

Mario A. R. Midón

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
en la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.  
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magister en Procesos de Integración.  
Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.  
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

# Decretos de necesidad y urgencia

En la Constitución Nacional  
y en los ordenamientos  
provinciales

2ª edición corregida y ampliada



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

## • Índice general

<b>Palabras previas a la segunda edición</b> .....	9
<b>Prólogo</b> .....	13

### **Capítulo I**

#### **EL PRINCIPIO DE LA DIVISION DE PODERES**

§ 1. Cuestión liminar .....	29
§ 2. La regla máxima de organización política y fundamento del sistema constitucional .....	30
§ 3. Montesquieu y su finalidad garantista .....	31
§ 4. Presupuestos fundantes de la división de poderes en el sistema adoptado por la ley mayor argentina .....	34
§ 5. De la negación a la reformulación del principio .....	37
§ 6. El porqué de los cuestionamientos .....	39
a) Relaciones entre el partido gobernante y el poder .....	40
b) Acrecimiento de funciones del Ejecutivo .....	41
c) Declinación de Parlamentos y Congresos .....	43
d) Aparición de nuevas funciones y su difícil encasillamiento .....	44
e) Proliferación de las emergencias .....	46
f) Las cuestiones políticas .....	47
g) Temas transnacionales y poderes de hecho .....	49
§ 7. Una técnica indispensable para organizar el poder y efectivizar las libertades .....	50

### **Capítulo II**

#### **LOS ATRIBUTOS LEGISLATIVOS**

#### **DEL PODER EJECUTIVO**

§ 8. Una modalidad típica de nuestro presidencialismo .....	55
---	----

§ 9.	El sistema de dualidad de fuentes legislativas receptado por la Constitución Nacional .....	56
§ 10.	Las llamadas «facultades reglamentarias» .....	57
§ 11.	Configuración de potestades tras la reforma de 1994 .....	58
	a) Reglamentos ejecutivos .....	58
	b) Reglamentos autónomos .....	60
	c) Legislación delegada .....	62
	1. La carga de acreditar la validez del decreto delegado por el interesado .....	65
	2. Inversión de la carga probatoria .....	69
§ 12.	Similitudes y diferencias entre el decreto de necesidad y urgencia y la legislación delegada .....	71
§ 13.	Naturaleza de los decretos de necesidad y urgencia .....	74
	a) Los decretos de necesidad y urgencia en Italia .....	74
	b) Los decretos de necesidad y urgencia en Brasil .....	75
	c) Caracteres de un decreto de necesidad y urgencia en nuestro Derecho federal .....	77
	— En el Derecho público provincial .....	78

### Capítulo III

#### ESTADO DE NECESIDAD Y EMERGENCIAS

§ 14.	¿Es congruente el Estado constitucional cuando restringe derechos o potestades para superar una contingencia? .....	83
	— Una «debilidad» amparada por el racionalismo .....	84
§ 15.	Las emergencias en la vida institucional argentina .....	86
	a) Emergencias constitucionales e inconstitucionales .....	87
	b) Emergencias según sus efectos .....	87
	c) Emergencias que fortalecen directa o indirectamente al Poder Ejecutivo .....	88
	d) Emergencias según sus causas .....	89
§ 16.	Necesidad y estado de necesidad .....	90
§ 17.	Elementos constitutivos del estado de necesidad. Su aplicación a los supuestos habilitantes de un decreto de necesidad y urgencia en el Derecho constitucional .....	91
	a) Los «males» institucionales que causan el dictado de un decreto de necesidad y urgencia .....	92
	b) El «mal mayor» que quiere evitarse sólo puede conjurarse a través de un acto legislativo emanado del Ejecutivo .....	94
	c) Inequivoca existencia de una situación en la que es inminente el mal que se desea evitar .....	96
	d) El poder que emite el acto debe ser extraño al mal que lo produce .....	97
	e) Debe tratarse de un mal que el Estado no está obligado a soportar .....	99

### Capítulo IV

#### DE «PERALTA»

#### ALA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

§ 18.	Muestra de fecunda creatividad .....	103
§ 19.	El caso «Peralta» .....	104
§ 20.	El decr. 2071 y la autarquía judicial .....	108
§ 21.	El Pacto de Olivos. Su propuesta en materia de decretos de necesidad y urgencia .....	109
§ 22.	Prolegómenos de la Convención .....	111
§ 23.	Modificaciones al proyecto originario .....	112
§ 24.	Los debates en la Convención Constituyente .....	114
	a) Tesis afirmativas .....	115
	b) Tesis negativas .....	115
§ 25.	Argumentos en favor de la constitucionalización .....	116
	a) Ventajas al reglamentar una práctica paraconstitucional .....	116
	b) Atenuar el presidencialismo .....	117
	c) Ante la desnaturalización del instituto .....	117
	d) Frente a los cambios del mundo .....	117
	e) Abonando su reconocimiento jurisprudencial .....	118
§ 26.	Impugnaciones al reconocimiento constitucional .....	118
	a) Institución de sistemas parlamentarios .....	118
	b) Se apartan de la tradición argentina .....	119
	c) Flexibilizan la Constitución .....	119
	d) Institucionaliza un vicio sin controles .....	120
	e) Válvula de escape para ser usada sin ataduras .....	121

### Capítulo V

#### LOS HECHOS HABILITANTES

§ 27.	Sentido de la denominación asignada por el constituyente .....	125
§ 28.	Hechos habilitantes: en el Derecho comparado y en las constituciones provinciales .....	126
	a) Derecho comparado .....	127
	1. Constitución del Perú .....	127
	2. Constitución del Brasil .....	128
	3. Constitución de Colombia .....	129
	4. Constitución de Cuba .....	131
	5. Constitución de Guatemala .....	131
	6. Constitución de Italia .....	132
	7. Constitución de España .....	132
	b) Derecho público provincial .....	132
	1. Constitución de San Juan .....	132
	2. Constitución del Chubut .....	133

3. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	133
4. Constitución de Río Negro	134
5. Constitución de Salta	134
6. Constitución de Tucumán	134
7. Constitución de La Rioja	135
8. Constitución de Santiago del Estero	135
§ 29. Dos fórmulas legislativas	136
§ 30. Circunstancias excepcionales	139
a) Circunstancias excepcionales es el equivalente de necesidad y urgencia	140
b) La Constitución demanda necesidad y urgencia e imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para hacer la ley	142
c) La inercia legislativa debe responder a motivos ajenos a la voluntad de quienes integran el Congreso	144
1. Decretos de urgencia	145
2. La mora congresional	146
3. Rechazo de una iniciativa	146
4. Falta de quórum	147
5. Falta de consenso	147
§ 31. Desalentador balance	148
§ 32. ¿Cuáles son los trámites ordinarios para la sanción de las leyes?	150
§ 33. Inadmisibles aplicación de las reglas del poder de emergencia a los decretos de necesidad y urgencia	151
— Algunas directrices jurisprudenciales	153

### Capítulo VI

#### OTROS LÍMITES MATERIALES

§ 34. Barreras de contención	157
§ 35. Tratamiento en el Derecho comparado	158
a) Constitución del Perú	158
b) Constitución del Brasil	159
c) Constitución de Colombia	160
d) Constitución de Guatemala	162
e) Constitución de Italia	162
f) Constitución de Cuba	163
g) Constitución de España	163
§ 36. Límites sustanciales expresos en la Constitución Nacional	164
a) Excepcionalidad del atributo	165
— El déficit técnico de una fórmula negativa	166
b) Disposiciones de carácter legislativo. Legalidad y reserva de la ley	167
c) La sanción de nulidad	169
— ¿Cuándo un decreto de necesidad y urgencia cae bajo la sanción de nulidad?	170

d) Materias vedadas	171
— Fundamento de las restricciones en nuestra ley mayor	172
I. Materia penal	172
II. Materia tributaria	173
III. Materia electoral	175
IV. Materia de partidos políticos	176
§ 37. Evaluación	177
§ 38. Límites sustanciales implícitos	179
a) Declaraciones, derechos y garantías	179
b) Derechos y garantías que no se suspenden durante las emergencias	180
c) Motivación explícita y suficiente	181
d) Razonabilidad	182
e) Vigencia transitoria del acto	184
f) Respeto a la supremacía constitucional y el orden de prelación normativa	186
§ 39. Desde 1995 a 2009: los decretos de necesidad y urgencia según la materia legislada	186
§ 40. Evaluación	189

### Capítulo VII

#### LÍMITES DE FORMA

§ 41. El valor de las formas en la producción de un decreto de necesidad y urgencia	193
§ 42. Previsiones normativas en otras constituciones	194
a) Constitución del Perú	194
b) Constitución del Brasil	196
c) Constitución de Italia	198
d) Constitución de España	200
§ 43. Regulaciones contenidas en nuestra ley mayor y en la ley 26.162	201
a) Etapa ejecutiva	202
1. Una competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo	202
2. Decisión en acuerdo general de ministros	202
3. Refrendo ministerial	203
4. Presentación del acto al Congreso por parte del jefe de Gabinete	205
b) Etapa legislativa	207
1. La Comisión Bicameral	207
2. ¿Qué debe contener el dictamen de la Comisión Bicameral?	209
3. El obrar de la Comisión de 2007 a 2011	211
4. Simultaneidad en el tratamiento por el pleno de las Cámaras	212

5. Aceptación o rechazo de la norma .....	215
6. La inconstitucional exigencia de que el rechazo sea decisión de ambas Cámaras .....	216
7. ¿Es nulo un decreto con la sola declaración de una sola Cámara? .....	219
8. Oportunidad en que el Congreso debe expedirse .....	221
9. Forma y alcances del acto aprobatorio o de rechazo .....	223
10. Imposibilidad de vetar el rechazo .....	224
11. El silencio del Congreso .....	226
12. Regulación del instituto por ley .....	230
13. Inadmisibles resignación .....	232
14. El Ejecutivo encarnando el síndrome del fumador empedernido .....	233

### Capítulo VIII

#### OTROS INTERROGANTES

§ 44. La posible reiteración de un decreto de necesidad y urgencia .....	237
a) El primer decreto de necesidad y urgencia reiterado en el Derecho argentino. Su descalificación por los tribunales inferiores .....	238
b) Decreto de necesidad y urgencia que parece reiterado pero no lo es .....	243
§ 45. Complot institucional y bloqueo de poderes .....	243
§ 46. ¿Fueron válidos los decretos de necesidad y urgencia dictados mientras no estuvo constituida la Comisión Bicameral Permanente? .....	245
§ 47. Los decretos de necesidad y urgencia no calificados como tales por su emisor .....	248
§ 48. ¿El sistema de la Constitución Nacional es el español? .....	249
§ 49. ¿Desde cuándo rigen estos actos? .....	252
§ 50. Valor de los decretos de necesidad y urgencia secretos .....	253
§ 51. ¿Los decretos de necesidad y urgencia dictados con antelación a la reforma se rigen por la doctrina «Peralta» o por la normativa sancionada en 1994? .....	254
§ 52. El supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente .....	256

### Capítulo IX

#### EL CONTROL JUDICIAL

§ 53. Naturaleza de la atribución de control asignada a los jueces .....	261
§ 54. Dificultades que ofrece la fiscalización jurisdiccional del concepto indeterminado de «necesidad y urgencia» .....	263
— Nuevo escenario axiológico que despolitiza cuestiones .....	265

§ 55. Pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la existencia de necesidad y urgencia .....	268
a) Primera época .....	268
1. «Video Club Dreams» .....	268
I. Término para interponer el amparo e idoneidad de la vía .....	269
II. Los propios actos y la legitimación activa .....	270
III. La cuestión de fondo. Inexistencia del hecho habilitante .....	270
IV. Reserva legal impositiva .....	271
V. Imposibilidad de ulterior aprobación por el Congreso de un decreto que verse sobre materia prohibida .....	272
2. «Rodríguez» .....	273
I. ¿Ausencia de jurisdicción? .....	274
II. ¿Poderes implícitos al <i>uso nostro!</i> .....	275
III. La legitimación de los actores y el Defensor del Pueblo .....	277
3. «Verrocchi» .....	280
I. Excepcionalidad del atributo conferido por el art. 99, inc. 3º .....	281
II. Las circunstancias excepcionales .....	281
II.1. Primera hipótesis: imposibilidad de reunión del Congreso por fuerza mayor .....	282
II.2. Segunda hipótesis: la necesidad y urgencia ante dificultades naturales del trámite legislativo .....	283
III. Alcances del control judicial .....	285
IV. El criterio de la minoría. Imposibilidad de controlar los decretos aprobados por el Congreso .....	286
4. «Guida»: un nuevo retroceso .....	287
b) Segunda época .....	288
1. «Smith»: la descalificación de un decreto de necesidad y urgencia por irrazonable .....	288
2. «Provincia de San Luis»: rechazo a la coexistencia de un decreto de necesidad y urgencia y legislación delegada para un mismo objeto .....	290
3. «Cooperativa del Trabajo Fast Limitada»: ante un decreto de conveniencia .....	293
c) Tercera época .....	293
— «Consumidores Argentinos»: una vuelta a «Verrocchi» potenciada por el momento en que se dictó la sentencia .....	293
I. Voluntad del constituyente .....	295
II. Excepcionalidad del atributo .....	296
III. Transitoriedad de la legislación calificada como de necesidad y urgencia .....	297
IV. Ausencia de los hechos habilitantes .....	298
V. El voto de la ministra Argibay: presunción de inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia .....	299

**Capítulo X****LA REGULACION****EN ALGUNAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES**

§ 56.	La estructura de ordenación federal y los decretos de necesidad y urgencia	305
§ 57.	Las emergencias: patrimonio exclusivo y excluyente del gobierno federal	306
§ 58.	Inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia en el Derecho público provincial y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	308
§ 59.	El hecho habilitante	310
§ 60.	Límites de fondo	311
§ 61.	Límites de forma	313
	a) Acuerdo general de ministros	313
	b) Remisión al órgano legislativo	313
	c) Receso de la Legislatura	314
	d) Valor del silencio	314
	e) Veto del Ejecutivo	314
§ 62.	Chaco y Corrientes: casos de excepcional admisión	315
§ 63.	Decretos sin autorización constitucional	315

**Capítulo XI****REFLEXIONES FINALES****A MODO DE CONCLUSION**

§ 64.	Extemporánea constitucionalización	319
§ 65.	Producto de una reforma contradictoria	320
§ 66.	Recurso casi habitual que no cuaja en el sistema presidencial	321
§ 67.	Una extraña mutación por sustracción	322
§ 68.	De mecanismo para instrumentar políticas de Estado a herramienta casi ordinaria de gobierno	324
§ 69.	Inobservancia de los límites materiales implícitos	325
§ 70.	El silencio del Congreso: apenas un avance para desterrar la doctrina emanada de «Peralta»	326
§ 71.	Claros y oscuros del control de constitucionalidad	327
§ 72.	La prolongada mora congressional para dictar la ley que le encomendara el constituyente y los desastrosos efectos de la tardía legislación	327
§ 73.	Los decretos de necesidad y urgencia en el Derecho público provincial	328
§ 74.	Un nuevo apocalíptico jinete	329
§ 75.	Otras conclusiones	329

<b>Bibliografía general</b>	333
-----------------------------	-----