

Las fuentes del Derecho Administrativo argentino¹

SUMARIO: 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CREACIÓN SINGULAR DEL DERECHO. 2. EL RANGO NORMATIVO SUPRACIONAL. 2.1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE DERECHOS HUMANOS. 2.2. LAS SOLUCIONES AMISTOSAS O TRANSACCIONES INTERNACIONALES. 2.3. CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. 2.4. LA CONVENCION INTERNACIONAL CONTRA EL SOBORNO TRANSNACIONAL (LEY 25319). 2.5. OTRAS FUENTES. 2.6. LA DEFENSA EN JUICIO COMO PRINCIPIO JURÍDICO Y SUS APLICACIONES. 2.7. LOS VALORES Y PRINCIPIOS SUPREMOS. 2.8. EL PAÍS ANTE LOS TRIBUNALES ESTRANJEROS. 3. LEY Y FUNCIÓN LEGISLATIVA. 4. REGLAMENTOS. 4.1. CLASIFICACIÓN Y ADMISIBILIDAD. 4.2. PROBLEMAS Y CONTRADICCIONES. 4.3. LA EXACERBACIÓN REGLAMENTARIA. 4.4. LA RACIONALIDAD IRRACIONAL DE LA BUROCRACIA. 4.5. REGLAMENTOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. 4.6. REGLAMENTOS DELEGADOS O DE INTEGRACIÓN. 4.7. REGLAMENTOS AUTÓNOMOS. 4.8. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN. 4.9. EL REGLAMENTO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CREACIÓN SINGULAR DEL DERECHO

En el estudio de las fuentes formales que integran el principio de legalidad de la Administración conviene no olvidar que el Derecho no

¹ El presente capítulo es un resumen de los capítulos VI y VII de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8.ª ed.; México, UNAM-Porrúa-FDA, 2004, 9.ª ed., preparado especialmente para el número de la Revista española *Documentación Administrativa* dedicado al Derecho Administrativo argentino. Por razones de limitación de espacio, nos remitimos a la bibliografía indicada en ese lugar, donde se encontrarán también las pertinentes citas y sus fuentes. Para una mayor información puntual sobre aspectos conflictivos contemporáneos, ver nuestros artículos en www.gordillo.com/Autor_Folletos-Exterior_y_Argentina.htm, n.º 81, 85, 93, 100, 102, 111, 112, 115, 116, 120, etc.

es sino solución de casos concretos y singulares, en los que se crea y no meramente se aplica el Derecho². Como hemos explicado en otro lugar, son más importantes los grandes valores del Derecho o los principios jurídicos, y los hechos del caso: de ellos depende uno u otro encuadre normativo; la aplicación del Derecho no es un juicio axiomático deductivo a partir de las fuentes, sino que parte de una hipótesis valorativa a partir de los hechos.

En las fuentes formales del Derecho se encuentran en primer lugar, hoy en día, las supranacionales y supraconstitucionales.

2. EL RANGO NORMATIVO SUPRANACIONAL

El Derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (*ius cogens*) sobre el Derecho interno; ahora empieza a admitirlo el Derecho interno, ante la presión internacional. Más aún, nuestros tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras autorizan al inversor a someter sus diferendos a un tribunal arbitral internacional, el cual aplicará las normas locales «y los principios pertinentes del Derecho internacional». Esto constituye una clara prelación de los principios tradicionales y contemporáneos comunes a todo sistema jurídico, por sobre eventuales normas concretas que se le opongan.

La Constitución de 1994 reconoce, como mínimo, su propio nivel constitucional a diversos tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22), algunos de los cuales admiten expresamente la jurisdicción extranjera: así, los referidos al genocidio o a la tortura, art. 5.º; o posteriormente, el relativo a la corrupción. La Ley 25319 aprueba la Convención Internacional contra el Soborno Transnacional, cuyo art. 7.º reconoce jurisdicción a cualquiera de las partes signatarias para juzgar tales delitos de funcionarios públicos extranjeros, «sin tener en cuenta el lugar en que ocurrió el cohecho» («*without regard to the place where the bribery occurred*»).

La Constitución admite también la cesión de poderes en los acuerdos de integración (art. 75, inc. 24), lo cual da carácter normativo supranacional a la mirada de normas del MERCOSUR y otros; ello incluye las normas de segundo grado en los tratados, como lo admitió la Corte en *Cafés La Virginia S.A. y Dotti*.

² Nos remitimos a nuestro libro *An Introduction to Law, o Une introduction au droit*, Londres, Esperia, 2003, con prefacio de Spyridon Flogaitis, director del Centro Europeo de Derecho Público; hay versión castellana como *Introducción al Derecho*, de libre acceso en www.gordillo.com; traducción portuguesa en preparación. Ver también el libro de Alejandro NIETO y Agustín GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

Admite así el carácter supralegal y para nosotros supranacional de los tratados y sus normas derivadas, algunos de los cuales también reconocen inequívocamente la inexistencia de soberanía (Tratado Antártico), llegando –en su máxima expresión actual– a la admisión de una jurisdicción internacional para ciertos crímenes de lesa humanidad y extranjera para otros ilícitos.

Las soluciones y opiniones consultivas de los órganos de aplicación de los tratados son consideradas Derecho interno por la Corte (*Girolodi; Arce*).

Igualmente, los acuerdos transaccionales o «soluciones amistosas» que el país celebra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos producen importantes mutaciones del Derecho interno. Y, ciertamente, es mejor transar a tiempo, antes que perder luego en la CorteIDH, como nos pasó en *Garrido y Baigorria*.

El proceso continúa: una mala decisión jurídica, política o económica en violación al orden internacional puede costarnos puntos en la tasa de interés de nuestra deuda externa, reducción de inversiones, etc., con efecto multiplicador. No es gratis violar el Derecho supranacional: hay sanción económica, como mínimo.

En 1932, la Corte Permanente de Justicia declaró que un Estado no puede aducir «su propia constitución para evadir obligaciones incumbentes para el derecho internacional o para los tratados en vigor».

El art. 118 de nuestra Constitución reconoce el principio de orden público internacional (*jus cogens*), conforme al cual nuestros tribunales tienen jurisdicción *extraterritorial* para juzgar *aquí* delitos contra el Derecho de gentes cometidos *fuera* de nuestro territorio. Esto conlleva tanto la obligación del Estado de defender esa competencia como que, por «razones de reciprocidad y para preservar dicha jurisdicción, la rama ejecutiva del gobierno» –y lógicamente también la judicial, agregamos nosotros– «no debe oponerse a que tribunales extranjeros ejerzan su competencia extraterritorial cuando se trata de juzgar precisamente aquellos delitos a los que se refiere el art. 118 de la constitución».

Nuestro país reconoce a la corrupción de sus funcionarios públicos y el consecuente lavado de dinero como delitos de lesa humanidad. La Ley 25246 establece en su art. 4.º, inc. 4.º: «Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión». Es el mismo principio de extraterritorialidad jurisdiccional que tiene la Convención Internacional contra el Soborno Transnacional de funcionarios públicos nacionales o extranjeros y el lavado de dinero proveniente de esos delitos: coinciden, pues, el Derecho de gentes y su recepción en el Derecho interno.

2.1. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PACTOS DE DERECHOS HUMANOS

La CSJN ha dicho que su interpretación debe efectuarse «tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación». «De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y art. 2.º ley 23.054)», incluyendo las opiniones consultivas del tribunal.

2.2. LAS SOLUCIONES AMISTOSAS O TRANSACCIONES INTERNACIONALES

De las más de sesenta denuncias en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el país ha comenzado a transar algunas a fines del segundo milenio y comienzos del tercero, con la consecuente modificación legislativa y jurisprudencial de nuestro Derecho interno. Algunas que no ha transado, comienza de todos modos a cumplirlas.

No transarlas, cuando hay dictamen adverso de la Comisión, implica que ésta da carácter de resolución pública a su pronunciamiento e inicia la acción ante la Corte de San José, con el consiguiente bochorno y reproche internacional, no desprovisto de efectos prácticos. No es una situación que se pueda sostener *sine die*.

2.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención Interamericana contra la Corrupción reconoce la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio (art. V), del mismo modo que lo hace el Tratado contra la Tortura (art. 5.º). Su expresa vinculación de corrupción, crimen organizado y narcotráfico debe así ser un llamado de atención para quienes incurran en tales delitos, ya que los tribunales norteamericanos, p. ej., han comenzado a juzgar hechos de soborno transnacional ocurridos fuera de su país, al igual que admiten, en asuntos vinculados al terrorismo, narcotráfico, etc., el principio *male captus, bene detentus*. La sumatoria de tales delitos está generando un nuevo orden público internacional (*jus*

cogens superveniens, in statu nascendi). Por cierto, es mejor un tribunal internacional que uno simplemente extranjero. Ya se ha implementado la Corte Penal Internacional, pero es probable que subsista durante una etapa intermedia la jurisdicción nacional en temas tales como cohecho internacional (Ley 25319). También cabe señalar que la Convención impone en el Derecho interno el principio de la publicidad, equidad y eficiencia de las contrataciones públicas (art. III, inc. 5.º), lo que transforma de pleno derecho en antijurídicas las adjudicaciones y los precios finales a su extinción que no se publiquen en el *Boletín Oficial*, o que fueren inequitativas para los usuarios (*pacta tertiis non nocent*), o impliquen dispendio incausado de fondos públicos, etc., como también, desde luego, las teñidas por soborno o corrupción nacional o transnacional, que arrastran la responsabilidad de los fiscales.

2.4. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL SOBORNO TRANSNACIONAL (LEY 25319)

Esta Convención Internacional tiene por objetivo permitir a los demás Estados partes juzgar a *nuestros* funcionarios públicos por los delitos de soborno transnacional y lavado de dinero vinculado al cohecho. Aclara expresamente que cualquier Estado tiene jurisdicción, sin importar el país donde el delito hubiere sido cometido. No poseemos el vigor institucional de una democracia sólida, con poder rigurosamente distribuido y compartido, como debe ser, por una mirada de órganos. Nuestra excesiva centralización presidencial, imbuida de una vieja cultura caciquista, hace difícil investigar, juzgar y castigar a nuestros grandes corruptos transnacionales. Es bueno que otro Estado pueda hacerlo. Así, el Derecho tal vez pueda llegar a funcionar un poco más cercano al ideal de cumplirse, ante la amenaza real y cierta de sanción en caso de incumplimiento.

2.5. OTRAS FUENTES

También tienen importancia práctica y jurídica los compromisos y transacciones que el país realiza ante la ComisiónIDH, para evitar ser llevado ante la CorteIDH y que luego debe honrar como los propios fallos. Así, en el caso 11012 (*Verbitsky c. Belluscio*) se arribó a una solución amistosa por la cual el país derogaría por ley la figura del desacato; otras recomendaciones de la ComisiónIDH llevaron al dictado de las Leyes 24043, 24321 y 24411 (*Birt*). La causa 11012 permitió que el actor hiciera desistir al país de un proyecto de ley limitativo de la

libertad de prensa: anticipó así el resultado que en 1996, en materia diversa, lograra el Defensor del Pueblo con su sola presentación ante la Comisión IDH.

Del mismo modo pueden nacer otros órganos judiciales supranacionales y nuevas normas reglamentarias o de segundo rango dentro del orden jurídico supranacional, ya admitidas en *Cafés La Virginia S.A.* y *Dotti*.

2.6. LA DEFENSA EN JUICIO COMO PRINCIPIO JURÍDICO Y SUS APLICACIONES

El principio cardinal del Derecho público es el principio del debido proceso en su doble faz adjetiva y sustantiva: como el derecho a ser oído, tanto individual como colectivamente, antes de que se tome una decisión adversa a sus derechos o intereses –incluidos los derechos de incidencia colectiva– y como el derecho a que la decisión sea intrínsecamente razonable.

En los comienzos del Derecho europeo y del latinoamericano se partía de una hipótesis distinta del Derecho anglonorteamericano: que no se requería tutela jurisdiccional frente a la norma legislativa, pues ésta era precisamente la protección del ciudadano. De allí el principio de legalidad o facultad reglada de la Administración. El mismo tipo de razonamiento se aplicó también a la norma reglamentaria, en tanto no fuera contraria a un precepto legal. Ese viejo modo de ver las cosas no se ajustaba a nuestro Derecho constitucional, construido sobre la base del sistema estadounidense, con control judicial de la constitucionalidad, por ende de razonabilidad. Es que la norma no siempre es protección del particular frente a la Administración, sino potestad que se confiere al funcionario, autor las más de las veces del proyecto que luego hace sancionar por las autoridades políticas y, por ende, constituye con frecuencia la fuente de arbitrariedad administrativa frente al particular. Se produce de este modo el germen de un retorno a las fuentes del Derecho anglosajón y del canónico, en que los principios superiores a la norma son la razón, la equidad, etc. Se pone entonces énfasis creciente contemporáneamente en los *principios* del orden jurídico, tanto de la Constitución como del orden jurídico supranacional. Se va así perfilando en distintos países, de uno u otro modo, el control de constitucionalidad no sólo de la actividad administrativa particular y concreta, sino también de la actividad legislativa y, desde luego, de la actividad reglamentaria de la Administración; a ello cabe agregar el control del poder monopólico privado o de abuso de poder dominante, el principio de lealtad comercial y respeto a la libre competencia, etc. Pero no es en

modo alguno un proceso que se encuentre terminado. Por lo demás, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en sus arts. 8.º y 25, garantiza el principio jurídico supranacional del debido proceso. A su vez, mientras el Derecho inglés funda el control de razonabilidad en el principio de justicia natural —que guarda no poca analogía con la idea de los principios generales del Derecho—, el sistema norteamericano y el argentino invocan al mismo efecto la cláusula constitucional del debido proceso, entendida en el doble sentido adjetivo (audiencia debida) y sustantivo (razonabilidad, que es lo mismo que decir justicia).

Si trascendente es el lado *adjetivo* del debido proceso (garantía de defensa), tanto o más aún lo es el *sustantivo*, como garantía de razonabilidad de los actos estatales y privados dictados en ejercicio de funciones administrativas públicas. Ella supone: a) Sustento fáctico suficiente (o «causa», «motivo», etc., según distintas variantes y versiones en otros enfoques); lo cual supone, desde luego, que los hechos invocados sean ciertos, no sean nimios o insignificantes, estén suficientemente probados o acreditados, estén razonablemente apreciados; que no haya «error de hecho»; que no haya falsa invocación de hechos; que no se ignoren o desconozcan hechos ciertos que hacen a la cuestión, etc. b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan, debe ser una conclusión razonada de tales hechos, que no incurra en falacias formales o informales, ni caiga en soluciones exageradas, desmedidas o despropósitos de cualquier naturaleza. c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y proporcionados tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan.

El principio de razonabilidad es uno de los que mayor extensión tiene dentro del sistema jurídico y se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del orden jurídico. La doctrina ha partido en el pasado de la idea de control *de* legalidad y debe ahora encarar el fenómeno del control *de la* legalidad: la norma legal o reglamentaria, de ser uno de los modos de control, pasa a constituirse en uno de los *objetos* a ser controlados. El criterio de razonabilidad no es solamente un freno a la *discrecionalidad administrativa*, sino también un límite a la arbitrariedad *normativa* tanto del legislador como del administrador o incluso, desde luego, de los órganos jurisdiccionales en la medida que tengan funciones normativas.

2.7. LOS VALORES Y PRINCIPIOS SUPREMOS

El primer nivel en las fuentes 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. Los grandes valores de razonabilidad, justicia, buena fe, son ahora admitidos como supremos. Los textos normativos son así instrumentales para el logro de tales fines.

2.8. EL PAÍS ANTE LOS TRIBUNALES EXTRANJEROS

Todo lo expuesto es también obvio a partir del *default* del país en 2002 y la pesificación asimétrica, desviada y de mala fe realizada por su gobierno en aquel entonces. Los jueces extranjeros han comenzado a admitir su jurisdicción sobre la deuda externa argentina y han comenzado a inhibir bienes de argentinos en el exterior cuando existe la presunción de que en parte pertenecen al gobierno argentino; por ejemplo, por tratarse de bienes presumiblemente producto de la evasión fiscal y el lavado de dinero, por no estar declarados ante el fisco nacional. Los bienes argentinos en el extranjero que no hayan sido declarados ante el fisco nacional son así *juris tantum* producto de la evasión y el lavado de dinero y, como tales, constituyen un crédito del Estado argentino embargable por sus acreedores del *default*.

3. 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.

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: 1.º) leyes de Derecho común, y 2.º) leyes de Derecho federal.

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. 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.

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.

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. 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, persiste en sobrellevar los costos de una justicia que en verdad ya no le compete.

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

Como solución de principio se señala que el Derecho Administrativo es local y que, por lo tanto, las leyes administrativas de la Nación sólo rigen para ella misma y que cada provincia se dicta sus propias leyes de obras públicas, leyes relativas a la función pública, leyes de procedimiento administrativo y de Derecho procesal administrativo, leyes de organización administrativa, entidades autárquicas, empresas del Estado, etc.

Sin embargo, no debe olvidarse que no todo el Derecho Administrativo nacional es puramente local, de aplicación sólo para 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 impropia y 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, sin perjuicio, desde luego, de mantener también la vigencia de la ley nacional en cuanto ha sido dictada en el marco de sus atribuciones. La ley provincial deberá ceder ante la ley nacional cuando exista esa incompatibilidad que señalamos, o cuando el ejercicio de la atribución respectiva les está expresamente prohibido a las provincias, o haya sido conferido por la Constitución en forma exclusiva al Gobierno de la Nación.

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

El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo, sin otra limitación que la de que la ley establezca una regulación razonable. Salvo ese límite, que es por otra parte común a todas las leyes del Congreso, éste puede dictar normas para cualquier función realizada por la Administración: puede legislar sobre la función pública y el servicio civil, sobre la organización y el funcionamiento administrativo interno, sobre cualquiera de los actos que dicte la Administración, incluso los así llamados «actos de gobierno».

Por ello, si bien existe una zona de «reserva» legislativa, en el sentido de que en ciertas materias sólo el Congreso puede estatuir y en ningún caso (ni siquiera por delegación) la Administración, no existe, en cambio, en el Derecho latinoamericano un principio *inverso* de que pueda haber zona alguna de la actividad administrativa «reservada» a ella y exenta de la regulación legislativa. La «zona de reserva de la Administración» carece de todo fundamento constitucional, mucho menos en la Constitución de 1994, y resulta sorprendente ver cómo distinguidos autores enuncian una concepción cesarista en un país donde no nos ha faltado nunca nuestra cuota —generosa— de césares. 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 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.

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

4. REGLAMENTOS

Por aplicación del principio de la separación de los poderes, el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; menos aún a sus órganos dependientes dentro de la Administración central. Por ello, la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre con reservas: 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 aún 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 que 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», «donde el Presidente colegisla». Las soluciones concretas habrán luego de diferir, por inexorable consecuencia.

4.1. 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. 3.º, 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”». La realidad, en estos tiempos de emergencia perpetua, es caótica: se dictan muchos, sobre materias prohibidas. Algunos se cumplen, otros quedan en un limbo hasta su ulterior introducción por ley.

La regla es que no existe potestad reglamentaria *del Poder Ejecutivo*, y mucho menos de sus ministros o 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 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.

4.2. 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 modificatorios 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 artículos cada uno, siempre cambiantes, nunca iguales, nunca fácilmente hallables. Sólo el funcionario que habrá de aplicárnoslo lo tiene, actualizado y «prolijo»: un viejo texto con fotocopias adheridas en cada lugar para marcar las actualizaciones. Poseer un reglamento actualizado es, las más de las veces, ser titular de información privilegiada.

4.3. 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 permanentes, 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, seudonormas 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.

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. 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».

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».

«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». «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». Lamentablemente, esto ocurre con demasiada frecuencia en la práctica.

4.4. LA RACIONALIDAD IRRACIONAL DE LA BUROCRACIA

El principio de razonabilidad se hace también indispensable para frenar el crecimiento de normas irrazonables, irreales, excesivas, superfluas, etc. que paralizan tanto a los particulares como a los propios funcionarios públicos.

Se ha mencionado con frecuencia que en las Administraciones Públicas, luego de haber creado sus propias normas, «la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia». Durante un tiempo se procuró medir el grado de eficacia del cumplimiento de los objetivos públicos en las empresas y actividades estatales, pero la tarea resultó casi imposible frente al simple cálculo de rentabilidad privada; nunca se llegó a lograr una medición del grado de efectividad de tales políticas públicas, impidiendo el progreso de su racionalidad cuando ella existía.

Además, se comienzan a manejar conceptos de «racionalidad pública» y «racionalidad privada», con lo cual se llega a «la racionalidad irracional de la burocracia»: lo más importante, en muchos casos, previsible pero irrazonablemente, es cumplir «estrictamente» la norma escrita, aunque sea claramente injusta, ineficaz, arbitraria, desproporcionada, incausada, etc., sin siquiera buscar interpretarla para superar esos óbices a su validez constitucional y supraconstitucional. Ello es una defectuosa aplicación del orden jurídico, pues desconoce que los principios jurídicos tienen jerarquía sobre las pequeñas normas o su lectura por una Administración también pequeña y mezquina.

Pero una cosa es que el burócrata adquiera esa «racionalidad irracional» y otra que lo haga un órgano del Derecho; si ocurre que para aquél «lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento», no puede sucederle lo mismo a éste. El jurista no puede caer en la trampa burocrática de normas irracionales celosa y cumplidamente aplicadas, sin renunciar con ello a su propia calidad de hombre de Derecho.

En cualquier caso, es claro que el jurista, juez, funcionario o tribunal administrativo no necesita ni debe someterse ciegamente a la racionalidad irracional de la norma burocrática: él debe aplicar el supremo principio de Derecho de la razonabilidad, por encima de toda norma que resulte arbitraria por excesiva o irreal.

En suma, cabe reiterar el razonamiento del juez JACKSON, de la Corte Suprema de Estados Unidos, que recuerda y suscribe WADE, en el sentido de que el debido proceso hace a la esencia indispensable de la libertad: leyes severas en lo sustancial pueden ser soportadas si son aplicadas razonable e imparcialmente; y si tuviera que optarse entre vivir bajo leyes soviéticas, aplicadas con las garantías del debido proceso, o bajo leyes occidentales, aplicadas bajo el procedimiento soviético, sería preferible lo primero a lo segundo.

4.5. 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. 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 25414 (derogada por Ley 25556) y de la Ley 25561 del año 2002, que continúa y profundiza la recepción normativa de la emergencia primero declarada por la Ley 25344.

La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional. Fue de antaño admitido, a pesar de que no estaba previsto en la Constitución, en base al «estado de necesidad». Ahora bien, la Constitución de 1994 pone límites explícitos a la facultad de dictarlos, la causa o sustento fáctico habilitante, el procedimiento, la ratificación, etc.

La Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia pública en la sociedad: no basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional. 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».

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.

Es en el objeto y en el procedimiento donde la Constitución introduce limitaciones, algunas de las cuales estaban ya en la jurisprudencia constitucional preexistente. En cuanto al objeto, dice ahora el art. 99,

inc. 3.º, que ni siquiera existiendo necesidad y urgencia públicas puede el Poder Ejecutivo invocarlas 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.

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.

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.

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; 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 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.).

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, pero sin el plazo de caducidad para iniciar la acción judicial.

En el ya citado caso *Video Club Dreams* la Corte abandona, en los considerandos 3.º y 16, la jurisprudencia esbozada en *Rossi Cibils* 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. Sin embargo, se trata de una materia muy inestable y que seguramente tendrá todavía muchas idas y vueltas en los años venideros. 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. Con lo cual, muy tortuosa y deformadamente, se impone al final una versión casi folclórica del principio de legalidad.

Uno de los votos de *Video Club Dreams* destaca que la ulterior creación del mismo impuesto por la Ley 24377 no subsana la invalidez del reglamento de necesidad y urgencia, atento que el art. 99, inc. 3.º, párrafo 2.º, dice que este tipo de disposiciones de carácter legislativo, en manos de la Administración, son nulas «de nulidad absoluta e insanable».

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. 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 debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta». Pero más aún, 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*, pero no ratificar el decreto con efecto *ex tunc*. Los tribunales deberán entonces declarar su nulidad con efecto retroactivo.

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 transforma-

do 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.

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

4.6. REGLAMENTOS DELEGADOS O DE INTEGRACIÓN

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están conformes 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. 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»: 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 ése un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29»; «Desde luego, no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella»; «Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como EE.UU., el poder reglamentario se halla fuera de la letra de la Constitución». Dijo la CSJN en el caso *Mouwiel*, del año 1957: «En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1.º) 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». 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. Ello es exagerado en materia tributaria y evidente en lo que hace a la regulación de los servicios en monopolio o exclusividad.

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 Constitu-

ción, ser del propio Congreso y lo único que puede delegarse es, en cada ocasión 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 PE. Sin embargo, funciona y es aplicado, lo cual deja mal parado el funcionamiento real de la Constitución en los tribunales.

Cabe preguntarse si las materias que la Constitución prohíbe que el PE reglamente por necesidad y urgencia se encuentran también prohibidas para la delegación. Dicho en otras palabras, ¿puede extenderse por analogía la prohibición constitucional específica para uno, cuando existe una prohibición genérica para el otro? Concretamente, la Constitución prohíbe al PE asumir facultades legislativas por decreto de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria y de partidos políticos. ¿Puede el Congreso delegar tales materias al Poder Ejecutivo? Es sabido que en materia impositiva todo el régimen funciona a base de puro reglamento y circulares de la DGI, supuestamente por facultades delegadas del Congreso, pero las más de las veces por reglamentos múltiples que son a la vez ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad y urgencia. Más bien son actos generales dictados por alguien que se considera, «libremente», legislador. Ya nadie se pregunta más si la AFIP (antes DGI) o el Ministerio de Economía y sus Secretarías pueden hacer tal creación plurinormativa de nivel general. Discuten sólo su oportunidad. Pero hacer tamaña afirmación es como sostener que los hechos crean Derecho y que el Congreso es incapaz de dictar norma tributaria alguna, con lo cual es indispensable que lo haga la AFIP o todo el sistema cae. Parece muy difícil sostener ninguna de tales hipótesis.

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, 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. Es el esquema de la fractura del poder como garantía de la libertad y la democracia. Lo más importante pasará entonces a ser las facultades normativas de los órganos regulatorios independientes previstos en el art. 42 de la Constitución, 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, 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. No resulta posible escapar, salvo por la creación de entes regulatorios independientes, a la cesación de las facultades administrativas de regulación sobre los particulares.

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*. 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.

4.7. 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 reglamentos de ejecución de las leyes, no a supuestos reglamentos autónomos de toda ley. Puede admitírselos para regir exclusivamen-

te 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», 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; los segundos sólo pueden dictarse para la ejecución de las leyes o por autorización de ellas. Es un criterio constitucional peligroso y ciertamente desaconsejable si no se cuenta con gobiernos mesurados y pueblos vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su art. 18, ap. 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.

4.8. REGLAMENTO DE EJECUCIÓN

Está expresamente previsto en la Constitución, en el art. 99, inc. 2.º, que, al fijar las atribuciones del Poder Ejecutivo, establece que éste «expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias». El Jefe de Gabinete, por su parte, expide reglamentos sublegales para el ejercicio de las atribuciones del art. 100 (inc. 2.º). 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.

En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no: los jueces y la misma Administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurrentes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos artículos, como es de práctica, que «el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley», pues de admitirse el principio opuesto quedaría librado al arbitrio del poder 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 aún, de los reglamentos del Jefe de Gabinete.

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 de Comercio, etc., salvo en lo que hace, p. ej., al Registro Civil de las Personas, la Inspección de Personas Jurídicas, siempre y cuando no invada el ámbito de los derechos y deberes de los particulares.

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 au-

toriza expresamente, entonces estamos en la hipótesis de un reglamento «delegado» o de integración, a que nos referimos más arriba.

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».

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.

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 comisiones intergubernamentales que acuerdan criterios comunes de aplicación y, a veces, son elevados en cada país a norma expresa de carácter administrativo. Los entes supranacionales de sí dictan reglamentos administrativos de ejecución de los tratados, que tienen igual fuerza que éstos.

4.9. EL REGLAMENTO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por todo lo expuesto, el reglamento es casi siempre una fuente específica de Derecho Administrativo. 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, el Procesal, el de Comercio, el 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.