

Título: La potestad reglamentaria en la constitución de 1853. Su posterior evolución tras la reforma constitucional de 1994

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2014-91, 85

Cita: TR LALEY AR/DOC/6843/2013

I. Sobre el diseño constitucional de la potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria resultó configurada, como regla indiscutida, en el art. 86, inc. 2º (ex art. 83, Constitución de 1853), a través de un precepto que atribuye competencia al Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes del Congreso, cuidando de no alterar su espíritu (es decir, su finalidad) con excepciones reglamentarias.

Como se verá más adelante, dicha prescripción constitucional implicó un marcado apartamiento del modelo constitucional norteamericano (seguido en lo que concierne a la forma federal de gobierno adoptada por nuestra Constitución), ya que, sin alterar su sentido y mediante una amalgama adaptable a la realidad vernácula, lejos de adherirse a la concepción plana de la ley (de inspiración rousseauiana) y a la consecuente concentración del poder normativo en el Congreso, vino a reconocer la amplitud del Poder Ejecutivo para dictar normas de carácter general, si bien dentro de los límites constitucionales previstos en la norma mencionada.

La formulación del precepto, inspirado en las ideas volcadas por Alberdi en las Bases y en el proyecto de Constitución que sirvió de base para la redacción de numerosos artículos de la Constitución de 1853, implicó plasmar, en el campo de la distribución y el equilibrio de poderes, la idea de un Poder Ejecutivo fuerte para poder llevar a cabo la organización de un país sumido en la anarquía y cumplir con eficacia con los fines y cometidos que se le atribuyen al gobierno federal y a los gobiernos de provincia (algo así como el programa constitucional).

En segundo lugar, y no menos trascendente (puesto que de su desconocimiento se han derivado errores de interpretación constitucional en determinados sectores doctrinarios de nuestro derecho público), no se puede desconocer que la adopción de esa regla constitucional (de raíz monárquica pero perfectamente adaptable a un sistema de gobierno representativo, republicano y federal) implicó también sellar la suerte del inexplicable dogma que concebía la ley como un producto exclusivo de la voluntad general del Parlamento e, incluso, de la soberanía absoluta que se atribuía al Poder Legislativo y a las leyes por encima de los principios generales del derecho, lo cual, lejos de afirmar las libertades básicas de los ciudadanos y los derechos de las minorías que permitió, por las fallas que exhibe el sistema de representación, que se cometieran las más grandes arbitrariedades (la inconsistencia de esta concepción y su inutilidad para frenar los abusos de una mayoría dominada por dictadores se puso a prueba bajo los regímenes nazi y fascista).

Hay que anotar, a favor de la fórmula alberdiana, que el sistema constitucional estadounidense, cuyo pragmatismo interpretativo es realmente modélico, terminó desplazando la rígida concepción plana de la ley mediante la introducción de la técnica de los reglamentos delegados.

Ahora bien, las dificultades para el reconocimiento de una potestad reglamentaria, más o menos amplia, en cabeza del Poder Ejecutivo, no deriva del régimen representativo adoptado por la Constitución (habida cuenta de que el presidente es, en definitiva, un representante del pueblo), sino del sistema de separación de poderes que cada Constitución establece.

En este sentido, lo importante es que la atribución de la potestad reglamentaria al Ejecutivo responde a los principios de equilibrio, que están en la base de la teoría de Montesquieu, permitiendo su ejercicio, no sólo para reglamentar las leyes del Congreso, sino también para dictar normas generales en situaciones determinadas que derivan tanto de sus propias facultades como órgano jerárquico superior de la Administración Pública (ex art. 86, inc. 1º, CN), como con las atribuciones vinculadas al estado de necesidad y a la eficacia de la realización de los fines constitucionales (esto último a través de la figura de la delegación), facultades que deberá ejercer, en cualquier caso, bajo el control permanente del Congreso.

En esta línea, la práctica constitucional observada por los diferentes poderes Ejecutivo y Legislativo de turno, apoyada por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina administrativista, se inclinaron, en su momento, a favor de la constitucionalidad de otras clases de reglamentos, distintos a los previstos en el art. 86, inc. 1º, CN.

Así, mientras la interpretación dinámica de la Constitución fue admitiendo, en forma sucesiva, tanto la

potestad reglamentaria autónoma o independiente del Poder Ejecutivo (ad intra) sobre materias pertenecientes a la organización administrativa, con fundamento en el art. 86, inc. 1º, CN, como la constitucionalidad de los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia —dentro de determinadas pautas y límites—, después de una compleja evolución doctrinaria y jurisprudencial que culminó con su reconocimiento en la reforma constitucional de 1994.

Sin embargo, cuadra advertir que en el transcurso de esa evolución no se acudió a la técnica de la reserva legal (1) para limitar las facultades del Ejecutivo (2), como ha sido en general la técnica observada por el constitucionalismo europeo, más afín al reconocimiento de una potestad reglamentaria al estilo de la Constitución de 1853 que al sistema plasmado en la Constitución norteamericana.

Al propio tiempo, junto a esta corriente que consolidó una interpretación dinámica del sistema de la Constitución de 1853, coexistía otra, sostenida principalmente por un sector de la doctrina constitucionalista que interpretó que correspondía exclusivamente al Congreso la potestad para la producción de leyes en sentido material, apoyándose en el modelo norteamericano, no obstante el quiebre que de ese principio se había ido efectuando en los últimos tiempos mediante la técnica de la delegación legislativa al Poder Ejecutivo o la atribución de poderes normativos a las agencias reguladoras creadas por el Congreso norteamericano.

Ese panorama se ha visto en gran parte aclarado, como se verá más adelante, por la reforma constitucional de 1994, la cual si bien ha resuelto la cuestión hermenéutica a favor de la concepción dinámica de la potestad reglamentaria —en consonancia con el esquema alberdiano—, ha introducido no pocas dificultades interpretativas.

En definitiva, el diseño constitucional argentino implica en esta materia otro de los apartamientos fundamentales del modelo estadounidense, sin que tampoco quepa una asimilación plena con los sistemas europeos en los que abrevan las nuevas instituciones. En rigor, se ha ido plasmando un sistema original y complejo que, en gran parte, se halla fundado en antecedentes de nuestra propia realidad.

II. La división de poderes y la articulación del principio de legalidad con la potestad reglamentaria

La concepción de la denominada doctrina de la separación de los poderes o, según prefieren algunos, de la división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo hay que analizar primero el sistema, su realidad y los antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones de determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

La teoría del espíritu de las leyes reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, razón por la cual considera imprescindible la institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.

Lejos de predicar la primacía del Poder Legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas de cada poder (en sentido orgánico) (3), la concepción de Montesquieu —antes de transferir el monopolio de la actividad legislativa al parlamento (como pretendió Rousseau)— se ocupó de la división del Poder Legislativo, asignando al Poder Ejecutivo funciones colegislativas (v.gr. veto, iniciativa, convocatoria), estableciendo un sistema bicameral con el objeto de equilibrar el peso de los intereses federales y provinciales. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las Constituciones que se dictaron durante la Revolución francesa, se encuentra, sin duda, en el diseño del Poder Judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes.

A pesar de sus imprecisiones y de ser, en definitiva, una teoría de base monárquica, la teoría de Montesquieu, con antecedentes aristotélicos conocidos (4), ha ejercido una notable influencia en todo el derecho occidental. Así, la idea se aplicó con distintas formulaciones positivas y consuetudinarias, tanto en los países anglosajones (5), en los sistemas germánicos (6) y, por cierto, en los derechos constitucionales de los países latinos de Europa

continental, por ejemplo, en Francia (7), Italia (8) y España (9).

En rigor, las corrientes en que se ha articulado el principio de legalidad —que adhiere su plenitud con la configuración del Estado de derecho— pueden reducirse a tres sistemas, según que consagren: a) la función de legislar como atribución exclusiva del Parlamento; b) el dualismo entre ley y reglamento y c) la reserva de ley y el reconocimiento de un poder reglamentario residual.

La primera de estas concepciones —inspirada en Montesquieu— ha sido seguida por la Constitución de los Estados Unidos, que no instrumenta una potestad reglamentaria en cabeza del Poder Ejecutivo, consagrando, en este aspecto, la primacía plena de la ley. Sin embargo, al cabo de la evolución constitucional, la jurisprudencia ha debido reconocer la quiebra del principio de que el poder que ha delegado el pueblo no se puede delegar, aceptando la figura de los reglamentos delegados, que poseen valor de ley a través de delegaciones de gran amplitud (10).

El segundo de los sistemas (dualismo de ley y reglamento) es el adoptado por la Constitución francesa de 1971, consagrándose definitivamente en la Constitución del año VIII, en el art. 44. También fue recogido por la Constitución de Cádiz de 1812 (arts. 170 y 171) y en el Estatuto albertino (art. 6°), entre otros estatutos constitucionales (11). Este sistema, si bien asigna la función legislativa al Parlamento, parte del reconocimiento de un poder reglamentario en el Poder Ejecutivo, atribuido genéricamente para la ejecución de las leyes, y termina configurando una potestad autónoma para dictar reglamentos independientes (12), en sentido contrario a la interpretación anglosajona efectuada sobre el principio de la división de los poderes. Éste es, evidentemente, el sistema que recepciona el art. 99, CN, en sus incs. 1° y 2° (ex art. 86, incs. 1° y 2°), el cual es radicalmente diverso al de la Constitución norteamericana (13), pues el dualismo entre ley y reglamento que acoge nuestra Constitución permite hacer jugar la distinción, de origen germánico, entre ley formal y material (Laband), que repercute, en definitiva, sobre el régimen de impugnación judicial de los respectivos actos, tornando procedente —al menos en el plano de la teoría constitucional— la impugnación directa de los actos normativos generales (reglamentos) emanados de la Administración Pública.

Finalmente, la evolución del sistema dualista ha culminado en la articulación del principio de reserva de ley (respecto de materias materialmente tasadas) con el reconocimiento en el Ejecutivo de un poder reglamentario residual que, en determinadas materias, se considera originario o, bien, supletorio (14).

Ello indica a las claras que, en las concepciones adoptadas en los ordenamientos constitucionales inspirados en la doctrina de la división de los poderes, se reconoce en la actualidad (con mayores o menores limitaciones) un cierto margen de arbitrio al Poder Ejecutivo para la producción de normas generales y abstractas, sin que este proceso haya ocasionado la conculcación de las libertades y demás derechos fundamentales de las personas. Hay que tener en cuenta, además, que desde el punto de vista estrictamente garantístico, poco interesa que la atribución al Ejecutivo provenga de una autorización parlamentaria o se la reconozca iure proprio pues, en definitiva, el encargado de juzgar sobre su constitucionalidad o ilegalidad es el juez y no el Parlamento y lo que importa es el contenido de la norma y sus consecuencias perjudiciales o disvaliosas, lo cual no implica ignorar el interés político que posee la cuestión, particularmente en el ámbito de las relaciones intrapoderes.

III. El modelo constitucional estadounidense y la filiación de nuestro sistema constitucional y administrativo

La circunstancia de que nuestro derecho administrativo, en sus principales construcciones legales, dogmáticas y jurisprudenciales, no se haya mantenido totalmente fiel a las del derecho estadounidense no implica contradicción alguna. Esta afirmación obedece a la diversidad de sus fuentes, también a la circunstancia que no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispanoamericanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno (15) y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, al instrumentar un federalismo que los constituyentes tomaron de la fuente constitucional estadounidense (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda) siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las Bases.

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la estadounidense constituye un error histórico doctrinario y, si bien fue en su momento sostenida por Sarmiento y otros, lo cierto es

que no resulta exacta, como surge de la interpretación del que hizo el propio Alberdi, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema, titulado Estudios sobre la Constitución argentina de 1853, comienza diciendo nada menos que "para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino que comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos" (16).

Y si, tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, el Proyecto de Alberdi ha sido el modelo en que se calcó nuestra Constitución (17), nada mejor que acudir directamente a su fuente doctrinaria más genuina para interpretarla y así aclarar los errores ínsitos en ciertas opiniones que se han reiterado en algunos sectores del derecho público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos Estudios que "todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial" (18).

En efecto, el examen atento de las fuentes y los preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del derecho público en los que el apartamiento del modelo estadounidense resulta ostensible, a saber:

i) el diseño del Poder Ejecutivo como jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex art. 86, inc. 1° CN), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso (19), norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994, si bien la respectiva atribución es concurrente (pero de superior jerarquía) con la que posee el jefe de Gabinete;

ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley. Esta formulación se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de "dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución" (art. 67, inc. 7°, Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994, al reconocer, más allá de una prohibición genérica, las figuras de los reglamentos delegados para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN) y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional en el art. 99, inc. 3°, CN;

iii) mientras la Constitución estadounidense mantuvo el common law y la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento constitucional europeo y argentino integran el derecho privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11, y actual 75, inc. 12, CN), lo cual ha permitido aplicar analógicamente al derecho público las normas del Código Civil y Comercial, en forma uniforme en todo el país, incluso al derecho público local;

iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el estadounidense en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y, si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (v.gr., en materia legislativa);

v) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo (ex art. 95, CN, y actual art. 109) demuestra que la concepción judicialista es mucho más fuerte que la establecida en la Constitución norteamericana, que guarda silencio sobre el punto, dando lugar, desde principios del siglo pasado, a la implantación generalizada del sistema de la jurisdicción administrativa primaria que, entre nosotros, no ha tenido recepción uniforme y, en cualquier caso, resulta excepcional y restringido por la concepción que impone un control judicial suficiente (20), con amplitud de debate y prueba. En efecto, como ha puntualizado Guastavino, la interdicción prescripta en el ex art. 95, CN (actual art. 109, CN) no guarda correlación con norma similar de la Constitución norteamericana (21).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas Constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia

de los antecedentes patrios (22), de distintas Constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de diversas Constituciones europeas (como la española de 1812) (23), y de los Estados norteamericanos que pasaron, más tarde, a integrar la federación de ese país.

IV. Noción de reglamento

El acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales, recibe la denominación de reglamento. Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la Administración Pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Desde el punto de vista cuantitativo, constituyen la fuente de mayor importancia del derecho administrativo, habida cuenta de que no sólo son emitidos por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria, la mayor parte de la doctrina considera que se trata de una actividad administrativa (24), tesis ésta que es sostenida aun por quienes participan de la concepción objetiva o material sobre la función administrativa (25).

Empero, debe puntualizarse que la actividad reglamentaria traduce una actividad materialmente legislativa o normativa (26). Ello, pues se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa, traduciendo una actividad jurídica de la Administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una actividad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico.

Los reglamentos se denominan también actos de alcance o contenido general; ésta es la terminología que utiliza la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), pues, en dicha ley, el reglamento es un acto de alcance general (27). Esa expresión, empleada en la ley, comprende, además, los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico (28).

Sin embargo, la figura del reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que sólo tienen eficacia interna en la Administración o que están dirigidas a los agentes públicos —instrucciones de servicio, circulares— no producen efectos jurídicos respecto de los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior (29).

Los reglamentos se encuentran sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio, circulares y demás reglamentos internos. Sus principales características son:

- a) constituyen o integran el ordenamiento jurídico;
- b) para que entren en vigencia deben ser publicados, producen efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ellos determinen; si no designan tiempo, producirán efecto después de los ocho días computados desde el día siguiente de su publicación oficial (30). En este aspecto, se asemejan a las leyes (art. 2º, CCiv.) y difieren de los actos administrativos, que deben ser objeto de notificación y de las instrucciones, circulares o reglamentos internos de la Administración, que no requieren ser difundidos en una publicación oficial, siendo habitual su exhibición en carteleras;
- c) pueden ser derogados total o parcialmente por la Administración en cualquier momento, no rige el principio de estabilidad del acto administrativo (31);
- d) están sujetos a los mismos principios que la ley en cuanto a su irretroactividad (32);
- e) tienen un régimen de protección jurisdiccional propio. Si bien no modifican situaciones subjetivas, sino hasta que son aplicados mediante un acto particular, la LNPA hace posible su impugnación judicial en dos supuestos: 1. cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó, con resultado negativo; 2. cuando el acto general se hubiera aplicado y contra tales actos de aplicación se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas.

De otra parte, en sede administrativa, el Reglamento de la LNPA (en adelante, RLNPA) faculta a los particulares a impugnar, por medio de recursos administrativos, los actos de alcance general —reglamentos— a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación (33);

f) dado que el reglamento contiene normas de carácter general y el acto administrativo, normas individuales o concretas, existe un orden de prelación que determina que el acto administrativo debe ser dictado conforme a las normas generales que contiene el Reglamento (34), lo que deriva del principio de legalidad de la actividad administrativa. En realidad, la Administración está impedida de modificar o no cumplir o inaplicar el reglamento cuando dicta un acto particular, a fin de tutelar la igualdad de tratamiento entre los administrados, principio éste de origen constitucional que sólo puede ser reglamentado por ley en sentido formal (35). En otras palabras, el reglamento no puede ser singularmente derogado.

El principio, denominado de la inderogabilidad singular del reglamento, determina también que los actos concretos de autoridades superiores no pueden vulnerar disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por autoridades inferiores, dentro del límite de su competencia (36).

La inderogabilidad singular no rige en materia legislativa. Una ley formal particular puede derogar o no tener en cuenta las disposiciones de una ley de carácter general, dado que desde el punto de vista jurídico tal proceder constituiría una limitación a la igualdad, siendo el Congreso el poder competente para reglamentar los derechos individuales (37).

En forma concordante con lo dicho, se recordará que la Procuración del Tesoro de la Nación, máximo órgano de asesoramiento jurídico de la Administración, ha dictaminado, en forma reiterada, que el principio de legalidad de la actividad administrativa no permite la violación de los reglamentos mediante actos administrativos de carácter individual o singular (38).

V. Clases de reglamentos

Si se tiene en cuenta el emisor del reglamento se concluye en que los reglamentos pueden clasificarse en nacionales o provinciales, presidenciales, ministeriales o provenientes de los demás órganos o entes que integran la Administración.

Al mismo tiempo, en el orden nacional, los reglamentos pueden ser dictados en el seno de la Administración (reglamentos administrativos), del Congreso (reglamentos del Congreso o reglamentos legislativos) o del Poder Judicial (reglamentos del Poder Judicial o reglamentos judiciales). Ello se debe a que las normas de carácter general, dictadas por el Congreso, sin revestir el carácter de leyes, o por los órganos del Poder Judicial, son también reglamentos; sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la Administración.

Cuando el reglamento es emanado del Poder Ejecutivo se está ante un decreto. En la terminología utilizada en nuestro país, con la palabra decreto se alude a los reglamentos del Poder Ejecutivo. También se denominan de la misma forma los reglamentos dictados por los intendentes municipales, pero en nuestra práctica administrativa se denomina decreto tanto al acto de contenido normativo como al de alcance particular. En cuanto a la calificación que corresponde atribuir a los actos del jefe de Gabinete, dictados en ejercicio de la administración general del país o de facultades que le delegue el presidente, los respectivos actos se instrumentan mediante las llamadas decisiones administrativas (art. 100, incs. 1º, 2º, 3º y 4º, CN), independientemente de su contenido normativo.

Los reglamentos de autoridades subordinadas al Poder Ejecutivo (ministros, secretarios de Estado, directores, etc.) reciben el nombre de resoluciones o disposiciones, aun cuando con el mismo nombre también se designa a los actos de alcance particular dictados por las mismas autoridades. Con el término ordenanzas se denomina a los reglamentos o a los actos de alcance particular dictados por los órganos representativos municipales (Concejo Deliberante, Sala de Representantes, etc.); el concepto es utilizado también para las disposiciones normativas de índole militar, aduanero o impositivo (39).

La terminología correcta es, en todos los casos, "reglamento", cualquiera sea el órgano o ente estatal que lo produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos. Prevalece el alcance general, que lo hace tipificar como reglamento.

Más importante es la clasificación que tiene en cuenta la vinculación o relación de los reglamentos con las

leyes. Según ella, la doctrina reconoce, clásicamente, cuatro clases: ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad y urgencia (40). Nos ocuparemos seguidamente de los emanados de órganos o entes de la Administración Pública.

1. Reglamentos ejecutivos o de ejecución

En el orden nacional, la Constitución establece que corresponde al presidente de la Nación expedir las instrucciones y los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, inc. 2º, CN).

Por tanto, son reglamentos ejecutivos o de ejecución los que dicta el Poder Ejecutivo, bajo ese inciso, en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador (41).

Se trata de una actividad normativa secundaria respecto de la actividad primaria que es la ley, preexistente. Las normas reglamentarias integran la ley y su violación es rigida con las consecuencias y las sanciones previstas en cada caso para el incumplimiento de ésta (42).

Y dado que se trata de una actividad subordinada a la ley, aparte de los límites generales a la potestad reglamentaria, los reglamentos de ejecución poseen límites propios. El art. 99, inc. 2º, CN, establece un primer límite al prescribir que los reglamentos no pueden alterar el espíritu de las leyes (43).

Además, sólo pueden reglamentarse aquellas leyes cuya aplicación corresponde al Poder Ejecutivo (44). Las normas de derecho privado son aplicadas directamente por los particulares, correspondiendo su aplicación en caso de controversia a los tribunales federales, nacionales o provinciales; en consecuencia, el Poder Ejecutivo carece de competencia para reglamentar las disposiciones de los Códigos Civil o de Comercio, con excepción de los aspectos en que su aplicación le ha sido encomendada (por ejemplo, inscripciones de operaciones inmobiliarias o de actos registrables en general).

De suyo que la reglamentación de una ley no puede prescribir cargas u obligaciones que por su naturaleza sólo puedan ser dispuestas por la ley en sentido formal (45). La facultad de reglamentar las leyes no significa que obligatoriamente deban reglamentarse; ellas entran en vigencia y deben ser aplicadas a los casos particulares, aun cuando el órgano administrativo no hubiera hecho uso de la competencia atribuida para reglamentarla (46). No obstante, a veces, la ley subordina su vigencia a la reglamentación o se trata de prescripciones que por su carácter necesariamente deben ser reglamentadas (47) por carecer, por sí mismas, de operatividad.

La autoridad competente para reglamentar las leyes, de acuerdo con la Constitución Nacional, es el órgano presidente de la República (48). Ello no impediría, empero, admitir facultades en los restantes órganos y entes de la Administración para dictar reglamentos de ejecución. A título de ejemplo, cuando un ente autárquico como el Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas) dicta un reglamento de reclamos de los usuarios, pone en ejecución el art. 2º, inc. a), ley 24.076 ("proteger adecuadamente los derechos de los consumidores"). Tal interpretación se impone a poco de que se advierte que una inteligencia en contrario podría tornar fútiles las prescripciones de una ley, soslayando, asimismo, la elevada especialidad del ente que emitiría la reglamentación. Mas es claro que al ejercerse esa competencia reglamentaria, de ejecución de las leyes, no pueden afectarse derechos constitucionales, v.gr., el derecho de propiedad, el derecho de defensa, etcétera.

2. Reglamentos autónomos o independientes

Esta clase de reglamentos se halla constituida por aquellas normas generales que dicta el Poder Ejecutivo e, integralmente, la Administración sobre materias que pertenecen a su zona de reserva. En su dictado, el gobierno y la Administración no aplican una ley preexistente, sino que directamente interpretan y aplican la Constitución (49), v.gr., aplican el art. 99, inc. 1º, CN.

Por tanto, el dictado de los reglamentos autónomos corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo con la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su art. 99, inc. 1º, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

El concepto de reglamento autónomo se vincula, entonces, esencialmente con la llamada zona de reserva de la

Administración, cuya titularidad está a cargo del Poder Ejecutivo. Entre nosotros, Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo con textos o principios constitucionales (50). Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay una zona de reserva de la Administración en la cual el Poder Legislativo no puede inmiscuirse como consecuencia del principio de separación de los poderes.

La existencia o no de una zona de reserva de la Administración ha sido objeto de controversias en la doctrina. Quienes sostienen que la actividad reglamentaria no corresponde originariamente al gobierno ni a la Administración, sino que se trata de una actividad delegada o autorizada por el legislador, concluyen en que toda materia debe ser regulada por las leyes y que por lo tanto no existe la llamada zona de reserva de la Administración.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha rechazado la configuración de una zona de reserva de la Administración (51), interpretando que la competencia para dictar reglamentos autónomos desaparece si el Congreso decide reglar las instituciones, teniendo el Poder Legislativo amplias facultades, dado que el art. 75, inc. 32, CN, lo faculta a hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al gobierno de la Nación Argentina.

En nuestra opinión, la disposición constitucional citada no puede invocarse para facultar al Congreso a dictar normas sobre materias que pertenecen a la competencia atribuida por la Constitución al Poder Ejecutivo (52).

En los casos en que se ha querido subordinar la Administración a la ley, la Constitución Nacional lo ha prescripto en forma expresa; así, en el caso de la facultad de conceder jubilaciones o supervisar la recaudación de rentas, los incs. 6° y 10, art. 99, lo establecen, debiéndose actuar con arreglo a las leyes.

La existencia de una zona de reserva de la Administración resulta indudable. La separación de poderes no ha intentado convertir al Legislativo en un poder con facultades sobre los demás, como supone la concepción rousseauiana que, en el marco de la tesis de la omnipotencia del legislador, enlaza la ley con la voluntad general representada por el Poder Legislativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha repudiado la doctrina de la omnipotencia legislativa interpretando que si el pueblo hubiera querido dar al Congreso más atribuciones, lo habría hecho reformando la Constitución e incorporando al respecto disposiciones expresas. Cada uno de los tres poderes aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella le confiere (53).

Como ejemplos típicos de reglamentos autónomos pueden mencionarse: el decreto 7520/1944 que reglamentó el recurso jerárquico; el decreto 1429/1972 sobre régimen de licencias para los agentes públicos; el decreto 1759/1972 de procedimientos administrativos, por cuanto se refiere a materias que pertenecen a la competencia del Poder Ejecutivo (54); el decreto 1883/1991, de aprobación del texto ordenado del reglamento de procedimientos administrativos (decreto 1759/1972).

3. Reglamentos delegados

a) Su reconocimiento con anterioridad de la reforma constitucional de 1994

Antes de 1994 se había admitido en jurisprudencia la posibilidad de que el Congreso (delegante) delegara en el Poder Ejecutivo (delegado) el dictado de los denominados reglamentos delegados. Esta operación se conoce con el nombre de delegación legislativa y debe ser diferenciada de la delegación administrativa.

Tradicionalmente, se ha entendido que los reglamentos delegados son normas generales dictadas por la Administración sobre la base de una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias que, en principio, serían de competencia del Congreso. Como la facultad para dictarlos no emana de una potestad reglamentaria propia, sino de una habilitación legal previa (55), se trata de una actividad de carácter excepcional de la Administración, sujeta a la preexistencia de una ley delegante. El reglamento delegado, a su turno, contendrá normas sobre materias que, si bien deben ser reguladas por ley formal, el Congreso ha decidido que lo sean por la Administración.

Hasta 1994, la aceptación de esta clase de reglamentos se hallaba controvertida en la doctrina constitucional.

Sobre la base de que su dictado alteraba la competencia de los poderes que instituye la Constitución, se cuestionaba la validez de los reglamentos delegados, por cuanto —se sostenía— el Congreso no podría delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo: no podía haber "dejaición" del poder de un poder a favor del otro. Sin embargo, ya entonces resultaba evidente que el desempeño de las funciones estatales determinaba la conveniencia de realizar una actividad integradora entre los distintos poderes, siendo necesario a tal efecto que la ley pudiera ampliar la potestad de dictar normas generales que le corresponde a la Administración.

Se han señalado diversas razones que tornan a la delegación legislativa como de existencia necesaria: falta de tiempo del Congreso, carácter técnico de algunos asuntos, aspectos imprevisibles de algunas materias, exigencias de flexibilidad de ciertas normas, etc. (56). Por su parte, la realidad misma demuestra que la legislación delegada es una necesidad y que no altera la división de poderes, por cuanto el legislador siempre delega dentro de ciertos límites y puede reasumir en todo momento su potestad de legislar. Así, la Constitución Nacional encomienda al Congreso el dictado de planes de instrucción universitaria, sucediendo en la práctica que por ley se crea una entidad, en el ámbito del Poder Ejecutivo, llamada universidad, que tiene a su cargo, dentro de los lineamientos generales de la ley, el dictado de sus planes de estudio (57).

Es por ello que la doctrina generalmente distinguía la delegación total o amplia de una potestad, o sea, la delegación de la potestad legislativa, prohibida, de aquella otra clase de delegación permitida, que siempre opera dentro de ciertos límites, tratándose, en la práctica, de una comisión o encargo que hace el Poder Legislativo al Ejecutivo (58).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "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..." y que "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 regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido" (59).

Es claro que la delegación legislativa se entendía sujeta a límites y se urgía a que la denominada "política legislativa" tenía que estar claramente establecida, no pudiendo haber delegación total o en bloque. También se reconocía que no podía encomendarse a los órganos administrativos la facultad de crear delitos, contravenciones o impuestos, materias que exigen la presencia de una ley en sentido formal (60). La delegación legislativa se concebía sujeta a los recaudos de ser siempre expresa y especial, estableciéndose para cada caso y no en forma genérica, a fin de permitir su acotamiento por medio de límites materiales (61).

Asimismo, en la etapa anterior a la reforma constitucional de 1994, la jurisprudencia de la Corte aceptó la subdelegación de la facultad delegada en otros órganos, siempre que ella se encontrara contemplada en la ley (62).

b) El nuevo criterio constitucional y sus fuentes

b.1. Las tendencias que presidieron la evolución del instituto

Si nuestra Constitución es un producto histórico y racional (63) que, sin desmerecer el valioso aporte que recibió del modelo norteamericano, se nutre también de fuentes europeas, adaptadas a nuestra realidad vernácula mediante un sistema original y propio, la interpretación constitucional tiene que seguir forzosamente ese camino.

Este punto de partida es, quizá, la clave para poder desentrañar el alcance que tiene la delegación legislativa tras la reforma constitucional de 1994 y, para ello, nada mejor que reconocer que hace ya mucho tiempo que cayó tanto la rigidez de la máxima lockeana (64) (delegata potestas non potest delegare) como la tesis de la indelegabilidad de los poderes que sustentaban los representantes del pueblo para configurar una voluntad general infalible (Rousseau) pues, pese a la resurrección que tuvo en la Constitución francesa de 1946 (65), el principio prohibitivo pronto fue sepultado por la realidad de los hechos, que llevaron a justificar la procedencia de la delegación legislativa como un recurso de técnica jurídica imprescindible en el mundo actual, sin perjuicio del establecimiento de límites materiales.

Porque en la batalla que se libró entre el legalismo positivista y el principio de eficacia que imponen la justicia y la realidad, la interdicción de la delegación legislativa ha quedado limitada y condicionada, en líneas generales, al respeto de la reserva legal, así como a la observancia de la separación de los poderes, la independencia del

Poder Judicial y de otros principios constitucionales y generales del derecho que conforman la legalidad (o, si se prefiere, proyectando la fórmula de Hauriou, el "bloque de constitucionalidad").

En el contexto histórico comparado, la caída del dogma de la primacía de la ley y, consecuentemente, de la interdicción absoluta para delegar atribuciones o facultades a través de diferentes vertientes de la filosofía política dio lugar a la aparición de dos concepciones antagónicas, una permisiva y otra prohibitiva, desarrolladas sobre la base de ideas distintas.

Interesa detenernos brevemente en la tendencia prohibitiva más absoluta, cuyos más conspicuos y genuinos representantes fueron Trippel y Esmein, sobre todo en la fórmula elaborada por este último que, como se advierte de la lectura de la frase que se transcribe al pie de página (66), resulta similar a la primera definición que, sobre el concepto de delegación, hizo suya nuestra Corte en el conocido caso "Delfino" (67) y que, a nuestro juicio, fue la antesala de las confusiones e interpretaciones contrarias sobre un mismo fallo que enfrentaron, en su momento, a los administrativistas (que postulaban la validez constitucional de los reglamentos delegados) con un sector de los constitucionalistas (que negaban su constitucionalidad) (68).

El principio prohibitivo más absoluto del derecho constitucional de la mayor parte de Europa continental, influenciado por la prédica de la doctrina ante citada, sufrió luego una gran transformación —en países como Alemania, Italia y España y, finalmente, en el derecho comunitario europeo (69)— al relativizarse la prohibición, sin perjuicio de reafirmar que las reservas legales o las atribuciones privativas del legislador no podían ser objeto de delegación en el Poder Ejecutivo. En esa línea se inscribe la Argentina con el nuevo art. 76, CN, que, de todos modos, ha implantado una fórmula que resulta ciertamente original.

La tendencia permisiva surgió bastante antes en el derecho norteamericano (70) que en Europa, al admitirse que, en principio, la delegación legislativa no alteraba la doctrina de la separación de poderes, estableciéndose diferentes formulaciones jurisprudenciales con un criterio más amplio que el europeo para terminar aceptando, ampliamente, la procedencia de la delegación legislativa. Como es sabido, ellas culminaron con la adaptación del criterio basado en el denominado estándar inteligible (intelligible standard).

Este breve excursus busca mostrar que la delegación legislativa, en su actual sentido en el derecho norteamericano, nació como producto de un sistema presidencialista carente del poder reglamentario de ejecución, en el que, por necesidades prácticas del gobierno, el Congreso hizo abandono del dogma prohibitivo y abrió el ancho cauce de la delegación legislativa en los Estados Unidos, con gran amplitud (71), o, incluso, para algunos, prácticamente en forma ilimitada (72).

En medio de ese escenario, nuestra doctrina del derecho público —tanto la partidaria como la adversaria de la delegación— comenzó a utilizar como concepto de delegación una parte de la definición adoptada por la Corte en el caso "Delfino". La interpretación se complicó a raíz de que nuestro más Alto Tribunal, además de enrolarse en la postura que consideraba a la delegación como una transferencia o descarga de poderes interdicta constitucionalmente (tesis de Esmein, como se ha visto), comenzó a emplear, paralelamente, algunos criterios de la jurisprudencia norteamericana elaborados en un escenario constitucional distinto (caracterizado, como dijimos, por la ausencia en la Constitución de un poder reglamentario a favor del Ejecutivo). Lo notable era que el escenario estadounidense había abandonado la tesis prohibitiva absoluta que, al propio tiempo, según un sector de la doctrina nacional, había sido fijada como criterio por nuestra Corte Suprema.

Cabe reconocer que uno de los pocos juristas que escaparon de aquella contradicción fue el maestro Bielsa, quien sostuvo que el concepto de delegación era incompatible con la idea de transferencia o descarga de poderes legislativos en el Ejecutivo (en sentido similar a la tesis que, años más tarde, desarrolló en la doctrina española García de Enterría). Al aceptar la validez constitucional de la delegación legislativa y de los reglamentos delegados en el marco de la Constitución de 1853-1860, el insigne jurista rosarino sostenía que el concepto de delegación legislativa se define como una misión, encargo o comisión que el Congreso le hace al Ejecutivo para que integre la ley y complete sus prescripciones.

Con posterioridad, el derecho constitucional argentino acuñó una tesis bastante ambigua que, en los hechos, pretendía retornar a la concepción prohibitiva absoluta de Esmein, al distinguir entre delegación propia (la delegación que transfiere competencia o el poder de hacer la ley del legislador al Ejecutivo) y la llamada

delegación impropia, considerada constitucionalmente válida, en cuanto se ceñía a regular los detalles o pormenores de la ley. Se trató de una teoría imprecisa que contenía, al igual que las anteriores, el germen de sus contradicciones e inconsistencias, no sólo por las dificultades que evidenciaba para distinguir la delegación impropia de la potestad reglamentaria de ejecución (ex art. 86, inc. 2º, de la Constitución de 1853, y actual art. 99, inc 2º), sino porque no se puede negar que, al delegar al Ejecutivo la regulación de los detalles de la ley, con un grado de mayor o menor amplitud, se le está atribuyendo parcialmente el poder de hacerla.

b.2. El nuevo criterio del art. 76, CN

El nuevo criterio establecido en el párr. 1º, art. 76, CN, intenta superar esas antinomias mediante un concepto de delegación que apunta al deslinde de las materias que pueden ser su objeto, antes que a su naturaleza, a la par que consagra ciertos límites formales, cuya racionalidad nadie —que sepamos— ha puesto en duda.

Ante todo, la fórmula constitucional configura, como vamos a ver, una prohibición genérica de naturaleza relativa, pues aunque pudiera llegar a suponerse que la prohibición de la delegación legislativa (que encabeza el primer párrafo) tuviera mayor alcance, ella constituye un principio general que funciona como una suerte de válvula de cierre del sistema que se integra con la excepción que enuncia. De ese modo, la prohibición no es absoluta y se completa con el deslinde positivo de las materias que pueden ser objeto de delegación legislativa y el deslinde negativo producto de la reserva legal, la separación de poderes y los demás principios constitucionales, sin perjuicio de los límites formales establecidos expresamente en el propio precepto constitucional.

Cabe apuntar también que las excepciones que admiten la delegación de facultades legislativas están dirigidas al presidente y no a otros entes de la Administración, como los entes reguladores (73), que carecen de potestades normativas originarias (74), porque no se puede concebir que estos últimos ejerzan las facultades legislativas sin control alguno por parte del Congreso ni del Ejecutivo, en cuyo caso tendrían más poder que el propio presidente como jefe de la Administración.

La idea que presidió la fórmula de la prohibición relativa fue la conveniencia de frenar el abuso de las delegaciones generalizadas, sin límites ni plazo para su ejercicio, producto de la gnuflexión y comodidad de los legisladores, que generaban la necesidad de acotar el margen de la delegación (ampliado por la Corte en el caso "Cochia") (75), con el objeto de atenuar el poder presidencial y reafirmar la separación de los poderes, sin afectar la eficacia en el funcionamiento del gobierno federal.

Veamos ahora el nuevo criterio que preside la delegación legislativa, recogido hace poco en la jurisprudencia de la Corte (76), y cuáles fueron sus fuentes vernáculas y comparadas.

Es algo así como un trípode que para configurar el deslinde positivo (material y formal) del objeto de la delegación legislativa requiere, como condición esencial de su validez constitucional, el cumplimiento simultáneo de tres requisitos de fondo y uno de procedimiento.

El primer aspecto sobre el cual hay que prestar atención es que la delegación legislativa es limitada y condicionada a que su ejercicio recaiga sobre materias determinadas. Esta idea, como muchas otras que recoge la Constitución de 1994, tiene arraigo doctrinario vernáculo (77), no siempre advertido por los autores que se han ocupado del tema de la delegación legislativa tras la reforma constitucional. No se trata de la consagración de una figura abierta o acotada sólo en sentido formal (como sería, por ejemplo, el haber establecido solamente la prohibición de delegar el poder de hacer la ley), sino de una categoría constitucional subordinada a límites materiales y formales que son precisos y determinados. En el caso de emergencia, la delegación de facultades legislativas debe estar determinada con apoyo en razones fundadas, así como incluir las bases y el plazo para su ejercicio.

No hay que olvidar tampoco que otra de las finalidades que persiguió la reforma constitucional en este punto ha sido, indudablemente, el objetivo de armonizar el peso de la prohibición constitucional genérica con el principio de "mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal", destacado por la Corte en el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (78). Este principio conduce a que, en la medida que la delegación legislativa quede enmarcada en los contornos de sus límites materiales y formales (positivos o negativos), se admita que pueden tener cabida en la figura constitucional adoptada por cualquiera de las conocidas formas o especies que caracterizan a la delegación legislativa —recepticia, remisión normativa y

deslegalización— (79), en tanto se respeten los límites constitucionales que se exponen a continuación.

Al respecto, con sustento en la experiencia constitucional española, se distinguen tres especies de delegación:

a) Delegación recepticia: la delegación recepticia se configura cuando las normas reglamentarias adquieren el rango formal de la ley. Así, en los casos en que por ley se autoriza a la Administración a realizar textos ordenados de leyes, efectuando ciertas correcciones gramaticales o de sintaxis a fin de lograr un mejor ordenamiento de las disposiciones (80). Los textos así ordenados se consideran leyes en sentido formal.

b) Delegación o remisión normativa: es ésta la delegación legislativa más usual; se da cuando la ley autoriza o habilita al Poder Ejecutivo o a sus órganos o entes a dictar normas en determinadas materias y con ciertos límites.

c) Deslegalización de materias: la deslegalización de materias constituye una técnica por la cual ciertas materias, que se encuentran reguladas por ley, pasan, por virtud de una ley, a ser regidas por normas emanadas de la Administración. Implica una degradación de esas materias e incluso de las leyes que las regulaban, ya que en general se autoriza que sean modificadas o derogadas por esta clase de reglamentos (81).

b.3. Límites materiales y formales

Son tres los requisitos de fondo contenidos en el precepto constitucional que marcan el contorno de los límites materiales y formales de la delegación legislativa:

a) en cuanto a la materia susceptible de ser delegada por el Congreso, debe tratarse de materias de Administración o de emergencia pública. La exigencia de que las materias deben determinarse está tomada de la cláusula respectiva de la Constitución española de 1978 (82), pero tanto el concepto de materias de Administración —o de materias administrativas— como el de emergencia pública tienen su fuente en la obra de Bielsa (83).

La cuestión que concierne al ámbito material de la delegación legislativa resulta una de las claves de su validez constitucional. En tal sentido, además de la doctrina del derecho público que se ha ocupado de definir las materias (84) que son propias de la Administración o inherentes al ejercicio de la función administrativa (v.gr. el funcionamiento de los servicios públicos y la recaudación fiscal, entre otras), la legislación (85) ha prescrito una lista de dichas materias que, aun cuando no sea completa, representa, al menos, una guía hermenéutica con que cuentan los jueces para decidir acerca de la constitucionalidad de la delegación legislativa.

Distinto es el caso de la emergencia, pues excepto los límites que han fijado la jurisprudencia de la Corte y la doctrina (v.gr. que se trate de una comprensión transitoria de derechos individuales que no implique degradarlos ni modificarlos en forma permanente) y sus conocidos abusos (86), el ámbito material es de mayor amplitud, aunque sea mayor también la carga de probar su configuración a través de una motivación fundada razonablemente en los hechos y en el derecho, y sujeta a un control judicial amplio, no siendo la declaración legislativa de emergencia el producto de la actividad discrecional, sino un concepto jurídico indeterminado susceptible de ser verificado por los jueces (87). La categoría de la emergencia tampoco constituye una novedad que provenga, exclusivamente, del derecho norteamericano, pues reconoce una tradición constitucional arraigada en Europa continental (88).

En ambos supuestos (materias determinadas de administración o de emergencia pública), los límites son negativos en el sentido de que, fuera de dichas materias, la delegación legislativa se encuentra constitucionalmente prohibida. Esto hace al carácter restrictivo y de excepción que tiene la delegación legislativa en nuestro sistema constitucional (89), en cuanto a las materias a las que puede referirse la delegación.

b) El segundo requisito del art. 76, CN (que configura un límite formal), concierne a que la delegación legislativa debe otorgarse "con plazo fijado para su ejercicio", y está tomado casi literalmente de la Constitución española (90); ésta es otra diferencia con el derecho norteamericano, el cual exhibe una mayor amplitud en los mecanismos y criterios que presiden la delegación (91).

c) Finalmente, el precepto constitucional prescribe la exigencia de que la delegación legislativa se lleve a cabo "dentro de las bases que el Congreso establezca". Si bien la expresión "bases" esta inspirada en el art. 82.3, Constitución española (aunque referida a una especie de delegación destinada a formar textos articulados o la refundición de varios textos por una ley ordinaria), la fórmula que implica fijar "la política legislativa" o las directrices básicas respecto de la materia que se delega es perfectamente compatible con la del estándar inteligible

(intelligible standard) del derecho norteamericano (92), como lo puso de relieve la Corte en el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (93) y lo sostuvo el convencional García Lema (94) durante el debate de la Convención Reformadora de Santa Fe.

La Corte, en uno de los considerandos del fallo antes citado, señaló con acierto que "a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional y de las características del modelo seguido se desprende que: 1ª) la delegación sin bases está prohibida y 2ª) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate" (95).

Como se ha señalado, la Constitución estatuye también un requisito de procedimiento, que implica adicionar otro límite para determinar la procedencia y validez constitucional de la delegación legislativa. El requisito apunta al Poder Ejecutivo y consiste en la exigencia del refrendo del jefe de Gabinete para el dictado de aquellos decretos que contengan el ejercicio de facultades delegadas por el Congreso nacional, los cuales se hallan sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente conformada con arreglo a lo dispuesto en el art. 99, inc. 3º, CN, cuya ley constitutiva tardó más de doce años en dictarse (96). Este recaudo procedimental se encontraba incluido en la cláusula proyectada originalmente sobre la delegación legislativa y fue incorporado a posteriori al texto de la Constitución en el inc. 12, art. 100, dentro de las atribuciones y deberes del jefe de Gabinete.

b.4. Vinculación negativa derivada de las reservas legales para el ejercicio de la delegación legislativa

El legislador se encuentra casi siempre vinculado negativamente con la Constitución, no obstante la existencia simultánea de vinculaciones positivas (particularmente, referidas a los denominados derechos de prestación) que en los últimos tiempos han proliferado en diferentes sistemas comparados, como consecuencia de la evolución operada en los derechos constitucionales europeos (97), cuya tendencia ha sido seguida por la reforma constitucional de 1994. A su vez, existe una vinculación positiva de la Administración con la ley en tanto la actuación administrativa precisa siempre de una habilitación previa del legislador (98) sin perjuicio de los límites que éste fije a dicha actuación (vinculación negativa).

En lo que concierne al objeto de este trabajo, interesa destacar la vinculación negativa del legislador con la Constitución, no sólo para reafirmar el sentido relativo que caracteriza a la prohibición de la delegación legislativa, sino para que su ejercicio, dentro de los límites materiales permitidos por el art. 76, CN, no altere el principio de separación de poderes y, fundamentalmente, no avance sobre las atribuciones privativas del Congreso que integran la zona reservada exclusivamente a la ley.

La teoría de la "reserva legal", originada en el derecho público de Europa continental para limitar la posibilidad de que el Ejecutivo reglamente el contenido de los derechos individuales de propiedad y libertad, no ha sido objeto de recepción generalizada en el derecho constitucional vernáculo. Este último, aun tras la reforma constitucional de 1994, ha seguido orientándose en materia de la delegación legislativa por las formulaciones teóricas y jurisprudenciales del derecho norteamericano, las cuales, como se ha visto, aunque son en algún aspecto compatibles con el nuevo art. 76, CN, difieren en cuanto a los principios y los requisitos sustanciales que determinan el ámbito material de esa delegación. En otros términos, que lo que el Congreso puede delegar en los Estados Unidos, según la práctica seguida por la legislación y la jurisprudencia de dicho país (99), constituye una franja de atribuciones mucho más amplia, prácticamente ilimitada, habida cuenta la inexistencia de límites materiales determinados en la Constitución norteamericana. Por lo demás, corresponde subrayar que la laxitud de los requisitos establecidos para la delegación "han conducido a los EE.UU. a una 'crisis de legitimidad' y son objeto de fuertes críticas como 'legicidio' (legiscide)" (100).

No es nuestro propósito analizar in extenso la teoría de la reserva legal en el derecho continental europeo, cuya tendencia, contrariamente a lo que pudiera suponerse, ha alcanzado una expansión general considerable, alcanzando a compensar "otras regulaciones de contenido político y económico general, así como a la organización del estado y sus instituciones" (101).

Cabe apuntar, no obstante, que la reserva legal se rige, en su densidad mínima, por la doctrina de la esencialidad (102), que implica adoptar un concepto evolutivo que tiene en cuenta tanto la naturaleza rígida o

flexible como el carácter absoluto o relativo de la regulación. Y si bien el problema pasa siempre por establecer el alcance de esa densidad, hay materias, como la penal, en las que el umbral de delegación resulta inexistente, dado que las garantías individuales en juego prohíben, de modo estricto y rígido, recurrir a la delegación legislativa (p. ej. para la definición del tipo penal).

Toda reserva legal debe surgir en forma expresa, implícita o inherente (103) de la Constitución, pero no toda facultad atribuida al Congreso necesariamente la configura. Aquí es donde la doctrina de la esencialidad y el juego de los principios constitucionales reconocidos en la Constitución, principalmente la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial, desempeñan un papel fundamental para establecer el contenido material de cada reserva legal, como parte esencial del sistema de frenos y contrapesos que hace el equilibrio de los poderes.

En nuestro sistema constitucional no sería factible —por ejemplo— que el Congreso delegase en el Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (104), no sólo porque es técnicamente improcedente delegar facultades que no son propias y que pertenecen exclusivamente a otro poder, sino porque se conculcaría la interdicción del ejercicio de esas funciones por parte del Ejecutivo consagrada en el art. 109, CN (ex art. 95), alterándose un principio constitucional rígido, de naturaleza material, tendiente a proteger la independencia del Poder Judicial argentino.

Al ámbito de la reserva legal pertenecen varias materias (105), desde la reglamentación de los derechos individuales de propiedad y libertad (arts. 14 y 75, inc. 12, CN), la declaración de utilidad pública de un bien objeto de una expropiación (art. 17, CN), hasta también —conforme el art. 99, inc. 3º, CN— aquellas materias que, por analogía, no pueden ser objeto de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia (106) (penal, tributaria (107), electoral o régimen de los partidos políticos (108)). Desde luego que la densidad de la reserva depende de la jerarquía y del peso de la garantía constitucional comprometida, admitiéndose, en algunas materias como la tributaria, el carácter relativo y flexible de la reserva. En este sentido, se acepta que pueda delegarse la fijación de las alícuotas de un tributo sobre la base de un criterio determinado en la ley (por ejemplo, cuando el Congreso delega la atribución de establecer la tasa de un tributo con un tope máximo (109)) sin afectar la esencialidad de la reserva legislativa que se integra con los elementos sustanciales y constitutivos del hecho imponible (110) o de la obligación tributaria (111), habiéndose sostenido también la posibilidad de delegar aquellos aspectos puramente administrativos de dicha obligación (modalidades, plazos, etcétera) (112).

En síntesis, que la delegación legislativa en materia tributaria "sólo puede comprender los aspectos cuantitativos de la obligación...", es decir, "...los montos fijos y las alícuotas, y en el caso de los gravámenes ad valorem, el establecimiento o ajuste de sus bases imponibles" (113).

c) Reglamentos de necesidad y urgencia

Hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía, especialmente en el campo doctrinario, sobre la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional (114) y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial (115), aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853-1860 (116), por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes (117).

Cierto es que su utilización indiscriminada (118), por parte de los últimos gobiernos constitucionales, proyectó una imagen desfavorable tanto en los círculos doctrinarios como en la opinión pública, aparte de la tensión que siempre generaba el ejercicio de esta potestad excepcional en cabeza del Poder Ejecutivo de cara a las facultades del Congreso, máxime cuando la tendencia a su empleo se orientaba hacia la ampliación de su contenido material y la flexibilización de sus requisitos habilitantes.

De otra parte, ha sido un error bastante generalizado aplicar a estos reglamentos, sin las debidas cautelas, el bagaje doctrinario y jurisprudencial elaborado alrededor de la llamada emergencia constitucional, pues esta situación no constituye un requisito sine qua non para la admisión de este tipo de reglamentos. En efecto, bien podría ser que, sin apelar a los poderes de emergencia (que implican una compresión o postergación transitoria de derechos) existan razones de necesidad y urgencia para que el Ejecutivo emita un decreto, que prescriba una regulación que se incorpora definitivamente al ordenamiento jurídico a través de un reglamento de necesidad y urgencia (v.gr., cambio de signo monetario).

Desde luego que, de configurarse una situación de emergencia constitucional, se aplicarán todas las reglas consuetudinarias y jurisprudenciales conocidas pero, en tales casos, pensamos que cabe proceder con mayor rigorismo a la hora de justificar las causales que admiten su procedencia pues, aun cuando la competencia, para dictar estos reglamentos, deba interpretarse siempre restrictivamente (119), corresponde ser todavía más estrictos cuando se comprimen o suspenden, transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas (120).

A partir de la reforma constitucional de 1994, puede afirmarse que el derecho de necesidad, con todas sus ventajas, pero también con todos sus riesgos e inconvenientes, ha adquirido carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche o, bien, en la superación de las fuentes constitucionales (121). En tal sentido, su validez constitucional encuentra actualmente apoyo expreso en el art. 99, inc. 3°, Constitución reformada. Este precepto, después de prohibir al Poder Ejecutivo emitir "en ningún caso" disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, a continuación lo faculta, en rigor, a emitir las, cuando se produzcan "circunstancias excepcionales" que "...hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". Al analizar dicha norma se advierte, por de pronto, que la locución "en ningún caso" se refiere sólo a las circunstancias de normalidad. En cambio, la atribución del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia se configura como una potestad excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva (122), sujeta a un procedimiento especial de sanción, que debe observarse inexcusablemente para que dichos reglamentos adquieran validez constitucional.

Es evidente también que la configuración de la reserva legal, como actividad excluida de la competencia del Ejecutivo, se opera de una manera expresa (a diferencia de los supuestos de delegación legislativa) y no tiene, por tanto, carácter residual, con lo que, en principio, se produce una ampliación de la competencia del Poder Ejecutivo para emitir reglamentos de necesidad y urgencia, aunque sometidos, a partir de la Constitución reformada, a una serie de requisitos formales de aprobación.

En cuanto a las "circunstancias excepcionales" que hagan imposible seguir los trámites constitucionales para la sanción de las leyes —como lo prescribe el propio inc. 3°, art. 99, CN—, ellas consisten en "razones de necesidad y urgencia", fórmula que constituye un concepto jurídico indeterminado que tiene la ventaja de haber sido ya objeto de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Las razones que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben existir, simultáneamente, en una situación que se caracteriza por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado, ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; b) una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento y c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves consecuencias comunitarias. En principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría regular, por ejemplo, el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en los que es parte el Estado, ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo.

El cuadro de los requisitos sustanciales se completa con el cumplimiento de una serie de recaudos inherentes al procedimiento de formación y perfeccionamiento de esta clase de reglamentos.

En primer lugar, la norma excepcional de habilitación está dirigida exclusivamente al Poder Ejecutivo. Es, por su naturaleza, una facultad privativa e indelegable, que requiere el cumplimiento de dos pasos procesales previos: a) que la decisión de dictarlos se adopte en acuerdo general de ministros y b) que el decreto respectivo sea refrendado por todos los ministros que intervienen en el acuerdo juntamente con el jefe de Gabinete (art. 99, inc. 3°, CN).

A su vez, a posteriori de su dictado, el perfeccionamiento de la sanción de los reglamentos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo demanda la observancia de los siguientes requisitos: a) sometimiento de la

medida —por parte del jefe de Gabinete y dentro del plazo de diez días— a la Comisión Bicameral Permanente; b) elevación del despacho de esta última Comisión al plenario de cada Cámara (dentro del plazo de diez días) para el inmediato tratamiento por las Cámaras.

Pero la Constitución reformada no ha prescripto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, los que han quedado subordinados al dictado de una ley especial que todavía no ha sido dictada (ley 26.122). En ese interregno cobra trascendencia la doctrina —apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema—, que admitía la ratificación tácita si el Congreso no se pronunciaba (123), a condición de que no se alteren los criterios fundamentales de la política legislativa. En este sentido, se ha opinado que ni siquiera la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso podría prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, con fundamento en el art. 82, CN, que, al referirse al procedimiento de formación y sanción de las leyes, indica que "se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta" (124). Esta norma se refiere a la forma que debe adoptar la sanción de las leyes formales del Congreso (125), mientras que en la hipótesis de los decretos de necesidad y urgencia no se ha cumplido el procedimiento formal ni sancionado ley alguna. De todas maneras, aun cuando no se aceptara la doctrina de la aprobación tácita, la seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del decreto de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial. De lo contrario, sería prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo.

Con todo, interesa señalar que esta fuente normativa, nacida y desarrollada en el ámbito nacional, ha tenido una extendida recepción en diversas Constituciones provinciales. Basta citar, a este respecto, el art. 157, Constitución de la Provincia de San Juan, que faculta al gobernador a dictar "leyes de necesidad y urgencia"; el art. 181, Constitución de la Provincia de Río Negro, que habilita al Poder Ejecutivo a dictar decretos sobre materias de competencia legislativa en caso de necesidad y urgencia o de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos, y el art. 142, Constitución de la Provincia de Salta, antecedente de la fórmula constitucional rionegrina.

Por último, no es posible negar que los jueces disponen de un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de estos reglamentos, ya sea a través de un proceso ordinario o de un amparo (126) o, en su caso, interpuesto un recurso directo, donde puedan ventilarse debidamente todos los agravios que planteen los afectados. De tal modo se lograría que, en el futuro, esta potestad no se utilice en forma abusiva e indiscriminada, fuera de los límites constitucionales.

El apretado repaso de las cuatro clases de reglamentos efectuada hasta aquí no puede excluir un dato relevante de la realidad: la práctica reglamentaria por la cual se dictan decretos que, a un mismo tiempo y según surge de sus considerandos, encuadran en dos o tres, o incluso cuatro, de las cuatro clases de reglamentos explicados.

Tal sería el supuesto del decreto 967/2005 sobre asociación público privada, dictado bajo el art. 99, incs. 1° y 2°, CN, por lo que se está ante un reglamento que es, simultáneamente, autónomo y de ejecución. Tal sería también el caso del decreto 180/2004, que regla aspectos diversos de la industria del gas, dictado en uso de las facultades emergentes de las leyes 25.561, 25.790 y 25.820, bajo el art. 99, incs. 1° y 2°, CN, entre otras normas invocadas, por lo que aparece, simultáneamente, como un reglamento delegado, autónomo y de ejecución. Otro caso sería el del decreto 297/2003 sobre reordenación de las finanzas provinciales o el del decreto 160/2005, para investigadores científicos y tecnológicos: ambos son dictados bajo el art. 99, incs. 1° y 2°, CN, y bajo el art. 99, inc. 3°, CN, por lo que devienen reglamentos autónomos, de ejecución y de necesidad y urgencia. El supuesto más llamativo es el del decreto 1387/2001, dictado con invocación de la ley 25.561 y del art. 99, incs. 1°, 2° y 3°, CN, por lo que se erige en reglamento delegado, autónomo, de ejecución y de necesidad y urgencia, cuádruple encuadre simultáneo de lo que éste establece.

Parecería evidente que la práctica descripta obstaculiza ab initio el adecuado acceso a la jurisdicción del particular que eventualmente impugne el reglamento; ello, pues, ante la duda acerca de a qué clase de reglamento corresponde el o los artículos que ataque, deberá impugnarlos a la luz de las diversas normas invocadas para su dictado, aspecto que no resulta neutro, en especial dado el diferente régimen de agotamiento de la vía administrativa según se esté ante reglamentos de necesidad y urgencia o delegados o, bien, ante reglamentos

delegados o autónomos. Pero también es claro que la invocación de múltiples facultamientos para el dictado de un reglamento dificulta la tarea del intérprete judicial en el momento de resolver. Es por ello que no podría sino bregarse por el correcto encauzamiento de la práctica reglamentaria reseñada.

VI. Sobre las reservas legales de la Constitución de 1853 y las introducidas por la reforma de 1994

La reserva legal puede referirse a la potestad de legislar acerca de un ámbito o conjunto de materias determinadas y su atribución al Parlamento, sin que ello obstara a la posibilidad de que este órgano delegara sus atribuciones en el Ejecutivo o, bien, que el Ejecutivo legisle en supuestos de necesidad y urgencia. Tal era básicamente el esquema constitucional que, en principio, prevaleció a través de la llamada interpretación dinámica de la Constitución de 1853 (127).

La cuestión se ha complicado tras la reforma constitucional de 1994, en la que se han combinado el criterio resultante de la interpretación dinámica de la Constitución de 1853 con las técnicas de las reservas legales previstas en los ordenamientos constitucionales europeos, que implican la exclusión del Ejecutivo de la actividad normativa respecto de determinadas materias.

La técnica seguida por la reforma constitucional de 1994 resulta bastante precaria, habida cuenta que mientras establece prohibiciones genéricas para que el Poder Ejecutivo dicte disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3º, CN), consagra a continuación la posibilidad del ejercicio de la potestad de legislar cuando concurren supuestos de necesidad y urgencia, con exclusión de ciertas materias (penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos), lo cual configura, ciertamente, una reserva legal en el sentido antes indicado (interdicción de legislar impuesta constitucionalmente al Ejecutivo).

Otro es el esquema que ha seguido en materia de delegación (art. 76, CN), donde si bien también parte de la prohibición genérica, configura excepciones en sentido positivo (es decir, no como ámbitos reservados, sino como una opción a favor de que el Congreso delegue sus facultades legislativas en el Ejecutivo en materias de administración y de emergencia pública). En tal caso, la reserva legal está constituida por el principio inverso, según el cual todo lo que no está permitido delegar, se encuentra prohibido.

En cualquier caso, cabe interpretar, mediante la armonización de ambos preceptos constitucionales (arts. 76 y 99, inc. 3º, CN), que prevalecen las reservas legales del último de los artículos citados, lo cual implica que el Parlamento carece de la potestad de delegar en esas materias, al menos en aquellas vinculadas con la Administración.

Lo que resulta, por lo tanto, asistemático es que la consecuencia del esquema constitucional instaurado en la Constitución sea la máxima limitación de las potestades del Congreso para delegar sus atribuciones cuando se admite un ejercicio mucho más amplio de estas facultades por el Poder Ejecutivo en los supuestos de necesidad y urgencia, si bien se reserva el Parlamento la potestad ulterior sobre la subsistencia o derogación de esta clase de normas.

VII. Consideraciones finales

En cualquier país que cuenta con dilatado territorio y autonomías provinciales, cuyos intereses se encuentran en pugna muchas veces con los del conjunto representado por el Estado federal, en el que resulta necesario aún superar la anarquía y en el que continúa siendo imprescindible reforzar la unidad nacional, que predica el preámbulo de nuestra Constitución histórica de 1853, la idea alberdiana de estructurar un Poder Ejecutivo fuerte y supremo "para hacer posible con el peso de su autoridad la ejecución de las leyes" y los fines estatales resultó un verdadero acierto político.

En efecto, no sólo hizo posible la superación de la anarquía en varios períodos de nuestra historia, sino que permitió que se consolidara la unidad que demanda la norma fundamental que, junto a las garantías que brindaba el Estado a los particulares para el libre ejercicio de sus derechos y libertades, entre otras cosas, provocó el espectacular crecimiento de la Argentina entre 1890 y 1910, uno de los más grandes del mundo.

El diseño de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1853, que la actual reforma constitucional ha mantenido en sus grandes lineamientos, ha sido, aun con todo el bagaje de desaciertos y errores en que se incurrió en algunos casos, un instrumento eficaz que justifica el dictado de normas generales tendientes a resolver una

serie de situaciones que precisan definirse con urgencia para superar un determinado estado de necesidad, así como para emitir normas en materia de administración y emergencia pública, a través de la técnica de la delegación legislativa, que ahora posee un estatus constitucional positivo y expreso.

Ello no empece para que se mantenga un adecuado equilibrio de poderes a través del control del Congreso, sobre todo, la configuración y el funcionamiento de una justicia imparcial e independiente.

(1) Resulta del caso recordar que Mayer llama reserva de ley a la exclusión de la actividad del Ejecutivo (reconociendo un amplio poder reglamentario residual a este órgano), cfr. Mayer, Otto, Derecho administrativo alemán, trad. de la edición francesa de 1903, t. I, Buenos Aires, ps. 98 y ss.; véase también García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho administrativo, t. I, 9ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 232 y ss.; Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo, t. I, 10ª ed., Madrid, ps. 178-179, nota 24; Gallego Anabitarte, Alfredo, Ley y reglamento en el derecho público occidental, Madrid, 1971, ps. 17 y ss.; Jesch, Dietrich, Ley y administración, trad. del alemán, Madrid, 1978, ps. 131 y ss.; sobre la peculiar configuración del sistema francés después de la Constitución de 1958 puede consultarse, entre otros, Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, Droit administratif, 9ª ed., París, 1984, ps. 81-88.

(2) Salvo en materia penal y tributaria, los criterios para limitar la potestad reglamentaria del Ejecutivo se basaron en un argumento de tipo formal, postulando la fijación de plazo y determinación de la medida de la potestad de la delegación legislativa y el sometimiento de inmediato al Congreso del reglamento de necesidad y urgencia para su aprobación o derogación.

(3) Einsemann, Charles, "L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs", Mélanges Carré de Malberg, París, 1933, ps. 163 y ss.

(4) Véase: Gallego Anabitarte, Alfredo, Ley y reglamento..., cit., p. 125.

(5) Un ejemplo elocuente de la influencia de la doctrina de Montesquieu en el derecho norteamericano puede verse expuesto en lo expuesto por Madison en El federalista, traducción del inglés, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, capítulo XLVII, ps. 204 y ss. Se ha dicho que la influencia de la teoría de Montesquieu en la Convención de Filadelfia fue enorme, mucho mayor que la de Locke (cfr. Parquer, Reginald, "Separation of Powers Revisited: Its Meaning to Administrative Law", LA Review, Michigan, 1951, ps. 1009 y ss.).

(6) Ello se refleja en las sucesivas constituciones de la monarquía constitucional germánica; véase Forsthoff, Ernst, Tratado de derecho administrativo, trad. del alemán, Madrid, ps. 49 y 73; art. 20, Constitución de Alemania Federal de 1949.

(7) Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, Droit administratif, cit., ps. 116 y ss.

(8) Biscaretti de Ruffia, Paolo, Derecho constitucional, trad. del italiano, Madrid, 1989, ps. 207 y ss.

(9) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., t. I, ps. 28 y ss.

(10) Muñoz Machado, Santiago, El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea, Madrid, 1986, ps. 278-279, hace referencia a las fórmulas que se han instrumentado en el derecho comunitario europeo para reducir a su mínima expresión las intervenciones de los parlamentos, ampliando el papel de los Ejecutivos, aun en sistemas donde existen concepciones rígidas en torno a la actividad reglamentaria del Ejecutivo.

(11) El art. 6º, Estatuto albertino, que reproduce el texto de la Constitución del reino de Cerdeña de 1848, preceptúa que "el rey hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender su observancia o dispensarla".

(12) García de Enterría, Eduardo, Revolución francesa y administrativa contemporánea, Madrid, 1984, p. 42.

(13) Existe la errónea creencia de suponer que nuestra Constitución siguió —en este aspecto fundamental del fraccionamiento del poder del Estado— al modelo norteamericano (por ejemplo, Vítolo, Daniel R., op. cit., ps. 76-77), cuando lo cierto es que adoptó, en materia de poder reglamentario del Ejecutivo, el sistema constitucional europeo. Gran parte del origen de las confusiones en que se ha incurrido y se incurre aún hoy en este punto derivan de las opiniones vertidas entre nosotros por Sarmiento, quien al polemizar con Alberdi difundió la idea de que nuestra Ley Fundamental era copia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Aunque Alberdi refutó en forma precisa el error de dicha tesis, la difusión del pensamiento de Sarmiento ha sido tan grande que ha formado una suerte de mito en torno de una idea totalmente equivocada. La verdad es otra y ha sido puesta al descubierto por Alberdi en muchas de sus obras; en tal sentido, señaló: "Todo es diferentes en las dos constituciones argentina y norteamericana... Plan, división general de los objetos, sistema de los poderes,

distribución y extensión de sus facultades todo es diferente y debía serlo necesariamente. Si los argentinos no se hubieran separado en muchas cosas del sistema de Norte América para acomodarse a sus antecedentes y a su manera peculiar de ser, toda su organización habría sido un pobre plagio de una forma extranjera..." (Alberdi, Juan Bautista, Estudios sobre la constitución argentina de 1853, El Ateneo, Buenos Aires, 1929, capítulo V, p. 32).

(14) El art. 37, Constitución francesa de 1958, prescribe que "las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario". A su vez, entre las materias asignadas al legislador hay algunas que le son atribuidas en plenitud (p. ej., libertades públicas), mientras que en otras ejerce su competencia normativa sólo respecto de los "principios fundamentales". De ese modo, la competencia legislativa se ha transformado en una potestad de excepción, configurándose un ámbito en que el poder ejecutivo actúa como legislador con independencia de la ley, aunque sometido a la Constitución y a los principios generales del derecho. La transformación jurídica que trasuntó el sistema constitucional francés, en cuanto a las relaciones entre ley y reglamento, ha sido realmente notable; véase Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, Droit administratif, cit., ps. 77 y ss., y especialmente ps. 84-88. En España, la doctrina considera que la Constitución no ha instituido un poder reglamentario autónomo, continúa rigiendo el principio de la primacía de la ley de la consecuente subordinación del reglamento, a pesar de la admisión de las técnicas de la delegación, de la reserva de ley y de la potestad reglamentaria de urgencia; véase: García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., ps. 255 y ss.

(15) Cabe advertir, sin embargo, que la fórmula del art. 3º de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que Alberdi venía señalando desde sus primeros trabajos en El Nacional de Montevideo y que después reprodujo en las Bases de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. Sobre esas bases, Alberdi indicó que "la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez" (véase: Demicheli, Alberto, Génesis de las "Bases", Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 22).

(16) Alberdi, Juan Bautista, Obras completas de J. B. Alberdi, t. V: "Estudios sobre la Constitución argentina de 1853", Imprenta La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, p. 148.

(17) Véase: Díaz Arana (h.), Juan J., Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1947, ps. 37 y ss.

(18) Alberdi, Juan Bautista, Obras completas..., cit., p. 156.

(19) Al respecto, señala Alberdi: "Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norteamérica. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur" (Alberdi, Juan Bautista, Obras completas..., cit., p. 157).

(20) Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, anotada y concordada, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 754, anota que "la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa aun con control judicial suficiente, encuentra en el art. 109 otra expresa limitación".

(21) Véase: Guastavino, Elías P., Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, t. I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989, p. 54. La fuente del precepto se remonta a los antecedentes preconstitucionales (Reglamento de 1811 de la Junta Conservadora y Estatuto de 1816 aprobado por el Congreso de Tucumán) y al art. 243, Constitución de Cádiz de 1812, si bien su antecedente inmediato más probable haya sido el art. 108, Constitución chilena de 1833.

(22) Véase: Cassagne Serres, Blanca A., La Constitución Nacional. Filiación histórica del preámbulo argentino, El Ateneo, Buenos Aires, 1945, p. 57.

(23) Cfr. Linares Quintana, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, ps. 41 y ss.; ver también: Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de derecho constitucional, Kapelusz, Buenos Aires, 1958, ps. 81 y ss., anota que, habida cuenta de

las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la estadounidense, tales diferencias "demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU." (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se basa en el modelo francés de 1791 (p. 89).

(24) Benvenuti, Feliciano, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, p. 36.

(25) Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 290; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho...*, cit., t. I, ps. 251-252; Waline, Marcel, *Droit administratif*, 9ª ed., Sirey, Paris, 1963, ps. 117 y ss.; Alessi, Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 255.

(26) Xifra Heras, Jorge, *Formas y fuerzas políticas*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 270; Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo*, p. 101, postura que ha seguido Linares (cfr. Linares, Juan F., *Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 63 y ss.).

(27) Arts. 11, 24 y 25, LNPA; el RNLPA utiliza la misma terminología (arts. 103 y ss.).

(28) Véase Hutchinson, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 447 y ss.

(29) La doctrina alemana ha diferenciado los denominados reglamentos jurídicos de los reglamentos administrativos. Véase, Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1958, p. 201. Nuestra doctrina, en general, distingue los reglamentos propiamente dichos de los reglamentos internos. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., Talleres Gráficos Barreiro, 1963, ps. 120-122, afirma que no nos es posible diferenciar el reglamento jurídico del administrativo por cuanto todos los actos de alcance general suponen el dictado de normas jurídicas.

(30) Art. 11, LNPA, y art. 103, RLNPA (t.o. por decreto 1883/1991).

(31) Art. 83, RLNPA, ver "Estado nacional v. Arenera El Libertador SRL", Fallos 312:1098 —1989—, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se sostuvo que no hay derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos; así como "Tinedo, Mamerto y otros v. ENTel", Fallos 308:199 —1986—.

(32) RLNPA (t.o. por decreto 1883/1991), art. 83, Cassagne, Juan Carlos, *El acto...*, cit., p. 105.

(33) Art. 24, incs. a) y b), LNPA, y art. 73, RLNPA. Asimismo, ver Cassagne, Juan Carlos, *El acto...*, cit., p. 102.

(34) García de Enterría, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, ps. 279 y ss.; y Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 251, quien recuerda el art. 30, *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del 26/7/1957*, que establece: "Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas". Sobre su obligatoriedad para la Administración en el derecho norteamericano y francés, ver: Mairal, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 97 y ss.

(35) Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. I, ps. 419 y ss.

(36) El derecho administrativo italiano también acepta el principio; en tal sentido, puede verse Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo. Parte general*, t. I, trad. del italiano, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 105; al respecto, Mairal ha puntualizado la necesidad de que el principio no se aplique en forma indiscriminada o irrazonable (*Curso de derecho...cit.*, ps. 100 y ss.), en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en el caso "Arenzon, Gabriel Darío v. Nación Argentina", Fallos 306:400 —1984—.

(37) Según Parada Vázquez, la prohibición de dispensas singulares injustificadas se fundamenta en el principio de igualdad, ver: Parada Vázquez, José R., *Derecho administrativo*, t. I, Pons, Madrid, 1989, p. 64.

(38) Dictámenes 4:84, que cita los siguientes precedentes de la colección Dictámenes 34:201; 87:145; 97:241; 100:191; 102:213 y 114:495.

(39) La Constitución Nacional, antes de su reforma de 1994, en el art. 67, inc. 23, denominaba ordenanzas a los actos de la Legislatura referidos a las Fuerzas Armadas.

(40) Esta clasificación, si bien no es la seguida por la doctrina europea, es la más usual en nuestro país; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 258; y Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 421 y ss.

(41) Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 259.

(42) "Los decretos reglamentarios son tan obligatorios para los habitantes como si sus disposiciones se encontraran insertas en la propia ley... y se consideran parte integrante de la misma ley"; cfr. "Frigorífico Swift",

Fallos 187:449 —1940—; "Crespi Hnos. y Cía.", Fallos 234:166 —1956—.

(43) La Corte Suprema ha señalado que un reglamento no puede limitar o cercenar lo que la norma no crea; ver: "Balpalá Construcciones v. Dirección Nacional de Vialidad s/nulidad de resolución", Fallos 312:2373 —1989—, también en ED 137-160.

(44) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. 280-281; y Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 423.

(45) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 421.

(46) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la tesis de que el carácter programático de una ley "...no es causa que por sí sola justifique una inacción sine die del Estado en hacer efectivas sus disposiciones..." (en la causa "Hotel Internacional Iguazú SA v. Estado nacional s/ordinario", Fallos 310:2653 [1987]).

(47) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 421.

(48) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 424, señala que los ministros carecen de competencia para reglamentar las leyes; en cuanto a las entidades autárquicas institucionales, afirma que sólo pueden reglamentar los aspectos técnicos necesarios para su aplicación, pero de ningún modo limitar los derechos individuales.

(49) El concepto de reglamento autónomo es controvertido: Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 296; Zanobini, Guido, Curso de derecho..., cit., t. I, p. 106; y Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 426, entienden, entre otros autores, que son los dictados en asuntos cuya competencia le corresponde a la Administración de acuerdo con la distribución de funciones realizadas por la Constitución, o para regular el ejercicio de poderes que le han sido conferidos discrecionalmente a la Administración por el ordenamiento jurídico. En cambio, Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 252, excluye de la noción de reglamento autónomo a los derivados de las facultades discrecionales acordadas por la ley.

(50) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. 260 y ss.; Bianchi, Alberto B., La delegación legislativa, Ábaco, Buenos Aires, 1990, p. 34.

(51) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 428; Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. I, 3ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1995, p. V-50.

(52) Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 83; Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. 261 y ss., en la misma línea véase: Coviello, Pedro J. J., "La denominada 'zona de reserva de la Administración' y el principio de legalidad administrativa", REDA, nros. 21-23, Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 139 y ss.

(53) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. 263-264; "Horta v. Harguindeguy", Fallos 137:47 —1922—. Véase también: Dictámenes 84:182 y 125:370; en este último dictamen, publicado en Dictámenes 3:191, se afirma que el legislador no puede invadir competencias propias y exclusivas del Poder Ejecutivo bajo pena de inconstitucionalidad.

(54) En tal sentido Docobo, Jorge J., "El reglamento de procedimientos administrativos", en JA 1972-705, secc. Doctrina. Así se desprende de la propia exposición de motivos de la LNPA.

(55) Para Bianchi, los reglamentos ejecutivos son una especie de reglamentos delegados que ubican su fundamento constitucional en el ex art. 67, inc. 28, CN (cfr. Bianchi, Alberto B., La delegación..., cit., p. 52). No estamos de acuerdo con la tesis que considera a los reglamentos ejecutivos como una especie de reglamentos delegados, pues todos los antecedentes del ex art. 86, inc. 2º (art. 85, inc. 2º, Proyecto de Alberdi; art. 82, Constitución de 1826 y la Constitución de Cádiz de 1812) y la tradición anglosajona indican que la norma se refiere a la función del Poder Ejecutivo relativa a la ejecución de las leyes. La mayor parte de las leyes requiere de una actividad ulterior de la Administración para poder aplicarlas.

(56) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 441, y en particular la nota 114.

(57) Art. 67, inc. 16, CN. La ley universitaria 20.654 atribuía a los órganos universitarios competencia para el dictado de los planes de estudio. Véase Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 433. Cfr. ley 24.521, art. 29, inc. e), de similar tenor.

(58) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, ps. 428 y ss.; Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. 267 y ss., y Canasi, José, Derecho administrativo, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 137.

- (59) "Delfino y Cía. v. Gobierno Nacional", Fallos 148:430 —1927—.
- (60) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, ps. 428 y ss., y ps. 437 y ss. En el caso "Mouviel, Raúl Oscar y otros s/desórdenes", Fallos 237:636 —1957— afirmó que el art. 18, CN, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el órgano legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. En este caso, se declaró inconstitucional un reglamento sobre faltas o edictos policiales sancionado por el jefe de la Policía Federal. Cabe destacar que teniendo en cuenta la opinión del procurador general de la Nación, expuesta con anterioridad al fallo de la Corte, por ley 17.189 de 1966, se ratificaron todos los edictos policiales vigentes a esa fecha.
- (61) Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 281, enseña que en el derecho español la delegación puede ser general o especial; la primera —afirma— tiene lugar cuando el Parlamento concede al gobierno los llamados "plenos poderes"; la delegación especial confiere facultades legislativas sólo respecto de materias determinadas y señalando las bases o criterios que han de servir de límite al decreto reglamentario. Sobre el tema, véase Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, p. 452.
- (62) "Compañía Azucarera y Alcohólica Soler SA v. Estado Nacional (Ministerio de Economía)", Fallos 311:1617 —1988—.
- (63) Véase: Bidart Campos, Germán J., "La tipología de la Constitución Argentina", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XVI, segunda época, nro. 13, y su Tratado elemental de derecho constitucional, t. I, 2ª ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 101-102.
- (64) En los Estados Unidos se ha considerado que la delegación legislativa es inevitable en el gobierno moderno; véase: Schwartz, Bernard, Administrative Law, 2ª ed., Little Brown and Company, Boston, 1984, p. 34, y la 4ª ed., Administrative Law, A Casebook, Boston, 1994, p. 118; conocimos a este gran jurista norteamericano en oportunidad de la visita que hizo a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA a comienzos de la década del 80. Nos impresionó la profundidad de sus conocimientos de derecho comparado, particularmente del francés, al confesarnos su admiración por la tarea del Consejo de Estado y la doctrina de ese país, en punto a la construcción de los principios cardinales del derecho administrativo. En la conversación que mantuvimos hablamos sobre la Argentina y las diferencias que existían con la Constitución norteamericana, sobre todo en materia de reglamentos de ejecución. Por lo que había leído y escuchado en los días que duró su permanencia en el país, advertía que la doctrina vernácula era muy creativa en sus construcciones teóricas, preguntándonos acerca de su grado de influencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Nuestra respuesta fue que, en algunos casos, esa influencia era notoria, pese a que la Corte no hacía citas, en sus fallos, de ningún autor nacional vivo (en esa época, pues después retomó la costumbre de hacerlas).
- (65) Art. 13, Constitución de 1946. La doctrina francesa sostiene que en un país de Constitución escrita y separación de poderes, el Poder Legislativo no se delega, vid: Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, 9ª ed., Sirey, Paris, 1919, p. 85 (texto y nota 2, con cita de Esmein). En Francia, para superar la prohibición de delegar, se acudió primero a las leyes de plenos poderes, de dudosa constitucionalidad, y a los llamados reglamentos de Administración Pública que no podían regular materias que, por su naturaleza, correspondían al legislador. La Constitución de 1958 introdujo una reforma sustancial en las relaciones entre la ley y el reglamento, al establecer que, salvo las materias reservadas a la ley (art. 34), "las materias que no forman parte de la ley tienen carácter reglamentario" (art. 37). De ese modo, la competencia reglamentaria pasó a ser el principio y la competencia legislativa, la excepción, véase: Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, Droit administratif, t. I, 12ª ed., PUF, Paris, 1992, ps. 48 y ss.
- (66) Esmein, Ademar, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 8ª ed., Sirey, Paris, 1927, ps. 85-86; señaló que "no hay verdadera delegación más que cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar su ejercicio a otra autoridad o persona por un acto particular o voluntario, descargando sobre el delegado el ejercicio de este poder". Este concepto de delegación concebido como una transferencia de facultades figura también en ediciones anteriores (aunque no pueda saberse cuál de ellas fue utilizada por la Corte en el caso "Delfino") y fue objeto de reiteradas críticas de Bielsa; véase, entre otros trabajos, "Reglamentos delegados", LL-106, en el que dice: "No se delega para que un poder tenga más fuerza que otro (pues no hay —como erróneamente se ha dicho— transferencia de poder), sino para que el Poder Legislativo en este caso logre mayor

eficacia en un área determinada con la integración de otra actividad que 'prosigue' la de él y con los límites que éste traza".

(67) Fallos 148:434 —1927—.

(68) Véase: Bianchi, Alberto B., "La potestad reglamentaria de los entes reguladores", ponencia presentada en Acto y Reglamento Administrativo, jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2001, ps. 589 y ss., quien objeta el criterio seguido por la Corte en "Delfino" y apunta que ha sido una permanente fuente de confusión, dado que "...mezcló unos reglamentos con otros y sostuvo que las facultades delegadas por el Congreso (reglamentos delegados) se ejercen dentro de los límites del art. 86.2 (reglamentos ejecutivos) y además, justificó todo ello con citas de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana donde aquel artículo no existe (cit., p. 596).

(69) Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, t. II, Iustel, Madrid, 2006, ps. 598 y ss.

(70) Véase: Bianchi, Alberto B., La delegación..., cit., p. 78 (con estudio preliminar de Rodolfo C. Barra), quien señala que el primer caso en que se aplicó la doctrina de la delegación fue "United States v. Brig. Aurora" de 1813.

(71) Sobre la evolución de la delegación legislativa en el derecho norteamericano, véase: Bianchi, Alberto B., La delegación..., cit., ps. 76 y ss.; su amplitud ha sido destacada por el justice Antonin Scalia, al enfatizar que "la delegación amplia... es el sello distintivo del Estado administrativo moderno" ("Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law", Duke Law Journal, 1989, 511, 516, opinión transcrita por Bianchi, Alberto B., "Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional", REDA, año VI, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 380, nota 7).

(72) Véase: Pünder, Hermann, "Legitimación democrática de la legislación delegada. Análisis comparativo en el derecho de los Estados Unidos, Gran Bretaña y Alemania", ED del 30/4/2009, supl. Derecho Administrativo, ps. 1 y ss., especialmente ps. 4 y 6.

(73) En contra: Gordillo, Agustín, "Las facultades normativas de los entes reguladores", RAP 212-120.

(74) Cfr. Perrino, Pablo E., "El crecimiento de la potestad normativa de la Administración en los Estados contemporáneos", ponencia presentada en Cuestiones de Derecho Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009, ps. 99-107; así lo interpreta también, en definitiva, Nallar Dera en la tesis doctoral que tuvimos el honor de dirigir en la Universidad Austral, al sostener que, en el ejercicio de las potestades de reglamentación, los entes reguladores no pueden acumular ni reemplazar las potestades que la Constitución prevé a favor del Ejecutivo (Nallar Dera, Daniel M., Regulación y control de los servicios públicos, con prólogo nuestro, Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid - Barcelona, 2010, p. 385, texto y nota 24, en la que especialmente alude a los arts. 76 y 99, inc. 2°, CN).

(75) Fallos 316:2624 —1993—.

(76) En el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital" —2008—.

(77) Bielsa, Rafael, Estudios de derecho público, t. III, ps. 255 y ss., afirma que "regular una parte de la ley integrándola con preceptos limitados por la propia ley, es realizar una tarea de carácter materialmente legislativo, mediante un acto formalmente administrativo (cit., p. 258). En el trabajo posterior sobre "Reglamentos delegados...", cit., p. 1071, es más terminante aún al señalar que "...por la delegación no se transfiere un poder sino que se encarga a una autoridad dictar normas que prosiguen la actividad legislativa dentro de una materia y de límites determinados. En consecuencia, el Poder Legislativo puede derogar las normas en cualquier momento".

(78) Considerando 9°, párr. 3°.

(79) Véase nuestro Derecho administrativo, 9ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, ps. 190-191, y ediciones anteriores en las que adoptamos la clasificación efectuada por García de Enterría y Fernández en las sucesivas ediciones del Curso de derecho..., cit. (cuya primera edición de Civitas se publicó en Madrid en 1974).

(80) V.gr., ley 20.004, cuyo único artículo establece: "Facúltase al Poder Ejecutivo para ordenar las leyes, sin introducir en su texto ninguna modificación, salvo las gramaticales indispensables para la nueva ordenación"; sobre esta modalidad de la delegación legislativa en España ver: Santamaría Pastor, Juan A., Fundamentos de derecho administrativo, t. I, ps. 656-657.

(81) Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 289; este autor entiende que las anteriores leyes que regulaban la materia no han sido derogadas, pues en tanto no se utilice la autorización, siguen en vigor;

simplemente —afirma— tales leyes han sido degradadas.

(82) Art. 82, Constitución española.

(83) Bielsa, Rafael, Estudios..., cit., t. III, p. 274; uno de los pocos autores que advirtió esta fuente fue Comadira, Julio R., "Los reglamentos delegados", ponencia presentada en Acto Administrativo y Reglamento, jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2001, p. 686; con respecto al concepto "materias determinadas de administración", como lo ha destacado Perrino, Pablo E., "Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 979.

(84) Un buen análisis sobre el contenido de este límite material del art. 76, CN, hace García Lema, Alberto, "La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava", ED-182, especialmente ps. 1292-1294.

(85) Ley 25.418 (art. 2º), formulación reiterada en la ley 25.645.

(86) Urrutigoity, Javier, "Del derecho de emergencia al derecho de la decadencia", Estudios de derecho administrativo, vol. VIII, IEDA - Diké - Foro de Cuyo, Mendoza, 2001.

(87) Sobre la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados nos remitimos a nuestro ensayo El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires - Madrid, 2009, ps. 184 y ss.

(88) Véase: Pérez Hualde, Alejandro, "Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo y su impacto en el régimen federal", VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 561.

(89) Perrino, Pablo E., "Algunas reflexiones...", cit., p. 977.

(90) Art. 82, 3, Constitución española.

(91) Bianchi, Alberto B., La delegación..., cit., ps. 76 y ss.

(92) Ver García de Enterría Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., t. I, p. 259; Bianchi, Alberto B., "Horizontes de la delegación...", cit., ps. 388 y ss., sostiene que el concepto de estándar o patrón inteligible ha sido considerado con bastante amplitud y que podría asemejarse a lo que la doctrina administrativa conoce como concepto jurídico indeterminado (cit., p. 390).

(93) Considerando 10.

(94) Véase: García Lema, Alberto, en su exposición en la Convención Constituyente (Obra de la Convención Constituyente 1994, t. IV, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 4887 y ss.).

(95) Considerando 12, párr. 1º.

(96) Ley 26.122, sancionada el 20/7/2006; véase la crítica a la situación imperante con antelación a su dictado en De la Riva, Ignacio M., "Los decretos sujetos al control del legislador en el marco de la ley N° 26.133", en Boullade, Gustavo (dir.), Fuentes del derecho administrativo, LexisNexis - IEDA, Buenos Aires, 2007, p. 149.

(97) Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho..., cit., t. II, ps. 902 y ss.

(98) Véase: Coviello, Pedro J. J., "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Derecho administrativo..., cit., p. 208; y García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., t. I, 13ª ed., p. 444, quienes explican cómo el sistema constitucional español actual hace aplicación de dicho principio (en sus arts. 91 y 103.1, Constitución española, entre otros preceptos), al igual que la Ley Fundamental de Bonn (art. 20, párr. 3º), al prescribir que el Poder Ejecutivo y los tribunales están vinculados a la ley y al derecho (cit., p. 445). Entre nosotros, la vinculación de la Administración con el principio de legalidad (concebido como principio general) se desprende una interpretación dinámica del art. 19, CN, que sujeta la Administración a la ley, en tanto no puede disponer ni ordenar lo que no mandan las normas legales ni privar a los ciudadanos de lo que ellas no prohíben (cfr. nuestro libro El principio..., cit., ps. 197 y ss.).

(99) Bianchi, Alberto B., "Horizontes...", cit., ps. 393 y ss., recuerda que en la historia de la jurisprudencia norteamericana existen sólo dos casos significativos ("Panama Refining Co. v. Ryan" y "A. L. A. Sechechter Poultry Corp. v. United States") en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que delegaron en el Ejecutivo facultades legislativas (cit., p. 393), a los que cabe adicionar, dice, "un tercer caso de menor trascendencia en el que se declaró la inconstitucionalidad de leyes que integraban el llamado New Deal de

Roosevelt ("Carter v. Carter Coal Co.")" (cit., ps. 394-395). Entre nosotros, hay autores que han generalizado, impropriamente, la doctrina de la Corte norteamericana antes citada, dejada pronto de lado por dicho tribunal sobre la base de una interpretación más flexible del principio de separación de poderes (298 US 238 [1936]).

(100) Cfr. Pünder, Hermann, Legitimación democrática..., cit., p. 6, texto y nota 57.

(101) Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho..., cit., t. II, p. 903.

(102) Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho..., cit., t. II, ps. 892 y ss. y ps. 902 y ss.

(103) Véase: Aja Espil, Jorge A., Constitución y poder. Historia de los poderes implícitos y de los poderes inherentes, Tea, Buenos Aires, 1987, ps. 140 y ss., al interpretar el alcance del art. 75, inc. 32, CN; y nuestro Derecho administrativo, cit., ps. 476-477.

(104) Véase: Luqui, Roberto E., Revisión judicial de la actividad administrativa, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 52-53 y 56-57; Tawil, Guido S., Administración y justicia, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 115 y ss.; Aberastury, Pedro, La justicia administrativa, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 3 y ss.

(105) Un buen análisis sobre las materias que componen la reserva legal ha hecho: Perrino, Pablo E., "Algunas reflexiones...", cit., ps. 984-988 y en "El crecimiento...", cit., ps. 96-98.

(106) Sagüés, Néstor P., Elementos de derecho constitucional, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 604, ha considerado convincente nuestra argumentación basada en el principio interpretativo a fortiori.

(107) Sobre la reserva legal en materia tributaria: Casás, José O., Derechos y garantías constitucionales del contribuyente, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 213 y ss.; obra que fue la tesis doctoral del autor, calificada con sobresaliente y recomendada al premio Facultad por el jurado integrado por los Dres. Horacio A. García Belsunce, Héctor A. Mairal y Juan Carlos Cassagne.

(108) Gordillo, Agustín, Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. VII-58-59.

(109) Fallos 230:28 y 237:656

(110) García Belsunce, Horacio A., en Casás, José O. (coord.), Obra colectiva en homenaje al profesor Juan Carlos Luqui, Depalma, Buenos Aires, 1994, en especial ps. 39-40.

(111) Bielsa, Rafael, Estudios..., cit., t. III, p. 259.

(112) Bielsa, Rafael, Estudios..., cit., t. III, ps. 258-259.

(113) Cfr. Casás, José O., Derechos y garantías..., cit., p. 366. Un criterio amplio, en materia aduanera de naturaleza tributaria (v.gr. derechos de exportación) ha sido propiciado por Corti, Aristides H. M., en su trabajo "Decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Legislación delegante. Reglamentos delegados", ED del 7/9/2010, p. 3, texto y nota 12, al sostener que cabe excluir del art. 76, CN, "los reglamentos permanentes de coyuntura para proteger los intereses inmediatos del país, especialmente en materias vinculadas con la evolución del mercado internacional y del mercado interno". Con el respeto que siempre hemos tenido por el autor, nos parece que su tesis no encuentra apoyo alguno en el sistema de la Constitución, tal como se describe e interpreta en el presente ensayo. Pensamos que, por más flexibilidad que se atribuya a la reserva legal en materia tributaria, la ley que habita al Ejecutivo a ejercer facultades legislativas debe preceptivamente contener las bases o el criterio básico que le permita a este último completarla a integrarla.

(114) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, ps. 257 y ss.; Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, t. I, TEA, Buenos Aires, 1949, ps. 284 y ss.; Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, t. II, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 201; Diez, Manuel M., Derecho administrativo, cit., t. I, ps. 446-459; Linares, Juan F., Derecho administrativo, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 109/119; Gordillo, Agustín A., Tratado de derecho..., cit., t. I, cap. V, p. 38; Comadira, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en su Derecho administrativo, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1996, ps. 261-268; entre los constitucionalistas que se inclinaron por aceptar su constitucionalidad, cabe citar desde autores de la talla de Joaquín V. González (en González, Joaquín V., Manual de la Constitución argentina, 28ª ed., Ángel Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 538) hasta las opiniones vertidas con posterioridad por Quiroga Lavié, Humberto, Derecho constitucional, Depalma, Buenos Aires, p. 834; Vanossi, Jorge R., "Los reglamentos de necesidad y urgencia", LL 1987-II-885 y ss.; Sagüés, Néstor P., "Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho comparado y derecho argentino", LL 1985-E-798 y ss.; Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL 1991-C-141.

(115) Ver el conocido caso "Peralta, Luis Arcenio y otro v. Estado Nacional (Ministerio de Economía - BCRA)

s/amparo", Fallos 313:1513 —1990— y el fallo recaído en la causa "Peso" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 4ª, publicado en ED 114-237, si bien atribuye carácter excepcional a la potestad del Poder Ejecutivo de dictar esta clase de reglamentos.

(116) Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, t. IX, 3ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1988, p. 691; González Calderón, Juan A., Curso de derecho constitucional, Buenos Aires, 1960, p. 505; Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental..., cit., t. II, p. 229; Badeni, Gregorio, "Los decretos de necesidad y urgencia", ED 138-926; Segovia, Juan F., "Las providencias de necesidad y urgencia", ED 116-911; Vítolo, Daniel R., Decretos de necesidad y urgencia, Buenos Aires, 1991, ps. 68 y ss.; Ruiz Moreno, Horacio, "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos", LL 1990-B-1029; Ekmekdjian, Miguel Á., "La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia", LL 1989-E-1296; en cuanto al derecho administrativo, se ha citado (Vítolo, Daniel R., Decretos de necesidad..., cit., p. 67) como contraria al reconocimiento de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia la postura de Fiorini que, en rigor, si bien es restrictiva y rechaza "la clasificación que considere como normal la existencia de reglamentos de urgencia y necesidad" (Fiorini, Bartolomé, Derecho administrativo, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1976, p. 297), considera que "no puede negarse al administrador que promulgue actos administrativos de urgencia o de necesidad, pero dentro de sus funciones administrativas..." (cit., p. 297). Para captar la posición doctrinaria de Fiorini hay que tener en cuenta su concepción sobre el poder reglamentario como potestad inherente, iure proprio, que se atribuye al Poder Ejecutivo y, además, la consideración de la actividad reglamentaria como función administrativa y no colegislativa. Por ese motivo, su opinión parece reflejar el rechazo de esta clase de reglamentos para regular las situaciones de emergencia que competen al Poder Legislativo, que versan sobre materias que no implican el ejercicio de funciones administrativas.

(117) Ver nuestra refutación a este argumento en Cassagne, Juan Carlos, "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino", Revista Española de Derecho Administrativo, nro. 73, Civitas, Madrid, 1992, ps. 19 y ss.

(118) Muñoz, Guillermo A., "Reglamentos de necesidad y urgencia", REDA, nro. 5, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 519 y ss.

(119) Cfr. Muñoz, Guillermo A., "Reglamentos...", cit., p. 528.

(120) Cfr. Cassagne, Juan Carlos, "Sobre la fundamentación...", cit., p. 26; también Comadira ha compartido dicha opinión (cfr. Comadira, Julio R., "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", LL 1995-B-825).

(121) Sagüés, Néstor P., "Derecho constitucional y derecho de emergencia", LL 1990-D-1039 y ss., secc. Doctrina.

(122) Ha señalado Bidart Campos que "la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el Derecho Constitucional material a partir de 1989 obliga a interpretar y aplicar el art. 99, inc. 3º, con extremada severidad y excepcionalidad pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte en el caso 'Peralta' de 1990" (Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental..., cit., t. VI, p. 434).

(123) Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho..., cit., t. I, p. 278; Cassagne, Juan Carlos, Derecho administrativo, cit., t. I, p. 136; el criterio sostenido por la Corte en el caso "Peralta" (considerando 29) para validar esta clase de reglamentos señala la necesidad de que no se altera la política legislativa.

(124) Cfr. Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental..., cit., t. VI, ps. 431-432; en idéntico sentido: Pérez Hualde, Alejandro, Decretos de necesidad y urgencia, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 244.

(125) Cfr. Comadira, Julio R., "Los decretos de necesidad...", cit., ps. 6-7.

(126) La viabilidad de la acción de amparo para cuestionar la inconstitucionalidad manifiesta de normas de alcance general ha sido aceptada por la Corte en el caso "Peralta", después de muchas vicisitudes, acogiendo en este punto la buena doctrina, ya que en la mayoría de los casos esa vía es la más idónea para la protección de los derechos y garantías constitucionales afectados por reglamentos de la Administración Pública.

(127) Decimos que, en principio, porque la materia tributaria se consideró un poder privativo del Congreso (el principio de legalidad tributaria) que éste no podía delegar in totum en el Poder Ejecutivo, sino en ciertos y determinados detalles inherentes a la reglamentación. Lo mismo cabe reconocer respecto de las llamadas delegaciones en blanco en materia penal.

