyen al Congreso el ejercicio de competencias legislativas y las que prohíben que ellas sean ejercidas por el Poder Ejecutivo. En todos los casos, la excepción es en favor de reubicar competencias, originalmente judiciales<sup>5</sup> o legislativas, en cabeza del Ejecutivo. En los tres casos, la letra constitucional utiliza un lenguaje de dramática excepcionalidad, lo que justifica pensar que estas tres son nuestras instituciones troncales de excepción.

Ahora bien, frente a la reciente pandemia del COVID-19, la forma institucional que se impuso fue la del dictado de decretos de necesidad y urgencia. A tres meses del inicio de la emergencia sanitaria (mediados de junio de 2020), se habían dictado 32 DNU, aunque ya sumaban 44 los DNU en los primeros seis meses de Gobierno.<sup>6</sup> Estos datos pueden leerse desde diversos ángulos, aunque aquí solo me interesa examinar la fundamentación constitucional de esos DNU. Entonces,

---

<sup>4</sup> La sistematización de Horacio Rosatti representaría a ese sentido común. En uno de los capítulos de su Tratado de Derecho Constitucional refiere a “Las situaciones de Excepción y la Constitución”. En ese marco distingue como “situaciones permitidas” solo al estado de sitio, y como situaciones “parcialmente reguladas” a la(s) emergencia(s). Los decretos de necesidad y urgencia aparecen en las secciones referidas a las competencias del Poder Ejecutivo, en sintonía con la mayoría de los manuales de derecho constitucional.

Dos notas me llaman la atención del texto de Rosatti. Por un lado, la naturalización (fuera del mundo de lo excepcional) de los DNU como competencias legislativas del Ejecutivo y, por el otro, que en la sección referida a la(s) emergencia(s) es usual ver explicaciones que se asientan en el control judicial de DNU. Ver Rosatti, Horacio (2011) *Tratado de Derecho Constitucional*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni) Tomo II, pág. 676-677.

<sup>5</sup> Me refiero a la competencia de dictar órdenes de detención que se establecen en favor del Ejecutivo en el artículo 23 de la CN. Competencia originaria del Poder Judicial, que en normalidad funciona como una garantía de libertad de los ciudadanos frente al poder de policía administrativo (art. 14 CN).

<sup>6</sup> “De los 32 dictados desde la detección del primer caso de COVID-19 en la Argentina, 7 corresponden a la puesta en vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio y sus respectivas prórrogas, 5 a la prohibición de ingreso al país y sus prórrogas y 2 a la prohibición de despidos en el sector privado y la prórroga dispuesta el 19 de mayo último. Es decir que casi la mitad corresponde a la renovación de otros DNU que vencían en el corto plazo y que se relacionan directamente con esta situación extraordinaria que afecta al mundo...Desde la apertura de sesiones ordinarias y hasta mediados de mayo, el Congreso argentino sesionó tan solo una vez, como parte de las medidas de distanciamiento vigentes. Desde entonces, ambas cámaras sesionan de manera virtual” Recuperado de <https://chequeado.com/ultimas-noticias/pro-en-estos-6-meses-fernandez-publico-44-dnu-un-promedio-de-733-5-veces-mas-que-macri/> [última visita 20-8-2020].

si los vemos como una de las instituciones de excepción, y los distinguimos analíticamente de sus pares (ES y DD), lo que se advierte es que los DNU de la pandemia tienen una fundamentación marcadamente híbrida, que se asienta tanto en las situaciones apuntadas en el artículo 76 de la CN, referidas a una emergencia pública sanitaria, como en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 99 inc. 3.

Esta fundamentación híbrida, que difumina los límites entre los DNU y decretos delegados, será el común denominador de los DNU de la pandemia. Es verdad que la noticia de una pandemia mundial particular como el COVID-19 fue una circunstancia excepcional que inicialmente habilitaría a un DNU. Sin embargo, ella abrió la puerta a un desequilibrio drástico entre los poderes del Estado, desde que aquel primer DNU se auto-delegó de forma estable competencias legislativas para la emergencia estructural, frente a lo que fue una primera circunstancia excepcional. Prácticamente todas las decisiones estructurales de gobierno sanitario, y algunas otras de vinculación sanitaria más difusa, serán tomadas hoy por el Poder Ejecutivo Nacional, mientras el Congreso, en sesiones virtuales, muestra un estado de singular inocuidad. No hay perspectivas claras de cuándo el Congreso recuperará sus competencias de gobierno mientras no se supere la pandemia, ni hay límites materiales específicos al poder legislativo del presidente durante este período.

#### *IV.2. Detalles de un evento institucional paroxístico*

El 12 de marzo del 2020 el presidente declaró la emergencia sanitaria a través de un decreto de necesidad y urgencia (DNU 260/2020). En ese acto se auto-delegó competencias por un año para afrontar la pandemia<sup>7</sup> con medidas de corte legislativo, tales como la que dictó la semana siguiente prescribiendo a la población el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (DNU 297/2020).

El primer decreto tiene *prima facie* varios problemas de constitucionalidad. El más obvio es que un órgano no puede (auto) delegar(se) competencias que no tiene. La supuesta “ampliación” de una delegación no escapa a tal lógica normativa. Por otro lado, lo que el texto del decreto pretende, en concreto, es ampliar una “emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541”. Sin embargo, esa ley, dictada por el Congreso de la Nación en diciembre del

---

<sup>7</sup> En el artículo 20°, y el artículo 2° del decreto, al facultar de manera amplia a la autoridad sanitaria (en especial en el inc. 16°), el Ejecutivo está precisando alguno de los términos de las competencias a asumir. Sin embargo, son los artículos 7°, 8°, y 9° los que suponen una asunción de facultades que serían claras competencias legislativas dirigidas a regimentar el ejercicio de derechos (Decreto 260/2020). En este sentido, las competencias materiales auto-delegadas resultan altamente indeterminadas materialmente (cualquier medida necesaria para mitigar efectos de la pandemia y adaptar la normativa a la dinámica de la misma), aunque sí están determinadas temporalmente, por el plazo de un año (art. 1, DNU 260).

2019, estaba fundada en hechos de emergencia sanitaria que nada tenían que ver con el COVID-19. De manera que el Ejecutivo no solo se auto-delegó competencias que no le eran propias, sino que pretendió hacerlo invocando una inexistente voluntad legislativa previa (el Congreso fundó su decisión en circunstancias diferentes para declarar la emergencia sanitaria). Finalmente, aún si se admitiera algún parentesco entre las delegaciones de diciembre de 2019 y las pretendidas en marzo del 2020, debería confrontarse al artículo 11 de la ley 26.122. Esta norma prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo reglamentar las bases del poder delegado a las que debe sujetarse en sus decretos. Es decir, si el Ejecutivo no puede lo menos (reglamentar el poder que se le delegó), no podría lo más (ampliar el poder que le fue delegado). Estos elementos nos permiten hablar de una inconstitucionalidad *prima facie* del decreto 260/2020 que inaugura el régimen de emergencia sanitaria.

Una semana después se dicta la medida del aislamiento social obligatorio bajo la forma de un segundo DNU (297/2020). Este se presenta híbrido en su justificación, y a la vez, funciona como fuente normativa de las circunstancias excepcionales que justificaría el dictado de los siguientes DNU. Por un lado, se asienta en las amplias competencias auto-delegadas por el decreto inaugural (DNU 260/2020) y, así, en el artículo 76 de la CN. A su vez, alude a las circunstancias excepcionales que hacían imposible esperar por el trámite del Congreso (que, en ese momento, todavía estaba funcionando), fundándose en el artículo 99 inciso 3 de la CN. Pero, además, una particularidad de este segundo DNU es que no incluyó ni a la función legislativa ni a la función judicial como servicios exceptuados de la orden de aislamiento general. Se delegó, en cambio, a las mismas autoridades legislativas y judiciales de los distintos niveles de gobierno la decisión acerca de cuáles de sus actividades eran funciones esenciales (exceptuadas) y cuáles no.<sup>8</sup>

Súbitamente, las secretarías administrativas de ambas Cámaras del Congreso (sin sesión ni debate de legisladores) licenciaron a trabajadores del Congreso, restringieron la asistencia de trabajadores de grupos sospechosos, y adhirieron a la orden de aislamiento social obligatorio, con guardias mínimas no referidas ni a las sesiones ni a la función legislativa propiamente dicha.<sup>9</sup> En

---

<sup>8</sup> El artículo 6° del DNU establece quienes quedarán “exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular” y las califica de “personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia”. Ellas se detallan en 24 incisos, sin que se mencione expresamente al personal de los Poderes Legislativo y Judicial. Sin embargo, el inciso 2° es dudoso, y parecería contenerlas bajo la categoría de “Autoridades superiores de gobierno...trabajadoras y trabajadores del sector público ... convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades”. El recurso normativo pareciera ser el de delegar en las distintas autoridades de todos los niveles del Estado la determinación de las “actividades esenciales” de su sector que quedarían exceptuadas (art. 6° DNU 297/2020).

<sup>9</sup> Entre otras, ver en particular las siguientes resoluciones de la Secretaría Administrativa del Senado RSA 428/20, RSA 475/20, RSA 485/20, RSA 487/20 y 548/20. Nótese que la Secretaría Administrativa de las Cámaras no es, obviamente, la autoridad referida en el Decreto 297/20 del Poder Ejecutivo para decidir cuáles son funciones esenciales y cuáles no. Debe entenderse que esa Secretaría actúa por mandato de la Presidencia de la Cámara, que en cambio sí puede considerarse como autoridad, y es la que finalmente decide no considerar el rol legislativo como función esencial del Estado.

otras palabras, las autoridades administrativas del Congreso de la Nación (sus presidencias) determinaron que este dejara de sesionar por un mes y medio como si no se tratara de una función esencial del Estado. En ese marco, el Ejecutivo asumió de manera exclusiva el gobierno de la primera etapa de la pandemia.

Durante ese período sin sesiones del Congreso, el DNU inaugural (260/2020), producto de una auto-delegación, sirvió de justificación híbrida al resto de los DNU que estructuraron la estrategia gubernamental de abordaje sanitario bajo la discrecionalidad del Ejecutivo.

Además, el cierre del Congreso como “circunstancia extraordinaria...” dio el marco de justificación para el dictado de los siguientes DNU, y garantizó la inmunidad al control político de esos DNU durante el primer mes y medio de emergencia sanitaria. Cuando el Congreso volvió a funcionar, aprobó los primeros DNU (incluido el de la auto-delegación) cuya fuerza normativa ya se habían instalado como una política de alta aceptación social.<sup>10</sup>

En otras palabras, un DNU dictado en el marco de una auto-delegación de competencias (DNU 260/2020) ordenó una medida que habilitó al cierre del Congreso por decisión de los presidentes de las respectivas Cámaras (ambos oficialistas). De esa forma la administración de la pandemia se llevó adelante sin ningún otro control político que el de la población aislada. El apoyo popular de esos primeros pasos en la gestión sanitaria fue tal (en general medido en encuestas cuantitativas de imagen presidencial) que no pudo sino reflejarse en la aprobación posterior del Congreso, tanto del decreto auto-delegativo, como del decreto fundado en esa auto-delegación.

Como señalé, aquella auto-delegación de competencias que inauguró el régimen de emergencia era *prima facie* inconstitucional.<sup>11</sup> También podría sospecharse de inconstitucional una decisión ejecutiva que funcionaría (o estaría dirigida a funcionar) como herramienta normativa para escapar del control político del Congreso (la que impone el aislamiento a los legisladores). Sin embargo, y en el caso concreto analizado, lo cierto es que la ratificación posterior del Congreso

---

<sup>10</sup> No puede dejar de considerarse como un antecedente jurídico clave, y de relevancia simbólica decisiva, a la decisión de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza” del 24 de Abril del 2020. En esta decisión, a pesar de rechazarse formalmente la acción, cuatro de los jueces de la Corte dieron fundamentos constitucionales amplios para justificar las sesiones virtuales del Congreso. Al hacerlo, asumieron la validez del régimen de excepción que, según señalamos aquí, era hasta ese momento *prima facie* inconstitucional. Esta decisión de la Corte resultó clave para el encausamiento de un régimen de emergencia de un *pedigree* constitucional altamente cuestionable. Téngase en cuenta además que la máxima autoridad del poder judicial había acatado también el régimen ordenado por el Ejecutivo, reduciendo el servicio de justicia a un mínimo indispensable, y sometiendo los mismos jueces de la Corte Suprema a ese régimen.

<sup>11</sup> Además, también podría tenerse de ilegal, conforme interpretación propuesta más arriba del artículo 11 de la ley 26.122.

Nacional de estas medidas saneó aquella invalidez *prima facie*. Ello es así, en tanto esa invalidez respondía precisamente a la apropiación de facultades propias del Congreso, el que a través de su voluntad expresa posterior, las consintió. De esta manera, el Congreso confirmó como delegación legislativa lo que, *prima facie*, habría sido una auto-delegación inconstitucional. Finalmente, el apoyo popular magnificado demuestra que la supuesta apropiación inconstitucional de competencias legislativas, lejos de constituir un atropello a las garantías individuales, parece haber sido también mayoritariamente consentida en sus inicios.

Diría, sin embargo, que no es posible ignorar que durante esos primeros meses estuvimos ante decisiones normativas que en buena medida podrían calificarse de decisiones *de facto*. Bajo el ropaje del lenguaje constitucional de la “ampliación de la emergencia” y “las circunstancias extraordinarias” (creadas en parte por el cierre del Congreso), se dislocó el esqueleto lógico-normativo de la Constitución por el lapso de un mes y medio. Estuvimos zambullidos en aguas impregnadas de tanta excepcionalidad constitucional, como de un apoyo popular inusitado a las decisiones ejecutivas. Algunos, quizá, caracterizarían a este como un verdadero momento constitucional, en los ya míticos términos de Bruce Ackerman,<sup>12</sup> o bien, como el ejercicio de un poder constituyente *sui generis*. Otros lo referirían como el ejercicio inconstitucional de la *suma del poder público* (artículo 29 de la CN) o la *usurpación de funciones* (artículo 36 de la CN). Yo preferiré aquí caracterizarlo como un “evento institucional paroxístico”. Lo que intento con ello es enfatizar menos los disloques constitucionales, y más los vínculos y raíces de estos DNU híbridos con el devenir de nuestra constitución material.

Por supuesto no busco lavar con ello la constitucionalidad formal de estas decisiones institucionales. Presentarlas como una exaltación afiebrada de prácticas institucionales de excepción me permite poner el acento en lo que considero la patología a atender: la asimilación histórica de dos instituciones de excepción cuyas diferencias se soslayan, esto es, la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia. Esta asimilación, que podría resultar inocua en épocas de normalidad, es la fuente de serios peligros democráticos en períodos de emergencia pública, y es donde creo debería enfocarse la mirada crítica del constitucionalismo argentino.

#### IV.3. La apelación al estado de sitio como síntoma

---

<sup>12</sup> Ver Ackerman, Bruce (1999-2007) *La Política del Dialogo Liberal* (Barcelona: Gedisa) y *The Living Constitution*. Harvard Law Review. Volumen 120. No. 7. 2007.

Resulta esclarecedor intentar entender las razones de aquellos que, hasta hoy, sostienen que debió haberse declarado el estado de sitio (art. 23 de la CN) para afrontar la pandemia del COVID-19.<sup>13</sup>

Se sostuvieron dos argumentos centrales en favor de la preferencia por el ES. Por un lado, se entendió que las decisiones tomadas por DNU eran profundamente limitativas de derechos, tales como la circulación, el trabajo, el ejercicio de la industria lícita, entrar y salir del país, etc., y, por tanto, verdaderas “suspensiones” de las garantías constitucionales antes que meras restricciones. Así, ellas solo podrían dictarse en el marco del estado de sitio que refiere explícitamente a la “suspensión” de garantías (llamaré a esta la razón de grado).<sup>14</sup>

Por otro lado, se pretendía (y algunos aún pretenden), que el estado de sitio es una institución que estipula límites más claros al Ejecutivo, y que por ello ofrece más garantías para los derechos ciudadanos (esta será la razón de garantía). Hoy considero que ninguna de estas razones es suficiente. Sin embargo, explicar por qué fallan sirve para entender mejor las dimensiones paroxísticas de la situación institucional.

Consideremos, primero, la razón de grado. Entiendo que es un error distinguir las instituciones de excepción de nuestra Constitución de acuerdo al “grado” de afectación de los derechos individuales en cada hipótesis normativa de excepción. En principio, la pretendida distinción entre las categorías de “suspensión” y “restricción” de derechos resulta inútil para tomar una decisión práctica, porque esas categorías no son grados diferentes de afectación a derechos, sino diferentes tipos de afectaciones que no se excluyen mutuamente, y bien pueden superponerse en un caso concreto. Es decir, la suspensión de un derecho constitucional puede ser tenida, a su vez, como

---

<sup>13</sup> Ver por ejemplo, la nota de Gastón Marano en Infobae aquí <https://www.infobae.com/opinion/2020/03/21/senor-presidente-es-hora-de-declarar-el-estado-de-sitio/> [última visita 20-8-2020]. Algunos, como Alberto Garay, lo sostienen al día de hoy. Ver nota en La Nación+ Vivo del 3 de agosto, minuto 16:50, aquí <https://www.youtube.com/watch?v=n3YbPjcIdTs> [última visita 20-8-2020]. Yo misma pensé en esta clave durante los primeros dos meses del régimen de emergencia, y lo expresé en un blog: <http://clavomiremoenelrio.blogspot.com/2020/04/un-dictamen-medieval-para-un-presente.html>.

<sup>14</sup> En cierto sentido este fue el principal argumento del demandante en el caso “Kingston, Patricio s/Habeas Corpus”, decidido en segunda instancia por la Cámara Nacional en lo Civil y Correccional el 27/3/2020. El Sr. Kingston invocaba violación de derechos ambulatorios, de reunión y al trabajo, en tanto entendía que el ejecutivo no tenía competencias para dictar esas medidas en el marco de un DNU, al cual lo entendía pertinente para situaciones de normalidad constitucional. No es que considerara que el DNU no cumpliera con la condición de habilitación, sino que entendía que los DNU son para situaciones de normalidad, y la pandemia, en cambio, era una situación de excepción que requería la Declaración de Estado de Sitio. El tipo de medidas dictadas eran un indicativo de ello. La decisión de la Cámara de rechazar la acción de Kingston, no considera realmente su argumento, y en cambio, somete la medida a un control de razonabilidad, para sí concluir que ella es un medio idóneo para un fin legítimo como es el de preservar la salud pública. Así, los decisores no controlan la legalidad o constitucionalidad del acto de emisión del DNU en el sentido argüido por Kingston (ni en el que se defiende en este trabajo), sino en el sentido de la razonabilidad medio-fin de su contenido normativo.

una restricción razonable a derechos, y las restricciones legislativas razonables de derechos podrían constituir suspensiones temporarias de los mismos.

Es cierto que el aislamiento social obligatorio es una forma grave de restricción de derechos que merecería ser vista como una verdadera suspensión de derechos constitucionales. Pero no es menos cierto que el aislamiento obligatorio es también una restricción razonable a los derechos constitucionales en razón del fin legítimo que persigue, tal, el de resguardar la salud pública. Por tanto, respeta la racionalidad medio-fin que el artículo 28 de la CN exige a la legislación que reglamenta derechos, y que en el caso es dictada a través de DNU. Es más, la suspensión de un derecho puede ser sometida al escrutinio de un juez (como lo ha sido ya en nuestra jurisprudencia varias medidas tomadas en estado de sitio, y como lo dispone el artículo 1 de la ley ) con base en el artículo 28 de la CN. Ello es así porque *restricción* y *suspensión* no son ideas que se excluyen mutuamente, ni que formen parte de una misma métrica conceptual.<sup>15</sup> De manera que intentar distinguir entre una suspensión y una restricción de derechos es una operación fútil, sobre la cual no debería asentarse la decisión de elegir la vía del ES o la vía del DNU.

Tampoco es concluyente la razón de garantía. La pretensión de que en ES los límites al poder presidencial son más claros, o que las garantías ciudadanas son mayores, no resulta nada evidente. La Constitución determina taxativamente límites materiales para los DNU,<sup>16</sup> y no así para las decisiones en ES. La Constitución, además, prevé que la ley delegativa de emergencia fije bases materiales y temporales a la acción ejecutiva (artículo 76 de la CN), limitación que no está prevista en el artículo 23 de la CN para la declaración del ES (aunque sí en la regulación). En cualquier caso, el control judicial de razonabilidad a esas medidas ejecutivas se entiende vigente tanto en el ES, como en caso de DL y de DNU.

También se ha pretendido que las ordenes de “aislamiento”, sectorial o general, dictadas por DNU en época de pandemia, son verdaderas ordenes de arresto y traslado administrativo, las que solo se autorizan en el marco del ES. Esta es una asimilación al menos dudosa. Por un lado, porque la orden de aislamiento es una regla general (ley en sentido material) de la administración, en tanto la orden de arresto en ES es una decisión particular de la administración. Aunque en los hechos podría funcionar igual en relación a un ciudadano que viola el aislamiento o que ingresa al país, lo cierto es que en ambos casos existe la garantía de intervención judicial para el control de su legalidad y razonabilidad de la regla o de la orden. Más aún, la principal garantía del arresto

---

<sup>15</sup> Los extremos graduales de una restricción de derechos serían, en todo caso, la cancelación total del goce del derecho, por un lado, y el pleno goce del mismo, por el otro. En tanto, los extremos graduales que invalidaría el uso del concepto de suspensión serían la plena vigencia del derecho, de un lado, y la derogación total de ese derecho, del otro.

<sup>16</sup> El presidente no puede dictar DNU en materia penal, tributaria, electoral o de régimen de partidos políticos (art. 99 inc. 3 de la CN).

administrativo del ES es la alternativa de salir del territorio argentino, la que resultaría de ejecución imposible en tiempos de pandemia.

En conclusión, entiendo que detrás del pedido de declaración de ES lo que se advierte es la ansiedad y vacilación que nos produce a los constitucionalistas un episodio paroxístico como este: el dictado de DNU en el marco de auto-delegaciones legislativas, con medidas que generan episodios de auto-fundamentación, y parálisis del Congreso. Pero hay que notar que, al fin y al cabo, lo que se está pidiendo es una institución de excepción que conceda poderes más generales al Ejecutivo, con la idea, pareciera, de que de esta forma la Constitución se estaría distorsionando menos. Paradójicamente, se pretende que habrá mayores garantías individuales en un marco de mayores potestades constitucionales y legales en cabeza del presidente.

Como segunda conclusión, me atrevo a decir que parte de esta reacción paradójica tiene que ver con la no consideración de los DNU como instituciones de excepción.<sup>17</sup> En el imaginario de algunos constitucionalistas, los DNU pertenecen al capítulo de las facultades del Poder Ejecutivo, mientras que lo definitorio de las instituciones de excepción estaría en la referencia a situaciones empíricas de crisis con cierta estabilidad temporal. Este enfoque dogmático de la excepción constitucional no contribuye al esclarecimiento de las decisiones estatales de este momento.

## **V. La distinción entre instituciones de excepción de acuerdo a las situaciones de hecho que las habilitan**

Hasta aquí se intentó mostrar que el grado o forma de afectación a los derechos ciudadanos no es un criterio adecuado para distinguir entre las instituciones de excepción constitucional. Tampoco resulta adecuado (a los fines de determinar cuál es la institución de excepción habilitada constitucionalmente), distinguirla por el tipo de competencias y límites que la Constitución le concede al Ejecutivo en cada caso. Lo que debería verse como prioritario para una toma de decisiones constitucionalmente fundada es, en cambio, la situación de hecho que habilita cada instituto de excepción.

En este sentido, se debería empezar observando que lo que habilita al estado de sitio, de acuerdo a la letra expresa de la Constitución, es la “conmoción interna” y el “ataque exterior”. En tanto, lo que faculta a la delegación legislativa es una “situación de emergencia” o una “necesidad administrativa” y, por último, lo que autorizaría el dictado de un DNU son las “circunstancias excepcionales” de necesidad y urgencia que hicieren imposible seguir el trámite ordinario de las leyes.

---

<sup>17</sup> Véase nota 4.

La letra del artículo 23 de la CN es clara al calificar los casos habilitantes de la declaración de ES. Ella refiere a crisis institucionales, específicamente a situaciones que ponen en peligro a la Constitución y a las autoridades creadas por ella. Una pandemia sanitaria como la del COVID-19 solo sería una amenaza de este tipo en un sentido muy difuso y mediato. En efecto, un encuadre de este tipo requeriría estirar los conceptos constitucionales del artículo 23 para representar a la pandemia que enfrentamos hoy como un evento que genera una conmoción interna que a su vez pone en crisis las instituciones, o bien, para verla como un ataque exterior que pone en peligro la vigencia de la Constitución.<sup>18</sup> En cambio, resulta más nítido encuadrar a la pandemia como una “emergencia pública” (que habilitaría la delegación legislativa), o como la “circunstancia excepcional” de particular necesidad o urgencia (que habilitaría el dictado de un DNU).

Mientras que los amplios conceptos de conmoción interna y ataque exterior están referenciados a amenazas institucionales, el concepto de emergencia pública no tiene ese anclaje referencial respecto al tipo de crisis al que responde.<sup>19</sup> En este sentido, la emergencia pública pareciera un concepto más flexible a la imprevisibilidad casuística de un evento como el de la pandemia que vivimos. De hecho, la idea de emergencia pública parece lo suficientemente amplia para funcionar como un concepto residual, respecto a las motivaciones más acotadas que justificarían la declaración del estado de sitio.

Por último, las circunstancias excepcionales que habilitan el dictado de un DNU tienen como calificativo constitucional específico el hecho de la “imposibilidad de seguir el trámite ordinario de las leyes” (art. 99 inc. 3). Sin embargo, el texto constitucional no aclara si esa imposibilidad debe ser institucional (porque el Congreso está cerrado, por ejemplo) o bien también puede provenir de la misma naturaleza urgente del asunto (porque el retardo de la decisión podría generar daños irreparables o simplemente ser más costoso). Según se entienda que esta indeterminación habilita o no ambas interpretaciones, se entenderá que los DNU dictados mientras funciona normalmente el Congreso están o no justificados.

Por otro lado, mientras los motivos que habilitan el ES parecen estar circunstanciados espacialmente (conmoción *interna*/ataque *externo*), los motivos que habilitan la delegación legislativa y el DNU están circunstanciados temporalmente. Nótese que la emergencia pública

---

<sup>18</sup> Podría pensarse que la posibilidad del pánico social, o el peligro sanitario objetivo, conmociona internamente a la población, la que opta por poner en crisis las instituciones. Podría pensarse que como el virus viene de otros países, constituye una especie de ataque exterior, que de alguna manera llega a convertirse en una crisis institucional. Para que estas conexiones causales se den, se necesita de una imaginación innecesaria, cuando se cuenta con un instituto como la “emergencia pública”.

<sup>19</sup> Las necesidades administrativas, por otro lado, parecieran no exigir ni urgencia, ni gravedad.

sugiere cierta aparición repentina de algo, y cierta urgencia de un asunto o situación,<sup>20</sup> pero con alguna estabilidad temporal (un estado de crisis o de emergencia). Tal es así que la Constitución ordena que se establezcan plazos de duración de la emergencia pública (art. 76 CN). En tanto, los motivos que habilitan los DNU apuntan a un evento también de aparición repentina y de carácter urgente, pero que se auxiliaría, y agotaría, con el dictado de un DNU. La idea de “circunstancia”, calificada a su vez de “excepcional”, parece poner el acento en lo eventual, o efímero, de un evento transitorio y no de un estado de cosas con vocación de subsistencia. En este sentido, el análisis nos permite hacer las siguientes distinciones:

	<b>ESTADO DE SITIO (ES)</b>	<b>DELEGACIÓN DE LEGISLATIVA (DL)</b>	<b>DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA (DNU)</b>
<b>Regla que excepciona</b>	Garantías procesales individuales	Atribución de competencia legislativa	Atribución de competencia legislativa
<b>Motivo habilitante</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conmoción interna</li> <li>• Ataque externo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Emergencia pública</li> <li>• Necesidad administrativa</li> </ul>	Circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia
<b>Tipo de motivos</b>	Crisis institucional	Amplio	Imposibilidad (institucional o de necesidad) de seguir el trámite legislativo
<b>Circunstancias que califican los motivos</b>	Espacial (conmoción interna, ataque externo)	Temporalidad estable (a plazo)	Temporalidad eventual o efímera
<b>Carácter de los motivos</b>	Grave	Urgente y/o necesario	Urgente y necesario

Discernidas las instituciones de excepción de esta manera, el control de constitucionalidad y razonabilidad de la decisión legislativa del Ejecutivo es una operación asequible, con parámetros de evaluación y justificación claros. En cambio, permitir el solapamiento de DNU y DL frente a las mismas circunstancias, ignorando la letra y el diseño constitucional, limita cualquier control de estas decisiones a un control de razonabilidad sobre el contenido de la decisión (asunto que

<sup>20</sup> Ver Rosatti, H. (2011) Ob. Cit. Pag. 673.

pone en fuerte tensión a los poderes del estado), ante que sobre las circunstancias que se invocan como habilitantes.

En lo que sigue intento explicar mejor los orígenes y formas del solapamiento histórico entre DNU y DL, para exponer los principales peligros que ello acarrea.

## VI. El diseño constitucional de los DNU

### VI.1. Dos paradigmas de regulación

Quizás la crítica más difundida a la redacción del artículo 99 inc. 3 CN es la que refiere a la falta de precisión respecto a las condiciones de validez de los DNU. Si bien se exige el control posterior e inmediato del Congreso, la Constitución no estipula los alcances y efectos de ese control, dejando abierta la puerta a, al menos, dos modelos de regulación diferentes de los DNU.

En efecto, la Constitución establece que después de que un DNU es emitido por el Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete de Ministros debe enviarlo a consideración de una Comisión Bicameral Permanente del Congreso (CBP) en el plazo de 10 días. Esa comisión tendrá a su vez otros 10 días para examinarlo y elevar su despacho a consideración de ambas Cámaras. Sin embargo, la Constitución nada dice sobre los efectos de esta “consideración” parlamentaria. ¿Qué pasa si no hay pronunciamiento del Congreso? ¿Qué pasa si solo una Cámara se pronuncia? ¿Qué pasa con los efectos normativos si ambas Cámaras lo rechazan? En fin, estas preguntas quedaron abiertas, y sus respuestas habilitan paradigmas de regulación de los DNU diferentes. Llamaré a uno de esos paradigmas el *paradigma del procedimiento invertido*, y al otro, el que entiendo está vigente en nuestro régimen, *el paradigma de las competencias invertidas*.

Imaginemos que los DNU tuvieran una validez precaria, o revocable, la que solo puede completarse con la sanción aprobatoria del Congreso. El DNU perdería validez en caso de que tal sanción no se concrete en un plazo determinado, o cuando el Congreso sanciona el rechazo del DNU. En tal caso, no estaríamos propiamente ante una excepción a la regla de que el Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo. Estaríamos, más bien, frente a una excepción a la diacronía ordinaria del procedimiento de sanción de leyes. En lugar de empezar por el Congreso, el procedimiento empieza ahora por la emisión del DNU por parte del Ejecutivo, adquiriendo así, en una primera etapa, una validez revocable. La validez del DNU será definitiva recién con la sanción aprobatoria del Congreso. Este sería el paradigma del procedimiento invertido.

En este paradigma, la validez definitiva del DNU requiere de su tratamiento y aprobación por las mayorías de ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Al final del procedimiento, habrían participado en la sanción del DNU los mismos actores que participan en el procedimiento ordinario de sanción de leyes. Este paradigma sería plenamente consistente con la letra constitucional y se asentaría en una concepción fuerte de la prohibición de legislar del presidente. De tal manera que, si este no consiguiera el apoyo de ambas Cámaras del Congreso, no podría concretar un cambio legislativo.

En cambio, si los DNU tuvieran validez plena desde el momento de su emisión, y solo fueran revocables por una sanción legislativa expresa en contra, estaríamos frente a una verdadera excepción a la regla de atribución de competencias legislativas. No se trataría de una mera inversión del procedimiento, sino de una inversión de quién es competente para legislar. De tal forma que, si el DNU no es rechazado expresamente por ambas Cámaras, o no es tratado por alguna de ellas, su validez queda incólume. Este es el paradigma de las competencias invertidas y es el que entiendo está vigente en nuestro sistema.

En este paradigma, el DNU es fruto de la voluntad del presidente apoyada por la mayoría de una de las Cámaras. De forma tal que si el presidente no pudiera aprobar una ley por el procedimiento ordinario, podría conseguirlo, sin embargo, a través de un DNU aprobado, o no rechazado, o no tratado, por solo una de las Cámaras del Congreso (la que apoya la decisión presidencial).

Algunos sostienen que este segundo paradigma regulatorio de los DNU violaría el principio constitucional de que el presidente no puede legislar sino en casos excepcionales, y que atenta contra el objetivo de la reforma de 1994 de atenuar el presidencialismo. Sin embargo, resulta realmente difícil advertir qué regla constitucional resulta violada de manera directa con una regulación de los DNU de este tipo, en tanto el artículo 99 inc. 3 no determinó de forma clara ni los alcances ni los efectos del control del Congreso. Lo único que la Constitución determinó de manera clara son las circunstancias habilitantes para el dictado de DNU. Cuando no nos tomáramos en serio esas circunstancias habilitantes, la potestad presidencial de legislar no tendría más límites que la oposición de ambas Cámaras del Congreso.

En conclusión, la Constitución no optó explícitamente por ninguno de estos dos paradigmas. Por mucho que se interprete en uno u otro sentido el artículo 82 de la CN (el que prohíbe la “sanción ficta” de leyes),<sup>21</sup> o el artículo 99 inc. 3 (que dice que el presidente “participa” de la

---

<sup>21</sup> Quienes pugnan por el paradigma de la inversión del procedimiento, entienden que la prohibición de la sanción ficta de leyes debería significar que el DNU dictado no será totalmente válido si el Congreso como órgano no toma una decisión respecto a él. Desde el otro paradigma, es precisamente la prohibición de sanción ficta la que no autorizaría a presumir rechazado el DNU en caso del no pronunciamiento del Congreso.

formación de las leyes, y le prohíbe legislar salvo circunstancias excepcionales), lo innegable es que la interpretación quedó en buena medida abierta. Ese ha sido, quizá, el defecto de diseño más denunciado respecto a la reforma de 1994. El mismo llevó a una disputa interpretativa intensa en la doctrina, que se resolvió en la práctica en favor del paradigma de las competencias invertidas. Esa práctica, forjada sobre todo en los 12 años que siguieron a la reforma constitucional, fue finalmente rubricada en la ley 26.122 que regula los DNU.

Por otro lado, hay quienes han señalado como otro error de diseño constitucional el no haber fijado un plazo para que el Congreso se pronuncie respecto al despacho de la CBP sobre el DNU. De hecho, la Constitución solo establece que ambas Cámaras deberán considerarlo “de inmediato”, y en plenario. Este no es, sin embargo, un defecto constitucional obvio. Resulta razonable que la Constitución diera cierta discrecionalidad al Congreso para considerar el despacho de la CBP. Si estuviéramos en el paradigma del procedimiento invertido, es hasta recomendable que sea la ley regulatoria la que vincule criterios y casuísticas a ciertos plazos, durante los cuales la norma podría estar con una validez precaria. El estándar de “inmediato” que da la Constitución sería suficiente marco para una determinación más detallada en la ley regulatoria.

En cambio, en el paradigma de la competencia invertida el plazo es menos relevante, y quizás innecesario, dada la validez plena del DNU desde su emisión. El estándar constitucional de lo “inmediato” es, en ese marco, asumido como una manera de delegar en los reglamentos internos de las Cámaras del Congreso la fijación de los plazos de tratamiento inmediato. De hecho, la ley 26.122 optó por no determinar ningún plazo de tratamiento.

### *VI.2. La indeterminación entre DNU y decretos delegados*

Un defecto de diseño constitucional menor, que por lo general no se tiene en cuenta, y que sin embargo es crítico para el presente análisis, es el de no distinguir en el texto del artículo 99 entre las atribuciones del presidente para dictar decretos de necesidad y urgencia y para dictar decretos delegados. En efecto, el artículo 99 no dice nada sobre los DD, solo refiere a los DNU en su inciso 3. En contraste, el artículo 100 de la CN, al enunciar las competencias del Jefe de Gabinete, establece en su inciso 12 la facultad de refrendar los DD, y en el inciso 13 (por separado), la facultad para refrendar DNU.

Entiendo que el defecto que atribuyo al artículo 99 (en contraste con el artículo 100) puede parecer menor. Sin embargo, ha contribuido de forma decisiva al desdibujamiento de los límites entre dos instituciones de emergencia que reconocen justificaciones diferentes, que gozan de un *pedigrí* institucional distinto, y que, por tanto, deberían estar sometidas a un control político y a un control de legalidad y razonabilidad diferenciado.

Esa confusión entre ambas instituciones se hace explícita cuando el Ejecutivo toma decisiones legislativas delegadas por una ley del Congreso (artículo 76 de la CN), y dada la omisión del artículo 99, funda esa decisión en el inciso 3 de ese artículo, además de aludir al 76 de la CN. Esta forma de justificación normativa de la decisión ejecutiva con el tiempo ha llevado a que, por un lado, los DD absorban los límites impuestos a los DNU en el inciso 3 del artículo 99,<sup>22</sup> y a que, por el otro, los DD siguieran exactamente los mismos procedimientos de control político que los DNU (ley 26.122).

Si nos detenemos en estas asimilaciones que, a primera vista, no parecen peligrosas, debemos observar, sin embargo, que se le imponen al Congreso limitaciones que la Constitución no impuso. Cuando se entiende que el Congreso no puede delegar al presidente competencias legislativas, penales, tributarias, electorales, y del régimen de partidos políticos (99 inc. 3, párrafo 3), lo cierto es que la Constitución no le prohibió expresamente esto al Congreso. La Constitución prohibió esas competencias solo en materia de DNU.

La Constitución tampoco exige que los DD sean tratados en plenario por ambas Cámaras del Congreso, solo establece que sean revisados por la CBP (artículo 100 inc. 12). Ello, por cierto, es totalmente razonable, dado que las Cámaras en plenario ya intervinieron con anterioridad al momento de sancionar la delegación de facultades en favor del Ejecutivo. Sin embargo, la Ley 26.122 en su impronta de asimilación de estas tres facultades del Ejecutivo (DNU, DD y Decreto de Promulgación Parcial -DPP-), les impone exactamente el mismo procedimiento de control político a los tres institutos sin consideración de sus particularidades.

Como contracara, podría decirse que los DNU tienen un procedimiento de control político débil en razón de su *pedigrí*, lo que significa la adopción del paradigma de competencias invertidas. En otras palabras, la asimilación de los procedimientos y límites impuestos a los DNU y DD lleva a que la emisión de leyes autorizadas (delegadas) por el Congreso (DD), y a la producción legislativa autónoma del Poder Ejecutivo (DNU), tengan el mismo procedimiento de control político.

Una asimilación formal y procedimental de institutos de excepción de diferente pedigrí democrático (DNU y DD) imprime un doble efecto en el equilibrio de poderes del estado. Por un lado, un efecto de desapropiación de facultades del Congreso, causado por la restricción

---

<sup>22</sup> Manili entiende que la Corte Suprema en el caso “Selcro” (2003) (Fallos 326:4251) “hizo una interpretación extensiva, a los decretos delegados, de las prohibiciones que pesan sobre los DNU para determinadas materias (penal, tributaria, electoral, y de partidos políticos).” Manilli, Pablo Luis (2014) “La atenuación del presidencialismo en la Reforma Constitucional de 1994” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica, de la Universidad Torcuato Di Tella*, Volumen 15, diciembre 2014. Pag. 6

(jurisprudencial) de facultades delegativas otorgadas por la Constitución<sup>23</sup> y por la imposición legal de un trámite con exigencias extra-constitucionales. Lejos de limitar las facultades legislativas del Ejecutivo, esto en verdad las ensancha. En efecto, cuando ello se combina con el paradigma regulativo de los DNU al que llamamos de la inversión de competencias, se acentúa el debilitamiento de los roles del Congreso frente a un Ejecutivo que crece en la expansión de competencias.<sup>24</sup> Ese doble efecto de desapropiación del congreso y expansión del Ejecutivo se magnifica en épocas de emergencia.

### VI.3. Doce años de esclavitud

Santiago Alfonso llama “segunda generación de DNU” a los dictados luego de la reforma de 1994 y antes de que se sancionara la ley que los regula en el 2006 (la ley 26.122).

Fueron 12 años en los que se dictaron 503 DNU sin que existiera la Comisión Bicameral del Congreso a la que enviar el decreto para su control parlamentario, y sin regulación del procedimiento de control político. En ese periodo los estándares constitucionales fueron esclavos de la práctica institucional interpretativa, la que, a su vez, no hizo sino reflejar la continuidad de la práctica histórica en la materia.

---

<sup>23</sup> Restringir la posibilidad de delegar facultades de legislación penal en momentos de emergencia pública, resulta uno de los límites que el Congreso constitucionalmente no tiene, pero la práctica institucional le ha impuesto, y que se ha saltado a través de las leyes penales en blanco (como el artículo 205 del CP). Si las necesidades sancionatorias en temas sanitarios se pudieran canalizar normalmente a través de leyes delegativas del Congreso con bases materiales y temporales delimitadas, quizás no hubiera sido necesaria una carta en blanco penal como la de ese artículo 205, cuyos niveles de generalidad pone en riesgo la garantía de legalidad del artículo 18 de la CN.

<sup>24</sup> Lo mismo puede observarse en relación a otras decisiones ejecutivas que no están contempladas diferencialmente en el artículo 99 inc. 3, y que necesitan de una decisión del Congreso para completarse. Ellas también tienden a asimilarse a los DNU, y enmarcarse en el artículo 99 inc. 3. Por ejemplo, la facultad del Ejecutivo de remover al Presidente del Banco Central de la República Argentina requiere, por carta orgánica de la entidad (ratificada en la ley 24.144), el previo consejo de una comisión del Congreso. El Ejecutivo ha intentado llevar adelante esta remoción por DNU, entendiendo que el receso del Congreso sería una “circunstancia excepcional” que lo habilita (Decreto N° 18/2010), y que la “mala conducta” del entonces Presidente de la entidad (en ese momento de Martín Redrado), “determinan la necesidad de acudir al mecanismo contemplado en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional para la remoción del Presidente de dicha institución” (considerando 27° del Decreto 18/2010). Para enmarcar la decisión particular de remoción del artículo 9° de la carta orgánica del BCRA en el artículo 99 inc. 3, se toma al receso legislativo como motivo habilitante para removerlo por un DNU. Ello, cuando la carta orgánica del BCRA nada prevé al respecto.

Resulta sintomático que el juez que por cautelar detuvo aquella remoción, sometió el DNU 18/2010 a un mero control de razonabilidad. Entendió que no hubo mal desempeño de Redrado, por lo cual no había *necesidad* de exceptuar la regla que exige el consejo previo del Congreso. En definitiva, el juez no parece cuestionar la vía del DNU (atribución legislativa) para tomar una decisión particular como la de remoción. Así, si por caso, hubiera sido razonable remover a Redrado por mal desempeño, el juez quizá hubiera validado el DNU como procedimiento de remoción que saltea o reemplaza la función previa (no legislativa) del Congreso.

Así, tanto los DD como los DNU propiamente dichos se enmarcaron en el artículo 99 inciso 3, debilitando la distinción entre ellos. Se naturalizó rápidamente que el único control relevante de los DNU venía del Poder Judicial, y este raramente trascendía del control de razonabilidad del contenido normativo de la decisión (dado que no se había regulado el instituto). Los jueces asumían la validez plena de los DNU a partir de su emisión, contribuyendo a la instauración en los hechos del paradigma de las competencias invertidas.

Quizás los ejemplos paradigmáticos de la época fueron los DNU 1570/2001 (del llamado “corralito” financiero) y el 214/2002 (de la pesificación de los depósitos). En ambos casos se advierte el encuadre híbrido de los fundamentos de los decretos. Se trataba de DD autorizados por la ley delegativa de emergencia económica (Ley 25.561), pero que en sus considerandos aludían tanto al artículo 76 como al artículo 99 inc. 3 de la CN. Ambos DNU tenían como último artículo el mandato: “comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese”. Así, sin ningún control político, el único control al que fueron sometidos fue al control judicial. En consecuencia, el primer DNU (corralito) resultó impugnado en el caso *Smith*,<sup>25</sup> y el segundo (pesificación) validado en la causa *Bustos*.<sup>26</sup> En ambos casos la resolución judicial se dicta en mérito a la razonabilidad de la decisión, y en ningún caso por insuficiente control político, o inconstitucionalidad del trámite de emisión.

De manera que la práctica institucional (del Congreso, los jueces y el Ejecutivo) naturalizó la asimilación de las instituciones de los DD y DNU y la interpretación constitucional que instaló el paradigma de las competencias invertidas.

#### *VI.4. La ley 26.122 y la consagración del modelo de competencias invertidas*

La ley 26.122 sigue el paradigma que se había forjado históricamente en la práctica constitucional no regulada (antes de 1994), y que se instaló como sentido común constitucional durante los 12 años posteriores a la reforma constitucional. De manera tal que los DNU son una verdadera excepción a la regla de que el presidente no puede legislar. Ellos tienen una validez completa desde el momento de su emisión, y solo pueden ser derogados por su rechazo por ambas Cámaras (artículos 23 y 24 de la ley 26.122). Para tal evento, no se estipula ni un plazo que especifique el estándar constitucional de consideración “inmediata”, ni un plazo para la decisión del Congreso.

<sup>25</sup> “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo” Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 1/02/2002.

<sup>26</sup> “Bustos, Alberto Roque y otros c/ P.E.N. y otros s/amparo” Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 26/10/2004.

Como ya adelanté, no creo que pueda decirse que esta regulación sea inconstitucional. Es una interpretación razonable del texto de la Constitución, a pesar de que pueda considerarse que con ella se frustra una forma de interpretación alternativa, la que serviría mejor al mentado objetivo de atenuar el presidencialismo de la reforma de 1994.

Un asunto diferente, sin embargo, es que esta ley imponga el mismo trámite parlamentario a los DNU, DD y DPP (capítulo IV de la ley 26.122), y en cambio, no haya especificado ningún requisito formal y/o sustancial para el dictado de cada uno de ellos (remitiendo a la Constitución). Aunque estas decisiones regulativas tampoco podrían tenerse de inconstitucionales *per se* (en tanto es el mismo Congreso imponiéndose procedimientos que no le impone la Constitución), no hay duda de que este diseño regulativo hospeda la profunda confusión que en la práctica venían teniendo los DD y los DNU. Ello limita además la posibilidad de un control de legalidad más fértil, distinguiendo situaciones aptas para el dictado de un DNU, de las situaciones que exigen una delegación legislativa.

El dictado de esta ley inauguró el periodo que Alfonso Santiago (2019) denomina “tercera generación de DNU (2006-2018)” y en el que menos DNU se dictaron (174). Entiendo que esa disminución del uso de esta herramienta no está vinculada directamente a las exigencias de la ley, sino al hecho de que en ese periodo la Argentina no atravesó ninguna emergencia económica equiparable a las de los otros períodos (crisis de 1989 y 2001, respectivamente), de modo que simplemente no hubo suficientes sucesos de los que usualmente habilitan las confusiones entre DNU y DD.

En este periodo pudo corroborarse también que el paradigma de competencias invertidas vuelve a los DNU especialmente relevantes en ciertas coyunturas políticas. Así, Santiago observa que “el año que más decretos dictó el Poder Ejecutivo fue el 2010, con un escenario de paridad de fuerzas en el Congreso, y casualmente fue ese año que -en proporción- menos decretos trató la Comisión [Bicameral del Parlamento]”.<sup>27</sup>

Resulta obvio que el paradigma imperante de las competencias invertidas cobra relevancia en este tipo de coyunturas, a saber, cuando un presidente no tiene las mayorías necesarias en una de las Cámaras. En esos escenarios políticos, legislar por DNU se vuelve una alternativa, quizás espuria, que por lo general no encuentra más resistencia que un tímido, aunque a veces demasiado controversial, control judicial de razonabilidad del contenido normativo de los DNU.

---

<sup>27</sup> Santiago, Alfonso (2019) Ob. Cit. Pag. 30

## VII. Conclusión: los DNU como un *pac-man*

Este trabajo intentó mostrar que la forma híbrida en que se suelen fundamentar los decretos delegados (citando el artículo 76 y el 99 inc. 3) y los DNU (dando razones de emergencia pública, y citando el artículo 99 inc. 3) no es una redundancia inocua de la práctica institucional, sino el síntoma de una forma institucional distorsiva de la letra y el diseño constitucional. Me refiero a la práctica estatal de no distinguir entre lo *circunstancial* y *excepcional* de un evento que urge de tal manera que no puede esperarse a que el Congreso intervenga, por un lado, y *lo urgente de una situación* de emergencia estructural, con visos de duración, y la probable exigencia de múltiples decisiones legislativas subsiguientes, por el otro. El solapamiento de las diferencias entre uno y otro evento, que sin embargo están diferenciados en la Constitución, es lo que históricamente ha llevado a que el presidente legisle prolíferamente en épocas de emergencia a través de DNU, como si ellos pudieran justificarse en una situación estructural de emergencia pública, y además, le ha permitido aprovechar coyunturas políticas para legislar por DNU cuando no cuenta con el apoyo mayoritario de ambas Cámaras del Congreso.

Como señalé, la letra constitucional no pareciera oponer resistencia directa a las formas regulativas de la ley 26.122 a pesar de que ellas hospedan, sin contradicciones, tanto a las prácticas que confunden las circunstancias habilitantes de DNU y DD como a aquellas que amenazan con reemplazar la voluntad del Congreso por la del presidente en escenarios de emergencia pública, y de paridad de fuerzas en el Congreso. Sin embargo, insisto en que este no es un problema de inconstitucionalidad manifiesta de la ley 26.122, sino de una interpretación constitucional razonable, pero con potencialidad distorsiva, que esa ley refleja. Esa práctica se ha ido instalando en la constitución material abriendo la puerta a serios peligros para una democracia republicana. La aquiescencia de los tribunales de justicia resulta constitutiva de la misma.

Durante esta crisis sanitaria hemos enfrentado un evento de paroxismo institucional que reconoce su origen precisamente en esa práctica distorsiva de nuestra propia constitución material. Lo que vemos como resultado es un Congreso desapropiado de sus competencias de una manera inusual: el presidente no tiene más límite material a su actuación legislativa que la que él mismo se auto-impuso en ocasión de la emergencia sanitaria. Una circunstancia excepcional (la noticia de una declaración de la OMS de una pandemia mundial), habilitó un DNU por el cual el presidente absorbió dos competencias típicas del Congreso: la declaración de emergencia pública y la (auto) delegación de facultades legislativas. Con ese punto de partida, durante un mes y medio, fue el Ejecutivo el único gobernante de los argentinos. Nuestro sistema institucional alcanzó así la versión de democracia delegativa más absoluta que hayamos conocido. El DNU inaugural, al que he llamado DNU *pac-man*, ya no solo se justificó en la emergencia que

anunciaba la pandemia, sino que se comió a la forma institucional de los DD y, con ellos, al propio Congreso.

De regreso a las sesiones, el Congreso validó el DNU *pac-man* (de auto-delegación), abriendo así la puerta a lo que se llamó el DNU de los “super-poderes”, por el cual el poder Ejecutivo no requirió ya de autorización del Congreso para modificar el presupuesto.<sup>28</sup> A partir de ese momento decenas de decisiones del Ejecutivo se dictaron en el marco del artículo 99 inc. 1, es decir, decretos dictados en ejercicio de facultades administrativas propias (las que se había auto-prescripto el Ejecutivo por el DNU de los super-poderes, el cual a su vez estaba fundamentado en el primer DNU híbrido de auto-delegación legislativa por la emergencia).

El evento exalta, según lo veo, hasta dónde puede llegar una práctica institucional distorsiva que no ha sabido distinguir entre decretos delegados y decretos de necesidad y urgencia, permitiendo una asimilación que debilita peligrosamente las competencias del Congreso Nacional frente a decisiones legislativas del Poder Ejecutivo.

---

<sup>28</sup> Decreto 457/20, por el cual se modifica el presupuesto general de la Administración Nacional. En este periodo incluso se pretendió llevar adelante una intervención a una empresa privada por DNU, empresa que estaba bajo la jurisdicción de un juez de concursos y quiebras (DNU 522/2020), el que luego fue dejado sin efecto.