

## CAPÍTULO VI

### ADMINISTRACIÓN Y LEGISLACIÓN

#### SUMARIO

1. Presentación del problema .....VI-1 / 605
2. La regulación legislativa de la actividad administrativa.....VI-2 / 606
3. La regulación legislativa de los “actos de gobierno” .....VI-2 / 606
4. Conclusión acerca de la sumisión de la administración a la ley..... VI-5 / 609



## *Capítulo VI*

### **ADMINISTRACIÓN Y LEGISLACIÓN<sup>1</sup>**

#### *1. Presentación del problema*

En general, al caracterizar a la función legislativa, dijimos que ésta se circunscribía a las normas generales dictadas por el Congreso y señalamos que las normas generales emanadas de la administración (los reglamentos), se encuadran dentro del concepto de función administrativa y no de función legislativa.

No se ajustan exactamente a este criterio, sin embargo, opiniones que sobre otros aspectos de la materia sostienen algunos autores, razón por la cual vamos a examinarlas. En particular, no creemos que se adecue a nuestro sistema constitucional la tesis según la cual el congreso no podría legislar sobre algunos aspectos de la actividad administrativa o, que en tales materias sólo la administración podría dictar normas generales, pero no el congreso.

Esta opinión fue emitida, por ejemplo, en relación a los denominados “actos de gobierno,” diciéndose que ciertos actos del poder ejecutivo no estarían sujetos a la regulación legislativa<sup>2</sup> y también en relación a ciertos aspectos internos de la actividad administrativa, sosteniéndose que lo referente a la organización administrativa, al estatuto del personal civil de la administración, al procedimiento administrativo interno, etc., no puede ser regulado por ley, y sí por reglamento autónomo.<sup>3</sup>

Estos criterios, como dijimos, no se ajustan al ordenamiento positivo actual ni tampoco al sistema constitucional que nos rige.

<sup>1</sup> En contra, COVIELLO, PEDRO J. J., “La denominada «zona de reserva de la administración» y el principio de la legalidad administrativa,” en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa*, www.laley.com.ar, p. 143 y ss.

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

<sup>3</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, tomo I, p. 243 y ss.

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

Inmediatamente, se advierte que la ley ya reguló numerosos aspectos de la organización y funcionamiento administrativo sin que hasta el momento tribunal alguno haya pronunciado su inconstitucionalidad por tal motivo.

a) En lo que concierne a la organización administrativa, ha existido siempre y existe una ley de ministerios, que regula la organización, funcionamiento, competencia, etc., de los ministerios y secretarías de Estado; las numerosas leyes que organizan determinadas reparticiones internas de la Administración nacional. (Ley de aduanas, de abastecimiento, de impuestos, etc.) En última instancia, considerándose que la Constitución otorga expresamente al Congreso atribución de dictar la ley de presupuesto que, en esencia, es un ordenamiento administrativo de la actividad administrativa —disponiendo qué reparticiones existirán o no, qué cargos serán creados, etc.— no parece que se pueda, congruentemente, negar la atribución parlamentaria de regular en algún aspecto la organización administrativa.

b) En relación al estatuto del personal civil de la administración pública nacional, y a la regulación y limitación de la atribución presidencial de nombrar y remover sus agentes, ya existe ese régimen, por lo que de hecho también fue ejercida la respectiva atribución reguladora del congreso.

c) En lo que respecta al procedimiento administrativo, desde 1900 existe la Ley n° 3.952 (que regula el procedimiento de la reclamación administrativa previa, a ser presentada ante el poder ejecutivo); además, existen numerosas leyes que fijan y regulan determinados procedimientos administrativos (procedimiento impositivo, aduanero, de patentes y marcas, etc.), fijando plazos, trámites, etc.

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

Lo mismo ocurre con los llamados “actos de gobierno” o “actos políticos,” etc.: Todos los actos del poder ejecutivo, incluso los practicados en el ejercicio de una atribución otorgada en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, están sujetos a regulación legislativa.

Ello se puede ver con algunos ejemplos: a) El indulto. El presidente de la Nación “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, mediante previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.”

Pues bien: Cuando los tribunales tratan algún caso de indulto, interpretan el significado de los términos: “Pena,” “delito,” “jurisdicción federal” y aplican dichas disposiciones en base a la legislación. No es inconstitucional, ni en modo

alguno inaplicable, el Código Penal, cuando establece cuáles son los delitos y las penas, o la Ley 48, cuando define qué es la jurisdicción federal.

No creemos que se pueda decir que esto es materia vedada al congreso, que escapa a su competencia legislar acerca de estas facultades del poder ejecutivo y que éste pueda, *ex novo* y *ex inventione*, ponerse en cada caso a determinar discrecionalmente qué es delito, qué es pena, qué es jurisdicción federal.

b) El poder ejecutivo “Nombra y remueve a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado.” Aquí también el poder ejecutivo y los tribunales deben recurrir a la ley de servicio exterior de la Nación, para saber qué es un “ministro plenipotenciario,” qué es un “encargado de negocios;” y esa ley no es inconstitucional, ni puede el poder ejecutivo o el tribunal interpretar contra lo que dispone el congreso, qué es un ministro plenipotenciario o un encargado de negocios en el sentido de la Constitución.

c) El poder ejecutivo “provee los cargos militares de la nación: Con acuerdo del Senado, en la concesión de los cargos o grados de oficiales superiores del Ejército y la Marina.”

Es evidente señalar que la determinación de lo que es “Ejército,” “Marina,” “cargos militares,” “grados” y “oficiales superiores,” no está asignada al poder ejecutivo, sino a la ley; de donde nuevamente surge que el hecho de que la Constitución haya dado en forma directa una facultad determinada al poder ejecutivo, no significa que ésta no esté también sujeta a la legislación.

d) Lo mismo ocurre con la designación de magistrados judiciales. Incluso el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,<sup>4</sup> no está exento de reglamentación legislativa.

También los requisitos concretos que la Constitución fija en este caso son susceptibles de regulación legislativa e incluso en algunos casos están indirectamente legislados. Sabemos que dichos requisitos son: a) Ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio; b) tener las cualidades requeridas para ser senador, a saber: Edad de treinta años; c) haber sido seis años ciudadano de la Nación; d) disfrutar de una renta anual de dos mil pesos nuevos o de un ingreso equivalente; e) “ser natural de la provincia que lo elige o estar hace dos años residiendo en ella.”<sup>5</sup>

Cuando el poder ejecutivo propone una nominación de magistrado de la Corte y el tribunal considera la validez de la misma, tendrán que determinar que sea un abogado, para aplicar la norma constitucional que lo exige. Parece obvio señalar que para tal fin deberán atender a lo que hayan establecido las leyes respectivas; no se podría pretender que una ley que establezca la organización universitaria y directa o indirectamente disponga lo que se requiere para ser abogado, fuera

<sup>4</sup> Así fue resuelto por la Corte Suprema argentina en el caso *Bianchi, Fallos*, 248: 398, año 1960.

<sup>5</sup> Este requisito debe aquí ser entendido como debiendo ser natural del país o con dos años de residencia inmediata en él.

inconstitucional. En otros términos, el congreso pudo perfectamente reglamentar esa norma constitucional, legislando cual es el título de “abogado” en la Argentina, y tanto el poder ejecutivo como los tribunales están obligados a acatar esa norma legislativa.

Lo mismo puede decirse del requisito de tener “ocho años de ejercicio de la profesión.” No se podría considerar que fuera ajeno a la competencia legislativa reglamentar aquello que se debe entender por “ejercicio de la profesión.” Si el Congreso dispusiera, por ejemplo, que para poder considerar que una persona ejerce la profesión de abogado es necesario que la misma esté inscripta en el órgano de clase respectivo o haya desempeñado un cargo que requiere tal título, esa ley sería perfectamente constitucional y no podría el poder ejecutivo designar, con la aprobación del Senado, un magistrado que, como abogado, nunca estuvo matriculado ni desempeñó tal cargo; ni podrían los tribunales convalidar tal nominación. Lo mismo se dirá de una ley que disponga que los ocho años de ejercicio de la profesión deben ser continuos y que en caso de ser discontinuos se computará solamente el tiempo de efectivo ejercicio, etc.

La Constitución exige también que el magistrado de la Corte Suprema tenga treinta años de edad. Y los años de los miembros de la Corte Suprema también se deben contar de acuerdo con el Código Civil: Si esté dijere que la edad se cuenta desde el nacimiento, no se podría decir que dicha ley es inconstitucional o inaplicable al presente caso y que el poder ejecutivo puede contar la edad de los magistrados que designa desde el momento de la gestación o con posterioridad a su nacimiento. E, inversamente, si el Código Civil dijere que la edad se cuenta desde la gestación, no se podría afirmar que eso es inconstitucional, a menos que se diga que falta razonabilidad con lo que entramos nuevamente en la teoría general y escapamos de toda teoría especial de gobierno.

La Constitución también dice que debe haber sido seis años ciudadano de la Nación. Existen en el país leyes dictadas por el Congreso estableciendo lo que debe entenderse por ciudadano de la Nación, formas de obtener la ciudadanía, etc.

No puede, aquí tampoco, entenderse que el Congreso no tenga competencia para legislar sobre la materia, también en referencia a los miembros de la Corte Suprema; y si, de acuerdo con las leyes del país, Fulano de Tal no es ciudadano argentino, no vemos cómo el poder ejecutivo podría invocar la Constitución para decir que según su criterio, independiente de regulación legislativa, Fulano de Tal es argentino y que, por lo tanto, lo nombra como magistrado de la Corte Suprema. Si la ley adopta el *jus solis*, no podría el poder ejecutivo o el tribunal entender que debe aplicarse, por ejecución directa de la Constitución, el *jus sanguinis*; de esto parece resultar que no es posible afirmar que estos actos del poder ejecutivo estén sujetos solamente a la Constitución.

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

En definitiva, todo eso nos demuestra que:

a) De hecho ya existe toda una legislación que necesariamente se aplica en una u otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al poder ejecutivo, sin que jamás se haya cuestionado su constitucionalidad. Confiamos en que nunca se llegue a cuestionar; por ello, se debe notar que estas facultades *están en el presente sujetas a la legislación*; de esta manera, el concepto señalado no corresponde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

b) El Congreso tiene, mientras, un amplio margen para legislar sobre las facultades que la Constitución le confiere directamente al poder ejecutivo y todas esas posibles leyes que hemos enumerado no podrían, bajo ningún aspecto, ser consideradas como que exceden la competencia constitucional del Congreso.

En realidad, en todo esto se produjo una confusión. Se advirtió que la Constitución confiere cierta libertad al poder ejecutivo; se expuso la posibilidad de que una ley lo ate, totalmente, no dejándole ninguna libertad de acción, pero se concluía que dicha ley sería inconstitucional: Sobre ello se construyó la idea de los actos de gobierno.

Repetimos, eso origina una confusión: La razón por la cual una ley de ese tipo sería inconstitucional, deriva sólo de que reglamente no razonablemente la Constitución; su vicio, en consecuencia, se basa en los principios generales aplicables a cualquier ley del Congreso y no a teoría especial de algún gobierno.

Este es el criterio según el cual se debe encarar todo el problema de la reglamentación legislativa de facultades del poder ejecutivo: Dicha legislación será constitucional siempre que no modifique, ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea, de otro modo, no ecuánime.

En este sentido, señala HUBER, que el legislador tiene en su mano la decisión sobre dar discrecionalidad a los órganos supremos de la administración, para actuar sobre las cuestiones que considere fundamentales a la existencia del país, o, en cambio, los sujetará a la reglamentación legal.<sup>6</sup> NAWIASKY, por su lado, indica que ciertamente su actividad está sujeta en todas estas direcciones a las leyes existentes” y agrega que, “en suma, podría encontrarse una ausencia de leyes pormenorizadas sobre ciertos actos del poder ejecutivo: Ausencia que deriva de la política legislativa, nada más.”<sup>7</sup> En el mismo sentido, afirma WOLFF “que el gobierno no es actividad libre de la legislación y sí a ella sometida y que si el poder ejecutivo o gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para

<sup>6</sup> HUBERT, ERNST R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, op. cit., tomo II, p. 656

<sup>7</sup> NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, II, parte, tomo 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedel, 1955, pp. 16-17.

actuar, ello se debe a su influencia en el parlamento, que le permite obtenerla en algunos casos.”<sup>8</sup>

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

<sup>8</sup>WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht*, I, 4ª ed., Munich y Berlin, 1961, pp. 66 y 247. Para los aspectos políticos de la cuestión, ver nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, pp. 40-4.