

**¿Existe la reserva de la Administración en el Derecho patrio? (Segunda entrega)**

Por

Emilio Tafur Charun

Ay, mi amor

Sin ti no entiendo el despertar

Ay, mi amor

Sin ti mi cama es ancha

Ay, mi amor

Que me desvela la verdad

Entre tú y yo, la soledad

Y un manojillo de escarcha

“Romance del Curro “El Palmo” / JM Serrat



**1.-NO ES MAS QUE EL EXORDIO DE UN LARGO DISCURSO**

Según García de Enterría y TR Fernández (178:2001), se llama potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos; es quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento. De este modo la Administración no es solo un sujeto de Derecho

sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aun el de los demás (...)

Ejerciendo un poco de historiografía diremos que la Ley y el Reglamento se deslindan notablemente. La ley es como diría Rousseau en tiempos arcaicos o aurorales, producto de la voluntad general la cual toma forma en la Asamblea. La mayoría de votos que se da en la Asamblea, configura la “verdad”. Dice Muñoz Machado (25:2015) que, al margen de tanta diversidad, lo que es incontestable durante todo el Antiguo Régimen es la centralidad del monarca en todo el procedimiento de producción legislativa, ya que de él depende la aprobación y sanción de las normas principales del ordenamiento. Añade este autor (27:2015), “que, en correspondencia exacta con la pretensión de concentrar la producción normativa en la Asamblea, y de canalizar la creación de Derecho exclusivamente a través de la ley, la primera Constitución francesa de 1791 reconduce la participación del rey en la producción normativa atribuyéndole la facultad de veto suspensivo que antes hemos indicado. Pero, al margen de esta participación, se niega

que cualquier otro poder del Estado pueda ostentar potestades normativas. Muy especialmente el ejecutivo, contra el que los revolucionarios franceses reaccionan porque lo identifican con las malas prácticas de la monarquía absoluta. Solo en un órgano nuevo, sin parangón en el Antiguo Régimen, como es la Asamblea, se puede depositar toda la confianza. De aquí que el artículo 6 de la Sección I del Capítulo IV, del Título III, de la Constitución de 1791 prohíba al poder ejecutivo «hacer ninguna ley, incluso provisional, sino tan sólo proclamaciones conforme a las leyes para ordenar o reclamar su observancia». La regulación está directamente dirigida a evitar el ejercicio de cualquier clase de potestad normativa por el ejecutivo. (...)” Muñoz Machado (27:2015) precisa que ya a partir de la dación de la Constitución del Año III (1795), se produce en la práctica un cierto incremento de las decisiones del ejecutivo que empiezan a tener un evidente contenido normativo, aunque no lo expresen abiertamente. Finalmente, y siempre de acuerdo con lo dicho por Muñoz Machado (28:2015), “La reaparición del poder normativo del ejecutivo, vino a poner de manifiesto que la pretensión de los constituyentes de concentrar absolutamente en la ley la función regulatoria

era notablemente ingenua. En el proceso aplicativo de la ley era siempre necesario añadir reglas más pormenorizadas a los mandatos generales, hasta llegar a la aplicación de aquella al caso concreto. La idea de que el legislativo podía asumir todas estas tareas se mantuvo durante el tiempo en que el prestigio y el poder de la Asamblea fue absoluto, pero cuando se demostraron sus insuficiencias y empezaron a denostarse también los abusos cometidos con apoyo en su primitiva omnipotencia, también empezaron a producirse aperturas al poder reglamentario del ejecutivo. (...) Naturalmente, esta situación cambió radicalmente a partir de la Constitución napoleónica del Año VIII (1799). Se reconoce entonces al poder ejecutivo no solo la facultad de dictar los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, fórmula que mantiene el artículo 44, sino también de dictar «reglamentos de administración pública» en todas las materias para las que el legislador habilite a la Administración, con informe del Consejo de Estado”.

En cambio, el reglamento no era, como diría, García de Enterría en el caso de la Ley, producto de la catarsis que el debate incesante procura. El reglamento era dado por la Administración

pública. Una persona jurídica. El reglamento carecía de mayor poder normativo. Menos aún, detentaba la capacidad de innovar el ordenamiento. En ese contexto, para que la Administración pública diera reglamentos requería de la previa autorización de la Asamblea o del monarca. Al igual que en el caso de la Ley, ahora la situación es diferente.

Muñoz Machado (12:2015) sin embargo, sostiene que, “El reglamento, en resumidas cuentas, es una norma que, para llegar a ocupar la importante posición que actualmente tiene en todos los ordenamientos del mundo, ha debido superar su aparente contradicción con el principio de separación de poderes, que es una base esencial de todos los sistemas constitucionales europeos, y que parece imponer la atribución exclusiva al Parlamento del poder de dictar normas.” El mismo autor agrega que ha tomado mucho tiempo, ordenar las relaciones definitivas entre la ley y el reglamento y reafirmar, ahora como un dogma más rígido y verosímil, *que el reglamento es una norma de categoría inferior a la ley, que no puede invadir los dominios que la Constitución confía a la intervención del legislador y que, habitualmente, no tiene otra función que la de*

*completar y desarrollar, ejecutándolas, las regulaciones contenidas en las leyes.* (Las cursivas son nuestras)

En este contexto, Muñoz Machado (53:2015) sostiene que la jurisprudencia de la jurisdicción alemana no presta especial atención a si la Constitución encomienda a la ley, más allá del ámbito de los derechos, la regulación de otras materias, como, por cierto, es absolutamente habitual en los textos constitucionales vigentes, sino que, con consignación previa de la reserva o sin ella, exige que sea el legislador quien adopte las decisiones esenciales para hacer efectivos los derechos o procurar el funcionamiento de las instituciones. La imposición la deriva de considerar que en un Estado democrático es de primera importancia que las decisiones esenciales se preparen en un debate desarrollado en el seno del Parlamento, que ostenta la representación directa de los ciudadanos. Solo de esta manera se puede realizar correctamente el postulado principal de la separación de poderes; en el Estado organizado sobre la base de la separación de poderes, el legislativo ocupa la posición más preeminente porque es el único que representa directamente al pueblo; la función del legislador

no puede ser suplida por ningún otro poder del Estado.

Sin perjuicio que *infra* nos explayamos sobre este asunto, resulta importante deslindar en cuanto a su juridicidad en lo que a reglamentos se refiere. Como es sabido el reglamento es producto de la Administración pública. El Reglamento no es pues, en la mayoría de casos, producto de la Asamblea. **Los reglamentos pueden ser de dos naturalezas: “jurídicos” y “administrativos”**. Además, y a su vez, también los reglamentos pueden ser dados con carácter *ad extra* y carácter *ad intra*. Ambos deslindes pueden en buena cuenta ser imbricados. Lo fundamental en ambos casos es que el reglamento “jurídico” es una norma jurídica que actúa generalmente fuera de la Administración, regulando de este modo y en muchos casos la esfera jurídica del común de los administrados. Para tal efecto y para su dación, en principio requeriría previa habilitación concreta de la Asamblea. En suma, son ordinamentales. Lo mismo se puede decir de los reglamentos *ad-extra*. Sobre el reglamento “administrativo” es de precisar, otra vez, que su más nítido exponente es lo que hemos

denominado “Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos”.

Entendemos por Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos (también llamados actos de la Administración o domésticos) aquellos productos normativos 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 Administrativos 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. **Lo fundamental es que los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos no son considerados normas jurídicas. No crean Derecho. En suma, no formarían parte del ordenamiento y tampoco tendrían el atributo de innovarlo.**

Reiteramos, estos reglamentos generan sus efectos únicamente al interior de la Administración. Son recogidos por el Derecho patrio cuando el artículo 1.2.1 del TUO de la Ley 27444 (LPAG) **dispone que no son actos administrativos:** 1.2.1. “Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad”. Resulta nítido que el ámbito de actuación de estos reglamentos abarca también la materia de gestión de los recursos humanos. Pero y provisionalmente lo más importante sobre estos reglamentos es que los mismos no serían “ordinamentales”. *Esto es, estos Reglamentos no solo no pueden innovar el ordenamiento pues ni siquiera forman parte del mismo. Estos reglamentos son también denominados ad-intra. No serían normas jurídicas. Adelantamos que este aserto será rectificado de modo parcial infra.*

Así, pues, Rebollo Puig (21:1991) plantea aquí la previa diferenciación de dos poderes normativos (Parlamento-Administración) a los que se considera radicalmente distintos: uno establece el Derecho con carácter general de manera vinculante para cualquier sujeto,

incluida, en su caso, la Administración; el otro es un poder de autovinculación para el futuro. *Este segundo sólo vincula a quien lo ejerce, esto es, a la Administración o, más exactamente, a los que se integran en su organización por diversos títulos.* (Las cursivas son nuestras)

Según Rebollo Puig (22:1991) (en) esta construcción, sólo el primero de estos poderes (Parlamento) produce una ley en sentido material y, por tanto, es propiamente poder legislativo. Por el contrario, ese otro (Administración) produce normas que no contienen Derecho. Si las Asambleas legislativas (solas o con el Monarca) aprueban normas jurídicas, el resultado es una Ley en sentido formal y material. Si aprueban algo que no tiene tal naturaleza (por no ser norma o porque, siéndolo, no es jurídica) estamos ante una Ley meramente formal.

El mismo autor (22:1991) precisa que cualquiera de estos poderes normativos podía llegar a ser ejercido por la Administración. En un caso, se trataba de un poder ajeno, de quien ostenta constitucionalmente la facultad de establecer el Derecho (Asamblea), lo que, en esta concepción, se negaba a la Administración. Para que ésta lo ejerciera era necesaria una

concreta y previa decisión del legislador (habilitación). Constituiría esta vía la única en términos genéricos de que la Administración dictara verdaderas normas jurídicas, esto es, Reglamentos jurídicos.

Rebollo Puig (22:1991) indica también que, *La primera parte de reconocer a la Administración un poder de establecer normas, disposiciones generales, que, sin embargo, no tienen el carácter de jurídicas (o, al menos, no se integran en el ordenamiento jurídico general). Esas son las únicas que puede dictar sin necesidad de Ley que contenga habilitación reglamentaría concreta.* Para establecer con carácter general el Derecho, es decir, para aprobar verdaderas normas jurídicas, tal habilitación legal es requisito imprescindible, pues la creación de normas jurídicas requiere la intervención de las Asambleas legislativas. Pese a tan notables diferencias, se consideraba que en los dos supuestos la Administración estaría ejerciendo potestad reglamentaria. **De este término común y de las diferencias apuntadas, surgían dos tipos de Reglamentos que eran ontológicamente diversos: los Reglamentos jurídicos y los administrativos. Aunque ambos son considerados Reglamentos en**

**sentido formal, dada su procedencia de la Administración, difieren en todo lo demás.**

(El énfasis es nuestro)

Finalmente, para Rebollo Puig (22:1991) el Reglamento jurídico es considerado ley en sentido material, contiene verdaderas normas jurídicas y modifica el ordenamiento con valor general. *El Reglamento administrativo no es considerado Reglamento en sentido material, contiene normas no jurídicas, no modifica el ordenamiento, sino que se desenvuelve dentro del preexistente, vinculando sólo a quienes están integrados en la organización administrativa.* (Las cursivas son nuestras)

La posición de Rebolledo Puig (1991:24-26) es más flexible cuando sostiene que:

“Por tanto, salvo excepciones, a lo que se negaba carácter jurídico no era a las normas sobre organización de la Administración, *sino a las que sólo tenían efectos dentro de su organización porque **sólo vinculaban a quienes en ella estaban integrados.***” (Las cursivas son nuestras)

**2.- DIGRESION:** Creemos firmemente que no cabe la diferenciación entre lo que la doctrina española plantea, esto es, el deslinde entre Reglamentos jurídicos y Reglamentos meramente administrativos, estos últimos también denominados autoorganizativos. Ello debido a lo siguiente:

- a) Los así llamados Reglamentos Administrativos Autoorganizativos son un producto normativo dado por la Administración pública.
- b) Estos reglamentos, desdeñosamente denominados “administrativos”, sí forman parte del ordenamiento. Dependiendo de su contenido, innovan el ordenamiento. Son ordinamentales. Son susceptibles de ser aplicados “ad infinitum”. El hecho que sean solo aplicables en una parte de la estructura del Estado no quita esa naturaleza ordinamental. El reglamento “administrativo” dentro de su ámbito de actuación, se comporta como cualquier otro reglamento dado para cumplir fines de interés general, en este caso las líneas organizativas.
- c) La distinción entre reglamento y acto administrativo es planteada así por Santiago

Muñoz Machado (19:2015) “(...) el elemento de distinción más frecuentemente utilizado en la práctica, por ser, seguramente, el más claro y seguro, es el denominado ordinamental que distingue los reglamentos de los actos considerando, sobre todo, si la decisión que contienen se agota al aplicarse o cumplirse en un caso concreto o, por el contrario, se integra en el ordenamiento y perdura, aplicándose sucesivamente a todas las situaciones jurídicas que se presenten y estén comprendidas en sus previsiones. Es propio de los actos el agotar sus efectos cuando se ejecutan, y característico de las disposiciones generales o **reglamentos jurídicos** perdurar, incorporados al ordenamiento jurídico de modo definitivo, hasta que el órgano competente los derogue o invalide.

d) Ya en el Derecho patrio y de *lege lata* el artículo 1.2.1 del TUO de la Ley 27444 (LPAG), **dispone que no son actos administrativos**: 1.2.1. Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título

Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan. Asimismo, y por nuestra parte, es de relieves que este artículo versa sobre los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. En suma, alude a los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos. Nosotros decimos que resulta claro que esta interdicción no solo se refiere a la regulación de derechos y obligaciones en el ámbito de los recursos humanos, como lo sugirió Rebollo Puig. Así, el artículo citado va más allá. Esto es y aun cuando se asemeje a una perogrullada, también serían Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos aquellos actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Tal parece que Muñoz Machado (16:2015) estaría de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1.2.1 de la LPAG al señalar que, “La diferenciación no es, sin embargo, siempre tan sencilla cuando se pretende distinguir entre reglamentos y actos administrativos, o entre aquellos y las

instrucciones, circulares y otros comunicados internos, que se elaboran de forma articulada, pero que son instrumentos que, ordinariamente, no pueden tener carácter normativo y sirven para organizar las dependencias administrativas y su actividad y, además, no se aprueban en ejercicio de una potestad reglamentaria sino de las atribuciones jerárquicas que pertenecen a los órganos superiores de la Administración”. El mismo autor (18:2015) manifiesta que, “La doctrina española ha manejado reiteradamente un criterio de distinción entre reglamentos y actos administrativos derivado de los diferentes regímenes de invalidez a que se someten”. Es de precisarse que cuando Muñoz Machado alude a actos administrativos se está refiriendo a los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos.

- e) Según el artículo 72.2 de la LPAG, “Toda entidad es competente para realizar las tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, así como para la distribución de las atribuciones que se encuentren comprendidas dentro de su competencia”. Como veremos *infra*, no cabe duda que este

artículo en alguna medida relativiza la mecánica y aplicación del Principio de legalidad.

(f) Es de precisar y reiterar que el Derecho patrio el reglamento se deslinda nítidamente del acto administrativo. No son lo mismo. **Además, el artículo VII.3 de la LPGA preceptúa que, los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones (léase Reglamentos “Administrativos y Autoorganizativos”) en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados.** (El énfasis es nuestro)

g) En tal sentido se debe precisar que el reglamento es una fuente ordinamental, y el acto administrativo es un elemento ordenado. Sobre este asunto ya nos hemos explayado *supra* (literal c).

h) Más allá de toda reserva material o reserva formal que a la Ley corresponda, los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos, dada su especial naturaleza y a diferencia de las Leyes y los Reglamentos Jurídicos, no deberían afectar con su normativa la esfera jurídica del

común de los ciudadanos. Sí podrán afectar tal esfera cuando se dan relaciones de sujeción especial entre determinados administrados y la Administración pública de que se trate. Como se verá *infra* esto es provisional. Pero es altamente improbable que esta interdicción podrá ser superada por este tipo de reglamento -esto es, Reglamento Administrativo y Autorregulatorio- así el mismo sea objeto de una habilitación legal o reglamentaria expresa y concreta. Como habría dicho el profesor Alberto Bustamante Belaunde: Sencillamente se configuraría una confusión entre los planos y competencias. Sobre este asunto nos ocupamos en el literal i) del presente epígrafe

i) Los reglamentos administrativos y autoorganizativos se deslindan nítidamente de otro tipo de reglamentos jurídicos, a saber, reglamentos ejecutivos, reglamentos independientes y reglamentos autónomos. La relación de estos reglamentos jurídicos con la Ley es muy diferente a la que corresponde al Reglamento administrativo y autoorganizativo.

j) De *lege ferenda*, la dación de los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos no requiere previa, específica y singular habilitación salvo que se trate de un asunto sujeto a la “reserva material” o “reserva formal” de ley, o que afecten la esfera jurídica del común de ciudadanos. **Dado lo cual dejarían de ser propiamente reglamentos administrativos y autoorganizativos.** Al respecto, MAYER, citado por Rebollo Puig (85:1991), lo expresa así: «... sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. *Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del ejecutivo —existente para esos objetos especialmente señalados— la reserva de ley*». Paradojal. Quizá la siguiente cita de Muñoz Machado (44:2015) nos ayude a ordenar lo indicado por Mayer. “Sobre estas premisas elabora Mayer su teoría de la reserva de ley. Diferencia la posición que tiene la Justicia ante la ley, que obliga siempre a aquella a decidir utilizando

una regla de Derecho, y la que tiene la Administración, que no está nunca en «una dependencia tan completa». Considerando que en muchas ocasiones es indispensable la actividad del Estado, el poder ejecutivo tiene también que actuar libremente «en virtud de su **fuerza propia y no de la ley**». Justamente sobre esta situación de libertad del ejecutivo es sobre lo que construye Mayer, negativamente, la reserva de ley («nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del ejecutivo, la reserva de ley»). (Las cursivas son nuestras)

Creemos que este planteamiento al hablarnos de “fuerza propia y no de la Ley” está pasando, como veremos, por alto el Principio de legalidad que es un mandato que lo que busca cautelar es la seguridad jurídica de los ciudadanos. Recuérdese: El Derecho público es rigurosamente atributivo. Y es que no debemos dejar de lado el Principio de legalidad ni dejar de tomar en cuenta la real importancia que en el Derecho público anida en cuanto a la consecución de los fines de interés público. Donde existen fines de interés general debe haber competencias, atributos, funciones y

potestades públicas lo que supone la existencia de exorbitancias y demás privilegios. Es indudable que en lo que se refiere a la organización de la Administración no se encuentra ausente un interés público. Esto gatilla que el Reglamento Administrativo y Autoorganizativo, reiteramos, goce de competencias exorbitantes y privilegios. No olvidar que así como el sacrilegio sería la capacidad de profanar lo sagrado, el privilegio importa la capacidad de profanar lo privado.

k) La potestad reglamentaria es atribuida por la Constitución y por la función constitucional que corresponde ejercer al Bloque Constitucional (BC), y tal atribución es agotada a través de leyes en general y reglamentos diversos.

### **3.-ANALISIS**

Pero el principal objetivo de esta entrega es indagar si el Gobierno nacional (Parlamento) puede regular determinada materia pese a tratarse de asuntos propios de la autoorganización administrativa y que ya han sido regulados por la Administración. ¿Podrá el reglamento administrativo y a la vez

autoorganizativo, ser impedido de regular contraviniendo tal materia organizativa al haber ya sido ella regulada por una Ley? Reiteramos, ¿se puede decir que al regular la Ley determinada materia administrativa autoorganizativa, se gatilla el principio de “congelación del rango”? (reserva formal o como hemos dicho, autorreserva). En este contexto, el reglamento no podría modificar o dejar sin efecto la normación de naturaleza administrativa y autoorganizativa así dada por el legislador. Asimismo, cabe preguntarse si la Ley en sentido formal se encuentra suficientemente habilitada para regular materia de organización interna de la Administración. ¿Existe un ámbito privativo de actuación de la Administración?

Y es que, para Muñoz Machado (41:2015) y en cuanto a la reserva legal, se necesita precisar qué significaba en tiempos arcaicos, su concreción en la libertad y la propiedad y, por otro lado, qué mecánica impuso la reserva o las relaciones entre la ley y el reglamento. Esto último en un doble sentido: si la reserva de ley limitaba las potestades legislativas a las materias comprendidas en la misma y, por otro lado, si los reglamentos podían ocuparse de regular cualquier materia o precisaban

habilitación legal y, en su caso, en qué supuestos.

Somos de la idea que tal planteamiento en alguna medida mantiene vigencia.

Así las cosas, se plantea la hipótesis de trabajo que versa sobre si la Administración pública está capacitada para dar Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos, cuando la norma con valor de Ley regula la misma materia que es naturalmente *ad-intra*, y cuyo contenido es contrario al referido reglamento. Esto sería “fuerza activa” del reglamento.

En lo que se refiere a la “fuerza pasiva” del Reglamento Administrativo y Autoorganizativo sencillamente nos cuestionamos si la Ley puede válidamente derogar, abrogar o modificar un reglamento de tal naturaleza. Ello nos lleva a preguntarnos si el Reglamento cuenta con un ámbito privativo y exclusivo de competencias; nos referimos en concreto a la dación de los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos. Lo que sí es definitivo es que para su dación estos reglamentos no requerirían previa y concreta habilitación por Ley.

#### **4-POSITIVIDAD**

## **FUERZA ACTIVA DEL REGLAMENTO AUTOORGANIZATIVO**

Rebollo Puig (81:1991) sostiene que el Reglamento puede regular cualquier materia administrativa **sin contradecir lo dispuesto por la Ley**; él mismo puede convertirse en norma atributiva de nuevas potestades de la Administración en esas materias, las cuales, en esta línea, no dependerían exclusivamente de la Ley, sino que podrán existir, al menos en parte, con independencia de ella y con extensión variable (lo interno, la organización, las relaciones de sujeción especial, el procedimiento para formación de su propia voluntad(...)).

Por nuestra parte, y siguiendo a Rebollo Puig, diremos que, en primer lugar, y todo esto es provisional, los reglamentos de naturaleza administrativa y autoorganizativa, no podrán contravenir la Ley. En el término Ley incluimos a la Ley parlamentaria y demás normas primarias, esto es, con valor de Ley y con vigencia nacional o territorial.

Además, la Administración podrá autohabilitarse solo cuando se trate de normas *ad intra*, esto es, Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos.

De otro lado, queda claro que la Administración pública no podrá dar reglamentos jurídicos sin previa habilitación provista por la Ley cuando esta se encuentra sujeta a “reserva material” dispuesta por la Constitución o “reserva formal”. En estos casos, el reglamento se podrá limitar únicamente a reglamentar o desarrollar la Ley sin poder transgredirla o desnaturalizarla. También y como efecto de ello, el ámbito de actuación del Reglamento Administrativo y Autoorganizativo queda notablemente reducido. Reiteramos que el Reglamento Administrativo y Autoorganizativo no podría contravenir las normas con valor de Ley, aun cuando esta última regule materia administrativa o autoorganizativa. Ello, reiteramos, dota a la fuerza activa del reglamento administrativo y autoorganizativo de un *status* enjuto y anodino.

### **FUERZA PASIVA DEL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO AUTORGANIZATIVO.**

La pregunta es: ¿Puede un Reglamento como el que figura en este subtítulo, resistir la fuerza innovativa de la Ley o de cualquier otra fuente con valor de Ley aun cuando estas regulen materia administrativa y organizativa?

Provisionalmente entendemos que no. Aquí estamos hablando fundamentalmente de la mecánica del principio de jerarquía, y de “comunidad material”. No existe en el Derecho patrio norma alguna que garantice a la Administración un ámbito de regulación privativo, exclusivo y excluyente para efectos de la dación de estos reglamentos. De no ser así, se activaría el principio competencial.

Pero a decir verdad, entendemos que la “reserva administrativa”, de haberla, no interdice la actividad del legislador aun cuando si lo que se legisla es materia administrativa organizativa. La reserva de la Administración en modo alguno puede constituir un límite para que la Ley aborde materias precisamente administrativas. Pero tal Ley debe tener la calidad de básica. Solo regular principios o marcos. Quizá excepcionalmente, la Constitución puede reservar directamente alguna o algunas competencias específicas a la Administración pública, la misma que se manifestará 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 básicos sobre materia administrativa y organizativa.

Pero, no podemos dejar de citar algunas normas que, en cierta medida, muy relativa por lo demás, podrían dotar a estos reglamentos de fuerza pasiva.

Política General de Gobierno.- El artículo 118° (3). de la Constitución preceptúa que, “Corresponde al Presidente de la República: Dirigir la *política general del Gobierno*”.

El artículo 118.8. de la Constitución dispone que corresponde al Presidente de la República, “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.”

El artículo 8.2. de la LOPE prescribe que el Presidente de la República, “En su calidad de Jefe del Poder Ejecutivo le corresponde: a) Dirigir y aprobar la política general del Gobierno”.

Según el artículo 7 del Decreto Supremo 029-2018-PCM. - “El Presidente de la República es el Jefe del Estado, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, personifica a la Nación, y *dirige y aprueba la política general del Gobierno.*” (Las cursivas son nuestras).

Pero con todo, no es suficiente. Caso contrario existirían en el ordenamiento patrio auténticos reglamentos autónomos. La única competencia propia del Presidente de la República que revestiría la naturaleza y forma de reglamento autónomo estaría recogida en el numeral 20 del artículo 118 de la Constitución. Esto es, que corresponde al Presidente de la República, “Regular las tarifas arancelarias”. Y queda claro que en este último caso no se trataría de Reglamentos Administrativos y autoorganizativos. Serían reglamentos jurídicos con efectos *ad-extra*. Como diría Muñoz Machado, se trataría de una mera anécdota pasajera.

## **5.-PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

HAURIUO sentó las bases teóricas de la «materia reglamentaria por naturaleza». El Decano de Toulouse afirmaba que la potestad reglamentaria, aunque eventualmente estuviera proclamada en la Constitución y las Leyes, deriva de la «*naturaleza de las cosas*». Así, frente a las tesis generalizadas en su época, sostiene que es «inexacto encerrar al Reglamento en el papel de coadjutor de la Ley», pues tiene otro de «cubrir las necesidades de la

organización y del mantenimiento del orden» Consecuentemente, *la potestad reglamentaria tiene por contenido la ejecución de las leyes, la organización administrativa o la policía. Estos dos últimos ámbitos constituyen materia reglamentaria por naturaleza.* (Rebollo Puig (40:1991) (Las cursivas son nuestras)

Entendemos la postura de HAURIUO: “la potestad reglamentaria tiene por contenido la ejecución de las leyes, la organización administrativa o la policía. *Estos dos últimos ámbitos constituyen materia reglamentaria por naturaleza*”.

En tal sentido es preciso elaborar sobre el Principio de Legalidad el cual supone una “vinculación positiva” entre el ordenamiento y la actuación administrativa. Así las cosas, el Derecho público es rigurosamente “atributivo”. Poder no dado poder denegado, decían los clásicos. La Administración de este modo solo podrá actuar, en cualquiera de sus manifestaciones, autorizado previa y positivamente por el ordenamiento.

Es por ello, que entendemos que ha perdido vigencia la frase de HAURIUO: “Estos dos últimos ámbitos constituyen **materia**”

**reglamentaria por naturaleza”.** (El énfasis es nuestro)

Este principio que supone la «vinculación positiva», también conocido como principio de legalidad, está recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo: 1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, **dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas**. También en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) se dispone, en lo que respecta al principio de legalidad: «Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. *Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas*» (las cursivas son nuestras).

Al respecto, según Rebollo Puig (71:1991) es de indicar que, si existe esa vinculación positiva a la Ley de toda actuación administrativa, también afectaría a los Reglamentos, que sólo podrían producirse con una base legal. *Aunque la potestad reglamentaria ya está atribuida por la Constitución al Gobierno sin necesidad de nueva habilitación normativa contenida en la Ley, la Ley sería necesaria para conferir funciones, fines, competencias a la Administración y sólo sobre ellas podría ejercerse aquella potestad reglamentaria;* dicho de otra forma, la potestad configurada constitucionalmente habría de desenvolverse sobre un ámbito administrativo diseñado por la Ley: ésta no aportaría la habilitación normativa, sino la *norma de competencia material en favor de la Administración*, y sólo sobre las materias a que afectará podría desarrollar su actuación la Administración, incluida su potestad reglamentaria. (Las cursivas son nuestras) Lo aquí afirmado guarda un aire de familia con lo manifestado por Muñoz Machado (21:2015): “No es, por tanto, potestad reglamentaria lo que se ejerce al dictarlas, sino potestad jerárquica”. Ya hemos visto que Mayer refiere de modo en alguna medida similar la potestad reglamentaria al indicar que, el poder ejecutivo tiene también

que actuar libremente «en virtud de su **fuerza propia y no de la ley**». En el mismo sentido, Rebollo Puig (85:1991) vuelve a citar a Mayer indicando que, “Antes que una superioridad sobre el Ejecutivo, lo expuesto expresa una competencia exclusiva del Legislativo: aquella superioridad se manifiesta en la «preferencia de Ley» que tiene un ámbito general, pero la reserva supone, en principio, exclusión del Ejecutivo, **no inferioridad**, de un cierto ámbito material”. (El énfasis es nuestro)

Pero es Rebollo Puig (90:1981) quien manifiesta también que, “Sería inexacto, sin embargo, intentar atribuir a la doctrina estudiada, como consecuencia implícita o forzosa, el reconocimiento de una potestad reglamentaria general no necesitada de autorización legal salvo para entrar en la reserva y que, fuera de ella, se desarrolla libremente sin necesidad de Ley. *Un posicionamiento sobre ello es ajeno a la doctrina de la reserva, la cual es compatible con esa solución, pero también con la contraria, es decir, con la negación a la Administración de un poder de dictar normas jurídicas generales para cuya emanación, incluso fuera de la reserva, necesitase base legal.* (La cursiva es nuestra)

Cabe preguntarse si en el caso de los Reglamentos Administrativos y Autoorganizativos, pese a ser normas *ad intra* y detentar una naturaleza notablemente doméstica, les resulta mandatorio ser materia de tal “vinculación positiva”. O para ser más específicos, ser habilitada su dación por el Parlamento en cada oportunidad.

La cita de Rebollo Puig (71:1991) recién transcrita nos da ciertas pautas sobre la necesidad de que la Administración sea habilitada, a través de un vínculo positivo con el ordenamiento. **Este autor, empero, precisa, que la Ley no aportaría la habilitación normativa, sino la norma de competencia material en favor de la Administración. Agrega que, aunque la potestad reglamentaria ya está atribuida por la Constitución al Gobierno sin necesidad de nueva habilitación normativa contenida en la Ley, la Ley sería necesaria para conferir funciones, fines, competencias a la Administración y sólo sobre ellas podría ejercerse aquella potestad reglamentaria a efectos que esta esté capacitada para dar reglamentos, en este caso, no solo administrativos autoorganizativos.**(El énfasis es nuestro)

Más nítida, didáctica y explicativa es lo que García de Enterría y TR Fernández (202:2001) precisan sobre este asunto relativo a la habilitación de los reglamentos. Estos autores sostienen que, procede distinguir aquellas materias administrativas que pertenecen al ámbito interno o doméstico de la Administración y las que afectan, además, a los derechos y deberes de los ciudadanos como tales. El primero sería el campo por excelencia de la normación reglamentaria y comprende los aspectos organizativos propiamente tales (aunque derivativamente puedan incluirse en el mismo las relaciones con agentes, usuarios, colaboradores de los servicios administrativos que se encuentran en relación con la organización y a sus exigencias). Aquí imperaría en términos genéricos la potestad reglamentaria de la Administración. **Por el contrario, cuando se trata de cuestiones que aun siendo administrativa implican para los ciudadanos como tales la imposición de obligaciones o deberes, la limitación de su libertad previa o de sus derechos, entonces se entiende que el Reglamento ha de limitarse a actuar como complementario de la Ley y que una norma previa con rango de tal es siempre necesaria. Para regular estas materias no bastará**

**invocar la genérica potestad reglamentaria atribuida por la Constitución, sino, además de la titularidad de esa potestad, una habilitación específica, caso por caso, que la Ley haya hecho al Reglamento, según las varias formas de delegación legislativa.** (El énfasis es nuestro)

En las antípodas se encuentra la posición de Sayagués (De Althaus 2.4.5: 1971) cuando manifiesta que la potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y por consiguiente propia de la Administración. Esta tiene a su cargo múltiples cometidos, para cumplir los cuales eficientemente necesita no sólo realizar actos subjetivos y operaciones materiales, *sino también dictar normas generales, especialmente para regular la actuación de sus propios órganos.* El poder reglamentario radica, pues, en la naturaleza misma de la función administrativa.

Pero puestos a escoger entre ambas posiciones, optamos por la de Merkl, el administrativista kelseniano, quien citado por García de Enterría y TR Fernández (438-439:2001) indica que, no solo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo,

sino que también cada actuación administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico – administrativo que admita semejante acción. (...) Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado.

García de Enterría y TR Fernández (440:2001) precisan que el principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima: el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo debe ajustarse.

Después de todo lo escrito en este epígrafe, cabe preguntarse si pese a ello, resulta forzosa la aplicación del Principio de Legalidad a la actuación de la Administración Administrativa y Autoorganizativa. Creemos que sí. Sin embargo, no será preciso que se active la cobertura en

cada oportunidad que se dé tal tipo de reglamento. Una sola vez es suficiente. Además, y de *lege ferenda* el principio de legalidad existe como un límite para la actuación de la Administración pública a fin de evitar arbitrariedades, pues según Rebollo Puig (95:1991) este principio nació justamente como garantía de los ciudadanos, de su libertad y propiedad, frente al poder, y pretender que sirva efectivamente a esa función, al menos mientras no venga contradicha de manera inequívoca, está justificado como criterio de interpretación. Así las cosas, no vemos cómo se ha de cumplir este principio **tuitivo** cuando se trata en buena medida, de una relación (habilitación) entre entidades que actúan *ad-intra*, esto es, organismos públicos. Relación que no afecta en absoluto al común de ciudadanos. Esto lo ratifica Rebollo Puig (100:1991) al indicar que, *La conclusión de todo lo expuesto no es otra que la vigencia en el ordenamiento del principio de legalidad, entendido como vinculación positiva a la Ley para toda actuación administrativa que suponga restricciones a la genérica libertad del individuo o de su propiedad, sólo por la cual sigue siendo cierto que el ciudadano puede hacer todo aquello no prohibido por la Ley o de acuerdo con la Ley, siempre que se*

desenvuelva, claro está, dentro de su propio círculo vital. Pero, siguiendo a Muñoz Machado (57:2015) se discrepa de lo recientemente afirmado por Rebollo Puig, cuando el primero de los mencionados señala que, la exigencia constitucional, derivada fundamentalmente del principio democrático, de que el legislador adopte las decisiones esenciales, **implica una expansión de la reserva material de ley, que abandona el reducido ámbito de la libertad y propiedad, que constituyeron su entorno originario.** (El énfasis es nuestro)

## **6.- RELACION LEY-ADMINISTRACION PUBLICA (La experiencia de España y Francia)**

Volviendo de lleno a la relación Ley-Administración pública diremos, parafraseando al autor español Martínez López-Muñiz (203:1980) que existe la necesidad de que por ley se dicten las normas —aunque no sea más que a nivel básico— que hayan de regir la creación y coordinación de los órganos de la Administración del Estado. Desaparecía, en cambio, la referencia al establecimiento de los mismos —quizás por entender que ello queda dentro de la creación—, hablándose en su lugar

de la necesidad de que se rijan de acuerdo con la ley, sin duda para incluir también la necesidad de trazar en la ley algunas normas sobre las que se basen al menos las que establezcan las atribuciones y la interna estructura y composición de los órganos de la Administración del Estado.

Analizando el proceso constitucional español, el mismo autor (203-204:1980) manifiesta que, “Pero desaparecía sobre todo la explícita referencia al Gobierno como órgano titular incuestionable de la potestad de crear, establecer y coordinar el conjunto orgánico de la Administración estatal. Y desaparecía sin que ninguna de las enmiendas —al menos de las presentadas por escrito— lo hubiera solicitado. *Que ello tenía una relevancia jurídica importante no será difícil entenderlo: se desposeía al Gobierno de tal potestad como constitucionalmente propia y la titularidad sobre ésta pasaba a ser cuestión susceptible de determinar por ley, que podría, según los casos, atribuirle al mismo Gobierno o a otro órgano: su presidente, los ministros, etc.* ¿Podría entonces la ley reservar a las Cortes Generales alguna participación en dicha potestad organizatoria, bien autoatribuyéndolas la titularidad misma para ciertos supuestos, bien exigiendo alguna

autorización especial para su ejercicio por el Gobierno? Nada parece oponerse a ello: ni siquiera el hecho evidente de que otra ley futura pudiera deslegalizar totalmente esas potestades que las Cortes Generales se reservaran, pues, mientras eso no ocurriera, dichas potestades no podrían reconocerse a la Administración, ni siquiera a su órgano máximo, el Gobierno. La potestad organizatoria no quedaba, en fin, reservada por la Constitución a la ley en cuanto al acto mismo de establecer, crear, modificar o suprimir órganos determinados de la Administración (***aunque se reservase ciertamente a la ley la regulación normativa, al menos básica, de tal competencia, con lo que ello supone de participación indudable en el poder de organizar la Administración), pero la ley podría autorreservarse en una u otra medida esa potestad.***

*Infra*, indicamos siguiendo a este autor (204:1980) y aclarando lo expresado *supra* nos dice que: En definitiva, parece evidente que el artículo 103, 2, (Constitución Española) no impone el que los órganos de la Administración del Estado se creen por ley, cosa que, además, parece que nunca se intentó en el proceso de elaboración del texto constitucional. Pero esos órganos tienen que crearse de acuerdo con la

ley, y esta ley puede reservar para ciertos supuestos la potestad organizatoria —en cuanto competencia para crear órganos— a las Cortes Generales, sin perjuicio de distribuirla, para los demás, entre algunos órganos de la misma Administración y señaladamente del Gobierno. Es decir, como ya expusimos, la titularidad de la potestad de crear órganos administrativos no se reserva por la Constitución a la ley, pero cabe la autorreserva o reserva en sentido formal, por el juego del principio de la congelación del rango.

Siguiendo a Muñoz Machado (13) la vigente Constitución española, “al mismo tiempo que ha puesto un orden bastante exacto y verificable en la función de las leyes y la posición de los reglamentos, ha abierto nuevos frentes de problemas. Todos los arreglos de la inestable relación normativa entre la ley y el reglamento se habían producido considerando la vigencia del principio de unidad de ley, que fue el que acogieron las primeras Constituciones y se ha mantenido hasta el final del siglo xx. Significa que la ley general y abstracta es única para todo el territorio, lo que ha sido exacto durante todo ese tiempo. *Però la Constitución de 1978 rompió el principio de unidad de la ley, diversificando el poder legislativo y, con él, el reglamentario, de manera que el ordenamiento conoce ahora la*

*conurrencia de normas reglamentarias, que proceden de diversas Administraciones, cuya relación con las leyes no siempre se puede resolver recurriendo al principio de jerarquía, a la vieja premisa de la subordinación del reglamento a la ley.* Depende, por el contrario, la solución, de los repartos del poder territorial que la Constitución ha llevado a término y que son la fuente primaria, antes que de la jerarquía, la legitimidad y la validez de las normas.” (Las cursivas son nuestras)

Muñoz Machado (15:2015) sostiene que, “En las obras doctrinales sistemáticas de mediados del siglo xx era frecuente que los autores se preguntaran por la razón de ser de la norma reglamentaria. La explicaban o como una delegación del poder legislativo o como un poder inherente de la Administración. Actualmente, en nuestro sistema constitucional es ambas cosas, ya que la Constitución reconoce expresa (artículo 97) o implícitamente (v.gr. artículo 140 CE) a las Administraciones Públicas, poder reglamentario como propio e inherente a sus funciones. Pero también, y principalmente, es un poder que depende en su contenido y extensión de las habilitaciones concretas que hace el legislativo a favor de las Administraciones Públicas”.

Bien dice Muñoz Machado (56:2015) que el legislador no tiene libertad absoluta para determinar el alcance de la discrecionalidad administrativa. Una deficiente programación de la discrecionalidad por el legislador puede determinar la inconstitucionalidad de la ley habilitante. Desde el punto de vista de la reserva de ley, la norma legal será legítima constitucionalmente siempre que contenga las determinaciones esenciales, principales o básicas. Pero si la norma habilita a la Administración para que concrete la regulación y lo hace atribuyendo un poder discrecional que implique una renuncia de la ley a formular la regulación que le corresponde o configurándolo de modo que la Administración actúe en un marco de indeterminación e inseguridad de cómo será llevada la ley en la práctica, la ley puede incurrir en inconstitucionalidad. Aunque el lenguaje legal sea habitualmente vago y versátil nuestro propio Tribunal Constitucional ha advertido que la indeterminación de los conceptos no puede producir el efecto de que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre de la Administración. Especialmente, el principio de la *lex certa* afecta a todas las regulaciones que tienen contenido limitativo de los derechos y condicionan la

atribución de las potestades discrecionales a la Administración para que complete las decisiones del legislador.

Finalmente, y en lo que se refiere a la relación Ley-Reglamento en la Constitución francesa de 1958, Muñoz Machado (60:2015) precisa que las previsiones de los artículos 34 y 37 supusieron teóricamente un vuelco trascendental a la relación ley-reglamento, sin parangón ni en la tradición francesa ni en la situación constitucional de cualquier otro país europeo. Implicaba la pérdida de la preeminencia de la ley como norma que puede regular sin límite cualquier materia y la remoción de la posición subordinada del reglamento que quedaba sustituida, en las materias no reservadas a la ley, por otra bien distinta en la que aquel sería la norma dominante y excluyente de cualquier regulación legal.

### **BIBLIOGRAFIA. -**

De Althaus, M. (1971). Derecho Administrativo. Selección de textos para la enseñanza. PUCP.

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

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

Martínez López-Muñiz, JL- (1980) Reserva u Autorreserva Legales en Materia de Organización de la Administración del En Revista de Administración pública. (1980) No. 92

Muñoz Machado, S (2015) Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general. Tomo VII. Boletín Oficial del Estado.

Rebolledo Puig, Manuel. (1991) "Juridicidad, legalidad y reserva de una ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno". En Revista de Administración Pública, mayo-agosto, No. 125.