

¿EXISTE LA RESERVA DE LA ADMINISTRACION EN EL DERECHO PATRIO? ALGUNOS APUNTES SOBRE LOS REGLAMENTOS AUTONOMOS.

Por

Emilio Tafur Charun

“Lleva compadre tu cruz y no se la des a nadie
Y no se la des a nadie, y no se la des a nadie
Que todos ya llevamos una cruz”

Tabaco y Ron/ Rodolfo Aicardi



INTRODUCCION

Siguiendo a García de Enterría y a Tomás Fernández, (García de Enterría y Fernández 2001: 29-30) la Administración pública no es otra cosa que una persona jurídica, capaz de

manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse y de responder por sus actos públicos ilícitos. La Administración pública, siempre, en cuanto persona jurídica, se encuentra sujeta, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que ella misma contribuye a formar a través de la dación de reglamentos. Administración pública, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines públicos de interés general dispuestos por el ordenamiento y que para cuyo efecto este le dota de privilegios, exorbitancias, prerrogativas o *ius imperium*.

Las condiciones necesarias para la aparición de un derecho administrativo en sentido moderno no surgieron hasta que, a lo largo del siglo XX, la administración pasó a quedar sometida a la ley. Para ello resultaron determinantes la separación de poderes, que exigía reglas de distribución de competencias, y el reconocimiento de derechos fundamentales, que requerían de la preceptiva regulación legal para que pudiera incidirse en la libertad y la propiedad de los ciudadanos. (UNAM 2012:19)

En el presente texto pretendemos determinar si, así como en el caso de la Ley, puede

configurarse una “reserva material” dispuesta por la Constitución en lo que a la actuación reglamentaria de la Administración pública se refiere y tal reserva material no podría ser sino de naturaleza administrativa. Esto es, la reserva de la Administración pública. Se trata en fin de elaborar sobre la idea de si en el Derecho patrio existe un ámbito material que la Administración pública, y solo la Administración pública, pueda desarrollar. En otras palabras, si existe algún acervo de competencias que no podrá ser vulnerado por fuentes escritas provenientes de otras entidades. Y especial importancia tendrá lo así expuesto en lo que se refiere señaladamente a la actuación del Poder Legislativo, pues se darían materias que el Legislador -siempre subordinado a la Constitución- no podría regular. De ser así, y en rigor en lo que a jerarquía se refiere, en términos “materiales” la Ley y el reglamento con un respectivo ámbito privativo de actuación dado por la Constitución (reglamentos autónomos), detentarían el mismo valor normativo. Sin embargo, no es posible reducir el asunto a una cuestión de jerarquía. Ello debido a que la normatividad dictada de que se trate, tendrá su origen en entidades diferentes que a su vez constituyen ordenamientos distintos (Santi Romano).

Creemos, así, que el criterio que realmente importa será el de competencia. Pero lo que aquí decimos es solamente en un plano introductorio. Pero lo que sí queda claro es que nos encontraremos en algunos supuestos frente a reglamentos *praeter legem* y no *secundum legem*. Esto es, reglamentos autónomos.

En términos generales y antes de continuar, creemos de suma importancia ensayar una definición de reglamento, pues es a través de esta fuente que se manifestará mayoritariamente la reserva material de la Administración pública. Así las cosas, definimos el reglamento como el producto normativo unilateral que forma parte del ordenamiento jurídico (ordinamental) y dado principalmente por la Administración pública, también subordinado en términos generales a la Ley y que goza de la virtualidad de ser aplicado una pluralidad de veces, y además, notablemente, tiene por objeto la satisfacción de los fines de interés públicos dispuestos por el mismo ordenamiento.

Al respecto, es preciso indicar que, la competencia surge del fin público. Ahí donde existen fines públicos existen competencias administrativas. Así pues, no se puede concebir

la existencia de una competencia que no tenga por objeto el cumplimiento de determinado fin de interés público. Sin esa “publicación” previa del fin mal podría existir una competencia y con ella tampoco la Administración pública. El fin público da origen a la competencia. Pero no solo da origen a la competencia, sino también a las prerrogativas y privilegios que ostenta la Administración. Tales privilegios no tendrían razón de existir si no fuera para cumplir los fines públicos. Privilegio es la capacidad de profanar lo privado. En tal sentido la potestad reglamentaria, al afectar, en principio, la esfera jurídica del común de los ciudadanos, sencillamente está cumpliendo con la consecución de los fines públicos, y jurídicamente profanando lo privado. (Tafur Charun (2018:56-57))

Es de relieves que en la presente entrega solo estudiaremos la relación entre la Ley en sentido formal y otras normas primarias dadas por el Gobierno nacional (Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia) y los decretos y resoluciones que da el Poder Ejecutivo.

Dicho todo esto, cabe preguntarse qué tan resiliente es la reserva administrativa en el Derecho patrio. Qué tan sólida es la fuerza

pasiva y activa de la Administración pública para cautelar la normación que en términos materiales ella misma da por tratarse precisamente, de materia de substrato administrativo, y que en tal contexto no debería ser abordada por otras entidades sino solo por ella misma. Esto lo decimos de modo provisional.

Para tal efecto, existen instancias de la mayor importancia que *prima facie* bien podrían, de ser posible, quebrantar -en la mejor acepción de la palabra- la “autonomía reglamentaria” de la Administración pública. Nos referimos en concreto al Poder Legislativo y a las demás Administraciones públicas.

El tema no es pacífico.



LA CONSTITUCION Y EL LEGISLADOR

No existe en el Derecho comparado unanimidad sobre la fuerza (pasiva y activa) de los reglamentos autónomos y con ello la solidez de la idea de “reserva de la administración”.

En lo que respecta al Derecho argentino, según Agustín Gordillo (VII-9), El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo, sin otra limitación que la de que la ley establezca una regulación razonable. Salvo ese límite, que es por otra parte común a todas las leyes del Congreso, éste puede dictar normas para cualquier función realizada por la administración: puede legislar sobre la función pública y el servicio civil, sobre la organización y el funcionamiento administrativo interno, sobre cualquiera de los actos que dicte la administración, incluso los así llamados “actos de gobierno.” Por ello, si bien existe una zona de “reserva” legislativa, en el sentido de que en ciertas materias sólo el Congreso puede estatuir y en ningún caso (ni siquiera por delegación) la administración, *no existe en cambio en el derecho latinoamericano un principio inverso de que pueda haber zona alguna de la actividad administrativa “reservada” a ella y exenta de la regulación legislativa o del control judicial a “zona de reserva de la administración” carece de todo fundamento constitucional, mucho menos en la Constitución de 1994 (...).* Es franca y ostensiblemente inconstitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o

actividades exentas de regulación legislativa: *de allí la necesidad de advertir expresamente acerca del punto y recordar que todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable.* En particular, no creemos que se adecue a nuestro sistema constitucional la tesis de acuerdo con la cual el Congreso no podría legislar sobre algunos aspectos de la actividad administrativa, o lo que es lo mismo, que en tales materias sólo la administración podría dictar normas generales, pero no el Congreso.” (Las cursivas son nuestras)

Aún hay más, la Constitución no es, en sentido estricto, una norma de derecho administrativo; pero, con todo, *se erige en fundamento y medida para la administración y el derecho administrativo, y contiene además muchas regulaciones directa o indirectamente importantes para la administración.* (Las cursivas son nuestras) (UNAM-2012:68)

Refiriendo al Derecho alemán se señala que, La facultad del Ejecutivo de dictar reglamentos afecta manifiestamente al principio de división de poderes, de acuerdo con el cual el poder legislativo debe quedar reservado al

Parlamento. Aquélla, sin embargo, no representa una verdadera quiebra de este principio, porque al ejecutivo no le está permitido legislar por su propio derecho, sino sólo sobre la base de una habilitación establecida mediante una ley formal, es decir, sobre el fundamento de una habilitación del Parlamento. El artículo 80 GG exige que la habilitación legal sea determinada en cuanto a su contenido, fin y extensión. El Parlamento tiene, pues, que adoptar las decisiones esenciales; debe enunciar el marco y la dirección a seguir por el reglamento que ha de dictarse. sólo cabe remitir al ejecutivo la regulación de cuestiones de detalle en el marco del programa legislativo. *El Parlamento sigue siendo, pues, dueño del Poder legislativo. A él le compete determinar si y de qué manera se dictan reglamentos. Además, en cualquier momento puede no sólo revocar la habilitación otorgada, sino también derogar o modificar mediante una ley formal los reglamentos promulgados (primacía de la ley).* (UNAM-2012: 70-71) (Las cursivas son nuestras)

Si bien es cierto que la cita inmediatamente precedente que alude al Derecho alemán,

marca sobremanera la sujeción absoluta del reglamento a la Ley en sentido formal, con lo que de una vez y por todas se deja de lado una posible reserva de la Administración pública en tal Derecho. Debe negarse en absoluto que tal régimen resulte aplicable al Derecho patrio. Como veremos, en nuestro ordenamiento la mecánica de la relación entre Ley (Poder Legislativo) y Reglamento (Administración pública), es por completo distinta.

Continuando con el Derecho comparado, en este contexto y parafraseando a Agustín Gordillo (VII-13), el hecho de que la Constitución haya reglado determinada función del Poder Ejecutivo, no implica de ninguna manera, según se advierte, que el poder legislativo no pueda seguir legislando sobre el punto. Aún más, según Agustín Gordillo (VII- 14) de hecho existe ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una y otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; por lo que debe notarse que estas facultades están al presente sujetas a legislación; con lo que el

concepto señalado no responde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

Asimismo, resulta importante citar a Gordillo (VII-15) quien señala que cuando se deba analizar alguna facultad reglada o discrecional concedida al poder ejecutivo en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, *debe partirse del principio de que tal facultad no está libre de regulación legislativa: que no se trata de actividades en un plano de igualdad con la ley, sino de subordinación; y que el sentido e intención constitucional no es que el poder ejecutivo se transforme en su propio legislador.* (Las cursivas son nuestras)

Por nuestra parte entendemos que la “reserva administrativa”, de haberla, no interdice la actividad del legislador aun cuando si lo que se legisla es materia administrativa. La reserva de la Administración en modo alguno puede constituir un límite para que la Ley aborde materias precisamente administrativas. Quizá excepcionalmente, la Constitución puede reservar directamente alguna o algunas competencias específica a la Administración pública, la misma que se manifestará, como veremos, a través de la dación de “reglamentos

autónomos” por parte de esta. Pero reiteramos que al legislador no le está vedado dar leyes que preceptúen aspectos diversos sobre materia administrativa.

Sobre la Ley anual de presupuesto, seguimos a Agustín Gordillo (V2-10) cuando este afirma que, en última instancia, si se considera que la Constitución otorga expresamente al Congreso la atribución de dictar la ley de presupuesto, que en esencia es un ordenamiento administrativo de la actividad administrativa —disponiendo qué oficinas existirán o no, qué cargos habrá, etc.—, no pareciera que pudiera congruentemente negarse la atribución parlamentaria de regular en aspecto alguno la organización administrativa.

En el Derecho patrio existe una pluralidad de leyes que regulan materia administrativa, y reiteramos que no agravan en modo alguno la reserva de la Administración. Así las cosas, podemos citar las siguientes leyes nacionales que entran de lleno a regular la materia administrativa.

Leyes de organización y funciones de los diversos ministerios.

Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Decreto Legislativo N° 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público

Decreto Legislativo N° 1666, Decreto Legislativo Marco de la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Sector Público

Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30900 que declaró al servicio de transporte terrestre de personas en todos sus ámbitos y modalidades como servicio público.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley de Presupuesto del Sector Público

Ley N° 27806 Ley de Transparencia y Acceso a la información pública.

Ley N° 27658 Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado

Ley N° 31419 Ley que establece disposiciones para garantizar la idoneidad en el acceso y ejercicio de la función pública de y directivos de libre designación y remoción.

Ley N° 28024 Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública

Decreto Legislativo N° 1203, Decreto Legislativo que crea el Sistema Único de Trámites (SUT)

para la simplificación de procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad.

Ley N° 30225 Ley de contrataciones del Estado.

Decreto Legislativo N° 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.

Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil,

Ley N° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos

Decreto Legislativo 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa,

Decreto Legislativo N° 1440 Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público

Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado

Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios

Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales

Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones

Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva

De todo lo aquí señalado y tal como se desprenderá de lo escrito en las siguientes páginas, la vinculación entre los reglamentos autónomos y el ordenamiento jurídico será de naturaleza “positiva “. Esto es, la Administración pública solo estará en la capacidad de dar tales reglamentos cuando de modo expreso y manifiesto así lo prevea la Constitución. Ello no quita, sin embargo y como hemos visto, que el legislador se encuentre absolutamente habilitado para dar leyes cuya materia sea netamente administrativa.



Clases de Reglamento

En nuestro ordenamiento jurídico se configuran los siguientes tipos de reglamento: Ejecutivos, Independientes, Autónomos y Autoorganizativos. (En el siguiente epígrafe estudiaremos lo que se refiere a los reglamentos autónomos).

En lo que a reglamentos ejecutivos se refiere es de indicar que mediante ellos se facilita la aplicación de la ley, asimismo la complementan

y desarrollan, sin poder en ningún supuesto contravenirla, sustituirla o transgredirla. Desarrollo que, según Tomás Ramón Fernández (Fernández 1981: 54) resulta “complemento indispensable de la norma remitente, entendiéndose por tal todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de aquélla y sólo lo estrictamente indispensable a estos mismos efectos. Ir más allá configuraría un acto *ultra vires*”.

Los reglamentos ejecutivos son, pues, de naturaleza *secundum legem*. No pueden contravenir ni desnaturalizar la Ley. La tarea de reglamentar la Ley supone únicamente facilitar y hacer viable el cumplimiento y la aplicación de esta.

Sobre los reglamentos independientes baste por ahora indicar que estamos ante normas que no son “*secundum legem*”, esto es, no se subordinan a una ley específica. Los reglamentos independientes cubren, como un efecto residual, vacíos en el ordenamiento dejados por el legislador siempre y cuando **no** se configuren los siguientes dos supuestos:

- a) Una reserva material trazada por la Constitución a favor de la ley. En este

caso estaríamos ante lo que se llama una “reserva constitucional y material de Ley”. Sin una ley previa que regule el aspecto de la realidad de que se trate, el reglamento no podrá desplegar su virtualidad normativa sobre el mismo. Se trataría de un reglamento afectado por vicio *ultra vires*. Otro tema es que la Administración facilite la aplicación y ejecución de la ley reglamentándola, llevando de este modo a la ley a sus consecuencias prácticas. Para tal efecto el legislador debe autorizar a la Administración para que ésta proceda a reglamentar la ley. Ello es así porque se trata de materias privativas de la ley. Así lo dispone la Constitución.

b) Aun cuando la materia no sea asignada a la ley por la Constitución, si la misma materia es regulada por la ley se produce la llamada doctrina de la “congelación del rango”. Esto es, en el caso de la aplicación de la doctrina de la congelación del rango (también llamada “paralelismo de la forma”), al igual que en el caso de la reserva material, el reglamento no puede regular esa materia de lleno y originariamente, pero sí podrá regularla espontáneamente *–ad libitum*

en cuanto a la oportunidad- a través de un reglamento ejecutivo dictado para facilitar la aplicación de la misma ley *sin transgredirla ni desnaturalizarla*. De otro modo, el reglamento estaría lesionando la autorreserva dispuesta por la ley.

Al ser la potestad reglamentaria una atribución asignada directamente por la Constitución, el Presidente de la República –elegido directamente por sufragio popular y siendo quien dirige la política general de gobierno- podrá dictar reglamentos regulando diversos aspectos de la realidad con excepción de aquellos aspectos de la realidad (materias) que están sujetos a la reserva material de ley y a la reserva formal de ley. Para ejercer el Presidente la potestad reglamentaria en el caso de la reserva material de Ley, requerirá habilitación por parte del legislador para efectos de reglamentar la ley (reglamento ejecutivo – *secundum legem*). Además de habilitar la regulación por parte del Poder Ejecutivo de estas materias sujetas a reserva legal, la habilitación o remisión al reglamento tiene también la virtualidad de forzar o crear la obligación a cargo del Poder Ejecutivo, de proceder a reglamentar la ley de que se trate. (Tafur Charun-2018:67-68)

Es de indicarse, de otra parte, que es muy frecuente que se confunda los reglamentos independientes con los reglamentos autónomos. Ambos tipos de reglamentos, como veremos, se deslindan nítidamente en cuanto a su operatividad y sistematicidad. Más aun, los reglamentos independientes son ocupantes precarios del escalón de la Ley, siendo a contrario, los reglamentos autónomos auténticas fuentes primarias.

De otro lado, entendemos por Reglamentos Autoorganizativos (también llamados actos de la Administración) aquellos productos normativos de carácter general que da la Administración y que regulan aspectos internos de la Administración (*ad intra*) para efectos de autoorganizarse y así habilitarse y equiparse para la consecución de los fines de interés general que le han sido trazados por el Ordenamiento jurídico. Entre las materias que son reguladas por los Reglamentos Autoorganizativos hallamos, gestión de servicios, modificaciones presupuestales, opiniones y valoraciones técnicas, mantenimiento de activos, manejo de personal, compras administrativas, contratación administrativa, apoyo logístico, funciones disciplinarias, administración de sus bienes.

Los Reglamentos autoorganizativos generalmente toman la forma de Circulares, Oficios, Manuales, Instrucciones o Directivas.

Queda claro que estos Reglamentos autoorganizativos no pueden afectar a terceros ni constituir *normae agendi* para el común de ciudadanos o administrados –salvo relaciones de sujeción especial. Debido a esto, algunos autores le niegan el carácter de jurídico a los Reglamentos autoorganizativos.

No estamos de acuerdo con esta posición. Creemos que al tratarse de reglamentos meramente organizativos no quita que estemos frente a un producto normativo de carácter general, ordinamental y susceptible de ser aplicado una infinidad de veces. El Reglamento autoorganizativo, dentro de su ámbito de actuación, se comporta como cualquier otro Reglamento dado para cumplir fines públicos de interés general, en este caso, las líneas organizativas.

De otra parte, es relativo que los Reglamentos autoorganizativos no surtan efectos fuera del ámbito interno de la Administración pública de que se trate, y ello no supone razón suficiente para denegarle su naturaleza jurídica.

Y esto no es todo. Podemos afirmar que el ámbito *ad intra* de los Reglamentos bajo estudio es relativo. Ponemos como ejemplo el artículo VII.- “Función de las disposiciones generales” de la Ley 27444 (LPAG) dispone que:

3. Los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones, (léase Reglamentos autoorganizativos) *en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados*” (Las cursivas son nuestras) (Tafur Charun. 2018: 175-176)



LOS REGLAMENTOS AUTONOMOS EN CUANTO MANIFESTACION NORMATIVA DE LA RESERVA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Por reglamentos autónomos se entiende aquellas fuentes formales unilaterales de carácter abstracto, que se integran al ordenamiento, esto es, “ordinamentales”, producto de la Administración pública, susceptibles de ser aplicados una infinidad de veces, inmediatamente subordinados a la Constitución y a los principios generales del Derecho, esto es, normas primarias o *praeter*

legem, en modo alguno *secundum legem*, que además cuentan con un ámbito privativo de materias competenciales atribuido directamente por la Constitución. Los reglamentos autónomos se ubican en el ordenamiento jurídico en una posición de lateralidad con respecto a la Ley y equidistante a la Constitución. Vale decir, la Ley no podrá regular aquellas materias atribuidas a la Administración pública (interdicción de la Ley), pero la Administración tampoco podrá regular las materias privativas de la Ley a un nivel primario. Asimismo, la dación de los Reglamentos autónomos supone el ejercicio de una amplia discrecionalidad.

Sobre esta materia y en la otra orilla de lo indicado por su connacional, el ya citado autor Agustín Gordillo, bien dice Marienhoff (1983:105), que: *“es común decir que, en el ordenamiento jurídico, la Ley está siempre en un plano superior al Reglamento. Sin embargo, un reglamento del Ejecutivo puede ser superior a la Ley. Ello ocurrirá cuando se trate de un Reglamento “autónomo”, es decir, dictado en ejecución directa de potestades constitucionales del Ejecutivo, y cuando la Ley en cuestión haya estatuido sobre materias que la Constitución le atribuye exclusivamente al Ejecutivo, con lo cual la Ley formal habría penetrado indebidamente en la zona de “reserva de la Administración.”* (Las cursivas son nuestras)

Asimismo, hemos de notar que los reglamentos autónomos se subordinan no sólo a la Constitución sino también a los principios generales del Derecho. Siguiendo a García de Enterría y TR Fernández (2001: 177-178) es el caso que, tratándose de la Administración pública, dada su naturaleza instrumental en tanto persona jurídica, y cuyo deber es justificarse en cada oportunidad pues sus actos no son sino la “ocurrencia de un funcionario”, y no “expresión absoluta de la voluntad general como el lugar donde se posa el Espíritu Santo”, creemos que no solo la Constitución debe supraordenar al Reglamento autónomo, sino también los principios generales del Derecho. Esto último supone un refuerzo para juzgar y controlar la regularidad de los Reglamentos autónomos.

Como apoyo a lo aquí señalado, transcribimos el siguiente texto de García de Enterría y TR Fernández (2001:198):

“Quedarían así excluidos del ámbito de validez, a virtud de estos preceptos de la Constitución, los Reglamentos que infrinjan principios generales del Derecho que pautan una acción no arbitraria de los poderes públicos; como simple ejemplo: Reglamentos que partan de una apreciación inexacta de los hechos en virtud de los cuales se determinan (lo que es signos de la

ausencia de un fundamento objetivo en la decisión normativa); o que impongan medidas desproporcionadas o incongruentes con la finalidad que persiguen; o que intenten una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos; o contrarios en su regulación a la “naturaleza de las cosas”, concepto aplicable tanto a la estructura óptica de la realidad como a la naturaleza de ciertas instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios; u objetivamente irrazonables; o que aboquen a resultados “manifiestamente injustos” o de “iniquidad manifiesta”; o contrarios a la buen fe y a la confianza legítima de los ciudadanos, etc.”

Es de este modo, como nos encontramos con dos ámbitos materiales que competen de modo deslindado a dos fuentes (Ley-Reglamento), que tradicionalmente han sido de distinta jerarquía normativa (pieza de contraste una de la otra), que se originan en órganos distintos, como son el Parlamento y el Gobierno nacional. Ámbitos separados, irreductibles e impenetrables, no pudiendo una fuente regular materias atribuidas al ámbito de la otra. En el caso de la “reserva administrativa” existe una interdicción a la dación de la Ley. Tal vez lo recientemente dicho no sea más que un “pensamiento deseoso”, pues las

Administraciones públicas, sobre todo cuando detentan el atributo de la autonomía, no pueden reducirse a ser meros entes desconcentrados y periféricos ejecutores de una voluntad ajena y sin una política propia.

Una digresión. El artículo IV, numeral 11 del Decreto Supremo N° 007-2022-jus, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, define al reglamento autónomo como aquel “emitido” por una entidad que goza de potestad reglamentaria otorgada por una norma con rango de ley y que regula aspectos que son propios de la competencia de la respectiva entidad respecto de los administrados”. Sobre el particular, es de indicar que queda claro que la citada definición del supuesto reglamento autónomo parte del error de considerar a la Ley como una fuente con fuerza suficiente para asignar el atributo de autonomía normativa. De considerar las materias de normación previstas en general por el aludido decreto supremo e improbablemente existir una reserva de la administración, la “fuerza pasiva” de esta sería más bien débil, pues bastará la dación de una ley ulterior, inclusive ordinaria, para despojar a la entidad de que se trate del ámbito de competencias atribuida por una Ley. La reserva de materias privativas de la Administración, para que se

configuren auténticos reglamentos autónomos, ha de ser llevada a cabo por la Constitución. Con ello, la reserva administrativa detentará una fuerza activa y pasiva más poderosa y su autonomía normativa también se verá reforzada o fortalecida. En suma, el diseño de reglamentos autónomos por la Constitución supone rigurosamente una garantía que coadyuva a preservar y cautelar la seguridad jurídica. En todo caso, la definición de reglamento autónomo citada podría más bien imbricarse con el concepto de reglamento independiente, sobre el cual el decreto supremo bajo análisis guarda silencio. Asimismo, y en este contexto, el supuesto reglamento autónomo, tal cual lo diseña el citado decreto supremo, nunca será una fuente primaria, y siempre estará subordinado a la ley. Así, el legislador estará plenamente habilitado para dar leyes que inclusive incidan de modo directo en los aspectos que son propios de la competencia de la respectiva entidad, aspectos que han sido atribuidos por una “norma con rango de Ley”.

Reglamentos autónomos en rigor son aquellos que diseña la Constitución de la V República Francesa. El artículo 34 de esta Constitución atribuye de modo positivo qué materias corresponden al Congreso, y el artículo 38, de un modo residual, establece que el resto de materias, son reguladas, exclusiva y

excluyentemente, por el Gobierno. Aquí entre Ley y Reglamento no existe una relación jerárquica. Estamos ante una relación rigurosamente competencial. En suma, el diseño de los reglamentos autónomos pasa necesariamente por una estipulación constitucional.



¿Existen los Reglamentos autónomos en el Ordenamiento jurídico nacional?

Basta leer de modo cuidadoso nuestra Constitución para notar que salvo en el caso de la competencia de “regular las tarifas arancelarias” (art.118.20), ésta no atribuye, siquiera de un modo más o menos sistemático, al Poder Ejecutivo o a la Administración pública nacional un ámbito de materias cuya regulación sea de su competencia exclusiva y que en consecuencia esté vedado a la Ley. Sea como fuere, estamos frente a un ámbito de competencia y de reserva administrativa que resultan siendo más bien diminutos, enjutos y magros.

Parafraseando a García de Enterría y exagerando un poco, no nos queda sino indicar que estamos ante una “inexistencia de una reserva constitucional de un ámbito directo a favor del Reglamento”.

Nosotros diríamos, también exagerando un poco, que pretender la existencia de reglamentos autónomos en el Derecho peruano es como tocar lo intangible.

En la Constitución no existe pues, salvo por la excepción acotada, un acervo de materias que, de alguna manera, o por lo menos de un modo más o menos sistemático, corresponda ser exclusiva y excluyentemente, regulado por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, no puede negarse que el artículo 118°, numeral 3, de la Carta de 1993, prevé que, Corresponde al Presidente de la República: “Dirigir la política general del Gobierno.” Si bien es cierto que tal artículo supone un atributo que dota al Presidente de una potestad de la mayor importancia dentro de la estructura y funcionamiento del sistema jurídico, ello no supone que el Presidente se encuentre dotado de la capacidad de dar reglamentos autónomos. En la Constitución no existe un listado de materias que únicamente pueda ser regulado por el Presidente mediante reglamentos, sin poder ser derogados, abrogados (derogados por

interpretación) o modificados por el legislador. Pero, con todo, algún efecto en la actuación de la Administración ha de tener el citado artículo constitucional. Y ello nos lleva directamente a imbricar el citado precepto con el artículo 118.8, *in fine*, de la misma Constitución el cual dispone que corresponde al Presidente, la potestad de dictar decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes. Cuando el artículo recientemente citado alude a “decretos” y “resoluciones”, parece nítido que estas fuentes habilitan al Presidente para dictar “reglamentos independientes”. Reglamentos que serán de naturaleza “ordinamental”. Esto es, el Presidente podrá *ad libitum* dictar tales decretos y resoluciones siempre y cuando no exista una reserva material o formal a favor de la ley. Queda claro que estos reglamentos independientes se deslindan de los auténticos reglamentos autónomos.

Sin embargo, quépase reiterar que lo aquí dicho se circunscribe al Gobierno y a la Administración pública nacional. Los entes autónomos de relevancia constitucional, territorial o no, operan en cuanto a su actividad normativa y reglamentaria, de acuerdo a otros criterios. Este tema lo trataremos en una futura entrega.

Referencias

Fernández, Tomás Ramón (1981). “Las Leyes Orgánicas y el Bloque de la Constitución”. Madrid, Ed. Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas.

Gordillo, Agustín (2017) Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general / Agustín Gordillo. - 1a ed. 1a reimp. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Marienhoff, M. (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Tafur Charun, E. (2018). La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico peruano. Fondo Editorial del Congreso de la República del Perú.

UNAM (2012), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas “Administración pública y derecho administrativo”. Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3143/5.pdf>

