

CAPÍTULO IV

FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. Concepto	IV-1 / 87
2. La Constitución	IV-2 / 88
3. Caracteres de las normas constitucionales	IV-3 / 89
a) Supremacía de la Constitución	IV-3 / 89
b) Impertividad de la Constitución	IV-3 / 89
c) La juridicidad de las normas constitucionales	IV-4 / 90
d) La Constitución como orden jurídico pleno	IV-5 / 91
4. La ley	IV-5 / 91
5. Las leyes de derecho administrativo	IV-6 / 92
6. Ámbito de la ley frente a la administración	IV-7 / 93
7. Los decretos-leyes	IV-8 / 94
8. Los reglamentos	IV-10 / 96
9. Clases de reglamentos	IV-11 / 97
a) Reglamento de ejecución	IV-11 / 97
b) Reglamentos delegados o de integración	IV-12 / 98
10. La jurisprudencia	IV-14 / 100
11. La costumbre	IV-14 / 100

Capítulo IV
FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO¹

1. *Concepto*

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;² otros agregan a los hechos como fuente formal.³

Estas dudas provienen de una confusión, no tanto sobre el concepto de fuente como sobre el concepto de derecho administrativo: Puesto que este es una rama de la ciencia del derecho (una disciplina científica) que estudia 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 integran 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;⁴ en este concepto del derecho administrativo, hablar de fuente no tiene

¹ Ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo, op. cit.*, p. 171 y ss.

² BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 86.

³ JELLINEK, WALTER, *op. cit.*, p. 125 y ss.; p. 132 y ss. Para una comparación entre esta tesis de “la fuerza normativa de lo fáctico” y la costumbre, ver ESSER, JOSEPH, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Viena, 1949, p. 118 y ss.

⁴ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 59.

sentido —salvo en el aspecto puramente sustancial⁵ y lo que nosotros estudiaremos aquí como “fuentes” debe analizarse bajo el nombre de “derecho administrativo objetivo.”⁶ 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.

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.

2. *La Constitución*

Del esbozo hecho de las relaciones del derecho administrativo con el derecho constitucional se desprende que 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.

⁵ 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 SARRÍA, FÉLIX, *Derecho administrativo*, t. I, Córdoba, República Argentina, 1950, 4ª ed., p. 72 y ss.

⁶ Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60.

⁷ Lo que reside en que lo que la viola sea declarado antijurídico.

3. Caracteres de las normas constitucionales

a) *Supremacía de la Constitución*

Las normas constitucionales, al prever en forma de equilibrio las facultades estatales contrapuestas a los derechos individuales, y al establecer una serie de principios básicos que regirán la vida social, configuran un verdadero orden jurídico constitucional, separado del resto del orden jurídico estatal por una relación de grado: Su supremacía absoluta.

En efecto, es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno o una teórica expresión de deseos hecha por el pueblo, y que el Estado pueda o no seguir a su elección; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley —pero aún más, es una ley superior al común denominador de las leyes: Es una ley superior al propio Estado y fuera del alcance de las potestades de éste.

Su superioridad consiste en que el Estado —en el sentido de organización estatal— no la ha creado, ni pueden sus leyes *derogarla* en caso alguno, lo que comprende asimismo la consecuencia de que no pueden *violar* ni *alterar* sus disposiciones. Cuando una ley dictada por el Estado viola alguno de esos principios se la considera *inconstitucional*, ilegítima, y deja de ser aplicada por la reclamación del individuo ante la justicia. Si la Constitución tiene pues esa particularidad de transformar en *antijurídico* todo lo que la viole, y si lo que la transgrede es por ello mismo inaplicable (por la intervención del juez ante el reclamo del individuo afectado), es evidente que ello se debe a que la Constitución, aún con referencia a las leyes del Congreso, es suprema. Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez todos los actos de la administración deben respetar la Constitución; igual ocurre con las sentencias de los tribunales: Luego, la Constitución es la máxima y última expresión de la juricidad.

b) *Imperatividad de la Constitución*

Esta supremacía de la Constitución, que nadie discute, no es por supuesto sólo moral o ética: Es ante todo una supremacía jurídica, y ello explica por qué una ley o un acto administrativo, que son expresiones de la voluntad coactiva y también jurídica del Estado, pierdan validez e imperatividad cuando se apartan de la Constitución. Si la realidad nos enseña que una ley o un acto administrativo pueden perder juridicidad e imperatividad en tales casos, ello significa que lo que destruye dicha juridicidad es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: De otra forma la hipótesis resultaría absurda.

A pesar de que la supremacía, así concebida, está indisolublemente unida a la 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 y obligatoriamente aplicable en todo momento, a toda circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto a veces de dudas expresas o implícitas. 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* para inhibir la que a su vez tienen aquéllos.

c) *La juridicidad de las normas constitucionales*

Se ha sostenido a veces que las normas constitucionales no son normas jurídicas porque carecen por sí mismas de sanción, en caso de incumplimiento, y que esa sanción sólo la podrían otorgar las leyes.

Pero ese criterio es errado, porque las sanciones de las normas jurídicas no son siempre necesariamente penas, sino que pueden consistir también en el establecimiento de una relación jurídica nueva, la extinción de una relación jurídica preexistente, o en la ejecución coactiva del deber violado. Esta última sanción no requiere una expresa determinación de la ley para ser aplicada, pues dado que existe una disposición que ha establecido un deber determinado con carácter imperativo, no es extraño a esa norma interpretar que ante el incumplimiento del deber jurídico violado, el mismo sea ejecutado coactivamente, por la fuerza. Por ello, la existencia de esa sanción no necesita ser declarada por la norma jurídica en forma expresa, para estar allí no obstante y poder ser aplicada: Su existencia y su medida están comprendidas en la existencia y medida del deber mismo que la norma ha establecido.

En consecuencia, cuando la Constitución dispone con su típico sentido imperativo que los habitantes deben gozar de tales y cuales derechos, está allí implícita *la sanción*, para el caso en que el Estado pretenda no respetar esos derechos, *de hacer cumplir coactivamente ese deber*, esto es, de hacer respetar por la fuerza los derechos que la Constitución reconoce. (Anulando entonces el acto inconstitucional, mandando coactivamente restablecer la situación a su estado anterior, etc.) Esa es una sanción de las normas jurídicas constitucionales; a los jueces corresponde en los casos ocurrentes el aplicarlas.

Incidentalmente, corresponde advertir que las consideraciones precedentes son de aplicación estrictas sólo en el caso de normas constitucionales que tengan un contenido *actual*, por ejemplo, que dispongan: “Todos los habitantes de la Nación *gozan* de los siguientes derechos...,” no, sin embargo, cuando se trata de disposiciones de un neto contenido programático: “El Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados...,” etc. En el primer caso la disposición establece *ya*, ahora, el derecho de que se trata, y lo reconoce directamente a los individuos; en el segundo en cambio la disposición establece sólo una obligación

futura, a la que no se establece término, del Congreso: Es evidente que constituye tan solo una orientación, poco menos que un consejo, y no en modo alguno algo que los individuos puedan exigir al Estado sólo en base a la disposición constitucional. Pero, por supuesto, normas del segundo tipo son la excepción dentro de las constituciones, y las primeras constituyen la regla.

d) *La Constitución como orden jurídico pleno*

Si la Constitución es un conjunto de reglas *imperativas* de conducta humana, y si ella es suprema, y sus normas contienen *sanciones* para el caso de que sean violadas, es notorio que constituye un *orden jurídico* al cual también el Estado está sujeto. Sé trataría de 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 ejercerlo, y todo lo que la Constitución exige se tiene el *deber* de cumplirlo.

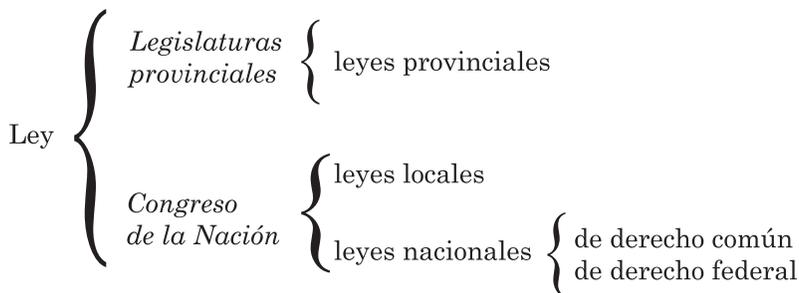
La relación entre el Estado y los individuos se resume así en una contraposición de derechos y deberes mutuos: El individuo tiene el deber de respetar el poder estatal, y el Estado tiene el deber de respetar los derechos de los individuos; inversamente, el Estado tiene el derecho de ejercer frente a los individuos las facultades que la Constitución le concede, y los individuos tienen el derecho de que no se alteren sus prerrogativas constitucionales.

4. *La ley*

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 al procedimiento previsto en la Constitución a tal efecto. De este modo, se excluyen del concepto a los actos emanados de alguna de las cámaras del Congreso, o incluso de ambas pero no de acuerdo a las formalidades prescritas 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 refiere a un caso concreto.)

Las leyes se pueden clasificar en primer lugar según emanen del Congreso de la Nación o de las legislaturas provinciales; las primeras pueden subclasificarse en a) leyes locales y b) leyes nacionales; las leyes nacionales, a su vez, se subclasifican en 1º) leyes de derecho común, y 2º) leyes de derecho federal.

a) Las leyes *locales* del Congreso de la Nación son aquellas que éste dicta en su carácter de legislatura local, es decir, para la Capital Federal: La materia a



que este tipo de leyes se refiere es en general la misma a que se refieren o pueden referirse las leyes provinciales; las cosas y las personas a las que se aplican, son siempre exclusivamente aquellas que están comprendidas en ese ámbito territorial. Es importante señalar que todo lo que hace al derecho administrativo es por regla general *local*: De allí que las leyes que se dictan en esta materia son dictadas por cada provincia para sí, y por la Nación también sólo para ella misma y sus entes, excluidas las provincias.

b) Las leyes *nacionales* del Congreso de la Nación se caracterizan porque son de aplicación *en todo el territorio* de la Nación; se subclasifican en leyes de derecho común y leyes de derecho federal, y esta subclasificación está concebida en razón de la *materia* o contenido de tales leyes. Observamos así que mientras que la distinción entre leyes locales y nacionales está dada en razón del territorio, la distinción entre leyes nacionales de derecho común y federal está en cambio dada en razón de la materia.

1º) Son leyes de derecho *común* las previstas por ejemplo en el art. 67, inc. 11 de la Constitución argentina: El Código Civil, el Código Penal, el Código de Comercio, etc. Estas leyes se caracterizan porque son aplicadas por los jueces locales, es decir, por los jueces de la respectiva provincia en que la cuestión se produzca.

2º) Las leyes nacionales de derecho *federal* son aquellas que hacen a la existencia y al funcionamiento de los poderes del Estado nacional, tales como las leyes de ciudadanía, servicio militar obligatorio, elecciones nacionales, etc. Estas leyes, a diferencia de las de derecho común, son aplicadas por los jueces federales, es decir, los jueces del Estado nacional, aunque los casos de que se trate se produzcan en el territorio de las provincias.

5. Las leyes de derecho administrativo

No es fácil ubicar en el contexto general de las leyes argentinas el lugar que corresponde a las leyes de derecho administrativo. Como solución de principio se señala que el derecho administrativo es local, y que por lo tanto las leyes administrativas de la Nación sólo rigen para ella misma, y que cada Provincia se dicta sus propias leyes de obras públicas, leyes relativas a la función pública, leyes

de procedimiento administrativo y de derecho procesal administrativo, leyes de organización administrativa, entidades autárquicas, empresas del Estado, etc.

Sin embargo, no debe olvidarse que no todo el derecho administrativo nacional es puramente local, de aplicación sólo para la Nación misma: Hay algunas leyes administrativas que entran dentro del ámbito del derecho federal, y que en consecuencia escapan al ámbito provincial; como ejemplo pueden citarse las leyes de aduana, servicio militar obligatorio, etc. Además existen algunas facultades que son *concurrentes* del Congreso Nacional y de las legislaturas locales, como ser lo referente al bienestar general; pero como es obvio esa concurrencia, por razones fácticas, muy a menudo se resuelve impropriamente en una cierta supremacía de la ley nacional. Si bien de acuerdo al art. 31 de la Constitución las leyes nacionales son “supremas,” ello debe entenderse sólo en tanto y en cuanto hayan sido dictadas dentro de las atribuciones que la propia Constitución le otorga al Congreso de la Nación; por lo demás, si no hay directa y absoluta incompatibilidad entre la ley provincial y la ley nacional, o sea, si no es inconciliable el ejercicio simultáneo de la potestad que acuerda la ley nacional con la que concede la ley provincial, debe mantenerse la vigencia de la ley provincial,⁸ sin perjuicio, desde luego, de mantener también la vigencia de la ley nacional en cuanto ha sido dictada en el marco de sus atribuciones. La ley provincial deberá ceder ante la ley nacional cuando exista esa incompatibilidad que señalamos, cuando el ejercicio de la atribución respectiva le está expresamente prohibido a las provincias, o haya sido conferido por la Constitución en forma exclusiva al Gobierno de la Nación.⁹

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;¹⁰ ellas lo serán de acuerdo a los criterios y condiciones en que cualquier otra ley puede ser considerada con aquél carácter.

6. *Ambito 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 dicta la administración, incluso los así llamados “actos de gobierno” (doctrina que hoy puede reputarse errónea sin lugar a dudas), sobre

⁸ Corte Suprema, *Fallos*, 3: 131, Mendoza, 1965.

⁹ Fallo citado en la nota anterior. Ampliar en VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. V, p. 124 y ss.

¹⁰ Ampliar en MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 219.

procedimiento, actos y contratos administrativos, recurso jerárquico, etc. El que estas sean actividades de la administración no empecé por supuesto a su más amplia regulación legislativa.

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.¹¹ La aclaración podría parecer innecesaria, atento el 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 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.

7. *Los decretos-leyes*

Si bien ni la Constitución ni una correcta interpretación de la teoría de la división de los poderes admite la existencia de “decretos-leyes,” el hecho es que ellos han aparecido y se han impuesto en buena medida por imperio de las circunstancias, de la necesidad de mantener la continuidad de la vida estatal a pesar de que se haya producido una quiebra en su normalidad institucional. Fundamentalmente, cuando un Poder Ejecutivo asume “de facto” el ejercicio del Poder Legislativo (sea por una revolución formal, o por un golpe de Estado, o por alguna otra situación que haya llevado irregularmente a la disolución o supresión del Congreso), y dicta en virtud de esas facultades que se arroga, actos que normalmente corresponden a las atribuciones del Congreso, nos encontramos con los llamados decretos-leyes¹² Es pues en esencia un Decreto de un gobierno de facto que regula materias que

¹¹ Conf. BIDART CAMPOS, *Derecho constitucional*, op. cit., p. 708, nota 49, y p. 701, nota 26.

¹² Como excepción terminológica, puede recordarse que en el gobierno de facto instaurado en junio de 1966, el Poder Ejecutivo ha dictado en ejercicio de las facultades legislativas, “leyes” que incluso

por su naturaleza caen en el ámbito de la ley formal, pudiendo entonces modificar o derogar la legislación imperante. (No, por cierto, las normas constitucionales.) Tienen el mismo vigor que una ley, desde el mismo momento en que son dictados y publicados, y no necesitan ser ratificados posteriormente por una ley; su vigencia se mantiene hasta tanto una ley los derogue. Es de advertir finalmente que éstos son tan solo los lineamientos generalmente predominantes, ya que la jurisprudencia y la doctrina suelen evolucionar debido en buena medida a la naturaleza del gobierno de facto que produzca los decretos-leyes.

No deben confundirse los decretos-leyes que provienen de un gobierno de facto, con los reglamentos de necesidad y urgencia que excepcionalmente puede dictar un gobierno constitucional en situación de emergencia. Sus diferencias más notables son:

a) *En cuanto a la causa que los fundamenta:* El reglamento de necesidad y urgencia sólo puede dictarse, como su nombre lo indica, en caso de emergencia, de estado de necesidad, cuando se produce una necesidad pública de tal modo impostergable e imperiosa (terremoto, inundación, etc.) que es de todo punto imprescindible solucionarla con la mayor prontitud, inmediatamente; el decreto-ley, en cambio, puede dictarse aunque no exista un estado de necesidad; si bien existen algunas dudas acerca de si las facultades de un gobierno de facto son tan amplias como las de un Congreso normalmente constituido (y la jurisprudencia registra muchas evoluciones e involuciones en este aspecto), es seguro al menos que sus atribuciones en materia de legislación de facto son mucho más amplias que las que tiene el Poder Ejecutivo constitucional al dictar los reglamentos de necesidad y urgencia.

b) *En cuanto a la formalidad de la comunicación al Congreso:* El reglamento de necesidad y urgencia debe ser inmediatamente comunicado al Congreso para que éste resuelva en definitiva lo que corresponda, y si no estuviese reunido, deberá convocárselo al efecto; el decreto-ley no necesita ser comunicado al Congreso.

c) *En cuanto a la existencia del Congreso:* Mientras que el decreto-ley sólo se dicta cuando no existe el Congreso y sus atribuciones se hallan asumidas de facto por el Poder Ejecutivo, el reglamento de necesidad y urgencia dictado por un gobierno constitucional supone la existencia del Congreso. En este último caso, no es necesario que el Congreso esté en receso, pues puede ocurrir que a pesar de estar reunido la necesidad sea de tal modo imperioso que no se haga posible esperar para su solución hasta el tratamiento de un proyecto de ley por el Congreso; a la inversa, la circunstancia de que el Congreso esté en receso, en modo alguno aumenta la facultad del Poder Ejecutivo para dictar estos reglamentos:

han continuado la numeración precedente de las leyes del Congreso. Conceptualmente, con todo, no se trata de "leyes" sino de "decretos-leyes," precisamente por emanar de un gobierno *de facto*.

Siempre se tratará de casos de estado de necesidad, de por sí muy excepcionales, para que pueda estar justificado el recurrir a este medio.

8. Los reglamentos

Mientras que la Constitución es *cualitativamente* la fuente más importante del derecho administrativo, pues es la fuente suprema y orientadora de toda esta disciplina, el reglamento es la fuente *cuantitativamente* más importante,¹³ dado que la mayor parte de las disposiciones del derecho administrativo se encuentran contenidas no en la Constitución ni en las leyes, sino en los reglamentos emanados de la administración.¹⁴

En nuestro concepto, un reglamento es *una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.*

a) Es una declaración, o sea una manifestación de voluntad, conocimiento o juicio, es decir, un acto. 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;

b) 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, quien expresa su voluntad, llamada por ello “unilateral;”

c) realizada en ejercicio de la función administrativa: Recuérdese que de acuerdo al concepto de función administrativa ya dado, ésta es toda la actividad realizada por los órganos administrativos, y la actividad realizada por los órganos legislativo y judiciales excluidas sus respectivas funciones específicas. Por lo tanto, puede haber reglamentos dictados por los órganos administrativos, y también, en sus respectivos campos de actuación, por los órganos legislativo y judiciales: en estos dos últimos casos los reglamentos se referirán al funcionamiento y organización interna de estos poderes;¹⁵

d) 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;

¹³ Comparar GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 149; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 232.

¹⁴ GIACOMETTI, *op. loc. cit.*

¹⁵ Ampliar en MARINO BON VALSASSINA, *Sui regolawnti parlamentan*, Padua, 1955, p. 33 y ss., 77, 108 y ss.

e) generales: Aquí está dada la distinción, que luego veremos con más detalles, 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;

f) 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.

9. 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. Debe evitarse, en fin, que el derecho administrativo quede degradado a una mera condición de “derecho de reglamentos,” en la expresión de GIACOMETTI.¹⁶

Los distintos tipos de reglamentos son: *a)* De ejecución, *b)* “delegados” o de integración, *e)* de necesidad y urgencia, *d)* autónomos. Nos referiremos aquí a los dos primeros.¹⁷

a) Reglamento de ejecución: En la Argentina, es el único que está expresamente previsto en la Constitución, en el artículo 86, inciso 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:

1º) En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por o 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 fuera

¹⁶ GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, op. cit., p. 149.

¹⁷ En lo que respecta a los restantes, ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., p. 194.

necesaria en los casos ocurrentes, 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 reglamentarla o no, lo que por cierto no sería admisible.

2º) El reglamento de ejecución es fundamentalmente un reglamento dirigido a los propios agentes administrativos, para que éstos sepan a que 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.

3º) 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.

4º) 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 su espíritu, esto es, la finalidad que surge del contexto de la ley.

5º) 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.¹⁸ 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.)

b) 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 fijar ciertas normas

¹⁸ Comp., en el derecho español, BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “Los órganos estatales titulares de poder reglamentario,” *Revista de Administración Pública*, nº 47, Madrid, 1965, p. 79 y ss.

dentro de un marco legal prefijado por el legislador. Por ello es que resulta un contrasentido hablar de reglamento “delegado” como habitualmente se hace, y resulte 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 solo el *completar, interpretar o integrar* ese principio, sea precisando su concepto, sea determinando las circunstancias de hecho a que deberá ser aplicado.¹⁹ Así, por ejemplo, la ley de accidentes de trabajo, 9688, establece que la enfermedad profesional se considera accidente de trabajo (principio legal), pero faculta al Poder Ejecutivo a reglamentar qué son “enfermedades profesionales,” a los efectos de la ley (aquí el administrador completa el principio, lo integra con la enumeración de las circunstancias de hecho en las cuales deberá aplicarse); 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; 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 proclamando 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”²⁰ 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

¹⁹ En sentido similar FIORINI, BARTOLOMÉ, *Poder de policía*, Buenos Aires, 1957, p. 139; BIDART CAMPOS, *Derecho constitucional, op. cit.*, t. I, p. 775.

²⁰ *Fallos*, 148: 430, 434, *Delfino*, 1927.

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.*²¹

10. *La jurisprudencia*

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; pero la jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales,²² sino tan sólo del sentido que esa norma individual ha dado a 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 lo suficiente 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 la 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.

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.²³

11. *La costumbre*

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. Pero la costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente la

²¹ *Fallos*, 237: 636, 657, *Mouviel*, 1957.

²² VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 342.

²³ Conf. LOZADA, *op. cit.*, p. 394.

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.²⁴ Vimos ya que una excepción surge de la naturaleza 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 adquiriera relevancia jurídica es necesario que una norma legislativa la autorice o reconozca como tal.

La costumbre no es pues fuente de derecho administrativo²⁵ 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 qué si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, ella sea válida: Pero ello surge de la ley misma y no de la costumbre.²⁶

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 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.²⁷

²⁴ Art. 19 de nuestra Constitución. Señala por ello GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 173, que admitir que la costumbre sea fuente de derecho administrativo es una negación del principio de la legalidad de la administración.

²⁵ Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, *op. cit.*, p. 89 y ss., y VILLEGAS BASAVILBASO, *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 al efecto KELSEN, *op. cit.*, p. 163 y ss., 172 y ss. Conforme con nuestra tesis MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 292 y ss. En igual sentido GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

²⁶ No consideramos, en efecto, que la llamada *consuetudo secundum legem* sea verdaderamente una fuente de derecho, distinta de la ley misma a la que está corroborando. Conf. en este sentido FERRARI, GIUSEPPE, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milán, 1950, pp. 126 y 127.

²⁷ No hay que confundir tampoco 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. Nos apartamos en esto de FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de*

Sinopsis

1. Son fuentes de la ciencia del derecho administrativo todas las normas y principios imperativos.

2/3. La Constitución es cualitativamente la fuente más importante: Sus disposiciones se caracterizan por ser supremas, imperativas, estar dotadas de sanción (en caso de incumplimiento, la sanción consiste en que se las puede hacer cumplir mediante el empleo de la coacción), y constituir un orden jurídico pleno.

4. Las leyes pueden emanar de las legislaturas provinciales o del Congreso de la Nación; estas últimas pueden ser de naturaleza local, sólo para la Capital Federal, o nacionales, de aplicación en todo el territorio de la Nación; a su vez, estas últimas pueden ser de derecho común (Código Civil, Penal, Comercial, etc.), que son aplicadas por los jueces locales, o de derecho federal (servicio militar obligatorio, ciudadanía, etc.) que son aplicadas, por los jueces federales.

5. El derecho administrativo es local (luego, emana de las legislaturas provinciales y del Congreso nacional cuando actúa como legislatura local para la Capital o dicta normas para la Nación misma), pero también hay leyes administrativas de derecho federal.

6. La ley puede regular cualquier aspecto de la actividad administrativa. (Organización, procedimiento, función pública, etc.)

7. Un decreto-ley es un acto emanado de un Poder Ejecutivo de facto que ejerce las atribuciones del Poder Legislativo; aquél tiene las mismas atribuciones que éste, y sus actos no necesitan posterior ratificación legislativa.

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

9. Se distinguen los reglamentos de ejecución de los delegados o de integración. Los primeros sólo se refieren a leyes que la propia administración debe ejecutar y pueden dictarse aunque la ley que se reglamenta no lo haya dispuesto expresamente; los segundos se refieren a cualquier ley que expresamente haya establecido que el Poder Ejecutivo la reglamente, pero es necesario que la ley fije un cierto marco o límite dentro del cual la administración agregará algunos elementos que integren el principio legal; no puede hacerse una delegación en blanco.

10. La jurisprudencia es el conjunto de interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales; no es obligatoria, pero dado que usualmente se la sigue, tiene una cierta imperatividad fáctica.

derecho administrativo, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de “costumbre” para referirse al *jus receptum* jurisprudencial.

11. La costumbre no es fuente del derecho administrativo, salvo que se trate de la creación de derechos de los administrados frente a la administración.