

## Capítulo VII

# FUENTES NACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

## I. La Constitución

### 1. *La evolución de una perspectiva secular*

A partir del renacimiento (que resultó fugaz) de la democracia, en 1960 tratamos de jerarquizar una vez más a la Constitución como fuente del derecho. Enfatizamos en ese momento el carácter de normas jurídicas operativas de las normas constitucionales, su imperatividad, existencia de sanción en caso de incumplimiento, completitud como orden jurídico pleno y supremo, sin lagunas. Lo llamamos por todo ello “Estructuración dogmática del Estado de Derecho.”<sup>1</sup> Destacamos el paso histórico en el mundo desde el “Estado de legalidad” al “Estado de constitucionalidad.” Señalamos la distinción entre normas y principios constitucionales. Esa Constitución traía el sistema de valores de la Constitución norteamericana, con principal énfasis en el principio supremo de razonabilidad, *due process of law* o justicia material. Más allá de nuestras conocidas falencias en cumplir la Constitución, formalmente nuestro sistema funciona desde 1853 con el esquema estadounidense. Ha sido siempre, pues, la más importante de las fuentes.

### 2. *El orden jurídico supraconstitucional*

Esa etapa entra en un distinto carril en 1984, con el sometimiento del país a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de allí<sup>2</sup> se despliega hasta el presente una parábola, pasando por numerosos hitos: el siguiente sometimiento a nuevos tratados de derechos humanos con jurisdicción extranjera, el reconocimiento de la operatividad y supremacía de la Convención, la reforma constitucional de

<sup>1</sup> Publicado en *Lecciones y Ensayos*, 17: 91, Buenos Aires, 1960.

<sup>2</sup> Y de los hechos históricos del descrédito militar, el a veces débil restablecimiento de la democracia, la creciente presión internacional, etc. Ver *supra*, cap. II, y cap. IV, nota 59.

1994, los tratados de integración regional, los tratados contra la corrupción y la generalización de la jurisdicción universal, para estas y otras violaciones al nuevo derecho universal y al viejo derecho de gentes, ahora fortalecido, en la lucha contra los crímenes de lesa humanidad.<sup>3</sup>

Comenzamos la readaptación escrita en 1990, postulando la operatividad y el carácter de orden jurídico superior de la Convención: en el orden de prelación de las fuentes, pusimos a la Convención en primer lugar, seguida de la Constitución. Los que antes postulaban que la Constitución era programática ahora tienden a jerarquizarla, pero no como tutela de los individuos sino como valladar para pretender impedir la aplicación del nuevo orden jurídico superior, supranacional e internacional en cuanto es contrario a violaciones internas tanto de la Constitución como los pactos. Cuando antes no lamentaban la violación de la Constitución, ahora la toman como emblema de territorialidad y soberanía, para oponerse a la internacionalización de los derechos humanos. Buscan en su texto cómo oponerse a alguna convención. Ahora, tardíamente, estarían de acuerdo en decir que es un orden jurídico pleno, imperativo, supremo.

### 3. *Los valores y principios supremos*

Pero ya la historia siguió su curso. Por supuesto que las normas constitucionales son jurídicas, tienen sanción en caso de incumplimiento, etc. Pero ya no son supremas. Están un peldaño más abajo en la jerarquía de las fuentes. El primer nivel en las fuentes, a su vez, está claramente compuesto más de principios que de normas. Se integra inexorablemente con los valores de todo orden jurídico, del derecho internacional, etc. Es el momento de percibir que se produce una inevitable mutación del modo de conocer el derecho.<sup>4</sup> Los grandes valores de razonabilidad, justicia, son ahora admitidos como supremos. Los textos normativos son así instrumentales para el logro de tales fines.

En este estadio de la evolución de nuestro país en el sistema jurídico universal, pierde sentido el enfatizar la Constitución, no porque tenga menos importancia que antes, bien al contrario, sino porque hay algo todavía más importante que ella. Suprimimos, por todo ello, algunos desarrollos que empezamos en 1960 y comenzamos lentamente a modificar desde 1984.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002 y sus referencias.

<sup>4</sup>Nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y versiones inglesa y francesa en Londres, Esperia, 2003, todas con prólogo de Spyridon Flogaitis

<sup>5</sup>En 1961 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA escribía lo que luego pasaría a formar parte de su actual *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996, reimpresión. Era una etapa histórica previa a la Constitución española de 1978, pero ya de construcción democrática y liberal. Ahí ya hizo apelación a la supremacía de los principios por sobre las normas y rechazó la pretensión, propia del “Estado de la legalidad,” de un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas. Tenía razón, aunque en España se destaque mucho, desde 1978, la Constitución como fuente.

## II. La ley

### 4. 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 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 (p. ej., 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 aparecería siempre como producto del ejercicio de la primera. Pero ambos conceptos se mantienen con tales alcances por razones prácticas y de comodidad para el uso por su vieja tradición.

### 5. Clasificación de las leyes

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.

#### 5.1. Leyes locales

Las leyes *locales* del Congreso de la Nación eran aquellas que éste dictaba en su carácter de legislatura local, es decir, para la Capital Federal: la materia a que este tipo de leyes se refería era en general la misma a que se refieren, o pueden referirse, las leyes provinciales; las cosas y las personas a que se aplican, son siempre exclusivamente aquellas que están comprendidas en ese ámbito territorial.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se establece una dicotomía que, al dar cuasi autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, limita las facultades del Congreso como legislatura local principalmente a los lugares donde operan establecimientos de utilidad nacional y aún así de manera limitada al cumplimiento del objeto federal. De ahora en más, la única ley que la Nación puede dictar para la Ciudad de Buenos Aires es la que delimita las competencias respectivas; dentro de ella quedarán materias de exclusiva jurisdicción nacional, caso en el

cual las leyes a dictarse no serán ya locales del Congreso de la Nación, sino leyes nacionales de carácter federal.

## 5.2. *Leyes nacionales*

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; 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 de territorio, la distinción entre leyes nacionales de derecho común y federal está dada en cambio en razón de la materia.

5.2.1. *Leyes nacionales comunes.* Son leyes de derecho *común* las previstas, p. ej., en el art. 75, inc. 12 de la Constitución argentina: el Código Civil, el Código Penal, el Código de Comercio, etc.<sup>6</sup> Estas leyes se caracterizan porque son aplicadas por los jueces locales, es decir, por jueces de la respectiva jurisdicción en que la cuestión se produzca. La Ciudad de Buenos Aires, en 1997, no recibió la devolución de sus jueces naturales por la Nación. A pesar del exasperante déficit perpetuo del Estado nacional,<sup>7</sup> persiste en sobrellevar los costos de una justicia que en verdad ya no le compete.

5.2.2. *Leyes nacionales federales.* Las leyes nacionales de derecho *federal*<sup>8</sup> son aquellas que hacen a la existencia y al funcionamiento de los poderes del Estado nacional, tales como las leyes de ciudadanía, servicio militar, elecciones nacionales, etc.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

## 5.3. *Los decretos-leyes o así llamadas “leyes” de los gobiernos de facto*

Iniciada en 1966 la “Revolución Argentina” señalamos de inmediato el error semántico y político de llamar “leyes” a los decretos-leyes del gobierno de facto,<sup>11</sup> uso lingüístico que tenía una expresa voluntad “legitimadora” del gobierno. Han sido pocos los juristas que eligieron en su momento llamarlos como corresponde

<sup>6</sup>Para una enumeración más completa de las leyes nacionales comunes, ver YMAZ, ESTEBAN y REY, RICARDO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962, 2ª ed., pp. 81-3.

<sup>7</sup>Y, en cambio, la solvencia de la Ciudad.

<sup>8</sup>La denominación aquí mencionada ha sido utilizada por la Corte Suprema en *Fallos*, 187: 93, *Fernández y Sust* (1940) y otros y es la seleccionada por IMAZ y REY, *op. cit.*, p. 84.

<sup>9</sup>Han sido ubicadas como leyes nacionales federales, entre otras, las de correos, telégrafos, pesas y medidas, moneda, aduana, bancos, puertos, distintas Comisiones Nacionales, ferrocarriles, marcas de fábrica, radio y televisión, presupuesto nacional.

<sup>10</sup>A su vez, hay leyes que revisten simultáneamente carácter federal y local, como explican IMAZ y REY, *op. cit.*, p. 90 y ss.

<sup>11</sup>“Análisis crítico de la ley de desarrollo,” *Revista de Legislación Argentina*, 2: 86 (Buenos Aires, 1966) y en nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966.

(“decreto-ley” o “así llamada ley”) y por ello el uso cotidiano de este país emergente recibe pleno el deterioro de los principios. Hasta el día de hoy encontramos libros, fallos, doctrinas, que a décadas de terminado el último gobierno de facto, todavía prosiguen con ese peligroso uso legitimador.

La reforma constitucional de 1994 en su art. 36 denosta claramente este tipo de gobierno<sup>12</sup> y el código de ética de los abogados les prohíbe aceptar tales cargos. Creemos que es una violación del texto, de su espíritu constitucional y del espíritu de las normas que actualmente rigen la profesión, continuar llamando “leyes” a los actos legislativos de aquellos gobiernos de facto (1966-1973; 1976-1983). En lo que respecta al decreto-ley 19.549/72, se ha intentado justificar denominarlo “ley” sosteniendo que, aunque dictado por un gobierno de facto, fue luego adoptado, ratificado y aplicado con tal alcance por los órganos de iure, lo que ha motivado un interesante debate epistolar.<sup>13</sup> La continuación de un uso semántico legitimador de lo que la Constitución prohíbe es algo que abogados, legisladores, jueces y funcionarios deben abandonar para hacer un correcto desempeño de su función en una sociedad democrática.

Aunque ya lo hemos dicho en el cap. I, la pertinacia del uso local contrario a la normativa y a los juicios de valor que nos obligan internacionalmente, torna indispensable reiterarlo. Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos (*Giroldi*, 1995, *Arce*, 1997) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”<sup>14</sup> En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos

<sup>12</sup>GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., t. I, comentario al art. 36.

<sup>13</sup>GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL* 2006-F, 892. En realidad, nunca existió una ratificación expresa del Congreso del decreto-ley 19.549/72. Con el advenimiento de la democracia, el Congreso realizó derogaciones particulares de varios decretos-leyes —en general, de varios dictados sobre materia penal—. A los que no fueron expresamente derogados, el órgano *de iure* les otorgó categoría de “leyes.” Esta práctica hace que nuestra crítica se mantenga.

<sup>14</sup>Párr. 22 de la OC 6/96, ComisiónIDH, *Informe anual*, 1996, Washington, D.C., 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra. Las opiniones consultivas de la CorteIDH son de obligatoria aplicación en el derecho interno, como lo tiene resuelto la CSJN en *Giroldi*, *Arce*, etc. Ver nuestro artículo “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151. (Buenos Aires, 1996.) El criterio ha sido reiterado en *Bramajo*, *Fallos*, 319: 1840 (1996) cons. 8º y en *Arce*, *LL*, 1997-F, 697, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para sino contra el Estado,” reproducido en el libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, p. 165.

básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”<sup>15</sup>

La CorteIDH define pues como leyes “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes,”<sup>16</sup> pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”;<sup>17</sup> es la legislatura electa y no otra la que tiene la potestad legislativa.<sup>18</sup>

### 6. *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 las 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 las provincias o la Nación misma: hay algunas leyes administrativas que entran dentro del ámbito del derecho federal y que en consecuencia escapan al ámbito provincial; p. ej., pueden citarse las leyes de aduana, servicio militar, 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 impropiaemente en una cierta supremacía de la ley nacional. Si bien de acuerdo con el 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,<sup>19</sup> sin

<sup>15</sup> *Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro. Ver la aclaración de la nota anterior.

<sup>16</sup> Opinión Consultiva n° 6, párrafos 23 y 32.

<sup>17</sup> Opinión Consultiva n° 8, párrafo 24.

<sup>18</sup> Opinión Consultiva n° 8, § 22 y 23; todo ello reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPIANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, § 31, p. 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional.

<sup>19</sup> CSJN, *Fallos*, 3: 131, *Mendoza y hermano*, 1865.

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, o 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.<sup>20</sup> 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;<sup>21</sup> ellas lo serán de acuerdo con los criterios y condiciones en que cualquier otra ley puede ser considerada con aquel carácter.

### 7. *Ámbito de la ley frente a la administración*

El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo,<sup>22</sup> 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.”<sup>23</sup> 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<sup>24</sup> o del control judicial<sup>25</sup> La “zona de reserva de la administración” carece de todo fundamento constitucional, mucho menos en la Constitución de 1994 y resulta sorprendente ver como distinguidos autores enuncian una concepción

<sup>20</sup> Fallo citado en la nota anterior. Ampliar en VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, TEA, 1949-1956, p. 124 y ss.

<sup>21</sup> Ampliar en MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 219-20; AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1950, p. 26 y ss.

<sup>22</sup> Es el principio de legalidad o sometimiento de la administración a la ley, que entre otros explica GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981.

<sup>23</sup> Ver su crítica *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VII.

<sup>24</sup> En contra CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 145; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La denominada «zona de reserva de la administración» y el principio de la legalidad administrativa,” *RDA*, 21-23: 109 (Buenos Aires) y en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, cap. I.

<sup>25</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS A., “La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de derechos sociales,” *LL* 2006-C, 519; “La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de derechos sociales (II) (La disidencia de las juezas de la CSJN),” *LL*, Sup. Adm., 2006 (julio), 10 y “La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de Derechos Sociales (III),” *LL* 2006-F, 68, donde se reseñan precedentes en que dicha ‘zona de reserva’ fue invocada para rechazar acciones para la protección de los derechos y otras en la que la existencia de tal supuesta “zona de reserva” fue desmitificada.

cesarista en un país donde no nos ha faltado nunca nuestra cuota —generosa— de césares.<sup>26</sup> Hasta hay autores que la visten de doctrina garantista de los derechos individuales. Cuesta entenderlo, pero así es. Todo tiene su origen en un autor —dado a las afirmaciones axiomáticas *ex-cátedra*— que la tomó no de otros sistemas constitucionales como el nuestro, sino de la Constitución francesa de 1958. Ella introdujo hace medio siglo una reforma expresa y muy marcada en el punto, estableciendo que el Parlamento 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.

Esto constituye una exacerbación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo y de hecho una destrucción del Parlamento, que nada tiene ver con nuestro sistema constitucional, pero existen ya demasiados autores nuestros que, a partir de un ilustre adelantado, intentan adoptar esa repartición de funciones. Es franca y ostensiblemente inconstitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de regulación legislativa: 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. 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 Congreso.

Esta opinión ha sido emitida, p. ej., con relación a los denominados “actos de gobierno,” diciéndose que ciertos actos del Poder Ejecutivo no estarían sujetos a regulación legislativa<sup>27</sup> 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, etc., no puede ser regulado por ley sino que debe serlo por reglamento autónomo.<sup>28</sup>

<sup>26</sup>Nuestro viejo cacicazgo hace que siempre tendamos a la definición platónica de tiranía, en que el poder es ejercido por una sólo persona, sea por métodos militares o, cuestra creerlo, incluso civiles. La sociedad civil nunca ha sido suficientemente fuerte para poner un control oportuno y eficaz ante la violación del sistema constitucional. Por eso quizás haya que pensar en cambiarlo, como lo hemos sugerido en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en *www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios*.

<sup>27</sup>DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., pp. 528-9; CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, 1948, p. 483, etc.

<sup>28</sup>MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 243 y ss. Ha hecho frondosa escuela. Entre sus innúmeros seguidores cabe anotar, recientemente, a MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete,” *RDA*, 19/20: 421 (Buenos Aires, 1995), especialmente pp. 434-6: tantas son las citas que puede hacer en apoyo de esta tesis, que ni este inteligente autor se ve necesitado de advertir que ella, para algunos, es palmariamente *inconstitucional*.

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

### 7.1. *La regulación legislativa de la actividad administrativa*

Por de pronto, es de advertir cómo ya la ley ha regulado numerosos aspectos de la organización y funcionamiento administrativo, sin que hasta la fecha tribunal alguno haya pronunciado su inconstitucionalidad por tal causa.

*En lo que hace a la organización administrativa*, ha existido siempre y existe también actualmente una *ley de ministerios*, que regula la organización, funcionamiento, competencia, etc., de los ministerios y secretarías de Estado: la *ley de administración financiera y control del sector público nacional*;<sup>29</sup> las numerosas leyes que organizan determinadas oficinas internas de la administración nacional (ley de aduanas, de impuestos, etc.).

En última instancia, si se considera que la Constitución otorga expresamente al Congreso la atribución de dictar la ley de presupuesto, que en esencia es un ordenamiento administrativo de la actividad administrativa —disponiendo qué oficinas existirán o no, qué cargos habrá, etc.—, no pareciera que pudiera congruentemente negarse la atribución parlamentaria de regular en aspecto alguno la organización administrativa. Con las nuevas técnicas del presupuesto por programa, este principio se afianza aun más en cuanto al alcance de la normación parlamentaria.

En lo que hace al *estatuto de personal civil* de la administración pública nacional y a la regulación y limitación de la atribución presidencial de nombrar y remover a sus agentes (art. 99 incs. 13 y 19 y art. 100 inc. 3° de la Constitución), ya existe ese estatuto, por lo que de hecho también ha sido ejercida la respectiva atribución reguladora del poder legislativo.

En lo que hace al *procedimiento administrativo*, ya desde 1900 existe la ley 3952 (que regula el procedimiento de la reclamación administrativa previa a seguirse ante el Poder Ejecutivo), complementada con la ley 11.634 y cabe agregar después el decreto-ley 19.549/72, que regula íntegramente el procedimiento administrativo dejando un margen reglamentario, sub legal, a la administración. Además existen numerosas leyes que fijan y regulan determinados procedimientos administrativos (procedimiento impositivo, aduanero, de patentes y marcas, etc.), fijando procedimientos, autoridad de aplicación, plazos, trámites, etc.

### 7.2. *La regulación legislativa de los “actos de gobierno”*

Lo mismo ocurre con los llamados “actos de gobierno” o “actos políticos,” “institucionales,” etc.: todos los actos del Poder Ejecutivo, incluso los dictados en ejercicio de una atribución otorgada en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, *están sujetos a regulación legislativa*. Si esta materia pudo

<sup>29</sup> Ley 24.156.

dar lugar a distintas opiniones en el anterior texto constitucional, ello no parece ya posible ante la fuerte limitación de la facultad reglamentaria que impone la nueva Constitución de 1994, tanto en su texto como en su espíritu.

Ello se puede ver con algunos ejemplos:

El indulto. Dice el inc. 5º del art. 99 que el Presidente de la Nación “puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.”

Pues bien: cuando los tribunales tratan algún caso de indulto, interpretan el significado de los términos “pena,” “delito,” “jurisdicción federal” y aplican dicha disposiciones en base a la legislación. Y no es inconstitucional ni en modo alguno inaplicable el Código Penal cuando establece qué son los delitos y las penas, o la ley 48 cuando define qué es la jurisdicción federal.

No creemos que pueda decirse que esto es materia vedada al Congreso, que escapa a su competencia legislar acerca de estas facultades del Poder Ejecutivo y que éste pueda *ex novo* y *ex inventione* ponerse en cada caso a determinar discrecionalmente qué es delito, qué es pena, qué es jurisdicción federal.<sup>30</sup>

Veamos el caso del inc. 7º del art. 99: el Poder Ejecutivo “ nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado.” Aquí también el Poder Ejecutivo y los tribunales deben recurrir a la ley de servicio exterior de la Nación para saber qué es un “ministro plenipotenciario” y qué es un “encargado de negocios;” esa ley no es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo o el tribunal<sup>31</sup> interpretar, contra lo que dispone el Congreso, qué es un ministro plenipotenciario o un encargado de negocios en el sentido de la Constitución.

Según el inc. 13 del mismo art. 99 el Poder Ejecutivo “provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas.” Es obvio señalar que la determinación de qué es “empleos,” “grados,” “oficiales superiores,” no está conferida al Poder Ejecutivo, sino a la ley; de donde, nuevamente, surge que el hecho de que la Constitución haya dado en forma directa una facultad determinada al Poder Ejecutivo no significa que ella no esté también sujeta a la legislación.<sup>32</sup>

Lo mismo ocurre con la designación de magistrados judiciales: el decreto-ley 1.285/58 regula la atribución respectiva, fijando las condiciones requeridas para ser designado juez, limitando de tal modo la facultad del Poder Ejecutivo de dictar el acto de nombramiento. Incluso el nombramiento de los magistrados de la Corte

<sup>30</sup> Aun ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 59, III, pp. 49-50, que sigue la antigua noción de acto de gobierno y considera que “no puede ser una actividad reglada.”

<sup>31</sup> No coincidimos por ello con GELLI, *op. cit.*, t. II, p. 398, cuando sostiene que esta competencia “está exenta del control jurisdiccional,” comentario al art. 99 inc. 7.

<sup>32</sup> En tal sentido recuerda GELLI, *op. cit.*, pp. 721-2, la regulación legal de estas atribuciones por el Código de Justicia Militar aprobado por ley del Congreso de la Nación.

Suprema de Justicia de la Nación, al cual no se aplica el citado decreto-ley,<sup>33</sup> no está, en nuestra opinión, exento de regulación legislativa. Piénsese p. ej. en la hipótesis de que una ley prohíba ser miembro de la Corte Suprema a las personas que hayan sido declaradas “traidores a la patria:” evidentemente, tal impedimento no está previsto expresamente en la Constitución, pero ello no quita que el legislador esté facultado sin duda alguna para establecer esa restricción. No se trata tampoco de una distinción de requisitos positivos o negativos: el criterio para analizar la constitucionalidad de la ley es siempre el de la razonabilidad y el de si altera o no el requisito que la Constitución pueda haber fijado. Si la ley exige que los miembros del tribunal deben saber leer y escribir, no creemos que pueda discutirse seriamente la validez de la ley; en cambio, una ley que exigiera el conocimiento de varios idiomas, sería sí inconstitucional, pero ello en virtud de que es irrazonable creer que el criterio jurídico depende de la información a que se tiene acceso; la inconstitucionalidad de la ley surge pues de su irrazonabilidad, no de que agregue un requisito a los que establece la Constitución. También los requisitos concretos que la Constitución fija en este caso son susceptibles de regulación legislativa, e incluso en algunos casos están indirectamente legislados. Sabemos que tales requisitos son: *a)* ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio; *b)* tener las calidades requeridas para ser senador, a saber: edad de treinta años; *c)* haber sido seis años ciudadano; *d)* disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente; *e)* “ser natural de la provincia que lo elige, o con dos años de residencia inmediata en ella.”<sup>34</sup> Cuando el P. E. debe proponer un nombramiento de magistrado de la Corte Suprema y el tribunal considerar su validez, tendrán que determinar qué es un abogado, para aplicar la norma constitucional que lo exige. Parece obvio señalar que al efecto deberán atender a lo que hayan dispuesto las leyes respectivas; no podría pretenderse que una ley que establezca la organización universitaria y directa o indirectamente disponga qué se requiere para ser abogado, fuera inconstitucional. En otros términos, el Congreso pudo perfectamente reglamentar esa norma constitucional, legislando qué es el título de “abogado” en nuestro país y tanto el P. E. como los tribunales están obligados a acatar esa norma legislativa. Si la ley dice que puede expedir título profesional de abogado una universidad privada, no podría el tribunal negarle ese carácter; e inversamente, si la ley dijera que las universidades privadas no pueden expedir tales títulos, o que ellos no son el título a que se refiere la Constitución, no podría el Poder Ejecutivo nombrar un magistrado que contara sólo con un título expedido por una tal universidad; si la ley establece que el título de abogado requiere nueva habilitación cada determinado número de años y que tal habilitación es necesaria para la primera designación como juez, el abogado que no tenga título habilitante no podría ser

<sup>33</sup> CSJN, *Bianchi y Cia., Fallos*, 248: 398 (1960).

<sup>34</sup> Este requisito debe aquí entenderse como que debe ser natural del país, o con dos años de residencia inmediata en él; en cuanto al anterior, ha sufrido un *desuetudo* evidente.

designado en el cargo respectivo. El hecho de que la Constitución haya reglado esta facultad del P. E., no implica de ninguna manera, según se advierte, que el Poder Legislativo no pueda seguir legislando sobre el punto.

Lo mismo puede decirse del requisito de tener “ocho años de ejercicio de la profesión;” no podría considerarse que fuera ajeno a la competencia legislativa reglamentar qué debe entenderse por “ejercicio de la profesión.” Si el Congreso dispusiera, v. gr., que para poder considerar que una persona ejerce la profesión de abogado es necesario que la misma esté inscripta y habilitada actualmente en la matrícula profesional respectiva, o haya desempeñado un cargo que requiera tal título, tal ley sería perfectamente constitucional y no podría el Poder Ejecutivo designar con acuerdo del Senado a un magistrado que como abogado nunca estuvo inscripto en la matrícula ni desempeñó un tal cargo; ni podrían los tribunales convalidar un tal nombramiento. Igual cosa corresponderá decir de una ley que disponga que los ocho años de ejercicio de la profesión deben ser continuos y que en caso de ser discontinuos sólo se computará el tiempo de ejercicio efectivo, etc.

La Constitución exige también que el magistrado de la Corte Suprema tenga treinta años de edad. Y los años de los miembros de la CSJN también deben contarse de acuerdo con el Código Civil: si éste dijera que la edad se cuenta desde el nacimiento, no podría nadie decir que tal ley es inconstitucional o inaplicable al presente caso y que el Poder Ejecutivo pueda contar la edad de los magistrados que designa desde el momento de la gestación, o con posterioridad al nacimiento. Y a la inversa, si el Código Civil dijera que la edad se cuenta desde la gestación, no podría afirmarse que eso es inconstitucional, a menos que se diga que es irrazonable, con lo que nuevamente entramos en la teoría general y escapamos de toda teoría especial de gobierno.

La Constitución dice también que deben haber sido seis años ciudadanos de la Nación. Hay en el país leyes dictadas por el Congreso diciendo qué debe entenderse por ciudadano de la Nación, formas de obtener la ciudadanía, etc.

No puede, aquí tampoco, entenderse que el Congreso no pueda legislar tal materia también con referencia a los miembros de la Corte Suprema. Si de acuerdo con las leyes del país Fulano de Tal no es ciudadano argentino, no vemos cómo el Poder Ejecutivo podría invocar la Constitución, para decir que a su criterio, independiente de regulación legislativa, Fulano de Tal sí es argentino y que por lo tanto lo nombra como magistrado de la Corte Suprema. Si la ley adopta el *ius solis*, no podrían el Poder Ejecutivo o el tribunal entender que debe aplicarse, por ejecución directa de la Constitución, el *ius sanguinis*; parece de ello resultar que no es dable afirmar que estos actos del Poder Ejecutivo estén sujetos sólo a la Constitución.

Si una ley estableciera la equivalencia de los “pesos fuertes” de que habla la Constitución a la moneda actual y dispusiera de tal forma cuál es actualmente

la renta anual que se requiere para ser nombrado miembro de la Corte Suprema, tampoco aquí tal ley es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo decirlo o admitirlo el tribunal, que no obstante que el Congreso ha decidido que una renta de “dos mil pesos fuertes” equivale, v. gr., a seis u ocho mil pesos, él puede considerar que la ley es en ese aspecto violatoria de las disposiciones constitucionales respectivas y que una renta anual de dos mil pesos fuertes equivale a diez o quince mil pesos. Eso sería una invasión de poderes, una extralimitación de facultades del Poder Ejecutivo, que el juez no puede dejar de sancionar con la nulidad del acto.

### 7.3. Conclusión acerca de la sumisión de la administración a la ley

En definitiva, todo esto nos demuestra:

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 notarse 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.

Que el Congreso tiene todavía un amplio margen para legislar acerca de las facultades que la Constitución le confiere directamente al Poder Ejecutivo nacional; 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.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Ver HUBER, ERNST R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Stuttgart, Tübingen, 1935, 2ª ed., p. 656.

NAWIASKY por su parte indica: “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.<sup>36</sup> En igual sentido expresa WOLFF que el gobierno no es actividad libre de la legislación, sino *sometida* a ella y 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.<sup>37</sup>

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 sentido e intención constitucional no es que el Poder Ejecutivo se transforme en su propio legislador.

El principio, pues, es que tal facultad está sometida a las leyes. Por lo tanto las leyes que al respecto se dicten están dentro de la competencia constitucional del Congreso y su posible inconstitucionalidad se rige por los principios generales, no por regla alguna relativa a la administración pública: ella no tiene fueros ni privilegios frente al Congreso. La inconstitucionalidad podrá derivar de que la norma modifique algún requisito constitucional, lo interprete irrazonablemente, altere los derechos individuales de los habitantes, trasgreda tratados internacionales, etc., pero no de que legisle sobre la actividad del PE en ciertos y determinados asuntos de “gobierno” o de “administración interna,” “zona de reserva,” “de exclusión,” “liberada” o lo que fuere.

*Nada* puede escapar a la ley del Congreso de la Nación, por lo que hace a la administración pública. Eso, al menos, en un sistema democrático de derecho.

### 8. 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, la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido desde siempre lo siguiente:

“1º) Que es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad.”

“2º) Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes.”

“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,

<sup>36</sup> Ver NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln, 1955, pp. 16-7.

<sup>37</sup> WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, Beck, 1971, 8ª ed., p. 81 y ss., 77 y ss., 329 y ss. Para los aspectos políticos de la cuestión, ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VIII.

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.”

“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: a) Ejercer [...] 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.”

“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).”<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

Esta construcción del necesario sometimiento de la administración a la ley, debe hoy en día interpretarse en forma extensiva a las cláusulas de los convenios internacionales de derechos humanos.

### III. Los reglamentos

#### 9. Concepto y clasificación de los reglamentos

##### 9.1. Introducción

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; menos aun a sus órganos dependientes<sup>40</sup> dentro de la administración central. Por ello la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre

<sup>38</sup> *Dictámenes*, 72:137 (5-II-60); 67:189 (22-XII-58); 64:100 (19-II-58.)

<sup>39</sup> Expusimos la opinión contraria en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., p. 64 y ss. y en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 70; posteriormente la han adoptado BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, p. 271; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 297, quien la plasmó en un dictamen aislado cuando fuera Procurador del Tesoro de la Nación. Con la exposición de estos autores, tradicionalmente partidarios de la extensión de las facultades ejecutivas, advertimos el uso cesarista de la postulación que habíamos hecho en 1962 y que diera lugar a la “adhesión” mencionada a nuestra “crítica.” Hubimos pues de retractarnos, formalmente. El tiempo no hace sino ratificar la sabiduría que animó al criterio tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación. En igual sentido GELLI, *op. cit.*, 4º ed., t. II, “La administración ante la ley inconstitucional,” p. 360-1, nota al art. 99 inc. 1.

<sup>40</sup> Salvo el caso de los organismos independientes de contralor previstos por el art. 42 de la Constitución.

con reservas:<sup>41</sup> no es una facultad que le pertenece como principio, *jure proprio*, sino como excepción, salvo el supuesto del art. 42; en ningún caso le corresponde a los Ministros o Secretarios de Estado.

La Constitución de 1994 ha intentado limitarlos aun más, al menos en dos de sus especies (reglamentos delegados y de necesidad y urgencia), aunque todavía no se advierte en la práctica la disminución de la existencia y vigencia de estas normas. Ello se debe a algunos caracteres y problemas generales que son comunes a toda la actividad reglamentaria en cualquier país del mundo pero se incrementan entre nosotros so capa de emergencia. El reglamento es una fuente perniciosa de ilegalidad e injusticia, como veremos.

Debe advertirse liminarmente, con todo, que los juicios de valor y las interpretaciones constitucionales son extremadamente divergentes. Hay quienes postulan un acercamiento al régimen parlamentario y quienes, a la inversa, consideran que nuestro sistema constitucional es, incluso después de la reforma de 1994, “hiperpresidencialista,”<sup>42</sup> “donde el Presidente colegisla.” Las soluciones concretas habrán luego de diferir, por inexorable consecuencia.

## 9.2. Concepto

Un reglamento es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.<sup>43</sup> Es una *declaración*, o sea una manifestación o declaración de voluntad, conocimiento o

<sup>41</sup> Como señala GELLI, *op. cit.*, t. II, comentario al art. 99 inc. 2, p. 363, “existe una diferencia sustancial entre la reglamentación de derechos que dispone el Poder Legislativo, sancionando leyes [...] y la reglamentación ejecutiva que completa los pormenores de la ley para ponerlas en ejecución.”

<sup>42</sup> BARRA, RODOLFO CARLOS, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios. Fuentes*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 571.

<sup>43</sup> Para la construcción de este concepto, en general, ver *infra*, cap. X; en particular, t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, caps. I a V. En general, sobre el régimen y los problemas de los reglamentos en el derecho comparado, ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970; ORTIZ, EDUARDO, “La potestad reglamentaria en Costa Rica,” *Revista de Ciencias Jurídicas*, 16: 125 (San José, 1970); INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Actividad reglamentaria de la administración*, Montevideo, FCU, 1989; JESCH, DIETRICH, *Gesetz und Verwaltung*, Tubinga, Mohr, 1968, traducido al castellano como *Ley y administración*, Madrid, 1978; CARLETON KEMP ALLEN, *Law and Orders*, Londres, Stevens & Sons, 1947; BONFIELD, ARTHUR EARL, *State Administrative Rule Making*, Boston, Little, Brown and Company, 1986; O'REILLY, JAMES T., *Administrative Rulemaking*, Colorado, McGraw-Hill, 1983; FERREIRA LEITE, LUCIANO, *O regulamento no direito brasileiro*, San Pablo, ed. Revista dos Tribunais, 1986; GASPARI, DIÓGENES, *Poder regulamentar*, San Pablo, Bushatsky, 1978; TORRES ZULETA, GONZALO, *La potestad reglamentaria del Jefe del Estado*, Bogotá, Temis, 1979; KERWIN, CORNELIUS M., *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Washington D.C., CQ Press, 1999, 2ª ed.; CAZZOLA, FRANCO y MORISI, MASSIMO, *L'alluvione dei decreti*, Milán, Giuffrè, 1980; SANDULLI, ALDO M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Nápoles, Jovene, 1970; MOCKLE, DANIEL, *Recherches sur les pratiques administratives pararélementaires*, París, L.G.D.J., 1984; WIENER, CÉLINE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des Ministres*, París, L.G.D.J., 1970; MOREAU, FÉLIX, *Le Règlement administratif*, París, Fontemoing, 1902; HECQUARD-THÉRON, MARYVONNE, *Essai sur la notion de réglementation*, París, L.G.D.J., 1977; PAVLOPOULOS, PROCOPIOS, *La directive en droit administratif*, París, L.G.D.J., 1978.

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.

*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.”

*Dictado en ejercicio de la función administrativa*. De acuerdo al concepto de función administrativa dado más adelante, ésta es toda la actividad realizada por los 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 administrativos y también, en sus respectivos campos de actuación, por los órganos legislativos y judiciales: en estos dos últimos casos los reglamentos se referirán exclusivamente al funcionamiento y organización interna de estos poderes.

También existen reglamentos de las autoridades administrativas independientes, en particular los órganos de contralor de los servicios públicos privatizados en forma monopólica a que se refiere el art. 42 de la Constitución de 1994. A veces se utiliza también la expresión “reglamento” para referirse a las normas técnicas o jurídicas que rigen la relación de los concesionarios con los usuarios.

*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.

*Generales*. Aquí está dada la distinción, que en otra parte desarrollamos,<sup>44</sup> 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.

*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.

<sup>44</sup> Ver t. 3, *op. cit.*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.” Es la solución que propiciamos en 1963 y finalmente parece haberse impuesto en el derecho administrativo argentino y latinoamericano. Comp. MARTÍN MATEO, *op. cit.*, p. 145 y ss.; MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967.

### 9.3. Clasificación y admisibilidad

Habitualmente se clasifica a los distintos tipos de reglamentos en de ejecución, “delegados” o de integración, de necesidad y urgencia, autónomos, aunque es de hacer notar que en la práctica los límites entre unos y otros suelen ser borrosos. Basta tomar cualquier ejemplo del *Boletín Oficial* para comprobarlo empíricamente. Por ello toda generalización de conceptos de reglamentos ha de tomarse como mera hipótesis de análisis.

El principio general, a nuestro juicio, es que no existe una “potestad reglamentaria” como tal en la Constitución: quienes antaño gustaban decir que el reglamento era “materialmente” una ley no estarían hoy acordes al texto constitucional. El art. 99 inc. 3º es categórico en señalar que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso *bajo pena de nulidad absoluta e insanable*, emitir disposiciones de carácter legislativo.” Se ha dicho con razón que en su consecuencia una ley no podría ratificarlos, atento que “los nuevos textos constitucionales han definido que las nulidades de las disposiciones de carácter legislativo dictadas por el Poder Ejecutivo es «absoluta e insanable».”<sup>45</sup> Esa nulidad absoluta e insanable importa además que tales normas no tendrán presunción de legitimidad –por lo que su constitucionalidad deberá ser invocada y probada–<sup>46</sup> ni, tampoco, ejecutividad o ejecutoriedad: convendrá con todo impugnarlas expresamente en los casos ocurrentes, para evitar los problemas prácticos que explicamos al tratar del mismo punto en materia de actos administrativos individuales o singulares.<sup>47</sup> La realidad, en estos tiempos de emergencia perpetua, es caótica: se dictan muchos, sobre materias prohibidas.<sup>48</sup> Algunos se cumplen, otros quedan en un limbo hasta su ulterior introducción por ley. El decreto de necesidad y urgencia cumple así, primero, el rol de expresar la voluntad política y el compromiso político de la rama ejecutiva y le tira al Parlamento una suerte de proyecto de ley políticamente compulsivo. El Congreso no puede políticamente negarse, salvo casos verdaderamente cruciales; ello, desde luego, habla mal de nuestro sistema tal como funciona en la práctica.<sup>49</sup>

Hay en la Constitución apenas supuestos puntuales que deben ser analizados como excepción a dicha prohibición, jamás como la regla. La regla es que no existe potestad reglamentaria *del Poder Ejecutivo* y mucho menos de sus ministros o

<sup>45</sup> *In re Video Club Dreams*, Fallos, 318-2: 1154, cons. 17 del voto de BELLUSCIO (1995); GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams.»)” *LL*, 1995-D, 243. Para el régimen anterior, en general, ver BIANCHI, ALBERTO B., *La delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1990.

<sup>46</sup> CSJN, MASSA, JUAN AGUSTÍN, Fallos 329:5913, de los considerandos 3 a 5 del voto de la jueza Argibay (2006).

<sup>47</sup> *Infra*, t. 3, *op. cit.*

<sup>48</sup> Y para peor, no siempre tienen adecuación de medio a fin; o sea, no sirven para paliar la emergencia sino la angustia de los gobernantes.

<sup>49</sup> Es pues otra manifestación de lo que GELLI llamó “El desplazamiento del poder hacia el ejecutivo,” *op. cit.*, comentario al art. 87, t. II, p. 325-7.

secretarios. En cambio esa facultad existe *iure proprio* en los entes previstos en el art. 42 de la Constitución en tanto cumplan con el procedimiento previo de audiencia pública<sup>50</sup> y tengan participación de los usuarios en su directorio y no se hallen, por supuesto, intervenidos directa o indirectamente por el poder central. En este último caso sus facultades son de mera custodia de bienes y no pueden en modo alguno modificar el régimen normativo del sistema de que se trate.

El reglamento de ejecución se encuentra expresamente autorizado en la Constitución, aunque con severos límites que luego veremos y que básicamente suponen que no puede regular, directa o indirectamente, derechos de los ciudadanos, habitantes o usuarios.<sup>51</sup> El reglamento autónomo no se encuentra previsto en el sistema constitucional y sólo puede admitírsele como una variante, muy limitada, del reglamento de ejecución, que tampoco puede crear, regular o modificar derechos o deberes de los individuos frente a la administración. Los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia se enmarcan bajo un principio general de prohibición, con supuestos de excepción en que son admitidos de manera limitada. Esos son los principios generales, la práctica se halla muy distante de ellos.

## 10. *Los reglamentos y sus problemas*

### 10.1. *Problemas y contradicciones*

Por de pronto, el reglamento es a la vez la más extendida y la más problemática de las fuentes del derecho administrativo. Su extensión deviene de una tendencia sempiterna de la administración a fijar continuamente, sin demasiado estudio ni reflexión, normas generales propias para todo lo que hace. La palabra “reglamentarista” del lenguaje común es sinónimo de previsión detallada y cuasi absurda. Hasta los pliegos de bases y condiciones de una licitación son reglamentarios, frecuentemente modificadorios en minucias de textos anteriores y sin innovaciones reflexivas, con lo cual cada contrato de la administración tiene su reglamento propio, único, exclusivo y malo. También son reglamentos, válidos o no, razonables o irrazonables, las resoluciones de cuanto órgano se le ocurra emitir normas generales. Los hay por miles, de cientos de arts. cada uno, siempre cambiantes, nunca iguales, nunca fácilmente hallables.<sup>52</sup> Sólo el funcionario que habrá de aplicárnoslo lo tiene, actualizado y “prolijo”: un viejo texto con fotocopias

<sup>50</sup> Ampliar en *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>51</sup> En igual sentido DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 421.

<sup>52</sup> Como dice NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995, p. 56, son “reglamentos de continuo hacer y deshacer.” Para más, con ello se construye lo que GIORGIO BERTI llama “el dédalo” o laberinto administrativo: “Il dedalo amministrativo e il Diritto,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Módena, Mucchi, 1996, p. 283 y ss. Ver también USLENGHY, ALEJANDRO JUAN, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Rap, 2002, pp. 487-95, esp. pp. 491-2.

adheridas en cada lugar para marcar las actualizaciones. Poseer un reglamento actualizado es la más de las veces ser titular de información privilegiada.

### 10.2. *La inderogabilidad singular de los reglamentos y la irracionalidad de éstos*

Por una parte no se puede en verdad decir que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos; hasta ahora se sigue entonces aceptando la aplicación al reglamento del principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos: éste los haría, si no válidos por específica subsunción legal, al menos válidos por habilitación temporaria.<sup>53</sup> No cumplir el propio reglamento parece una autocontradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: es más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos.

### 10.3. *La exacerbación reglamentaria*

En nuestra realidad administrativa los reglamentos son la “fuente de derecho administrativo” de mayor extensión: lo entrecomillamos porque son la *mayor* fuente normativa del funcionamiento real del aparato administrativo, pero la más frecuentemente antijurídica.

De alguna manera el reglamento es la fuente de más ilegalidad y arbitrariedad en el campo de la administración. En ninguna otra parte del derecho administrativo se consagra tanto la arbitrariedad, el capricho, la autocontradicción, la improvisación e imprevisión permanente, las contramarchas constantes, la desviación de poder.

No es en los actos individuales donde la administración despliega toda su arbitrariedad: es en la redacción de largos y pesados reglamentos, seudo normas generales que luego maliciosamente alega limitarse a cumplir, cuando ella misma los ha preparado y emitido.

*Cuando la administración quiere abusar de poder, dicta normas generales. Luego las cumple.* También, cuando quiere eludir la responsabilidad de asumir en cada caso la justicia, equidad, eficiencia, razonabilidad, de su acto, procura “absolverse” de eventuales culpas a través de la predeterminación de sus futuras reglas, lo que espera la libere de la pesada carga de decidir bien en cada caso concreto.

Si hay exceso o ilegalidad, arbitrariedad, inconstitucionalidad o violación de tratados supranacionales o principios generales del derecho, es inútil pedirle a un simple funcionario o un gran ministro que prescinda de aplicar el reglamento en aras a un principio jurídico superior.

<sup>53</sup> Usamos así la expresión de LINARES, JUAN FRANCISCO, para el acto administrativo, que luego desarrollamos en el t. 3.

En la inmediatez diaria de la vida administrativa, el reglamento es la norma de mayor importancia momentánea. Se ha podido decir que es la fuente *cuantitativamente* más importante del derecho administrativo, lo cual es ciertamente peligroso para la vigencia del derecho administrativo y el Estado de derecho.<sup>54</sup> Ese peso cuantitativo del reglamento lleva al “procedimentalismo y leguleyismo” —“típica huida de la responsabilidad de toda burocracia”— que caracteriza la “degradación de la Justicia en burocracia.”<sup>55</sup>

Con todo ello se produce una “incapacidad disciplinada” que obliga al funcionario “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica y se lo induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento y todo lo demás es secundario;” “el sistema administrativo ejerce así múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma.”<sup>56</sup>

“Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasión a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas.”<sup>57</sup> “El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final.”<sup>58</sup> Lamentablemente, esto ocurre con demasiada frecuencia en la práctica.

Solamente con recursos, paciencia, dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, decisiones judiciales firmes en los casos concretos, se pueden ir dejando de lado algunas pocas normas reglamentarias ilegales o inconstitucio-

<sup>54</sup> GIANNINI, “Sull’azione dei pubblici poteri nel campo dell’economia,” *Rivista di Diritto Commerciale*, 9/10: 323 (Milán, 1959): en el campo jurídico la variación cuantitativa deviene mutación cualitativa.

<sup>55</sup> Es lo que expresa GARCÍA DE ENTERRÍA en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, op. cit., p. 110.

<sup>56</sup> KLIKSBURG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en su libro *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, pp. 162-3 y 158. Ampliar en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 116-7; *L’amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1987. El funcionario alega según el caso instrucciones o falta de ellas, con lo cual el particular se encuentra ante una verdadera situación kafkiana, desde luego antijurídica. Ver también BARFUSS, WALTER, *Die Weisung*, Viena, Springer, 1967; GALATERIA, LUIGI, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1950. Pero más aun: el criterio tradicional de que no existe discrecionalidad administrativa en materia técnica, concebido para limitar el arbitrio administrativo, se ha visto distorsionado en los últimos años por la emisión administrativa de “normas técnicas” que luego la justicia es remisa en inaplicar. Ver PEDRIERI, “Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi Editores, 1996, p. 1413 y ss.

<sup>57</sup> VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438; 5ª ed., 1977, p. 400.

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1977, p. 379.

nales. Mientras tanto, han nacido miles más, que se cumplen inexorablemente, magüer los esfuerzos recursivos de quienes se ven afectados por ellos en sus derechos o sus deberes.

#### 10.4. *Otras limitaciones jurídicas a la pseudo facultad reglamentaria*

Es claro que sólo limitando severamente la facultad reglamentaria de la administración puede comenzarse a combatir el flagelo normativo que ellos representan. Ello implica como mínimo introducir en serio mecanismos de participación ciudadana en su elaboración, establecer plenas garantías previas a su emisión como la realización oportuna y adecuada de audiencias públicas,<sup>59</sup> negar presunción de legitimidad y habilitación a los que no cumplen tales requisitos de audiencia pública y participación ciudadana,<sup>60</sup> o que simplemente emanan de órganos manifiestamente incompetentes para regular derechos y deberes de los particulares, etc.

Pero eso no alcanza. Cabe también admitir en forma amplia el cuestionamiento incluso tardío a la norma reglamentaria, aun luego de un “voluntario” sometimiento al régimen reglamentario de que se trate. Corresponde a los tribunales juzgar con mayor severidad que la que actualmente utilizan, la validez y vigencia de estas “normas.”

Sólo con éstas y otras medidas del mismo calibre podrá recuperarse algo de racionalidad para esta fuente de derecho administrativo y sostener entonces, con paz de espíritu, que verdaderamente deben cumplirse.

#### 10.5. *Algunas limitaciones comunes*

Es hora que los tribunales comiencen a negar presunción de legitimidad a las normas reglamentarias que no emanen de los órganos previstos en la Constitución, o sea concretamente el Poder Ejecutivo (no sus Ministros y Secretarios) y los órganos de contralor previstos en el art. 42 de la Constitución, en tanto cumplan con el requisito de la participación en su directorio de las asociaciones de usuarios y consumidores.

Cabe negar presunción de legitimidad y por ende vigencia a las normas reglamentarias dictadas sin el previo procedimiento de la audiencia pública, realizada conforme a normas generales predeterminadas (y no dictadas *ad hoc* para cada caso).

La audiencia pública es la versión, a nivel de normas generales de la administración, de la garantía del debido proceso y derecho de defensa previstos desde siempre para el dictado de normas individuales que puedan afectar nuestros derechos e intereses.

<sup>59</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>60</sup> Ampliar *supra*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 4.2.2.3, “La participación administrativa,” *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI y sus referencias.

## 11. *La inderogabilidad singular y sus alcances*

### 11.1. *El principio y sus aplicaciones*

Es principio general que siempre debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior. Es necesario que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y material y que el reglamento sea válido: si es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél<sup>61</sup> —siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional— y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.<sup>62</sup>

La expresión del principio de la legalidad aplicado a la materia reglamentaria es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida;<sup>63</sup> ello encuentra aplicación bajo una triple forma:

a) La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior;

b) 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.<sup>64</sup> Para poder dictar este acto individual sería así necesario derogar previamente el reglamento preexistente: pero aun 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.

c) La decisión individual no puede contravenir al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.<sup>65</sup>

### 11.2. *Aplicación en materia de concesiones y licencias*

P. ej., en una concesión o licencia otorgada a través de una licitación pública, no puede luego mejorarse al contratista las condiciones del pliego bajo las

<sup>61</sup> Esta regla está limitada por el principio que cuanto mayor es la jerarquía del agente estatal, mayor es su deber de analizar la juridicidad del reglamento o la orden; y viceversa.

<sup>62</sup> Lo expuesto surge del principio de la estabilidad de los derechos adquiridos, que analizamos en el t. 3, *op. cit.*, cap. VI y que ha sido consagrado por el art. 17, segunda parte y 18, primera parte, del decreto-ley 19.549/72.

<sup>63</sup> Es una solución clásica: ZANOBINI, GUIDO, “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti,” *Riv. di Diritto Pubblico*, t. IX, parte 1ª, 1917, p. 411 y ss.; FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 114; PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 77: 305; 81: 236, etc. Se mantiene invariable hasta el presente, habiéndose extendido incluso al plano legislativo: *Osses*, CNFed. CA, Sala I, con nota de MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Las leyes de presupuesto del Estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo,” *LL*, 1997-B, 361

<sup>64</sup> En igual sentido CNFed. CA, Sala I, *Córdoba Fiscales S.A.*, 25-X-89.

<sup>65</sup> DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *op. cit.*, p. 197; BONNARD, ROGER, nota en *Sirey*, 1932, 3, 1; RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, Paris, 1970, 4ª ed., p. 78.

cuales el servicio fue adjudicado, ni interpretar a su favor lo que debe serle interpretado en contra.<sup>66</sup> Ello no puede hacerlo ni siquiera el Poder Ejecutivo como concedente, aunque el pliego lo delegase al Ministro u otro ente inferior;<sup>67</sup> tampoco puede hacerlo el ente de contralor, haya hecho el pliego quien lo hubiere hecho. Ello es así por el principio de la inderogabilidad singular de las normas generales, por el de igualdad y competencia o concurrencia de la licitación<sup>68</sup> y la ya mencionada interpretación restrictiva de monopolios y privilegios. Sin embargo, hay licitaciones cuyos pliegos contemplaban expresamente una relación a largo plazo y permiten la readecuación de inversiones y tarifas a períodos predeterminados. Así se han renegociado diversas concesiones, cuya validez se encuentra cuestionada judicialmente. Desde luego, si la competencia de un ente descentralizado para dictar el reglamento le ha sido delegada por vía legislativa u otorgada constitucionalmente, p. ej. tratándose de un ente de contralor de los mentados en el art. 42 de la Constitución, el órgano superior no puede avocarse a esa competencia ni dejar sin efecto el reglamento dictado por el ente. En los casos que la competencia del inferior no sea *jure proprio* sino fruto de una subdelegación, también opinable en el nuevo esquema constitucional del art. 76, el Poder Ejecutivo puede modificar con carácter general la norma subdelegada, pero mientras no lo haga no podrá dictar actos que no se ajusten a lo dispuesto en tal reglamentación subdelegada.

En el caso de las normas que son de competencia específica de los órganos independientes de control previstos por el art. 42 de la Constitución, ya dijimos que las autoridades de la administración central, como poder concedente, carecen de toda facultad para violar o incumplir las normas de la autoridad independiente.<sup>69</sup> Es una manifestación más de la división de poderes, que en la especie significa que el que concede no debe ser el que controle el poder concedido en forma monopólica o exclusiva; ya sabemos de la mayor permeabilidad del poder central a los intereses de la política diaria.

### 11.3. *La inderogabilidad singular no se aplica a las normas antijurídicas*

Hemos expuesto más arriba que la administración no puede incumplir la ley inconstitucional, pero la situación no debe necesariamente ser la misma con el

<sup>66</sup> Ver *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. III.

<sup>67</sup> En el caso, el decreto de adjudicación está subordinado al pliego aunque éste emane de autoridad inferior y del mismo modo queda limitada la ulterior competencia del propio Poder Ejecutivo.

<sup>68</sup> Ver nuestro art. "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," en la *Revista de Derecho Administrativo*, 11: 293 (Buenos Aires, Depalma, 1992), luego incluido en el cap. XII, "La licitación pública," del t. 2, *op. cit.* Ampliar y comparar en GAMBIER, BELTRÁN, "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos," en el libro colectivo *Homenaje...*, *op. cit.*, p. 929 y ss.; ZUBIAUR, CARLOS A., "El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías," en *op. ult. cit.*, p. 933.

<sup>69</sup> Ampliar, en este mismo volumen, *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores," § 2: "El que concede no debe controlar."

reglamento ilegal, inconstitucional o violatorio de las normas y principios del derecho supranacional. En efecto, en aquellos casos en que es *la propia administración* la que dicta la norma antijurídica, mal podría invocar su propia torpeza para cumplir lo que ella misma ha primero reglamentado contra derecho.

Más aun, la principal trampa de la administración al derecho es dictarse ella misma reglamentos ilegales, absurdos, irracionales y luego, pues, *aplicarlos*.<sup>70</sup> Lo expuesto sobre la realidad de la exacerbación reglamentaria y la necesidad de ponerle coto se refuerza con la importante restricción que la Constitución de 1994 impone a esta facultad, a punto de negarla como principio y autorizarla como excepción, salvo en lo que hace al ámbito interno de la administración.

En lo que se refiere a las limitaciones de derechos, tanto el reglamento delegado como el de necesidad y urgencia están restringidos; los de ejecución y autónomos por definición no pueden reglar derechos de los individuos. Si un reglamento contradice las normas y principios superiores del ordenamiento, pierde con ello presunción de legitimidad y ejecutividad; la solución del caso particular debe por necesidad respetar la pirámide jurídica. El que cumple un reglamento ilegal, inconstitucional, arbitrario, persecutorio, etc., es con ello responsable de su indebido acatamiento, a la luz del sistema constitucional en que se inserta el art. 36 y del art. III, inc. 5° de la CICC.<sup>71</sup>

#### 11.4. *Su aplicación en distintas clases de reglamentos*

La inderogabilidad singular de los reglamentos se aplica a los autónomos, delegados y de ejecución. En el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, si cumplen los requisitos constitucionales de validez y vigencia y han sido ratificados por el Congreso, se dice a veces que su rango es el de ley y por lo tanto ni el Poder Ejecutivo ni los demás órganos de la administración pueden apartarse de ellos. Ello no obsta, desde luego, a su indispensable contralor jurisdiccional, última salvaguarda del sistema constitucional.

<sup>70</sup> Nos remitimos a un mayor desarrollo en *La administración...*, *op. cit.* Hace recordar aquel viejo proverbio: "A mis amigos, justicia; a mis enemigos, la norma."

<sup>71</sup> Ver BOTASSI, CARLOS, "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, fascículo n° 6, 6-II-2002, p. 3; nuestros artículos "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, número especial de derecho administrativo del 20.12.01; ZUPPI, ALBERTO L., "La Convención Interamericana contra la Corrupción," en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; MANFRONI, CARLOS A., y WERKSMAN, RICHARD, *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada. Medidas preventivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; SEVERO CABALLERO, JOSÉ, "La convención interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina," *LL*, 1997-E, 1153; HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, "La Convención Interamericana contra la corrupción y algunos temas de derecho administrativo," *LL*, 1998-B, 1329; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

## 12. Reglamentos de necesidad y urgencia

Cuando la urgencia está de antemano prevista en una ley que faculta al Poder Ejecutivo a adoptar medidas de emergencia, el reglamento no es ya de necesidad y urgencia. En tales supuestos es reglamento delegado o de ejecución, según los casos.<sup>72</sup> El ejemplo más importante es el conjunto de normas de este nivel que emerge en los últimos años de las múltiples aplicaciones de la ley 25.414 (derogada por ley 25.556) y de la ley 25.561 del año 2002, que continúa y profundiza la recepción normativa de la emergencia primero declarada por la ley 25.344.<sup>73</sup>

La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional.<sup>74</sup> Fue de antaño admitido a pesar de que no estaba previsto en la Constitución,<sup>75</sup> en base al “estado de necesidad.”<sup>76</sup> Ahora bien, la Constitución de 1994 mantiene, como regla, la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo. Ello ha motivado que —como lo ha sostenido en un interesante voto la jueza Argibay<sup>77</sup>—, los reglamentos de necesidad y urgencia padezcan de presunción de inconstitucionalidad, presunción que sólo puede ser abatida por quien demuestre que al momento de su dictado estaban reunidas las condiciones constitucionalmente exigidas al efecto.

Incluso en aquellos excepcionales supuestos en que la Constitución de 1994 admite la emisión de reglamentos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo pone límites explícitos a la facultad de dictarlos, la causa o sustento fáctico habilitante, el procedimiento, la ratificación, etc.

### 12.1. La causa habilitante

La Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia

<sup>72</sup> Hay casos que la doctrina ha calificado como reglamentos de necesidad y urgencia, pero que a nuestro juicio eran delegados o de ejecución. Así “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. IX; BUSTAMANTE, JORGE EDUARDO, *Desregulación. Entre el derecho y la economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

<sup>73</sup> Ver PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Los decretos de necesidad y urgencia, en la emergencia,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 215-30.

<sup>74</sup> Ver D'ARGENIO, *La Justicia administrativa en la Argentina*, op. cit., § 90, “Los límites impuestos por la Justicia a la invocación de «necesidad y urgencia»: rechazo a la mera afirmación dogmática de su existencia,” pp. 150-1.

<sup>75</sup> Entre otros, CSJN, *Peralta, ED*, 141-523, 1990. Ver la nota siguiente.

<sup>76</sup> Ver BIELSA, RAFAEL, “El «decreto-ley». Caracteres generales y régimen jurídico,” en *Estudios de derecho público*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 431 y ss.; CABRAL TEXO, JORGE, *El régimen de los decretos leyes en el derecho público argentino*, Buenos Aires, 1949; QUINTERO, CÉSAR A., *Los decretos con valor de ley*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 84 y ss.; VÍTOLO, DANIEL ROQUE, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991; LUGONES, NARCISO J., GARAY, ALBERTO, DUGO, SERGIO O. y CORCUERA, SANTIAGO H., *Leyes de emergencia.- Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, 1992.

<sup>77</sup> CSJN, *Massa, Juan Agustín, Fallos* 329:5913, de los considerandos 3° a 5° del voto de la jueza ARGIBAY (2006).

pública en la sociedad: no basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional.<sup>78</sup> Si la emergencia no existe, o lo que el reglamento resuelve nada tiene que ver con la emergencia, entonces es inconstitucional sin necesidad de recurrir a los nuevos textos constitucionales. Por lo demás, la urgencia debe ser de tal índole “que circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.”<sup>79</sup> Quizás el principal problema al que se enfrenta el Poder Judicial es la necesaria determinación, también, de la racionalidad de las medidas económicas adoptadas. No hacerlo es condenar al país a la perpetua aislación internacional, como la práctica lo demuestra.<sup>80</sup>

En virtud de ello, la situación excepcional que ya ha motivado la declaración de emergencia por el Congreso de la Nación y la consiguiente delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo no puede ser invocada por éste para emitir reglamentos de necesidad y urgencia, sino que debe limitarse a dictar reglamentos dentro del marco de la delegación legislativa. Ello, desde ya, a menos que surja una nueva situación de emergencia que, alegada por el Poder Ejecutivo, le permita emitir un reglamento de necesidad y urgencia.<sup>81</sup>

### 12.2. *El órgano habilitado*

Quien únicamente puede dictar reglamentos de necesidad y urgencia es el Poder Ejecutivo, o sea el Presidente, con acuerdo de gabinete; no puede dictarlos el Jefe de Gabinete. Asimismo esta facultad no admite delegación.

### 12.3. *La materia legislativa habilitada*

Es en el objeto y en el procedimiento donde la Constitución introduce limitaciones, algunas de las cuales estaban ya en la jurisprudencia constitucional

<sup>78</sup> Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de control jurisdiccional de los reglamentos de necesidad y urgencia ver BALBÍN, CARLOS F. “El control judicial de los decretos de necesidad y urgencia” en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 67-95.

<sup>79</sup> CSJN, Fallos, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, 1995, cons. 16, § 1 del voto de BELLUSCIO.

<sup>80</sup> Ver nuestros trabajos “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>81</sup> CSJN, Fallos, 326: 417, *Provincia de San Luis*, 2003, cons. 30; GELLI, *Constitución...*, op. cit., t. II, comentario al voto de ARGIBAY en torno al art. 99 inc. 3, p. 383. La presión del ejecutivo sobre el judicial en estas materias económicas fue el comienzo del infausto proceso posterior de total exacerbación del poder presidencial. Lo advertimos, siguiendo señeras preocupaciones de MAIRAL, en “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296. La CSJN ha hecho esfuerzos importantes para restablecer el orden constitucional, pero no ha podido lograr que ellos se materializaran.

preexistente. En cuanto al objeto, dice ahora el art. 99 inc. 3° que ni siquiera existiendo necesidad y urgencia públicas puede el Poder Ejecutivo invocarla para dictar reglamentos de esta especie en materias penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos. Ni qué decirlo, a pesar de la prohibición lo ha hecho en más de una oportunidad.

#### 12.4. *El procedimiento administrativo de habilitación*

En cuanto al procedimiento, requiere el refrendo de todos los ministros y del Jefe de Gabinete en acuerdo general: no basta juntar la firma de todos, debe haber realmente una sesión de acuerdo general de ministros. Para el control judicial y de la opinión pública de la veracidad de la existencia de esta sesión, pensamos que ella debiera estar abierta a la opinión pública y a la prensa.

#### 12.5. *El procedimiento legislativo de habilitación*

Tras reconocer como excepción la facultad del Poder Ejecutivo de emitir reglamentos de necesidad y urgencia, el art. 99, inc. 3°, de la Constitución establece, en el tercer párrafo, un régimen de control legislativo. Además del acuerdo general de ministros y refrendo de todos los ministros y del jefe de gabinete, a) este último debe comunicarlo dentro de los diez días a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso; b) ésta a su vez debe producir despacho en diez días; c) elevarlo al plenario de cada cámara; d) “para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Dado el sentido restrictivo del texto constitucional, pensamos que nos encontramos allí ante una serie sucesiva de requisitos acumulativos de validez y vigencia del reglamento de necesidad y urgencia.

De acuerdo con lo dispuesto en la última parte de la norma, mediante la ley 26.122 –sancionada doce años después de la reforma– el Congreso de la Nación reglamentó el trámite y los alcances de su intervención respecto de reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>82</sup>

Para que el reglamento de necesidad y urgencia tenga validez y vigencia requiere no solamente: a) la causa habilitante de verdadero estado de necesidad pública e imposibilidad de seguir el trámite parlamentario común;<sup>83</sup> b) no invadir las materias vedadas en forma expresa (tributos *lato sensu*, partidos políticos, régimen electoral, Código Penal) o implícita (Código Procesal, Código Civil, Código de Comercio, etc.) por la Constitución, sino también: c) que se cumplan todos y cada uno de los pasos previstos en ella, incluyendo la ratificación legislativa expresa en la primera sesión del Congreso posterior al envío del despacho de la

<sup>82</sup> La ley reglamenta, además, el trámite y el alcance de la intervención del Congreso respecto del los reglamentos delegados y de las leyes promulgadas parcialmente.

<sup>83</sup> Esta doble causal fáctica debe verificarse en datos empíricos para que la norma no sea irrazonable por carecer de sustento fáctico. También debe haber proporcionalidad o adecuación de medio a fin. Todo ello, a su vez, está sujeto a control judicial. Son, como es obvio, las reglas generales de control judicial de constitucionalidad.

Comisión bicameral (y si no hay despacho ni envío, esto ya es suficiente decaimiento del decreto; si no hay tratamiento o votación inmediata en el Congreso, lo mismo). Todo ello, sin perjuicio de que *d*) debe satisfacer todos los demás *tests* de razonabilidad constitucional. (Existencia de sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, etc.)<sup>84</sup>

Si se omite cualquiera de los requisitos de procedimiento, algunos de los cuales como veremos son también sustantivos y no meramente formales, cae la validez y vigencia del reglamento: sea *a*) porque no se cumple la comunicación a la Comisión Bicameral, *b*) porque ésta no produce su despacho en término, o *c*) porque cada una de las cámaras no le dan expreso tratamiento *resolutivo* en forma inmediata. Puede ocurrir, en la práctica, que se cumplan los primeros pasos pero no el último; o que en la sesión donde corresponde tratarlo las cámaras no arriben a ninguna decisión.

Si bien en ocasiones se lo equipara a actividad legislativa, su control judicial se realiza con las pautas aplicables a los actos y reglamentos administrativos,<sup>85</sup> pero sin el plazo de caducidad para iniciar la acción judicial.

#### 12.6. *Inargüibilidad del acuerdo implícito del Congreso*

En el ya citado caso *Video Club Dreams*<sup>86</sup> la Corte abandona, en los considerandos 3º y 16, la jurisprudencia esbozada en *Rossi Cibils*<sup>87</sup> de que un decreto de esta naturaleza pueda ratificarse por silencio legislativo y también excluye que pueda ser ratificado implícitamente en la ley de presupuesto, el viejo truco gubernativo para sacar de rondón normas permanentes y que reprueba hasta la ley de administración financiera del Estado. La cuestión volvió a cobrar interés tras la sanción de la ley 26.122.

Si bien en ella se establece —en sintonía con la norma constitucional— que “el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional” (art. 22), no se fija plazo alguno para tal pronunciamiento y, a la par, se dispone que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (art. 24.) Es criticable la técnica legislativa utilizada ya que una interpretación literal de las normas transcriptas podría conducir a creer que sólo el rechazo expreso del reglamento de necesidad y urgencia por ambas cámaras legislativas —y no, en cambio, su silencio o el rechazo por una sola de ellas— tendría la virtualidad de dejarlo sin efecto.

<sup>84</sup> Ver la nota precedente.

<sup>85</sup> Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*

<sup>86</sup> Ver GELLI, “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams,»)” *LL*, 1995-D, 243.

<sup>87</sup> CSJN, *Fallos*, 315: 2074, *Rossi Cibils*, 1992.

Si bien ésta ha sido la interpretación que, con mirada crítica<sup>88</sup> o no<sup>89</sup>, ha efectuado de aquellas normas la generalidad de la doctrina, algunos tribunales han comenzado a interpretarlas a la luz del texto constitucional, sosteniendo que cuando no media aprobación expresa de ambas cámaras legislativas el reglamento de necesidad y urgencia no puede superar el control de constitucionalidad.<sup>90</sup>

En la práctica, el decreto de necesidad y urgencia opera como una forma de presión política del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, ante la opinión pública, obligándolo en cierto modo a pronunciarse. Éste frecuentemente lo hace, en uno u otro sentido, en el corto o mediano plazo.<sup>91</sup> Con lo cual, muy tortuosa y deformadamente, se impone al final una versión casi folklórica del principio de legalidad; en otras palabras, su denegación total y una abdicación del poder legislativo y judicial —por ausencia de control oportuno— en manos del ejecutivo.

### 12.7. *Nulidad insanable, insusceptible de ratificación legislativa*

Uno de los votos de *Video Club Dreams* destaca que la ulterior creación del mismo impuesto por la ley 24.377 no subsana la invalidez del reglamento de necesidad y urgencia, atento que el art. 99 inc. 3º, párrafo 2º, dice que este tipo de disposiciones de carácter legislativo, en manos de la administración, son nulas “de nulidad absoluta e insanable.”

### 12.8. *Necesidad y efectos de la ley ratificatoria. Plazo*

Si no se dan los recaudos de fondo y de forma para su validez el reglamento cae automáticamente, porque el “expreso tratamiento” requerido por la Constitución no puede interpretarse de otro modo que su ratificación o modificación legal. A falta de tratamiento y *resolución* legislativa, cabe entender que la decisión parlamentaria es no sostenerlo: no existe en el texto de esa norma constitucional aprobación tácita del reglamento de necesidad y urgencia, ni es válida la regulación legislativa que se ha hecho del pronunciamiento “expreso.”<sup>92</sup> Antes bien y al contrario, es de clara aplicación el principio general del art. 82, pensado específica y principalmente para este supuesto: “La voluntad de cada Cámara

<sup>88</sup> BADENI, GREGORIO, “reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente,” LL 2006-D, 1229; CAYUSO, SUSANA, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente,” LL 2006-D, 1435; PÉREZ SAMMARTINO, OSVALDO A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad,” LL, 2006-D, 1435.

<sup>89</sup> SAGUES, NESTOR, “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia,” JA, 2006-IV, 1040; DE LA RIVA, IGNACIO, “Los decretos sujetos al control del legislador en el marco de la ley 26.122,” en BOULLADE, GUSTAVO (Dir.), *Fuentes del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 147-169.

<sup>90</sup> CNFed. CA, Sala II, *Arte Radiotelevisivo Argentino SA*, 13-III-08.

<sup>91</sup> Sobre esto ampliar *infra*, § 12.8 y nota.

<sup>92</sup> GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, comentario al art. 99, inc.3, t. II, pp. 365 y ss.

debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.”<sup>93</sup> Pero más aun, si el reglamento de necesidad y urgencia ha invadido las zonas prohibidas por la Constitución, una ley podrá reglar *ex novo* la materia, con efecto *ex nunc*,<sup>94</sup> pero no ratificar el decreto con efecto *ex tunc*. Los tribunales deberán entonces declarar su nulidad con efecto retroactivo.

### 12.9. *Inexistencia de potestad de veto*

Se ha sostenido con razón que el P. E. no tiene facultad de veto sobre lo que resuelva el Congreso al tratar el reglamento de necesidad y urgencia.<sup>95</sup> No lo tiene en el primer y más claro supuesto, de inexistencia de ley ratificando su reglamento, con lo cual éste cae sin existir siquiera posibilidad material de “vetar” el silencio legislativo. No lo tiene tampoco en caso de ratificación parcial o expresa derogación, por cuanto en el nuevo esquema constitucional es justamente el Congreso el juez último, entre ambos poderes, de la norma legislativa habilitada temporariamente, sujeto a contralor judicial en lo que hace a la norma legislativa resultante. Además, establecido en la Constitución que la habilitación legislativa está en principio prohibida y sólo por excepción se acepta este tipo de reglamentos, de acuerdo al procedimiento especial analizado, es claro que *únicamente conforme a ese procedimiento* puede mantenerse la vigencia del decreto. Más aun, los plazos estrictos fijados para el tratamiento parlamentario resultarían violados si se admitiera recurrir al veto y al procedimiento de insistencia legislativa. A ello se ha agregado que existiría desviación de poder<sup>96</sup> en el P. E. al procurar sortear, por la vía del veto, la voluntad legislativa expresada en el marco constitucional de un procedimiento especial. Fuera de ese estricto marco el decreto de necesidad y urgencia carece de validez y vigencia.

La improcedencia de que el Poder Ejecutivo vete lo resuelto por las cámaras legislativas respecto del reglamento de necesidad y urgencia surge de la propia ley 26.122 –reglamentaria del trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de ese tipo de reglamentos– ya que, lejos de admitir esa facultad, dispone en su art. 26 que “las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial.” Es decir, la propia norma no contempla la posibilidad de veto por el Poder Ejecutivo.

<sup>93</sup> Comp. PÉREZ HUALDE, *op. cit.*, p. 232, quien sostiene que el Congreso “no tiene plazo” al efecto, pero el silencio en su primera reunión con quórum posterior importa rechazo (p. 245). Dicho en otras palabras, el plazo en realidad es su primera reunión: es un plazo indeterminado pero perfectamente determinable. Comp. ORTIZ PELLEGRINI y AGUIRRE, *op. cit.*, p. 128, para quienes el plazo máximo *total* es de 30 días.

<sup>94</sup> , FRANCO, RUBÉN OSCAR y otros, Fallos 322:1868, considerando 14 (1999).

<sup>95</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § VII.5.1 y notas 98 a 102; ORTIZ PELLEGRINI y AGUIRRE, *op. cit.*, p. 136.

<sup>96</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § VII.5.1 y nota 98.

Por otro lado, si —como lo dispone la propia ley 26.122<sup>97</sup> y como lo ha sostenido alguna jurisprudencial<sup>98</sup>— la aprobación legislativa no tiene lugar mediante leyes formales sino por medio de simples resoluciones, no resulta aplicable a su respecto la facultad de veto que, por estar prevista en el artículo 83 de la Constitución, únicamente puede ser ejercida en el trámite de formación y sanción de las leyes.

#### 12.10. *Otros tests de constitucionalidad*

Con o sin ratificación legislativa, el reglamento de necesidad y urgencia debe tener adecuado sustento fáctico, adecuación de medio a fin, ser proporcionado en las medidas que adopta y en el fin perseguido, no adolecer de desviación de poder, etc. Si el reglamento se ha transformado en ley, es a ésta que se aplicarán tales principios de control constitucional. Mientras está en trámite la ratificación legislativa, el reglamento igual debe satisfacer los principios expuestos, no invadir las competencias prohibidas, seguir el procedimiento administrativo y legislativo preceptuado. La omisión de cualquiera de ellos implica la pérdida de vigencia y validez de la norma.

#### 12.11. *Supuestos de insusceptibilidad de ratificación legislativa*

Solamente el reglamento de necesidad y urgencia que satisface todos los requisitos constitucionales puede ser ratificado por el Poder Legislativo, atento el principio general de la *nulidad absoluta e insanable* del ejercicio no autorizado de funciones legislativas.<sup>99</sup> Por ello, una ley que ratifique un tal decreto no podría tener efecto retroactivo.<sup>100</sup>

#### 12.12. *La inconstitucionalidad tanto del reglamento como de la ley: video, teatro, números vivos*

También la materia puede ser reglada irrazonablemente por el decreto y por la ley: es el caso del impuesto al video, que la ley 24.377 reimpone, pero que no puede superar la irrazonabilidad de fondo, lo mismo que la ley del impuesto a la radio y televisión a favor del teatro.<sup>101</sup> En temas pseudo culturales, puede más la fuerza del mito que la realidad del desarrollo cultural; siempre se terminan aprobando las iniciativas que destruyen el poder de la cultura, a guisa de apoyarla.

<sup>97</sup> Art. 22: “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones...”.

<sup>98</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Incristi*, 5-VII-07.

<sup>99</sup> CSJN, *Fallos*, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, 1995, cons. 17.

<sup>100</sup> Fallo citado en la nota anterior.

<sup>101</sup> Vetado por el Poder Ejecutivo, insistido por el Congreso. Otros casos de decretos de necesidad y urgencia cuyo objeto era inconstitucional y por ende cuya ley de ratificación fue considerada inconstitucional: CNFed.CA, Sala IV, *Espejo*, 24-IX-96; Sala II, *Díaz, Víctor*, 12-XII-96; Sala V, *Huarritz*, 20-VII-95; Sala IV, *Visillac*, 20-X-95; Sala II, *Alpert*, 16-XI-95; Sala III, *Pulichino*, 10-V-95; Sala I, *Rofman*, 2-X-95; Sala II, *Palavecino*, 20-II-97; Sala V, *Quilici*, 26-III-97.

Es plenamente aplicable la crítica a *Cine Callao*:<sup>102</sup> así como era absurdo imponer un tributo al cine para financiar números vivos, así también lo es al video para el cine, o a la radio y televisión para el teatro; por ese camino se tributará luego al CD-ROM para el video y la televisión, luego a la Internet para el CD-ROM y así sucesivamente. Es una incoherencia, una violación al principio de la universalidad del presupuesto, un gravamen discriminatorio a un sector de la sociedad que no goza del favor ocasional del gobierno, en apoyo de quienes la sensiblería popular o gubernativa considera más tutelables: antes y hoy el teatro, hoy el cine, mañana vaya a saber qué: por qué no la ciencia, la investigación, la cultura, *todas* las manifestaciones del arte (pintura, arquitectura, música, grabado, etc.), más la educación, la seguridad social, los hospitales, la justicia, el sistema penitenciario, las fuerzas de seguridad policial.

Con ese criterio se puede gravar al campo para financiar la investigación genética de laboratorios privados, a los laboratorios privados para financiar la publicidad de remedios, a las universidades privadas para solventar las estatales, a los sistemas de seguridad privados para financiar la seguridad pública, a los mecanismos de arbitraje y mediación para financiar la justicia, etc. El caos normativo, administrativo y presupuestario que ello supone es comparable a la irrazonabilidad de esta solución: de estos vientos pueden venir aquellas tempestades. Es una lástima que esa Corte no lo haya dicho, para frenar tales retornos a un sistema proteccionista y de fomento, para más teñidos de desviación de poder, que ha quedado desfasado desde la reforma del Estado.<sup>103</sup> Que un sector de la sociedad se sacrifique directamente a otro es tan irrazonable como lo vio otra Corte en el caso *Ferrario*, en un fallo lamentablemente olvidado.<sup>104</sup>

### 12.13. *Habilitación de la vía judicial directa*

Se interpreta uniformemente que al elegir el Poder Ejecutivo la vía formal del decreto de necesidad y urgencia, asume —bien o mal— una potestad legislativa. En esa medida, no puede invocar limitación alguna a su impugnación judicial, sea en razón del tiempo (o hay plazo para impugnar una ley) o del previo agota-

<sup>102</sup> *Fallos*: 247:121, 1960. Las críticas son ilevantables: RÉBORA, JUAN CARLOS, “Comentario,” en la *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 295 (1960); CARRIÓ, GENARO, “Nota sobre el caso de los números vivos,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 49, (1961); BOTET, LUIS, “El comunismo de Estado y la jurisprudencia,” *JA*, 1960.V, 402; NERVA, *LL*, 100: 46, “Poder de policía en materia de espectáculos públicos.”

<sup>103</sup> Las tempestades empezaron en el 2002, con un múltiplemente irracional retorno a estas viejas prácticas intervencionistas, a contramano no sólo del mundo desarrollado sino también de los propios países de América latina. Luego se profundizaron.

<sup>104</sup> *Fallos*: 251: 246, 255: “Si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración y [...] media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema [...] están obligados a desempeñar la primera y más elementales de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlos.” (*Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961.)

miento de la vía administrativa. Tampoco es procedente, por ello, su impugnación administrativa.

### 13. Reglamentos delegados o de integración

#### 13.1. *El principio tradicional*<sup>105</sup>

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.<sup>106</sup> Por ello es que resulta un contrasentido hablar de reglamento “delegado” como habitualmente se hace y resulta tal vez más adecuado 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 p. ej. la ley de accidentes del trabajo 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; o establecer que estarán libres de impuestos y recargos aduaneros las materias primas esenciales para una determinada industria (p. ej., 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

<sup>105</sup> GELLI, *Constitución...*, op. cit., t. II, comentario al art. 76, pp. 160-79. Para la evolución histórica ampliar en BIANCHI, *La delegación legislativa*, op. cit.

<sup>106</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, op. cit., p. 123.

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 aun en aquellos países en que, como EE.UU., el poder reglamentario se halla fuera de la letra de la Constitución.”<sup>107</sup> Dijo la CSJN en el caso *Mouviel*, del año 1957: “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.*”<sup>108</sup> No obstante ese marco de previa limitación constitucional a la facultad del Congreso para delegar materias al Poder Ejecutivo, el correr del tiempo fue mostrando una administración que cada vez más ampliamente ejerció facultades delegadas por el Congreso, e incluso que encontró facultades delegadas allí donde no las tenía a tenor estricto de la ley. El resultado ha sido que el orden jurídico se encuentra cuantitativamente constituido en su mayor parte por reglamentos de toda clase, antes que por leyes del Congreso de la Nación, con evidente detrimento del sistema constitucional.<sup>109</sup> Ello es exagerado en materia tributaria y evidente en lo que hace a la regulación de los servicios en monopolio o exclusividad.

### 13.2. La Constitución de 1994<sup>110</sup>

Para luchar contra esa tendencia la Constitución establece en su art. 76: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

Esta norma constitucional se inserta en un pasado jurisprudencial que niega al Congreso poder facultar a la administración para hacer la ley, lo cual es decir que no le puede autorizar, como de hecho lo hace, a regular determinadas materias. La regulación debe, según la Constitución, ser del propio Congreso y lo único que

<sup>107</sup> *Fallos*, 148: 430, *Delfino*, 1927.

<sup>108</sup> *Fallos*, 237: 636, *Mouviel*, 1957.

<sup>109</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. I, § 5.

<sup>110</sup> Ver GELLI, *Constitución...*, *op. loc. cit.* y sus referencias; BIANCHI, *La delegación legislativa...*, *op. cit.*; “Los Reglamentos delegados luego de la reforma constitucional,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, *op. cit.*, cap. I; PERRINO, PABLO ESTEBAN, “La delegación legislativa,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 122 y ss.; del mismo autor “Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la Reforma constitucional,” en el libro *Homenaje...*, *op. loc. cit.* y las respectivas referencias de estos trabajos.

puede delegarse es, en cada ocasión<sup>111</sup> de modo excepcional, el perfeccionamiento de algún supuesto de hecho faltante en *una* norma legislativa puntual. Decir en la ley que el Ministerio o Secretaría tal “fijará” las tarifas, “regulará” el servicio, p. ej., sin parámetro alguno, no responde al principio constitucional, menos a la luz del art. 42, pues es a estos entes que puede atribuirles tales facultades amplias, no a las secretarías o ministerios del P. E.

A nuestro juicio las materias que la Constitución prohíbe que el P. E. reglamente por necesidad y urgencia se encuentran también prohibidas para la delegación. Se aplica la prohibición constitucional específica cuando existe una prohibición genérica para el otro. La Constitución prohíbe al P. E. asumir facultades legislativas por decreto de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria y de partidos políticos. Tampoco puede el Congreso delegar tales materias al Poder Ejecutivo. Con todo, en materia impositiva todo el régimen funciona a base de reglamentos y circulares de la D.G.I.: Son actos generales dictados por alguien que se considera, “libremente,” legislador. Parece muy difícil sostener ninguna de tales hipótesis. El dislate cae a su punto máximo cuando es el organismo encargado de la aplicación del principio de legalidad tributaria el que hace propaganda para la aplicación de la ley de blanqueo tributario de ganancias de origen no declarado.<sup>112</sup>

En lo que a la materia tributaria respecta, la Corte Suprema ha considerado que aquella no puede ser objeto de delegación por el Poder Legislativo al sostener que “los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.”<sup>113</sup>

<sup>111</sup> También es el criterio de GARCÍA LEMA, ALBERTO MANUEL, “Un nuevo caso de delegación legislativa. La ley 25.414,” *ED*, 18-V-2001, dos últimos párrafos.

<sup>112</sup> Se demuestra así una vez más que con el poder civil solamente, se pueden recrear las formas impuras de gobierno que recordáramos *supra*, cap. IV, nota 59. En cuanto al abuso civil de los mecanismos impositivos, que en la Provincia de Buenos Aires pretende por delegación legislativa autorizar a los funcionarios a trabar *per se*, sin intervención judicial, embargos incluso en cuentas corrientes bancarias fuera de su jurisdicción por presuntas cuentas fiscales impagas —otra vez, una forma impura de gobierno que menciamos *supra*, cap. IV, nota 59— es notorio ver su evolución hacia formas tecnificadas, ahora aplicadas a modelos que debieran estar fenecidos. *El Día*, Sección Provincia, 16-IV-08. “Instrumentan ‘juicios de apremio electrónico’ para deudas impositivas.” El acuerdo, que apunta a implementar una suerte de “expediente digital” en el cobro de impuestos provinciales, fue firmado por el presidente de la Corte, el director de ARBA y el titular de la Fiscalía de Estado, durante un acto al que también asistió el ministro de Justicia. Se busca que, a través de internet, el ente recaudador pueda enviar el expediente de inicio de un juicio de apremio a la Fiscalía de Estado; ésta se lo gire a los abogados que se ocupan de esos trámite; y de allí sea comunicado al juez que corresponda, quien dará curso al proceso: todo ese circuito podría realizarse en un día. El convenio prevé, además, *la traba y levantamiento de medidas cautelares de conformidad a las facultades que a cada uno competen por medios electrónicos y el registro on line de dichas medidas en la causa*. Este mecanismo, que parece un avance cuando se efectúa dentro del Estado de Derecho, se transforma en una pesadilla cuanto tales poderes se delegan a funcionarios administrativos en una forma impura de gobierno: *supra*, cap. IV, nota 59.

<sup>113</sup> *Fallos*, 326: 4251, *Selcro S.A.*, 2003.

La cláusula constitucional transitoria octava puso fin a toda la legislación delegada a la administración central con efecto a los cinco años de su entrada en vigencia en 1994, pero sucesivas leyes prorrogaron inconstitucionalmente el plazo. Ahora está fijado para el 24 de agosto de 2008.<sup>114</sup> Esa limitación no se aplica, a nuestro criterio, a las imputaciones *legales stricto sensu* a los entes o autoridades regulatorias independientes,<sup>115</sup> como lo explicamos en el cap. VII del t. 2. Como veremos allí, el gran desafío de la época es sobrevivir ordenadamente a la desaparición de este derecho descartable del reglamento diario y constante de la administración central (Decretos, disposiciones administrativas, resoluciones ministeriales, resoluciones de Secretarios de Estado, llamados telefónicos, instrucciones verbales o en papel sin membrete ni firma que se atribuyen a la Secretaría de Comercio, sanciones aplicadas conforme a la fenecida ley de abastecimiento, que se hace revivir, etc.) y pasar sin traspies a un derecho más estable, sea emanado del primer órgano previsto en la Constitución para ello, que no es otro que el Congreso de la Nación, o en su defecto de los entes regulatorios independientes del art. 42. Nunca más, si el país se institucionaliza, de los integrantes del Poder Ejecutivo y sus dependientes jerárquicos. Es el esquema de la *fractura del poder* como garantía de la libertad y la democracia, que ya mentamos en el cap. III. Lo más importante pasará entonces a ser las facultades normativas de los órganos regulatorios *independientes* previstos en el art. 42 de la Constitución,<sup>116</sup> con participación decisoria en el directorio tanto de los usuarios como de las Provincias y audiencias públicas previas, todo ello como condición esencial de validez de las normas que se dicten.

En suma, las prohibiciones del reglamento de necesidad y urgencia también lo son del reglamento delegado,<sup>117</sup> sin perjuicio de que además la ley sólo puede autorizarlos por razones de emergencia y a su vez únicamente en lo que hace a materias de administración, sin afectar derechos o deberes de los particulares. No es así viable el intento de sortear la prohibición constitucional, distinguiendo, en lugar de los cuatro reglamentos tradicionales que el mismo autor postulaba antes de la reforma, cinco después de ella.<sup>118</sup> No resulta posible escapar, salvo

<sup>114</sup> Ley 26.135.

<sup>115</sup> Ver, *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores.”

<sup>116</sup> Ampliar y comp. en BIANCHI, “La potestad reglamentaria de los entes reguladores,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto administrativo y reglamento*, op. cit., pp. 589-612. Ver *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 6, “Facultades regulatorias.”

<sup>117</sup> En igual sentido GELLI, *Constitución...*, op. cit., p. 622; PERRINO, PABLO, “Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma consuetudinaria,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 983 y ss. y otros. En contra COMADIRA, *Los reglamentos delegados*, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto Administrativo y de reglamento*, op. cit., pp. 679-92, esp. pp. 689-90.

<sup>118</sup> Resulta así parecido a la idea, que en algún momento se pergeñó en nuestro país, de rechazar la concepción del acto de gobierno como acto no justiciable, pero en su lugar y al mismo tiempo traer del derecho brasileño entonces vigente la concepción de acto institucional (o, en otras propuestas análogas, acto constitucional) como acto no justiciable (*infra*, t. 2, op. cit., cap. VIII, “Los «actos de gobierno»”). El cambio de rótulo no cambia el régimen jurídico, como ya lo explicamos en el cap. I.

por la creación de entes regulatorios verdaderamente independientes, a la cesación de las facultades administrativas de regulación sobre los particulares. Esa prohibición del art. 76 y la caducidad de pleno derecho que se produjo el 24 de agosto de 1999, ahora inválidamente “postergado” legislativamente por períodos parciales hasta el 24 de agosto de 2009, no puede válidamente sortearse con esfuerzos doctrinarios: es un nuevo sistema constitucional y hay que adaptarse a él. Estas leyes de prorroga son manifiestamente inconstitucionales. Las delegaciones preexistentes caducaron todas, de pleno derecho, en el único plazo fijado por la Constitución, o sea el 24 de agosto de 1999. Que los tribunales lo declaren o no así, depende del grado de independencia que en determinado momento ostenten.<sup>119</sup>

### 13.3. *A quiénes se puede delegar*

El art. 76 admite en forma excepcional solamente la delegación al Poder Ejecutivo y no cabe extender dicha excepción al Jefe de Gabinete, los Ministros o Secretarios de Estado, ni tampoco admitir la subdelegación. Es un principio demasiado antiguo de derecho como para poder ignorarlo: *delegatas potestas non delegare potest*.<sup>120</sup> Puede en cambio atribuirse facultades a los entes previstos en el art. 42, a tenor de los marcos regulatorios allí previstos, sin la limitación temporaria que tiene el Poder Ejecutivo, pues allí la delegación la hace el Congreso al ente regulador en base a una previsión constitucional clara. Estos marcos, a su vez, a veces autorizan en forma expresa al ente a subdelegar en sus propios órganos dependientes las facultades que la ley les otorga, lo que no nos parece contrariar el texto ni el espíritu de la prohibición de delegación al Poder Ejecutivo y *a fortiori* de subdelegación por parte de éste. Un posible avance, que hasta ahora ningún ente ha decidido concretar, es crear internamente tribunales administrativos independientes, para resolver en sede administrativa los conflictos puntuales entre usuarios y prestador del servicio. Ello permitiría mejorar la calidad e imparcialidad del control administrativo, y por ende también facilitaría la calidad de la ulterior revisión judicial.

## 14. *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 no hay normas legales aplicables (de ahí lo de “autónomo”). Pero la Constitución faculta al Presidente a emitir los “reglamentos que sean necesarios para la *ejecución* de las leyes de la Nación,” lo cual se refiere taxativamente a los

<sup>119</sup> Nos remitimos a la nota 59 del cap. IV y a la nota 112 del presente.

<sup>120</sup> El principio es tan universal en materia reglamentaria que se lo puede encontrar por doquier. Ver, entre otros, ILUYOMADE, B. O. y EKA, B. U., *Cases and Materials on Administrative Law in Nigeria*, Ile-Ifé, Nigeria, Obafemi Awolowo University Press Limited, 2ª ed., p. 80.

reglamentos de ejecución de las leyes, no a supuestos reglamentos autónomos de toda ley. Puede admitírselos para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta inconstitucional, en cambio, que se pretenda limitar los derechos de los particulares o la potestad del Congreso sobre 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; habrá de cuidarse de no fijar obligaciones de los particulares hacia la administración, que no tengan un sustento legal específico. Y tampoco sostener, desde luego, que pertenece a una esotérica “zona de reserva de la administración” que no existe en ninguna parte de nuestro sistema constitucional. Uno de los supuestos del reglamento autónomo que excede los límites antes expuestos se da en aquellas relaciones que la doctrina alemana llamaba “especiales de sujeción,”<sup>121</sup> cuando determinados grupos de personas se encuentran, voluntariamente o no, sometidas a un sistema administrativo y normativo a la vez: los presos en la cárcel, los funcionarios en la administración (y por ende los militares en las fuerzas armadas, los policías y gendarmes en las de seguridad, etc.), los alumnos en una escuela o universidad. ¿Cabe también limitar de tal modo los derechos de un enfermo en un hospital? En la práctica ciertamente ocurre, incluso sin norma alguna; pero a medida que avancen los juicios de *mala praxis* es posible que la vieja fórmula reglamentarista, que prevé todo a favor de la administración y casi nada como derecho del particular, reasuma allí también el incierto rostro de sus mil cabezas de medusa. Los ejemplos sirven para demostrar el dramatismo que supone admitir con extensión esta potestad reglamentaria “autónoma,” o con delegaciones en blanco que para el caso es lo mismo. 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, los 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;<sup>122</sup> 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

<sup>121</sup> Ver SALOMONI, JORGE LUIS, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino,” en GUILLERMO A. MUÑOZ y SALOMONI, directores, *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 151 y ss. La concepción cesarista que este autor critica contribuye, como otras de cuño análogo, a la constitución de un sistema impuro de gobierno, cuando no hay control ciudadano suficiente del control judicial. Ver la nota 59 del capítulo IV.

<sup>122</sup> WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 6 y ss. de la “*addenda*.”

vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su art. 18, ap. 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.<sup>123</sup>

### 15. *Reglamento de ejecución*<sup>124</sup>

Está expresamente previsto en la Constitución, en el art. 99, inc. 2º), el que al fijar las atribuciones del Poder Ejecutivo establece que éste “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” El Jefe de Gabinete, por su parte, expide reglamentos sub-legales para el ejercicio de las atribuciones del art. 100 (inc. 2º). Es necesario efectuar varias observaciones respecto a los reglamentos de ejecución, que son la más importante manifestación cuantitativa de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Los reglamentos de necesidad y urgencia son cualitativamente los más graves.

#### 15.1. *La reglamentación no es requisito previo para cumplir la ley*

En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación,<sup>125</sup> por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no:<sup>126</sup> 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 ocurrentes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos arts. como es de práctica, que “el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley,” pues de admitirse el principio opuesto, quedaría librado al arbitrio del poder administrador el cumplir o hacer cumplir la ley, o no, mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que por cierto no sería admisible bajo ningún punto de vista. Lo mismo cabe decir, con mayor razón aun, de los reglamentos del Jefe de Gabinete.

#### 15.2. *Se refiere a la propia administración, no a los particulares*

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, en lo que se refiere al aspecto puramente administrativo. Por ello no son reglamentables por el Poder Ejecutivo las leyes que no serán ejecutadas por la administración: sería absurdo, p. ej., que el Poder Ejecutivo pretendiera reglamentar el Código Civil, el Código

<sup>123</sup> ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 76 y ss.

<sup>124</sup> Ver también GELLI, *op. cit.*, pp. 693-4.

<sup>125</sup> Sobre el problema, ver nuestro art. “La promulgación y publicación de las leyes,” revista *Derecho del Trabajo*, año XXX, 11: 706 (noviembre de 1970).

<sup>126</sup> CSJN, *Fallos*, 310-III: 2653, *Hotel Internacional Iguazú S.A.*; DROMI, *op. cit.*, 5ª ed., p. 281.

de Comercio, etc., salvo en lo que hace p. ej. al Registro Civil de las Personas, la Inspección de Personas Jurídicas, y órganos similares previstos en las leyes de fondo, siempre y cuando no se invada el ámbito de los deberes de los particulares, regulándolos o ampliándolos de cualquier otra manera.

### 15.3. *No debe invadir otras materias reglamentarias*

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, p. ej., 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 arriba. El problema práctico es que a veces estas normas se dictan y son ejecutadas en sede administrativa, sin que el control judicial sea oportuno y eficaz.

### 15.4. *No debe alterar el espíritu de las normas legales*

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.

A la inversa, se 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: “esta Corte ha decidido en forma reiterada que el Poder Ejecutivo 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.”<sup>127</sup>

De todas maneras el sentido constitucional es prohibitivo y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales (un vicio bastante frecuente), llenar supuestos vacíos o lagunas (otro vicio constante), “corregir errores” ni interpretar con acciones positivas el supuesto espíritu de la ley, sino tan sólo abstenerse de violarlas con aquellas excusas: debe cumplir fielmente sus disposiciones, de acuerdo a la finalidad y objetivos del texto parlamentario.

<sup>127</sup> CSJN, *Fallos*, 269: 120, *Cía. Arg. de Electricidad S.A.*, 1967. Ver también *Fallos*, 232: 287, *S.R.L. Julio L. Bustos e hijos S.A.*, 1955; 244: 309, *Fed. de Obreros y Empleados de la Industria del papel, cartón, químicos y afines*, año 1959; 250: 456, *Galán*, año 1961; 254: 362, *Winiar*, año 1962 y otros.

### 15.5. *Es facultad principalmente del Poder Ejecutivo, no de órganos dependientes*

La facultad de dictar reglamentos de ejecución está otorgada principalmente al Poder Ejecutivo y sólo en forma limitada al Jefe de Gabinete. No corresponde admitir su delegación a niveles inferiores de la organización jerárquica de la administración central. Sólo por excepción puede admitirse esa facultad, de manera limitada, en las entidades descentralizadas que sean autoridades administrativas genuinamente independientes,<sup>128</sup> tales como los entes reguladores para el control de los servicios monopólicos concedidos o licenciados por el Estado. Fuera de esos casos, es necesaria una norma expresa de la ley que autorice la reglamentación por órganos diversos (como ocurre, p. ej., en materia impositiva, en que la ley autoriza a la Dirección General Impositiva a dictar reglamentos de ejecución de las leyes pertinentes). Pero ya se ha visto que el legislador a veces delega abusivamente esta potestad, como en la Provincia de Buenos Aires.

### 15.6. *No se aplica a los tratados*

Ante el texto constitucional mencionado, parece claro que el Poder Ejecutivo carece de facultades para dictar unilateralmente reglamentos de ejecución, ni siquiera en materia administrativa, respecto de los tratados internacionales. Sin embargo, con el progresivo avance de la integración a nivel supranacional, existen tratados que crean comisiones intergubernamentales que acuerdan criterios comunes de aplicación del tratado y a veces son equiparados a norma expresa de carácter administrativo, con fuerza ejecutoria interna. Los entes supranacionales sí dictan reglamentos administrativos de ejecución de los tratados, que tienen igual fuerza que éstos.<sup>129</sup>

## 16. *Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo*

Además de los reglamentos internos que dictan la administración y las autoridades administrativas independientes, hay que mencionar los que dictan respectivamente el Congreso 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. En esos reglamentos y procedimientos, son aplicables, *mutatis mutandis*, el decreto-ley y los principios generales del procedimiento administrativo (vista de las actuaciones, necesidad de motivar los actos, amparo por mora de la administración, etc.). La majestad de instituciones tan fundamentales del país como pueden ser el Poder Judicial y Legislativo, el Defensor del Pueblo

<sup>128</sup> Ver *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14, “Autoridades administrativas independientes.”

<sup>129</sup> CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226 (año 1998), cons. 8° y 9°; *Dotti, DJ*, 1998-3, 233.

de la Nación, etc, no se ve lesionada por el cumplimiento del debido proceso en sentido adjetivo; antes bien, deben dar el ejemplo.

### 17. *El reglamento como fuente del derecho administrativo*

Por todo lo expuesto el reglamento es casi siempre una fuente específica de derecho administrativo.<sup>130</sup> En la actualidad, deja un margen de duda el reglamento de necesidad y urgencia, que tiene materias específicamente prohibidas. En lugar de decir, como para el delegado, que solamente se pueden referir a materias de administración, los constituyentes optaron por el camino de prohibirlos en materia tributaria, penal, de partidos políticos y régimen electoral. Con lo cual queda pendiente la pregunta de si el Poder Ejecutivo, en situación de emergencia, puede modificar el Código Civil, Procesal, de Comercio, de Minería, etc. Ello nos parece que sería una clara desinterpretación del sistema constitucional, en primer lugar porque será virtualmente imposible demostrar cómo alguna situación de emergencia pueda requerir la modificación de la legislación de fondo o de forma, cualquiera que ella sea. Para nuestro entender, faltaría en todos los casos adecuación de medio a fin, por lo cual preferimos sostener que el reglamento de necesidad y urgencia tiene la misma limitación que el delegado y, en consecuencia, sólo se puede referir a materias de administración o los clásicos supuestos de calamidad pública. Extender el reglamento como fuente a otras ramas del derecho que el derecho administrativo o público en general, p. ej. al derecho sustantivo civil, comercial, o incluso al derecho procesal, nos parece incompatible con el sistema constitucional actual.

## IV. Fuentes materiales del derecho administrativo

### 18. *Jurisprudencia. Concepto y alcances*

#### 18.1. *Imperatividad*

La jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales (*auctoritas rerum similiter judicatarum*). El juez al aplicar una norma general crea una nueva norma, no ya general, sino individual, la que aporta un “plus” al ordenamiento. La jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales<sup>131</sup> sino tan sólo del sentido que han dado a la norma general. 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

<sup>130</sup> Comp. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 265.

<sup>131</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 342.

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 dado que 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 al menos material de derecho. Como excepción a lo que venimos de exponer cabe recordar que la jurisprudencia plenaria sí es obligatoria para las demás salas de la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquella sea tribunal de alzada (C.P.C.C.N., art. 303.)

### 18.2. *Arbitrariedad*

Cuando prescinde de toda norma la sentencia es arbitraria y con ello inconstitucional;<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup>

### 18.3. *Los principios jurídicos*

Los principios de derecho público tienen merced a su contenido axiológico 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: deben aplicarse jurisdiccionalmente con todo su contenido y valor, tanto de conformidad con el texto expreso de la ley, como reinterpretao un texto antijurídico, como por fin 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, de acuerdo al cual la Constitución era asimilada poco menos que a un catálogo: si sus normas no preveían 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*.

<sup>132</sup>Ver CARRIÓ, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” *Rev. Jur. de Buenos Aires*, IV: 85 (1959); *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967.

<sup>133</sup>Ver también LINARES, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales,” *Rev. del Col. de Abog. de Buenos Aires*, t. 27, n° 3-4; VANOSI, *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966.

Hoy en día se busca interpretar el sentido de las normas constitucionales y darles aplicación imperativa también a situaciones no previstas o reglamentadas por el legislador, o previstas en forma imperfecta. 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. Ello 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.

Lo mismo cabe decir de los actos privados y son numerosos los casos del derecho común en los cuales se aplican variantes del principio de razonabilidad o proporcionalidad, p. ej.: así el concepto de *exceso* en la legítima defensa y *exceso* en la represión son dos principios clásicos en derecho penal, como lo es también el de la *nimiedad*, el *abuso* de posición dominante en el mercado, el *abuso* del derecho, etc.

#### 18.4. *La pseudo doctrina de algunos fallos*<sup>134</sup>

Es necesario advertir contra la sinergia negativa que producen aquellos fallos que, enzarzados sus firmantes en especiosas discusiones de cátedra o de academia, usan el foro de su sentencia para hacer *excursios* de la materia sujeta a debate, aunque nada tengan que ver con la médula de la cuestión sometida a su *jurisdictio*. Esas cautivantes frases de doctrina, abundosas en citas de más doctrina de “ilustres maestros,” hacen a su vez las delicias de las mesas de redacción de las revistas jurídicas: en lugar de estudiar qué es lo que el fallo *resuelve*, materia ésta siempre laboriosa y difícil,<sup>135</sup> alegremente recuadran toda afirmación dotada de sujeto, verbo y predicado. Eso pasa automáticamente a ser la “Doctrina” del fallo y de allí al CD-ROM o la Internet hay tan solo la suave presión sobre algunas piezas del teclado. El letrado apurado, inexperto o desprejuiciado “baja” esa información de “doctrina judicial” del CD-ROM, Internet o del voluminoso tomo de jurisprudencia y con ello salpimenta de “jurisprudencia” su escrito. No es *juris*, ni *prudencia*. Del escrito judicial al art. de doctrina faltan pocos toques de computadora y ¡*presto!* tenemos doctrina de libros o revistas sobre doctrina de fallos, una brumosa cortina de humo que confunde siempre lo que los fallos *deciden*, con las ingeniosas y eruditas frases y “conceptos”<sup>136</sup> de doctrina con los que el sentenciante ha querido “adornar” su fallo. Algo así como

<sup>134</sup> Ampliar en nuestro art. “Cómo leer una sentencia,” en *AeDP*, 14: 29-53, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

<sup>135</sup> Cómo leer una sentencia,” *op. loc. cit.*

<sup>136</sup> Ya lo hemos advertido en el cap. I y en el libro *Introducción al Derecho*, 2001, publicado como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar). Ver igualmente nuestras glosas al libro de NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 72, 80-1.

el empleo del latín por abogados y autores.<sup>137</sup> Que el adorno de los fallos sea el rigor y claridad lógica de su razonamiento en la decisión justa, no las flores que va esparciendo en el camino.

Otras veces el agregado de afirmaciones no indispensables para la resolución del asunto tiene en verdad el significado de un adelanto deliberado: están escritas para ser rescatadas en futuras sentencias como natural y normal pensamiento del tribunal en materias diversas de la resuelta en el caso concreto. Es como darles un *aura* de mayor imparcialidad y de total ajenidad a la más espinosa cuestión *sub examine*. Cabe reconocer que esta curiosa “técnica” no suele ser de los propios magistrados sino mas bien de sus colaboradores, que van de este modo introduciendo en sus proyectos las doctrinas que les gustaría ver aceptadas por el tribunal.<sup>138</sup>

### 19. La costumbre. 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. Veremos más abajo si puede o no aceptársela y con qué alcances, en materia de derecho administrativo.

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 resuelto en forma reiterada y concordante.<sup>139</sup>

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 la autorice o reconozca como tal.

<sup>137</sup> Que por cierto nos encanta, como inocente *divertimento*, junto a otras citas de diversa laya e idioma, pero no por ello es trasladable a un fallo.

<sup>138</sup> Ver nuestras glosas al libro de NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 86-91 y nuestro art. “Como leer una sentencia,” *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21 y como cap. V del libro *Introducción al derecho*, e-book gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>139</sup> En contra, FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de “costumbre” para referirse al *ius receptum* jurisprudencial.

### 19.1. *No es fuente habilitante de deberes de los particulares*

La costumbre no es pues, en principio, fuente de derecho administrativo<sup>140</sup> y la administración no puede, en consecuencia, crearse a sí misma derechos frente a los particulares por observar habitualmente una determinada conducta. Tampoco debería, a nuestro juicio, hacerlo la justicia.<sup>141</sup>

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, carece de todo valor como fuente autónoma de poder para la administración pública. Ello no quita que si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, aquélla sea válida. Pero tal conclusión surge de la propia ley y no de la entonces innecesariamente llamada “costumbre” administrativa. Los “precedentes” administrativos no son así, autónomamente de la ley, fuente de obligaciones para los particulares. Sin perjuicio de ello, por la doctrina de los actos propios, puedan en cambio obligarla a ella, como veremos a continuación.

### 19.2. *Es fuente de derechos*

Cabe así admitir, a la inversa, que la costumbre puede crear derechos<sup>142</sup> de los particulares 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.

Del mismo modo que la administración podría crearse ciertas obligaciones mediante un reglamento autónomo (y no podría crear deberes a los particulares), así también puede crearse deberes frente a los individuos y grupo de individuos mediante la observancia usual y reiterada de una determinada pauta de conducta. Entendemos, en definitiva, que la costumbre sólo puede ser aceptada como fuente cuando contiene la creación de derechos para los particulares frente a la administración.<sup>143</sup>

<sup>140</sup> Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 107 y ss. y VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. I, p. 315 y ss. Conf. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, p. 292 y ss. En el derecho comparado, RIVERO, *Droit Administratif, op. cit.*, 4ª ed., p. 70.

<sup>141</sup> Ver nuestra nota “La praxis tribunalicia como fuente del derecho en contra de las partes,” *LL*, 2001-F, 769. Nada impide, desde luego, que el tribunal vaya interpretando las normas procesales y en su caso imponiendo cargas de esa índole a las partes, siempre que ellas sean razonables y conducentes a una mejor eficiencia del proceso. Lo que no se debe es sorprender a las partes con cambios de costumbre jurisprudencial insuficientemente dados a conocer.

<sup>142</sup> *Lato sensu*: derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, intereses legítimos. Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El «poder de policía».”

<sup>143</sup> En la opinión contraria CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 125; t. 1, 1998, 6ª ed., p. 170; ha seguido nuestro criterio alguna jurisprudencia, que comentamos en “La práctica administrativa,” *LL*, 1996-C, 457, nota al fallo *Rava*, *LL*, 1996-C, 459, 1995 y sus referencias. La nota se halla reproducida en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 38, p. 104.

## 20. *La doctrina*

En cuanto al resto de la doctrina de los autores, aunque no tiene fuerza formal como fuente del derecho administrativo, hay veces que tiene poder de convicción para llevar a determinada decisión administrativa o judicial, o al menos es utilizada como fundamento de la decisión que se quiere adoptar.

En todo caso, suele ser uno de los medios a través del cual se accede al conocimiento o distintas formas de interpretación de las demás fuentes, lo que a veces lleva a imbricar o confundir la fuente real con la fuente informativa o interpretativa. No es fuente directa y formal de derecho administrativo, pero al informarlo e interpretarlo da una pauta orientadora, aunque sea por contraposición, para quienes deben aplicarlo.

Ya hemos explicado en otro lugar la importancia de la influencia sistemática o asistemática que la doctrina, junto al legislador y la justicia, puede tener en el derecho contemporáneo.<sup>144</sup>

### 20.1. *La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación*

En materia de derecho administrativo ha adquirido una importancia creciente, a través del tiempo, la doctrina de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Son obligatorios para los abogados del Cuerpo de Abogados del Estado, al cual pertenecen todas las asesorías jurídicas del Estado. La obligatoriedad de la referida doctrina es pacífica y antigua,<sup>145</sup> sin que los abogados del Estado puedan entrar en debate respecto a sus dictámenes; ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa.<sup>146</sup>

Esa obligatoriedad para los abogados del Estado implica que sus dictámenes se adecuarán a dicha doctrina; y si bien los órganos ejecutivos no están obligados a seguir el consejo de su Dirección de Asuntos Legales, en la práctica será muy difícil que dicten un acto contrario al dictamen obrante en los actuados, pues en tal caso su responsabilidad será más evidente. Tampoco puede dictarse un

<sup>144</sup> *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, Prólogo y *Derechos humanos, op. cit.*, cap. I, “Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación.” Las doctrinas sobre “zona de reserva de la administración,” “actos institucionales,” “actos de gobierno,” “actos no justiciables,” etc., han contribuido mucho al escaso nivel de democratización y de control ciudadano del poder, de la libertad en suma en nuestro país, de la pureza de las formas de gobierno que mencionamos en la nota 59 del cap. IV. Cumplen en lo “jurídico” la función que cumplieron en lo político los cultores de las frases galanas en favor de los poderes de facto: “la cruz y la espada,” “Esparta y Atenas,” “la última reserva del país,” etc. Sugerimos la relectura de la obra de GARZÓN VALDÉZ, ERNESTO, *El velo de la ilusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000; también el repaso de los otros dos libros citados *supra*, cap. II y nota 4.2.

<sup>145</sup> PTN, *Dictámenes*, 80: 913; uniforme.

<sup>146</sup> Ver sobre este tema el desarrollo que efectuamos en el t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. X, “El recurso jerárquico,” § 15, “Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación” y § 16, “Casos en que se requiere el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación” y sus referencias. Sobre el alcance jurídico del dictamen letrado ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

acto administrativo que haya de afectar derechos o intereses de terceros, sin el previo dictamen del organismo permanente de asesoramiento letrado.<sup>147</sup>

De tal modo los precedentes administrativos que la doctrina admite como fuente emparentándolos con la costumbre<sup>148</sup> no son tanto las resoluciones de la administración, no siempre fácilmente hallables ni por ende confiables en las municipalidades del interior del país, sino los dictámenes de la Procuración del Tesoro.

### 20.2. *Doctrina de la Defensoría del Pueblo de la Nación*<sup>149</sup>

Resulta prematuro determinar si el Defensor del Pueblo de la Nación, en el ejercicio de su magistratura de persuasión, hará un cuerpo de doctrina administrativa que también tenga importancia como fuente del derecho administrativo. Sus primeros pasos así parecen indicarlo, al sostener p. ej. en una audiencia pública que debía respetarse la opinión del ente regulador por sobre la de la administración central y al presentarse luego en sede judicial sosteniendo la nulidad absoluta de un decreto de intervención al mismo ente regulador que, obviamente, debe ser categorizado como constitucionalmente independiente. Una de las ventajas de la opinión del Defensor del Pueblo frente al resto de la doctrina, es su inmediata repercusión en los medios de comunicación<sup>150</sup> y el hecho de provenir de un órgano público de rango constitucional, como así también la de contribuir a dar apoyo político e institucional, cuando hace uso de su legitimación constitucional para actuar en justicia, a las decisiones que luego deberán adoptar los jueces.

### 20.3. *La doctrina y el derecho comparados. Sus problemas*

También el derecho comparado pasa a ser fuente de derecho administrativo a nivel supranacional, según ya lo expresamos en el cap. anterior, lo cual no significa acudir simplemente al derecho de la madre patria por la cercanía espiritual e identidad idiomática, y ni siquiera al de los países cuya doctrina nos es más accesible, por razones de tradición y semejanza de latinidad en el lenguaje, como la italiana o francesa.

<sup>147</sup> Art. 7°, inc. d) *in fine* del decreto-ley 19.549. El fundamento de este principio es que el trámite omitido “pudo haber ejercido influencia en el conocimiento o en la voluntad que ha formulado la declaración final. Si se dejó de oír el parecer del órgano consultivo, puede suponerse que en caso de haberlo oído, el acto no hubiera sido dictado” (LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, 3ª ed., p. 199), o no hubiera sido dictado de la misma manera; *infra*, t. 3, op. cit., cap. IX, § 4.5, p. 11 y ss.

<sup>148</sup> La doctrina de los actos propios también sustenta el deber de ajustarse a la doctrina pacífica de la Procuración del Tesoro de la Nación: desconocerla es *venire contra factum proprium*.

<sup>149</sup> Ver las referencias del cap. II, § 5.2, ap. e), nota, e *infra*, cap. IX.

<sup>150</sup> Es un verdadero arte para el Defensor del Pueblo de la Nación lograr un adecuado equilibrio entre una excesiva por ende menos relevante presencia en la opinión pública, por una parte y un excesivo silencio por la otra.

Es ahora indispensable tener presente en nuestro derecho administrativo el derecho anglosajón, como ya se venía haciendo desde siempre en el derecho constitucional argentino, y para ello la mirada al derecho norteamericano e inglés y sus derivados, se torna fundamental.

El resto del derecho europeo, a veces sobrevalorado como el derecho alemán o el francés, debe en cualquier caso tenerse igualmente presente. El derecho comparado latinoamericano, por la semejanza de experiencias y haber casi todos tomado el mismo modelo constitucional norteamericano, es igualmente imprescindible aunque no siempre reciba la atención que merece.

Esta diversidad de fuentes es de gran complejidad, porque no se trata de recordar simplemente qué dice determinado autor de cualquiera de estas nacionalidades o regiones, sino también analizar en qué modo interpreta o explica un derecho vigente, o no, que puede ni siquiera guardar similitud con el nuestro.