

CAPÍTULO IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	129
1. Concepto de fuente	129
II. <i>La Constitución</i>	130
2. Importancia de la Constitución como fuente del derecho administrativo.....	130
2.1. El Estado en la Constitución.....	131
2.2. El Estado de Derecho en la Constitución	132
3. Caracteres de las normas constitucionales.....	133
3.1. La supremacía de la Constitución.....	134
3.2. La imperatividad de la Constitución	134
3.3. El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales.....	135
4. Los principios constitucionales.....	136
5. El Estado bajo el orden jurídico constitucional.....	138
5.1. La reforma constitucional se impone al Estado	138
5.2. El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho....	140
5.3. La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional.....	141
5.4. La pirámide jurídica estadual y la Constitución	141
III. <i>La ley</i>	142
6. Ley y función legislativa	142
7. Leyes y tratados	143
8. Ámbito de la ley frente a la administración	144
9. La administración frente a la ley inconstitucional.....	147
IV. <i>Los reglamentos</i>	148

10. Concepto	148
11. Clases de reglamentos	149
11.1. Reglamentos de ejecución.....	150
11.2. Reglamentos delegados o de integración	151
11.3. Reglamentos de necesidad y urgencia	152
11.4. Reglamentos autónomos.....	152
12. Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo	153
13. Relación entre el reglamento y el acto administrativo.....	154
V. <i>Jurisprudencia</i>	155
14. Concepto y alcances	155
VI. <i>La costumbre</i>	157
15. Concepto y admisibilidad en general.....	157

Capítulo IV
FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. Conceptos de fuente

Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable, y las segundas las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Fuentes en sentido formal serían así la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia; fuentes en sentido material u “orígenes,” los hechos sociales, doctrinas y costumbres. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes, y dicen así que las fuentes del derecho administrativo son la ley (en sentido amplio), la doctrina y la costumbre;¹ otros agregan a los hechos como fuente formal.²

Estas dudas provienen de una confusión, no tanto sobre el concepto de fuente como sobre el concepto de derecho administrativo: Puesto que éste es una rama de la ciencia del derecho (una disciplina; un saber) que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa, las fuentes de la disciplina serán todas las normas y principios —sea cual fuere el origen de éstos— que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos.

Si, en cambio, se considera que el derecho administrativo es el conjunto mismo de esas reglas y principios, sería absurdo pretender que la ley, por ejemplo, sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que es fuente de sí misma;³ en este concepto del derecho administrativo, hablar de fuente no tiene

¹ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 75.

² JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, p. 125 y ss.

³ ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed., p. 59.

sentido —salvo en el aspecto puramente sustancial—⁴ y lo que nosotros estudiamos aquí como “fuentes” debe analizarse bajo el nombre de “derecho administrativo objetivo.”⁵ Conceptuar al “derecho administrativo” de una u otra manera no tiene gran trascendencia, pero debe cuidarse que la noción de “fuente” sea coherente con la misma.

Considerando, pues, al derecho administrativo como una rama de la ciencia del derecho, las fuentes del mismo serán en sentido estricto únicamente aquellas normas y principios que tienen imperatividad, esto es, que integran el orden jurídico positivo; todo aquello que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido social o político, pero no fuente en sentido jurídico.⁶

Tomamos así posición en contra de la injustificada admisión de la doctrina como fuente del derecho administrativo; en cuanto a la costumbre, la consideraremos más adelante.

II. La constitución

2. Importancia de la Constitución como fuente del derecho administrativo

La Constitución es una fuente de extraordinaria importancia en el derecho administrativo; hablamos, claro está, de los países en que la Constitución es imperativa,⁷ en que es un orden jurídico pleno impuesto por el pueblo al Estado, en el cual le regula su estructura y organización, establece las facultades del mismo frente a los individuos y los derechos de los habitantes frente a él.

Puesto que el derecho administrativo estudia la estructura de uno de los órganos jurídicos del Estado (la administración) y el ejercicio de la función administrativa (facultades del Estado en el órgano “administración” y limitaciones a las mismas, en los derechos de los habitantes), fácil es advertir la importancia del derecho constitucional y concretamente de la Constitución como fuente del derecho administrativo. En España, por ejemplo, la aparición de la Constitución de 1978 implica, como es obvio, una profunda renovación del derecho administrativo.⁸

⁴ Es decir, “fuente” en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Las denominaciones tradicionales de “fuente formal” y “fuente sustancial” o material no son en verdad acertadas, y tal vez fuera mejor reservar el nombre de fuente a las reglas y principios imperativos, llamando orígenes a todo lo demás. Ver SARRIÁ, FÉLIX, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, 4ª ed., p. 172 y ss.

⁵ Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60.

⁶ También puede decirse, en sentido similar, que las fuentes se clasifican en “directas” (las basadas en normas jurídicas positivas) e “indirectas” (las que no se basan en normas positivas.) Así, MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 197.

⁷ Ver *infra*, 3.1., 3.2. y 3.3.

⁸ Ver, por ejemplo, los trabajos reunidos por PREDIEN y GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1981; GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

2.1. *El Estado en la Constitución*

En los países en que no es el Estado el que crea la Constitución a través de sus órganos (“constituciones flexibles”), sino que ésta le es *impuesta* por una Asamblea Constituyente dependiente directamente del pueblo y no de ese Estado (“constituciones rígidas”), la personalidad *política* se manifiesta al crear y modificar la Constitución, y al votar: Esos son los únicos casos en los cuales el *pueblo* actúa como tal, con *fuerza soberana*, y sin estar sometido a régimen jurídico alguno en cuanto a la oportunidad o acierto de sus actos.

Pero el Estado creado en la Constitución no es ya el “Estado” de la personalidad política; aquí aparece la organización y la figura jurídica que centraliza esa organización: *La personalidad jurídica del Estado*, el Estado actuante que conocemos en la vida diaria.

La personalidad jurídica del Estado es un *concepto unitario*, que abarca la actuación del Estado legislador (“Poder Legislativo”), juez (“Poder Judicial”) y administrador (“Poder Ejecutivo”); en otras palabras, el Estado actúa con su personalidad *jurídica* tanto cuando dicta actos administrativos, como leyes o sentencias.

Esta actuación del Estado en su personalidad jurídica no tiene el mismo régimen legal que la actividad de los seres humanos en sus propias e individuales personalidades jurídicas, pues la Constitución establece que los actos del Estado tienen en su mayor parte la virtualidad de *obligar* a los habitantes, mientras que los habitantes no pueden ordenar nada a nadie a menos que la ley lo autorice.

Esa facultad de *mandar* concedida por el pueblo soberano a través de la Constitución a la persona jurídica estatal, se denomina “poder público.” El poder público o poder estatal es ejercido por personas físicas (gobernantes, jueces, legisladores, administradores) dentro del ámbito correspondiente a los órganos jurídicos (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial) de esta persona jurídica estatal.

El poder público es así una facultad de mandar, pero es distinto e inferior al poder soberano: No existe por sí mismo, sino en tanto y en cuanto el poder lo crea; sus límites son los que el pueblo le impone en la Constitución.

Como contrapeso a esta facultad de mandar, a este “poder público” del Estado en su personalidad jurídica, se conceden a los habitantes una serie de protecciones, consideradas como *límites a la actividad del Estado*. Esos límites se denominan *derechos subjetivos públicos*. El poder público estatal se halla, en consecuencia, equilibrado —un poco tan sólo— por los derechos subjetivos públicos de los habitantes. Tanto el poder público estatal como los derechos subjetivos públicos de los habitantes encuentran su origen y su fuerza jurídica en la Constitución, que es el instrumento mediante el cual el pueblo soberano se da sus reglas fundamentales de organización; por ello, tanto uno como otro son facultades que se desenvuelven *dentro del orden jurídico*.

2.2. *El Estado de Derecho en la Constitución*

Estas afirmaciones, sin embargo, no pueden hacerse por vía de principio general sin demostrar su procedencia en relación a las normas positivas imperantes en un país determinado; se trata, entonces, de investigar si la Constitución argentina establece o no un *Estado de Derecho*, sin perjuicio de que luego la legislación y administración deberán también instituir el funcionamiento de un *Estado de Bienestar*.

No nos referimos, por supuesto, al problema *valorativo* según el cual todo Estado debe ser un “Estado de Derecho,” es decir, que debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, y que debe respetar los derechos individuales y en especial la libertad, sino al problema concreto de si las normas jurídicas imperantes en un determinado país tienen o no al Estado sometido a ellas.⁹ Como es el Estado mismo quien produce las normas *legislativas*, es con referencia a la Constitución que debe analizarse la cuestión.¹⁰

No nos referimos tampoco al problema *práctico* de si la gestión gubernativa de un determinado momento histórico responde o no a los ideales subsumidos en la concepción valorativa del “Estado de Derecho;” si es o no incapaz, venal o liberticida; tampoco nos referimos a las épocas en que la Constitución aparece despojada de vigencia integral. Nos referimos al problema *positivo* de saber si la Constitución es o no un *orden jurídico*, y el Estado un sujeto de derecho sometido al mismo; favorecido por los poderes que aquél le confiera de la misma manera que un particular se ve favorecido por los derechos que le concede una ley, y constreñido al cumplimiento de los deberes que le imponga, de la misma manera que un individuo está constreñido a respetar los derechos que el orden jurídico constitucional conceda al Estado.

Si la Constitución establece un Estado de Derecho, y por lo tanto es un principio constitucional de este Estado el respeto de los derechos individuales, se justifica, por ejemplo, la introducción de la acción de amparo a pesar de no haber ley al respecto; se justifica el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes sin necesidad de que una ley lo establezca; y el control de legalidad por parte de los tribunales, en cuanto a la forma, el contenido o el *fin* de cualquier acto administrativo o “de gobierno,”¹¹ aunque no haya recurso jurisdiccional especial para ello; etc.

En realidad, de la solución del problema teórico de saber si la Constitución es o no un orden jurídico imperativo y pleno, y si el Estado está sometido a dicho orden jurídico, *depende toda la orientación del derecho administrativo*, puesto que la consideración de los derechos individuales contenidos en los arts. 14 al 20 de la Constitución como *derechos subjetivos* exigibles jurisdiccionalmente frente

⁹ Confr. MAUNZ, THEODOR, *Deutsches Staatsrecht*, Munich y Berlín, 1959, 9ª ed., p. 37.

¹⁰ MAUNZ, *op. loc. cit.*

¹¹ Sobre este problema puede verse *infra*, cap. IX.

al Estado,¹² en las mismas condiciones que el Estado exige sus “poderes” constitucionales frente a los individuos, es un dilema inmanente a toda la materia.

El derecho administrativo de corte europeo del siglo pasado y comienzos del presente, como así también la doctrina clásica, no admiten que existan tales *derechos subjetivos* frente al Estado como “poder,” ni que el “poder” sea un derecho subjetivo similar al de los particulares;¹³ pero la tendencia opuesta es cada vez más fuerte y responde a una necesidad social-política innegable.

3. Caracteres de las normas constitucionales¹⁴

Para poder afirmar que la Constitución es un orden jurídico, tendremos que demostrar que está compuesta por *normas jurídicas* (por lo tanto, imperativas), y que las mismas tienen una característica común (la supremacía) que, permitiendo diferenciarlas de las demás normas jurídicas (legislativas, administrativas, etc.), las particulariza en un grupo especial, carente de lagunas y “pleno;” un orden jurídico que no se integra con el resto de las normas de derecho, sino que las domina y regula manteniendo una diferenciación que permite reconocerlo a él como tal, e invocarlo en todo momento sin importar lo dispuesto por las otras normas de derecho.

Si el Estado ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, a un orden jurídico imperativo (elemento que lo señala como Estado de Derecho en sentido positivo), no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado positiva o negativamente por el orden jurídico mencionado. *En consecuencia:* La reforma de la Constitución debe estar fuera del alcance del Estado; éste debe tener una personalidad jurídica emergente de la misma Constitución para todas sus manifestaciones externas —incluso como “Poder”—; su estructura debe ser infraconstitucional; su vida y su esencia misma deben encontrar principio y fin dentro de lo regulado por la Constitución; en resumen, no ha de ser que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución,¹⁵ y que sea la Constitución quien lo contenga a él.

Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente, íntegramente, sometido a un orden jurídico, siendo, por lo tanto, Estado de Derecho; podremos entonces afirmar que las “declaraciones, derechos y garantías” contenidas en la Carta Fundamental son, sin distinción alguna,¹⁶ *derechos*

¹² Exigibles, se entiende, de acuerdo con lo dispuesto por la ley y también a pesar de lo dispuesto por la ley, o a pesar de la carencia de ley. En los dos últimos casos tal solución depende específicamente de que el Estado esté o no sometido a tal orden jurídica constitucional.

¹³ BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 181; en igual sentido la doctrina francesa tradicional y parte de la moderna.

¹⁴ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 49 y ss.

¹⁵ MAUNZ, *op. loc. cit.*

¹⁶ Exceptuando por supuesto aquellas materias que la Constitución deja libradas a la *iniciativa* del Estado, como el juicio por jurados, el fomento de la inmigración, el sostenimiento del culto, etc.

subjetivos de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable.

3.1. *La supremacía de la Constitución*¹⁷

Es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley; pero aún más, es una ley superior al común denominador de las leyes.

Su superioridad consiste en que las leyes comunes *no pueden derogarla*, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar ni alterar sus disposiciones, pues eso importaría precisamente aquello. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación del interesado ante la justicia. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en antijurídico todo lo que la viole, y si lo que la viola es por ello mismo insusceptible de aplicación —por la interposición de reclamo jurisdiccional— es evidente que ello se debe a que la Constitución, aun con referencia a las leyes parlamentarias, es suprema.

Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes: Los “actos de gobierno” deben respetar la Constitución; luego, dentro del Estado, la Constitución es la máxima y última expresión de la juridicidad.

3.2. *La imperatividad de la Constitución*

Esa supremacía de la Constitución, que nadie discute, no es, por supuesto, moral o ética: Se trata de una supremacía jurídica, lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva del Estado, puedan perder validez e imperatividad en algún caso.

Decir que una ley o un acto administrativo puedan perder juridicidad e imperatividad en algún caso, importa a su vez afirmar que, aquello que destruye dicha juridicidad, es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: De otra manera la hipótesis resultaría absurda.

Y bien, a pesar de que la supremacía jurídica va enlazada a la suprema imperatividad o fuerza coactiva, no siempre se admite con seguridad lo segundo. Que la Constitución es suprema, nadie lo discute; pero que sea imperativa, es decir, una norma vigente, directa y obligatoriamente aplicable en todo momento, a toda circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto de frecuentes dudas expresas o implícitas.

¹⁷ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 87 y ss., 131 y ss.; 4ª ed., p. 97 y ss.

Sin embargo, el razonamiento básico es elemental: Si la Constitución tiene la virtud de dejar *sin fuerza coactiva* a una ley o a un acto administrativo —expresiones ambas de la potestad pública— ello tiene que ser debido, inexorablemente, *a que ella misma tiene la suficiente imperatividad directa* para inhibir la que a su vez tienen aquéllos.¹⁸

3.3. *El carácter de normas jurídicas de las disposiciones constitucionales*

Si la Constitución es un conjunto de reglas *imperativas* de conducta humana, y si ella es *suprema*, es notorio que constituye un orden jurídico rudimentario, pero orden al fin, y carente de lagunas: Todo lo que la Constitución concede con su imperatividad suprema (derechos individuales, poderes públicos) se tiene el *derecho* de hacerlo,¹⁹ haya o no ley al respecto,²⁰ y todo lo que la Constitución exige, se tiene el *deber* de cumplirlo, e inversamente, el derecho de exigir su cumplimiento.

Algunos filósofos del derecho, sin embargo, sostuvieron que las disposiciones constitucionales no son normas jurídicas porque *carecen de sanción*.²¹

Ello es inexacto: Las sanciones no son siempre *penas* (privación de la libertad, la vida o la propiedad, a título *no de reparación sino de castigo*), puesto que pueden consistir en el establecimiento de una relación jurídica nueva,²² la extinción de una relación jurídica preexistente,²³ o la ejecución coactiva del deber jurídico violado.²⁴

Si se quiere, en todos estos casos hay un *aliquid* de castigo, pero debe apreciarse que, salvo en el caso del *derecho penal*, lo más importante en la sanción o “específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico,” no es el

¹⁸ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 72 y ss.

¹⁹ O el deber jurídico de respetarlo, cuando no es el titular del derecho, de donde se concluye que el individuo tiene el deber de respetar el poder estatal, y el Estado el deber de respetar los derechos de los individuos.

²⁰ Ver SAINZ MORENO, “Los casos de aplicación directa de la Constitución: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos,” *REDA*, n°24, p. 118 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, “La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: El nuevo derecho de asociaciones,” *REDA*, n°22, p. 442 y ss.

²¹ MERKEL, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1924, 5ª ed., p. 48, quien a su vez refleja el pensamiento alemán de fines del siglo pasado.

²² ROGUIN, ERNEST, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 68. En Roma, por ejemplo, el acreedor impago adquiría un derecho sobre el cuerpo de su deudor; la destrucción culpable de una cosa origina la obligación de indemnizar el daño causado, etc.

²³ ROGUIN, *op. cit.*, p. 68. Por ejemplo, el incumplimiento del contrato por una de las partes autoriza a la otra a no cumplir su obligación y producir la extinción del contrato (*exceptio non adimpleti contractus*); el incumplimiento de sus obligaciones por parte de un funcionario da lugar a su cesantía, o sea, a la extinción del vínculo que lo unía con la administración.

²⁴ ROGUIN, *op. cit.*, p. 69. Por ejemplo, un deudor que no paga es obligado a pagar mediante coacción; una reunión prohibida es disuelta por la fuerza; un automóvil mal estacionado es retirado por la policía municipal; una persona que se interna en un lugar prohibido es sacada por la fuerza pública; un testigo que no concurre a declarar es llevado por la fuerza pública, etc.

castigo, sino la aplicación forzada del objeto de derecho,²⁵ es decir, el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido.

En el ejemplo de la norma “si no pagas, entonces debe ser embargo y remate,” ¿qué es el embargo y remate sino la ejecución forzada del deber de pagar? Por eso, y precisamente porque no nos hallamos en el campo del derecho penal,²⁶ es evidente que si una norma constitucional establece en forma imperativa un deber jurídico,²⁷ no es extraño a ella interpretar que ante el incumplimiento de éste debe realizarse su ejecución forzada; como la norma imperativa establece con esa particularidad un deber jurídico determinado, *la existencia y la medida de la sanción* para la violación del mismo *no necesitan ser declarados especialmente por otro artículo, desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidas en la existencia y medida del deber mismo*. Al aplicar como sanción la ejecución forzada del objeto del derecho (el deber jurídico violado), nada se está realizando que la primera norma no haya previsto; que existía el deber jurídico de realizar tal o cual acción u omisión. Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico tiene por su contenido imperativo la característica de latente coactividad, no es extraño a ella el que ese deber jurídico se realice por la fuerza: Esa es una sanción de la norma jurídica, y todas las normas jurídicas constitucionales la tienen.

La Constitución, en suma, tiene un valor normativo autónomo o propio, inmediato y directo.²⁸

4. Los principios constitucionales²⁹

No sólo tiene la Constitución normas jurídicas supremas; tiene también *principios* jurídicos de suma importancia. No se trata en realidad de hacer una distinción formal entre meras normas y principios constitucionales, sino de señalar que algunas de las disposiciones constitucionales tienen un contenido tan fuerte y tan profundo como para que su aplicación deba ser extensiva y desbordar el simple marco de su interpretación literal.

Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es

²⁵ En el derecho penal, una vez violado el deber, no cabe la reparación o cumplimiento tardío (ejecución forzada) del deber no cumplido. Pero puede haber, a título de sanción de ejecución forzada, la interrupción de la violación del deber jurídico. (P. ej., delitos contra la libertad.)

²⁶ En el cual el principio “... *nulla pena sine previa lege penale*” se justifica en que la sanción penal generalmente *difiere del deber violado*; pero cuando la sanción es el mismo deber violado, pero aplicado coactivamente, aquel aforismo no rige, y la sanción se consustancia con el deber jurídico.

²⁷ Por ejemplo, “debe ser que nadie sea arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente,” “debe ser inviolable la defensa en juicio,” etc.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 4.^a ed., p. 112; PAREJO ALONSO, *Estado social y administración pública, op. cit.*, p. 90.

²⁹ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, op. cit.*, pp. 97-103.

un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: Pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada;³⁰ el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta.

La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y al acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplan; por ser “principios” son la base de una sociedad libre y republicana, son elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes.

La defensa en juicio es inviolable, dice, por ejemplo, la Constitución. Ese es un principio que establece un límite a la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para anular un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse. También sería aplicable para obligar judicialmente a un periódico que en ejercicio de la libertad de prensa publica una noticia acerca de un individuo, a rectificarlo con el mismo titular y en la misma ubicación de la publicación original, en caso de comprobarse que la información proporcionada es en definitiva errónea.

Esto es de mucha importancia y variada aplicación: Cuando un juez sobresee definitivamente a una persona que la policía detuvo bajo la acusación de un delito determinado; cuando un juez deja sin efecto un auto de prisión preventiva; cuando la Cámara revoca el auto de prisión o la sentencia de un juez de primera instancia, etc. La naturaleza de las cosas quiere que sólo sea “noticia” la primera información, la que nos habla de un “atroz” delito o un “vergonzante” negociado; la comprobación y divulgación de que no hubo tal cosa presenta ya poco interés para el público... pero cuánta para el inculpado.

³⁰ Ver y comparar KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 164 y ss.; ídem, p. 147 y ss. Pero nuestro concepto de Constitución no sigue al kelseniano, según acabamos de ver.

5. *El Estado bajo el orden jurídico constitucional*

5.1. *La reforma constitucional se impone al Estado*

Si el Estado argentino es un Estado de Derecho en sentido positivo, ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, al orden jurídico; no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado, positiva o negativamente,³¹ por el derecho. Por eso debe prestarse atención en primer término a la creación y reforma de la Constitución, actos que, salvados los requisitos formales, nunca pueden ser *contra jus*, es decir, que no estén calificados, positiva o negativamente, por el orden jurídico.

Cuando la reforma de la Constitución está a cargo de un órgano del Estado, ello significa que es el Estado mismo quien puede darse su organización y, en consecuencia, que no es un poder superior a él quien allí actúa; el orden jurídico sería entonces en su totalidad un producto del Estado, y caeríamos así en la formulación simplemente axiológica del Estado de Derecho, al ser imposible su formulación dogmático-positiva.

En países en que la Constitución puede ser reformada por el Parlamento, es evidente que es un órgano del Estado mismo el que realiza el acto político de creación de la Constitución; esa Constitución no es un orden jurídico *impuesto al Estado* y, por lo tanto, en principio, no surgen de ella *deberes y derechos* para el Estado, sino *poderes de imperio y propósitos* de autolimitación.

En países como el nuestro, en que los órganos del Estado no pueden reformar la Constitución, y en que es necesario hacer una *convocatoria especial al pueblo* para proceder a la reforma, es obvio que es una entidad distinta y superior al Estado la que dicta esos principios: El pueblo soberano, a través de representantes especiales nombrados al efecto. Aquí el Estado no “tiene” una Constitución, sino que la Constitución “tiene” o admite al Estado.

El pueblo soberano tiene así un instrumento jurídico de mando sobre el Estado creado en la Constitución; no lo necesitaba, en verdad, para ser superior a él, pero sí para reglarle sus actividades con cierta minuciosidad. La Constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole al primero, además, un cierto poder —el poder público— para que pueda reglar la vida comunitaria; a los segundos, derechos individuales, para que puedan equilibrar el poder estatal. Pero puesto que la Constitución es el instrumento por el cual el pueblo establece regladamente su superioridad sobre el Estado, haciéndolo Estado de Derecho, es necesario ver si realmente tal circunstancia programática es exacta en las normas constitucionales concretas.

Los órganos estatales, que son tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, no pueden reformar la Constitución en ningún caso, bajo ninguna

³¹ Es decir, que no esté permitido o prohibido por el orden jurídico.

circunstancia. Aunque se reunieran los tres y por unánime acuerdo decidieran modificar tal o cual disposición constitucional, esa resolución sería jurídicamente inexistente, aunque favorezca a los individuos y al pueblo. Ninguno de los tres poderes puede reformar la Constitución, ni tampoco pueden hacerlo los tres juntos. ¿A qué se debe entonces que se realice una reforma constitucional, en condiciones normales?

El art. 30 de la Constitución determina que cuando el Congreso considere conveniente la reforma de la misma, podrá llamar, si cuenta con los votos de las dos terceras partes de sus miembros, a una Convención Constituyente, para que decida sobre la procedencia o improcedencia de la reforma; no es el Congreso el que decide la reforma, sino la Convención Constituyente. Pues bien, dicha Convención no es un órgano estable del Estado, sino que es un órgano que viene en representación específica del pueblo para tomar decisiones acerca de la organización del Estado, del régimen jurídico establecido en la Constitución, todo con carácter *supremo*, y que los órganos del Estado deberán aceptar estén o no de acuerdo. Esa Convención expone no la decisión de un órgano del Estado, sino la decisión del *pueblo*.

Es el pueblo quien, a través de unos representantes especiales distintos de aquellos que tienen su mandato de integrar los órganos del Estado y expresar la voluntad estatal, manifiesta cuál es su voluntad soberana: Si mantener lo que la Constitución expresa, o cambiarla en tal o cual sentido. La decisión del Congreso llamando a Asamblea tiene así el valor de una consulta: Si el Estado cree que el pueblo puede tal vez considerar oportuno modificar su voluntad soberana contenida en la Constitución, le pregunta si ello es así, o no; quien *decide* es el pueblo, no el Estado, y se presupone que la voluntad del pueblo, mientras no haya modificación, es la que está en la Constitución. El Estado, cuyos órganos son Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, nada tiene que ver con la voluntad suprema constitucional, si no es una relación de obediencia e inferioridad.

El pueblo puede, cuando se le consulta respecto a su voluntad soberana, modificar la Constitución de una u otra forma: Puede dar atribuciones amplias al Estado, o despojarlo de facultades, y reducirlo a figura decorativa; puede, en fin, quitarle toda atribución y también suprimirlo. Cualquiera sea la decisión del pueblo en la Convención Constituyente, la situación jurídica es la misma: Es de cualquier modo una decisión *impuesta* por el pueblo al Estado Nación Argentina, que éste no puede desconocer, y a la que irremisiblemente debe prestar obediencia. El pueblo se diferencia así netamente del Estado en el Estado de Derecho: *Es el creador del derecho*, está por encima del orden normativo, mientras que el Estado *nace de un sistema normativo* —rudimentario, pero sistema al fin— y tiene por encima de él ciertas normas que le fijan facultades o posibilidades de acción, y normas que le prohíben ciertas y determinadas acciones. (Desconocimiento o

alteración de los derechos individuales, facultades extraordinarias, modo de hacer la expropiación, modo de establecerse los impuestos, forma de gobierno, etc.)

5.2. *El Estado nace de un sistema normativo como sujeto de derecho*³²

Mientras que el pueblo amorfo y genéricamente considerado se halla *sobre* el orden jurídico constitucional, no pudiendo, por lo tanto, integrar relaciones jurídicas, el Estado creado en la Constitución sí las puede integrar, mediante sus órganos. (“Poder Ejecutivo,” etc.) Decir que el Estado Nación Argentina puede integrar relaciones jurídicas —como es indubitable— implica necesariamente afirmar que es un sujeto de derecho, esto es, una persona jurídica; *el poder, como fuerza social no sujeta al derecho*, puede crear relaciones jurídicas para terceros, pero no integrarlas él mismo, por cuanto la juridicidad de la relación depende precisamente del hecho de que sea una fuerza superior a ambas la que declare imperativa. *En las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado, el poder no es del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano, y, por consecuencia, aunque el Estado tenga el poder público que la Constitución le conceda, es igualmente un sujeto de derecho y carece de poder en la acepción citada del término.*

De cualquier manera, la personalidad constitucional —*ergo*, jurídica— del Estado, surge del art. 35 de la Constitución, cuando ésta dice que el Gobierno y territorio de las provincias —esto es, el Estado— tendrá los nombres oficiales que allí se designan, empleándose uno determinado *en la formación y sanción de las leyes*. Puesto que la formación y sanción de las leyes está sujeta al orden jurídico constitucional, es actividad de un ente con individualidad jurídica, es decir, de una persona jurídica; puesto que al Estado “Nación Argentina” allí designado se lo contempla en función de persona jurídica o sujeto de derecho, bien claro es que así se lo constituye.

A mayor abundancia, todo el título primero de la segunda parte habla de los órganos *de la Nación*, refirmando así que la misma actúa en el orden jurídico constitucional como *sujeto*; o sea, que es sujeto y que, por serlo de la Constitución, es sujeto *de derecho*. Para refirmar definitivamente el concepto del art. 100 aclara expresamente que corresponde a la Corte Suprema y Tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de los *asuntos en que la Nación sea parte*. Puesto que la única forma de ser parte en un juicio, es siendo sujeto de derecho —teniendo personalidad jurídica—, el punto está fuera de toda discusión.

Ahora bien, esta persona jurídica que se llama Estado Nación Argentina, debe su juridicidad a las normas imperativas que la crean; por ello, es esencialmente infraconstitucional, en el sentido de que está sometida al orden jurídico de la Constitución. Si bien esa persona jurídica está autorizada a crear nuevas normas

³² Lo que aquí exponemos reproduce lo sostenido en las anteriores ediciones (1962 y 1966) de nuestra *Introducción al derecho administrativo*.

jurídicas para reglar las vidas de otras personas, ella misma no existe si no es por el orden jurídico constitucional. El Estado creado en la Constitución no existe sino gracias a ella, y, por tanto, es forzosamente inferior a la misma, y le debe igual obediencia que los demás individuos.

5.3. *La estructura del Estado bajo el orden jurídico constitucional*

No sólo la personalidad jurídica del Estado surge dentro del régimen creado por la Constitución, con las características por ésta determinadas, sino que también su estructura interna es coactivamente reglada. Nuevamente aquí es innegable la absoluta inferioridad en que se encuentra el ente con respecto a la Constitución. Si la Constitución le impone una organización determinada, delimitando las atribuciones de sus órganos, imponiéndole características determinadas (arts. 1º, 2º, 3º, etc.), ordenando cómo y cuándo y por qué hombres integrará sus órganos (arts. 37 y ss., 81 y ss., etc.), todo ello sin haberle consultado su opinión ni preguntado si le parece conveniente o no; delimitándole sus atribuciones frente a una serie de derechos individuales (arts. 14 al 20, 32, 34; el principio del art. 33, con más el del 28, delimitando todo el art. 67 y el 86), dándole a terceros facultades que a él desconoce (arts. 32, 67 inc. 11, 104, 105, 106, 107) reglándole su misma vida interna (arts. 44 y 45, 51, 53, 58, 64, 71, 72, etc.), es manifiesto que el Estado se halla en situación de total inferioridad estructural frente a la Constitución: Él existe sólo y en la forma en que ella lo decida; con la organización y las particularidades que ella preestablece.

5.4. *La pirámide jurídica estadual y la Constitución*

Puesto que los actos del Poder Legislativo no deben alterar los principios constitucionales (art. 28), y que los actos de la administración deben respetar las leyes, ambos resultan de esencia infraconstitucional, en cuanto tienen menos fuerza jurídica que la Constitución y, sobre todo, en cuanto no se trata de una mera escala o gradación jerárquica con referencia a ella, similar a la gradación que tiene el acto administrativo con referencia a la ley; se trata de que *es la Constitución, como orden jurídico*, la que les concede fuerza jurídica merced a su suma potestad.

Las leyes, actos administrativos y demás actos estatales no son normas jurídicas *graduadas por el Estado con referencia a la Constitución*; son normas jurídicas *permitidas al Estado por la Constitución, y graduadas por el Estado con referencia al Estado mismo*, ya que frente a la Constitución su condición es una sola: Falta de juridicidad, en tanto la Constitución no se la otorgue. Las normas estatales no son normas jurídicas si la Constitución no las autoriza, y por ello es errado pretender que participan de la misma esencia que la Constitución sólo que en menor grado. La esencia de la Constitución es ser fuente de toda juridicidad, es tener la expresión del poder máximo —el del pueblo—, y de esa esencia *no*

participan las normas jurídicas estatales, cuyo poder proviene del Estado, y el Estado lo recibe de la Constitución.

La pirámide jurídica es así una construcción válida con referencia al Estado; pero la Constitución es el orden jurídico pleno, y no admite gradaciones ante sí; todas las actividades humanas, llámense actos o hechos, generales o particulares, estatales o no, están frente a la Constitución en la misma playa situación de igualdad; si se conforman a lo dispuesto por el orden jurídico constitucional, son jurídicas; y si no se conforman a lo dispuesto en el orden jurídico constitucional, son contra jus, aunque militen en su favor pretendido conferirle juridicidad a todas las “normas” del poder estatal.

III. La ley

6. Ley y función legislativa

Mientras que el concepto de *función legislativa* apuntaba esencialmente al hecho de que la misma era de contenido *general*, el concepto predominante de ley tiende a prescindir del contenido del acto, para atenerse exclusivamente al aspecto *formal*, y así es como se dice que “ley” es todo acto sancionado por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución a tal efecto. De este modo, se excluyen del concepto a los actos emanados de alguna de las cámaras del Congreso, e incluso de ambas, pero no de acuerdo con las formalidades prescriptas en la Constitución para la “formación y sanción de las leyes;” en cambio, quedan incluidos dentro de la noción de “ley” tanto los actos legislativos de contenido estrictamente general, como los de contenido particular (por ejemplo, la ley de presupuesto, o toda ley que se refiera a un caso concreto.) Como se ve, existe un cierto desajuste entre el concepto de función legislativa y el concepto de ley, ya que esta última no aparecía siempre como producto del ejercicio de la primera; sin embargo, ambos conceptos se mantienen con tales alcances por razones prácticas y de comodidad para el uso.

Por lo demás, la ley de derecho administrativo no tiene ninguna característica intrínseca que la diferencie de las demás leyes; en particular, es un error sostener que todas las leyes administrativas son de orden público;³³ ellas lo serán de acuerdo con los criterios y condiciones en que cualquier otra ley puede ser considerada con aquel carácter.

Algunas situaciones especiales se presentan, por ejemplo, en el derecho español, con las leyes orgánicas que introduce la Constitución de 1978.³⁴

³³ Ampliar en MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, pp. 219 y 220; AGUZA, HENOC D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 26 y ss.

³⁴ Para dicho tema nos remitimos a FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Las Leyes Orgánicas y El Bloque de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1981.

7. *Leyes y tratados*

De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”³⁵

Sin embargo, lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser, sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, legislación interna, ha dado lugar a soluciones diversas,³⁶ según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación.

De más está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.), carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas internas.³⁷

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario. En este aspecto, es necesario partir de la base de que, en las doctrinas antiguas, la integración no forma parte usualmente de las estrategias nacionales;³⁸ en consecuencia, el Tratado de Montevideo ha sido tan sólo un tratado-marco, faltándole el más claro sentido dinámico que algunos atribuyen a los tratados de la comunidad europea.³⁹

Otros instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios, por su parte, carecen de la vigencia jurídica que algunos estudios intentan darle: Así ocurre con la Declaración de los Presidentes de América, el Acta de Negociaciones, el Acuerdo de Complementación, los Protocolos del Acuerdo de Complementación, Resoluciones de la Conferencia de Ministros, del Comité Ejecutivo Permanente, etc.⁴⁰

³⁵ PTN, *Dictámenes*, 21-VIII-1956, 58: 222.

³⁶ Dictamen citado, y CSJN, *Fallos*, 150: 84, y 186: 258.

³⁷ Ha seguido las afirmaciones precedentes ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 63.

³⁸ INTAL, *La integración económica de América Latina*, Buenos Aires, 1968, p. 172; “Instituto de Estudios Políticos para América Latina,” serie *Estudios de actualidad*, n°9, ALALC, Montevideo, 1964, p. 19; DELL SYDNEY, “Apreciaciones sobre el funcionamiento del Tratado de Montevideo,” en el libro dirigido por WIONCZEK, MIGUEL, *Integración de América Latina*, México, 1964, p. 96.

³⁹ OPHÜLS, CARL FRIEDRICH, “Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen,” en el libro *Planung I*, dirigido por J. H. KAISER, *Baden-Baden*, 1965, p. 229 y ss. En Francia se le reconoce correctamente un carácter “superior a la ley” y obligatorio para la administración, RIVERO, op. cit., pp. 53 y 54.

⁴⁰ Un análisis amplio de estos institutos puede encontrarse en *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, derecho de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pp. 1047-48, 1054-55, etc.; CARDENAS, EMILIO E., “Hacia un derecho comunitario

Por ello, la discusión europea entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos⁴¹ y los sostenedores de la tesis del quasi-federalismo,⁴² no tiene todavía visos de realidad en todos los países latinoamericanos, sin perjuicio de que a nivel subregional y de acuerdos fronterizos existan algunos progresos.⁴³ Pero, en general, se observa una continua crisis de evolución y estancamiento. No es esto de extrañar demasiado cuando en el mismo marco europeo se observa que “estas tesis e hipótesis dejan reconocer que se están aún lejos de un juicio uniforme. Esto tiene su fundamento en el presente estado de fluctuación en que se encuentran no solamente el derecho comunitario, sino las comunidades mismas. En esta incertidumbre es comprensible que aún persista el forcejeo entre los «eufóricos,» los partidarios de los derechos soberanos y los «realistas.» La opinión jurídica dependerá de si la presente época de estancamiento en la cuestión de la integración europea se orienta hacia un retroceso o un desarrollo mayor. Con este alcance tienen poco valor nuevos intentos de interpretación y debería dejarse la multiplicidad de construcciones hasta hoy transitadas.”⁴⁴

Debe señalarse, con todo, que el mismo interés que ponen los gobiernos en admitir un derecho supranacional cuando se trata de concertar operaciones internacionales de crédito deberán usarlo para admitir un derecho supranacional de los derechos humanos, del trabajador, etc. Esa es, obviamente, la buena tendencia.⁴⁵

8. *Ámbito de la ley frente a la administración*

El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo, sin otra limitación que la de que la ley establezca una regulación razonable. Salvo ese límite, que es por otra parte común a todas las leyes del Congreso, éste puede dictar normas para cualquier función realizada por la administración: Puede legislar sobre la función pública y el servicio civil, sobre la organización y el funcionamiento administrativo interno, sobre cualquiera de los actos que dicte la administración, incluso los así llamados “actos de gobierno.” (Doctrina que reputamos errónea: *Infra*, cap. XII.)

latinoamericano,” revista *Derecho de la Integración*, n°1, Buenos Aires, 1967, p. 32 y ss.; GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *op. loc. cit.*

⁴¹ GRABITZ, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburgo, 1966.

⁴² OPHÜLS, C. F., “Quelle un Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrech,” revista *Neue juristische Wochenschrift*, Munich-Berlin-Frankfurt a.M., 1963, cuaderno n°38, p. 1697 y ss.; SATTLER, ANDREAS, *Das Prinzip der “funktionellen Integration” und die Einigung Europas*, Göttingen, 1967.

⁴³ Ver INTAL, *Proyectos multinacionales de infraestructura física*, Buenos Aires, Mimeo, 1970. Pueden tener mayor potencialidad de desarrollo, quizá, las corporaciones públicas multinacionales. Ver en este sentido KAPLAN, MARCOS, *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración*, Estudios Internacionales Chile, julio-septiembre de 1969, p. 186 y ss., trabajo reproducido luego en otras publicaciones del mismo autor.

⁴⁴ EBERHARD MENZEL, comentario aparecido en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, 1969, cuaderno 15/6, pp. 579 y 580.

⁴⁵ Admitida ya expresamente, por cierto, por la doctrina y los derechos más evolucionados. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 149 y ss.

Por ello, si bien existe una zona de “reserva” legislativa, en el sentido de que en ciertas materias sólo el Congreso puede estatuir y en ningún caso (ni siquiera por delegación) la administración, no existe en cambio en el derecho latinoamericano un principio *inverso* de que pueda haber zona alguna de la actividad administrativa “reservada” a ella y exenta de la regulación legislativa. La aclaración podría parecer innecesaria, atento al principio de la separación de los poderes que las constituciones consagran, pero es muy importante destacarla porque la Constitución francesa de 1958 ha introducido una *reforma expresa* y muy marcada en el punto, estableciendo que el Congreso sólo puede legislar en los puntos que taxativamente le indica la Constitución, y que todo lo demás queda librado a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Innecesario es decirlo, esto constituye una exacerbación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo y de hecho una destrucción del Congreso, pero como los autores franceses modernos han comenzado a recoger estrictamente esos principios sin destacar lo que para ellos es obvio (el cambio constitucional), puede darse el caso de que los lectores puedan intentar adoptar esa repartición de funciones, entendiéndola como orientación general de la doctrina, y sostener luego en países de correcto sistema constitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de la regulación legislativa, lo que no resultaría acertado: De allí la necesidad de advertir expresamente acerca del punto, y recordar que todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable.

No se ajustan exactamente a este criterio, sin embargo, opiniones que sobre otros aspectos de la materia sostienen algunos autores, por lo que es necesario considerarlas aquí. En particular, no creemos que se adecue a nuestro sistema constitucional la tesis de acuerdo con la cual el Congreso no podría legislar sobre algunos aspectos de la actividad administrativa, o lo que es lo mismo, que en tales materias sólo la administración podría dictar normas generales, pero no el Parlamento.

Esta opinión ha sido emitida, por ejemplo, con relación a los denominados “actos de gobierno,” diciéndose que ciertos actos del Poder Ejecutivo no estarían sujetos a regulación legislativa,⁴⁶ y también con relación a ciertos aspectos internos de la actividad administrativa, sosteniéndose que lo referente a la organización administrativa, al estatuto del personal civil de la administración, al procedimiento administrativo interno, etc., no puede ser regulado por ley, sino que debe serlo por reglamento autónomo.⁴⁷

Estos criterios, como decimos, no se ajustan en nuestro concepto al ordenamiento positivo actual ni tampoco al sistema constitucional que nos rige. El principio

⁴⁶DÍEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, 2ª ed., pp. 528-9; CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, 1948, p. 483, etc.

⁴⁷MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 243 y ss.

de la legalidad lleva, en suma, a que ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa.⁴⁸

En definitiva, todo esto nos demuestra:

8.1. Que de hecho existe ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una y otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; *por lo que debe anotarse que estas facultades están al presente sujetas a legislación*; con lo que el concepto señalado no responde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

8.2. *Que el Congreso tiene todavía un amplio margen para legislar acerca de las facultades que la Constitución le confiere directamente al Poder Ejecutivo*, y que todas esas posibles leyes que hemos reseñado no podrían, bajo ningún aspecto, ser consideradas como que exceden la competencia constitucional del Congreso.

En verdad, en todo esto se ha cometido una confusión. Se ha advertido que la Constitución confiere cierta libertad al Poder Ejecutivo; se ha pensado entonces en la posibilidad de que una ley lo ate totalmente, no dejándole ninguna libertad de acción; y se ha concluido en que tal ley sería inconstitucional: Sobre eso se ha construido la idea de los actos de gobierno.

Repetimos, ello importa una confusión: El que una ley de ese tipo sea inconstitucional deriva simplemente de que reglamenta *irrazonablemente* la Constitución; su vicio, en consecuencia, se basa en los principios generales aplicables a cualquier ley del Congreso y no a teoría especial alguna de gobierno, acto institucional, reserva de poderes, privilegio ejecutivo, etc.

Y ello es el criterio de acuerdo al cual debe encararse el problema todo de la reglamentación legislativa de facultades del Poder Ejecutivo: Tal legislación será constitucional siempre que no modifique ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea de otro modo irrazonable.

En tal sentido, señala HUBER que el legislador tiene a su mano la decisión acerca de si dará discrecionalidad a los órganos supremos de la administración para actuar sobre las cuestiones que estime fundamentales a la existencia del país o si, en cambio, los sujetará a regulación legal.⁴⁹ NAWIASKY, por su parte, indica que “ciertamente que su actividad está sujeta, en todas estas direcciones, a las leyes existentes,” y añade que a lo sumo podría encontrarse una ausencia de leyes detalladas sobre ciertos actos del Poder Ejecutivo: Ausencia que está derivada de la política legislativa, nada más.⁵⁰ En igual sentido expresa WOLFF que el gobierno no es actividad libre de la legislación, sino *sometida* a ella, y

⁴⁸ Es decir, sin la previa potestad legalmente conferida para producirlas: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3.^a ed., p. 404.

⁴⁹ HUBER, ERNST R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Tübingen, 1953, 2^a ed., p. 656.

⁵⁰ NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedel, 1955, II parte, pp. 16-17.

que si el Poder Ejecutivo o Gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para actuar ello es sólo gracias a que su influencia en el Parlamento le permite obtenerla en algunos casos.⁵¹

Por ello, cuando se deba analizar alguna facultad reglada o discrecional concedida al Poder Ejecutivo en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, debe partirse del principio de que tal facultad no está libre de regulación legislativa: Que no se trata de actividades en un plano de igualdad con la ley, sino de subordinación; y que el espíritu de la Constitución no es de ninguna manera que el Poder Ejecutivo se transforme en su propio legislador.

El principio, pues, es que tal facultad está sometida a las leyes, que, por lo tanto, las leyes que al respecto se dicten están dentro de la competencia constitucional del Congreso, y que la posible inconstitucionalidad de éstas se rige por los principios generales; su inconstitucionalidad podrá derivar entonces de que modifiquen algún requisito constitucional, o lo interpreten irrazonablemente, o alteren los derechos individuales de los habitantes, pero no de que legislen sobre la actividad del Poder Ejecutivo en ciertos y determinados asuntos de “gobierno” o de “administración interna.”

9. *La administración frente a la ley inconstitucional*

Por lo que hace a la aplicación de la gradación jerárquica Constitución-ley por parte del Poder Ejecutivo, se ha entendido administrativamente lo siguiente:

“1º) Que es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad. (C.N., arts. 1.º, 31 y 86, inc. 2º, 94, 95, 100 y correlativos.)

2º) Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes. (C.N., arts. 1.º, 31 y 86, inc. 2º.)

3º) Que, sin embargo, también el Poder Ejecutivo tiene la facultad como todo sujeto de derecho público o privado y la obligación como órgano de la Constitución, de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución. Pues es obvio que si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución Nacional son de superior jerarquía y su ámbito de validez (temporal, espacial, material y personal) es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. Su acatamiento es obligatorio para los súbditos y todos los órganos del Estado. (C.N., arts. 1º, 30, 31, 86, inc. 18 y correlativos.)”

“Es patente, por tanto, que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede... adoptar cualquiera de las siguientes actitudes:

⁵¹ WOLF, HANS J., *Verwaltungsrecht*, I, Munich, 1971, 8ª ed., p. 81 y ss., 77 y ss., 329 y ss.

a) Ejercer, en la oportunidad especialísima de los arts. 69, 70 y 72 de la C.N., el derecho de veto.

b) Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos.

c) Promover su derogación ante el Congreso de la Nación. (C.N., art. 68.)

Todo lo dicho en los puntos b) y c) anteriores se entiende sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos. (C.N., arts. 1º y 31.)⁵²

En consecuencia, si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar algunas de las tres actitudes indicadas; esta es la tesis dominante.⁵³

IV. Los reglamentos

10. Concepto

Un reglamento es una *declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa*.

10.1. Es una *declaración*, o sea, una manifestación o declaración de voluntad, conocimiento o juicio. De esta forma distinguimos el acto (en este caso el acto reglamentario) del mero *hecho* administrativo que es tan sólo la *actuación material* de un órgano administrativo.

En cualquier caso, debe aclararse que en la interpretación moderna del principio del debido proceso, éste se debe aplicar también a la emisión de los reglamentos: Previo a su emisión es necesario realizar un procedimiento de audiencia pública o información pública, *public hearings* en el derecho anglosajón; *enquêtes publiques* en el derecho francés, etc. Este principio no ha sido aún receptado con carácter preceptivo en el derecho latinoamericano.

10.2. *Unilateral*, por oposición a bilateral. Se dice que un acto es bilateral, y particularmente un contrato, cuando es el resultado de una *declaración de voluntad común* entre dos o más partes, destinada a reglar sus derechos. En el acto unilateral falta esa “declaración de voluntad común” y es, por el contrario, una sola parte, en este caso la administración, la que expresa su voluntad, llamada por ello “unilateral.”

10.3. *Dictado en ejercicio de la función administrativa*. De acuerdo al concepto de función administrativa dado, ésta es toda la actividad realizada por los

⁵² PTN, *Dictámenes*, 72: 137 y ss., 67: 189, 64: 100.

⁵³ Expusimos la opinión contraria en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 64 y ss., y la reiteramos en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 70; la han compartido BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, p. 271; MARIENHOFF, MIGUEL S., *op. cit.*, t. I, p. 297.

órganos administrativos, y la actividad realizada por los órganos legislativos y judiciales excluidas sus respectivas funciones específicas. Por lo tanto, puede haber reglamentos dictados por los órganos legislativos y judiciales: En estos dos últimos casos los reglamentos se referirán exclusivamente al funcionamiento y organización interna de estos poderes.

10.4. *Que produce efectos jurídicos.* Esto es fundamental, pues si se trata de una mera declaración lírica, desprovista de efectos o consecuencias jurídicas (crear derechos y obligaciones) no parecería propio incluirla dentro del concepto jurídico formal de reglamento. De todas maneras, debe advertirse liminarmente que es materia de “poderes normativos” de la administración donde se debe cuidar contra el exceso autoritario del poder.⁵⁴

10.5. *Generales.* Aquí está dada la distinción, que en otra parte desarrollamos,⁵⁵ entre el reglamento y el acto administrativo. El acto administrativo se caracteriza por ser un acto que produce efectos jurídicos individuales, particulares, en un caso concreto; el reglamento, en cambio, por producirlos en forma genérica, para un número indeterminado de personas o de casos.

10.6. *En forma directa.* Esto quiere decir que el reglamento es por sí mismo susceptible de producir los efectos jurídicos de que se trata; ello no se desnaturaliza si el mismo reglamento supedita la producción de sus efectos al cumplimiento de determinada condición o al transcurso de determinado tiempo, porque en tales casos, cumplido el plazo o la condición, es el mismo reglamento el que produce el efecto de que se trata.

11. Clases de reglamentos

Por aplicación del principio de la separación de los poderes, el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; por ello la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre con algunas reservas: Debe recordarse que no es una facultad que le pertenece como principio, *jure proprio*, sino como excepción.

Los distintos tipos de reglamentos son: *a)* De ejecución, *b)* “delegado” o de integración, *c)* de necesidad y urgencia, *d)* autónomos. Precisamente el orden en que han sido enumerados indica la mayor y menor fundamentación que los sustenta. El reglamento de ejecución es el que presenta menos dificultades con respecto a su admisibilidad; las dudas acerca de la viabilidad del reglamento comienzan con el “delegado” y se van acrecentando con los siguientes:

⁵⁴ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder...*, *op. cit.*, p. 79 y ss.; “Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario,” *REDA*, nº5, p. 203 y ss.; *Curso...*, *op. cit.*, 4ª ed., pp. 187-8.

⁵⁵ Ver nuestro tratado, *El acto administrativo*, t. 3, *op. cit.*; comparar MARTÍN MATEO, *op. cit.*, p. 145 y ss.; MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967.

11.1. *Reglamento de ejecución*

En la Argentina, es el único que está expresamente previsto en la Constitución, en el art. 86, inc. 2º), el que al fijar las atribuciones del Poder Ejecutivo establece que éste “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para poner en ejecución las leyes del país, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” Varias observaciones es necesario efectuar respecto a los reglamentos de ejecución, que son, por cierto, la más importante manifestación de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo:

11.1.1. En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación,⁵⁶ por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no: Los jueces y la misma administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurrientes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos artículos como es de práctica, que “el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley,” pues de admitirse el principio opuesto, quedaría librado al arbitrio del Poder Ejecutivo el hacer cumplir o no la ley mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que, por cierto, no sería admisible.

11.1.2. El reglamento de ejecución es fundamentalmente un reglamento dirigido a los propios agentes administrativos, para que éstos sepan a qué atenerse y cómo proceder en los distintos casos de aplicación de la ley. Por ello no son reglamentables por el Poder Ejecutivo las leyes que no serán ejecutadas por la administración: Sería absurdo, por ejemplo, que el Poder Ejecutivo pretendiera reglamentar el Código Civil, el Código de Comercio, etc.

11.1.3. El reglamento de ejecución debe limitarse a ordenar el funcionamiento y los deberes de los agentes de la administración en lo que respecta al cumplimiento y ejecución de la ley a través de la administración, sin poder adentrarse, por ejemplo, a *definir* el concepto legal; si lo hace, no habiendo para ello autorización expresa de la ley, es ilegítimo y no puede ser opuesto a los particulares en ese aspecto; si la ley lo autoriza expresamente, entonces estamos en la hipótesis de un reglamento “delegado” o de integración, a que nos referimos más abajo.

11.1.4. Además, cabe recordar que el Poder Ejecutivo al reglamentar la ley debe cuidar de “no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias;” es de observar que se habla (en la Constitución) del “espíritu” y no la “letra” de la ley, por lo que se ha considerado que aunque la norma reglamentaria no aparezca en contradicción con el *texto* de la ley será igualmente ilegítima si transgrede

⁵⁶Sobre el problema, ver nuestro artículo “La promulgación y publicación de las leyes,” revista *Derecho del Trabajo*, año XXX, n°11, noviembre de 1970, p. 706 y ss.

su espíritu, esto es, la finalidad que surge del contexto de la ley; a la inversa, ha admitido en ciertos casos que una norma reglamentaria que se aparte del texto de la ley, pero se adecue al espíritu de la misma, puede también tener validez.⁵⁷

11.1.5. Por último, es importante advertir que la facultad de dictar reglamentos de ejecución está otorgada única y exclusivamente al Poder Ejecutivo, en la administración nacional, y que sólo por excepción puede admitirse esa facultad, de manera limitada y de todos modos sujeta a las reglamentaciones que el Poder Ejecutivo dé, en las entidades descentralizadas. Fuera de esos casos, es necesaria una norma expresa de la ley que autorice la reglamentación por órganos diversos. (Como ocurre, por ejemplo, en materia impositiva, en que la ley autoriza a la Dirección General Impositiva a dictar reglamentos de ejecución de las leyes pertinentes.)

11.2. *Reglamentos delegados o de integración*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el Congreso no puede delegar en forma amplia sus facultades al Poder Ejecutivo, sino que sólo puede permitirle dictar ciertas normas dentro de un marco legal prefijado por el legislador.⁵⁸ Por ello es que resulta un contrasentido hablar de reglamento “delegado” como habitualmente se hace, y resulta más adecuado en nuestro concepto, usar el término “reglamento de integración,” por las razones que se verán.

En efecto, los casos en que se admite como válida la atribución de facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo, se refieren invariablemente a las leyes que establecen ellas mismas un determinado principio jurídico, dejando al administrador tan sólo el *completar, interpretar o integrar* ese principio, sea precisando su concepto, sea determinando las circunstancias de hecho a que deberá ser aplicado. Así, por ejemplo, la ley de accidentes del trabajo número 9688 establecía en su art. 12 que el Poder Ejecutivo reglamentará “las lesiones que deben considerarse como incapacidades absolutas y las que deben conceptuarse como incapacidades parciales, teniendo en cuenta, en caso de concurrencia de dos o más lesiones, la edad de la víctima y su sexo” (art. 12): Aquí la ley da parte del principio jurídico y lineamientos (edad y sexo) para la integración que deberá hacer el Poder Ejecutivo de aquél. Así también puede la ley autorizar el cobro de una tasa o impuesto dentro de un límite mínimo y otro máximo, facultando al Poder Ejecutivo a determinar cuál es el monto de la tasa dentro de esos límites;

⁵⁷ CSJN, *Fallos*, 269: 120, 121: “... esta Corte ha decidido en forma reiterada que el PE no excede su facultad reglamentaria por la circunstancia de no ajustarse en su ejercicio a los términos de la ley, siempre y cuando las normas del decreto reglamentario no sean incompatibles con ella, propendan al mejor cumplimiento de sus fines o constituyan medios razonables para evitar su violación y, en definitiva, se ajusten de ese modo a su espíritu.” Ver también *Fallos*, 232: 287; 244: 309; 250: 456; 254: 362, y otros.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 123.

o establecer que estarán libres de impuestos y recargos aduaneros las materias primas esenciales para una determinada industria (por ejemplo, siderurgia), y disponer que el Poder Ejecutivo determinará cuáles son los materiales concretamente excluidos, etc.

Ha dicho así la Corte Suprema en el caso *Delfino*: “Que, ciertamente, *el Congreso no puede delegar* en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, *ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos*. Es ese un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29;” “Desde luego, *no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella;*” “Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución;”⁵⁹ y lo ha reiterado luego en la causa *Mouviel*, del año 1957, en el sentido de que: “En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1º) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, *pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables.*”⁶⁰ Dicho en otras palabras, la delegación no puede alterar ni violar la reserva constitucional de la ley.⁶¹

11.3. *Reglamentos de necesidad y urgencia*

Su admisibilidad es excepcional, y se produce en los casos y condiciones a que hemos hecho mención al referirnos a los decretos-leyes y compararlos. Su viabilidad ha sido admitida por la jurisprudencia y la doctrina, a pesar de que no estén previstos en la Constitución o la ley; su fundamento es la doctrina jurídica del “estado de necesidad.”

11.4. *Reglamentos autónomos*

Este tipo de reglamentos, que no está expresamente previsto en las leyes ni en la Constitución, estaría constituido por aquellos dictados para regir una materia en la que precisamente no hay normas legales aplicables. (De ahí justamente lo de

⁵⁹ CSJN, *Delfino*, 1927, *Fallos*, 148: 430, 434.

⁶⁰ CSJN, *Mouviel*, 1957, *Fallos*, 237: 636, 657.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 247-8.

“autónomo.”) No hay dudas en cuanto a su admisibilidad y procedencia cuando se lo dicta para regir el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta harto cuestionable, en cambio, que se pretenda regular con él la actividad de los particulares, fijándoles *obligaciones* respecto a la administración, por cuanto el art. 14 de la Constitución establece claramente que la regulación y, por ende, restricción de los derechos individuales puede hacerse “por las leyes...;” esto es, por las leyes del Congreso, y no por actos de la administración.

Con todo, procediendo con la debida prudencia, es posible utilizar este medio reglamentario dentro de sus límites correctos y con utilidad; lo único que habrá de cuidarse es no fijar obligaciones, deberes de los administrados hacia la administración, que no tengan un sustento legal específico.

11.4.1. En Francia la nueva Constitución autoriza expresamente a la administración el expedir reglamentos autónomos de carácter legislativo en materias excluidas de las atribuciones del Parlamento. (Arts. 34 y 37.) Cabe distinguir así entre los reglamentos externos: *a)* Los autónomos (o más propiamente, legislativos), y *b)* los subordinados.

Los primeros surgen directamente de la Constitución, sin que una ley pueda determinar su contenido ni legislar sobre el punto: Tienen así la categoría de ley;⁶² los segundos sólo pueden dictarse para la ejecución de las leyes o por autorización de ellas.

Es un criterio constitucional peligroso y ciertamente desaconsejable si no se cuenta con gobiernos mesurados y pueblos vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su art. 18, apar. 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.⁶³

12. *Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo*

Además de los reglamentos internos que dicta la administración hay que mencionar los que dictan, respectivamente, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que participan de las mismas características de los dictados por la administración y son igualmente administrativos; ello, porque reglan precisamente la parte administrativa (organización y procedimiento interno) del ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional, respectivamente. Por ello el reglamento es siempre una fuente específica de derecho administrativo.⁶⁴

⁶² WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 6 y ss., de la “*addenda*.”

⁶³ ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 76 y ss.

⁶⁴ Es el principio también denominado “inderogabilidad singular de los reglamentos,” ver, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, p. 183; 4ª ed., p. 206.

13. *Relación entre el reglamento y el acto administrativo*

En lo que respecta a la gradación existente entre el reglamento y el acto individual de la administración, es principio general que siempre debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior. La expresión elemental del principio de la legalidad es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida;⁶⁵ ello encuentra aplicación bajo una triple forma:

13.1. La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior.

13.2. La decisión individual de un órgano no puede contravenir el reglamento dictado por el mismo órgano que toma la medida individual; un órgano administrativo no puede, pues, violar sus propias reglamentaciones. Para poder dictar este acto individual sería así necesario derogar previamente el reglamento preexistente: Pero aún así esa derogación no puede ser retroactiva, y las actuaciones surgidas bajo una determinada regulación deben, en principio, ser solucionadas de acuerdo con la misma.

13.3. La decisión individual no puede contravenir al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.⁶⁶ Así, si un ministro tiene facultades para reglamentar cuáles son las obligaciones de los agentes públicos bajo su dependencia, no puede el Presidente de la Nación dictar un acto administrativo relevando a uno de tales funcionarios de parte de esas obligaciones. Desde luego, si la competencia del órgano inferior para dictar el reglamento no le ha sido delegada por vía legislativa, el órgano superior puede en todo momento retomar esa competencia y dejar sin efecto el reglamento dictado por el inferior; pero mientras no lo haga no podrá dictar actos que no se ajusten a lo dispuesto en tal reglamentación.

Para la aplicación del principio es necesario en todos los casos que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y de materia, y que el acto reglamentario haya sido válidamente dictado.

Si el reglamento es ilegal, la administración puede, en un acto particular, apartarse de lo ilegalmente dispuesto por el mismo⁶⁷ —siempre que la decisión

⁶⁵ LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *op. cit.*, p. 196; ZANOBINI, GUIDO, "Sul fondamento giuridico della inderogabilità del regolamento," *Rev. di Diritto Pubblico*, t. IX, 1917, parte 1ª, p. 411 y ss.; FLEINE, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 114; BALLBÉ, MANUEL, "El ordenamiento jurídico administrativo," *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XII, año XCI, 2ª época, (180 de la colección), Madrid, 1946, p. 200 y ss., p. 211; PTN, *Dictámenes*, 33: 202 y ss.; 77: 305; 81: 236, etc.

⁶⁶ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 197; BONNARD, Roger, nota en *Sirey*, 1932, 3, 1; RIVERO, *op. cit.*, 4ª ed., p. 78.

⁶⁷ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. I, 3ª ed., pp. 196 y 197. Pero esta regla se encuentra condicionada por los principios referentes al deber de obediencia: Cuando mayor es la jerarquía del agente estatal, mayor es su deber de analizar la juridicidad del reglamento o la orden; y viceversa.

individual sí se ajuste a lo que dispone la ley—; ello, siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.

V. Jurisprudencia

14. Concepto y alcances

Hay dos concepciones de lo que es jurisprudencia: Una, que es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales; otra, que son las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales (*auctoritas rerum similiter judicatarum*.) La primera es la actual noción anglonorteamericana, que identifica jurisprudencia con derecho positivo; la segunda, la más generalizada en el mundo occidental.

El juez al aplicar una norma general crea una nueva norma, no ya general, sino individual, la que aporta un “plus” al ordenamiento jurídico, aunque la jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales, sino tan sólo del sentido que esa norma individual ha dado la norma general; no se trata de que el juez cree normas de derecho, sino de que precise el sentido de la norma general ya existente. Pero como todas las reglas de derecho son suficientemente abstractas como para poder ser interpretadas de diferentes maneras, resulta que la norma se amplía o se restringe en su significado efectivo (es decir, en el significado en el cual tiene aplicación imperativa) según sea la interpretación que le den los jueces.

La jurisprudencia se distingue de las demás fuentes del derecho en que ella es imperativa sólo en el momento en que el juez le aplica o reitera, pues el juez no está obligado a seguir las interpretaciones reiteradas y concordantes que él mismo u otros jueces superiores hayan dado a una norma.⁶⁸

La imperatividad de esta fuente está, pues, condicionada a la voluntad del juez, pero puesto que en la práctica los jueces mantienen los criterios interpretativos formulados por ellos mismos o sus superiores con anterioridad, tiene un cierto grado fáctico de imperatividad asegurado: Dado que esa facticidad tiene en cada caso apoyo jurídico en la voluntad del juez, puede mencionarse a la jurisprudencia como fuente de derecho.

En Francia se admite que los jueces (del Consejo de Estado) establezcan jurisprudencia sin basarse en ley o principio imperativo alguno; en los demás países se considera por lo general que el juez sólo puede interpretar la ley, bien que, por supuesto, está en libertad de interpretarla en cualquier sentido posible.

⁶⁸A la inversa sucede, según es sabido, en el derecho anglo-norteamericano.

Cuando prescinde de toda norma la sentencia es arbitraria y con ello inconstitucional;⁶⁹ también se la considera arbitraria cuando, si bien cita alguna disposición, carece de todo fundamento serio para aplicarla; la seriedad se estima no ya en la exactitud del criterio del juez, sino en que aporte razones y elementos de juicio para fundar su resolución.

Los principios de derecho público tienen merced a su contenido axiológico y a su carácter de normas jurídicas, riquísimas posibilidades para la jurisprudencia del derecho administrativo; ésta debe desarrollarlos y aplicarlos no sólo cuando la ley los reproduce fielmente, sino también cuando los niega o cuando se abstiene de legislar sobre el punto: O sea, los principios constitucionales deben aplicarse jurisdiccionalmente con todo su contenido y valor, tanto de conformidad como en contra o sin la ley.

En esto último nos enrolamos, obviamente, en la posición que se aparta del criterio casi conceptualista y negativo que apareció en el siglo pasado (y que hoy está prácticamente abandonado), de acuerdo al cual la Constitución era asimilada poco menos que a un catálogo: Si sus normas no prevenían expresamente un caso determinado, aclarando que aun a falta de ley sus disposiciones debían ser aplicadas (o usando al menos términos enfáticos que así lo dieran a entender; la propiedad es “inviolable,” es “inviolable” la defensa en juicio), ellas no debían ser aplicadas por el juez, pues ello habría implicado actuar de *lege ferenda*. Hoy en día se busca interpretar el sentido de las normas constitucionales y darles aplicación imperativa también a situaciones no previstas por el legislador (así, por ejemplo, el recurso por sentencia arbitraria; la acción de amparo, etc.), o previstas en forma imperfecta.

Nosotros consideramos además que los principios constitucionales, por tener contenido y orientación axiológica, y por ser de su esencia que ese contenido y esa valoración estén presentes en todos los actos estatales, transforman en inconstitucional todo acto que no tenga su misma valoración; lo que significa que la orientación estimativa del acto, esto es, su finalidad, también forma parte de su constitucionalidad: Todo acto estatal, en definitiva, podría ser anulado por los tribunales en cuanto a su finalidad dentro de lo que marquen los principios constitucionales.

⁶⁹ Ver CARRIÓ, GENARO, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1959, IV, p. 85 y ss.; *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El derecho a la jurisdicción en la Argentina,” *El Derecho*, t. 11, p. 954; LINARES, JUAN FRANCISCO, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales,” *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 27, N°3-4; VANOSSI, JORGE R., *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966.

VI. La costumbre

15. Concepto y admisibilidad en general

La costumbre surge como fuente de derecho cuando hay el convencimiento popular abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica. No hay que confundir por lo demás la costumbre, que es convencimiento popular abonado por la práctica, con la “costumbre” que ha sido aceptada y hecha efectiva por la jurisprudencia: En tal caso la regla de que se trate no vale por ser consuetudinaria, sino por ser jurisprudencial; se aplica no porque la gente esté convencida de que es una norma jurídica y siempre la haya cumplido, sino porque los tribunales así lo han querido.⁷⁰

Pero la costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente lo autorice, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Vimos ya que una excepción surge de la índole misma de la función administrativa (en el caso de los reglamentos), pero aquí no se puede hallar argumento positivo alguno que la introduzca; por otra parte, incluso en el derecho privado (así, el Código de Comercio y en materia de patentes y marcas) la tendencia es que para que la costumbre adquiera relevancia jurídica es necesario que una norma legislativa lo autorice o reconozca como tal.

15.1. La costumbre no es, pues, en principio, fuente de derecho administrativo⁷¹ y la administración no puede, en consecuencia, crearse derechos frente a los particulares por observar habitualmente una determinada conducta: A pesar de que una costumbre o práctica administrativa tenga observancia usual y exista el convencimiento de que constituye una norma jurídica de tipo imperativo, la misma carece de todo valor como fuente de derecho administrativo: Lo que no quita que si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, la misma sea válida: Pero ello surge de la ley misma y no de la costumbre.

15.2. Sin embargo, podría admitirse, a la inversa, que la costumbre puede crear derechos de los administrados frente a la administración, ya que la anteriormente mencionada limitación constitucional (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda) está concebida fundamentalmente en relación a los individuos, y no al Estado; por ello, del mismo modo que la administración podría crearse ciertas

⁷⁰ En contra, FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de “costumbre” para referirse al *jus receptum* jurisprudencial.

⁷¹ Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1964, 6.^a ed., p. 107 y ss., y VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 315 y ss., quienes no consideran el principio constitucional citado (art. 19) ni el principio concordante de teoría general del derecho. Ver, en efecto, KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 163 y ss., 172 y ss. Conf. con nuestra tesis MARIENHOFF: *Op. cit.*, p. 292 y ss. En el derecho comparado, véase RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4.^a ed., p. 70.

obligaciones mediante un reglamento autónomo (y no podría crear deberes a los administrados), así también puede crearse obligaciones frente a los particulares mediante la observancia usual y reiterada de una determinada norma de conducta. Entendemos, en definitiva, que la costumbre puede ser aceptada como fuente únicamente en cuanto contenga la creación de derechos para los administrados frente a la administración.