
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

(PRIMERA PARTE: ASPECTO FORMAL)¹

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER²

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 188-212
Recibido: 12/8/2021 - Aceptado: 1/9/2021

Resumen: Esta es la primera entrega del trabajo que parte de la conceptualización del principio de legalidad como regla social de convivencia que pone límites al posible actuar arbitrario de los integrantes de una comunidad, quienes deben respetar las reglas impuestas previamente por ellos mismos o por una autoridad que ejerce poder sobre ellos. Se advierte la modulación histórica del principio de legalidad, desde una visión amplia compartido por distintos tipos de comunidades a lo largo del tiempo, desde un punto de vista restringido, propio de una organización política determinada, el Estado de Derecho, que además de exigir el respeto a las normas preestablecidas por gobernantes y gobernados, procura garantizar un catálogo de derechos y libertades fundamentales, un sistema de división de poderes y control. Destaca la presencia del principio de legalidad en la articulación del ordenamiento jurídico local con tratados y convenios internacionales.

Palabras clave: derecho administrativo; principio de legalidad; estado de derecho.

¹ Esta es la primera parte de un trabajo más extenso que no se puede publicar entero por su longitud. La segunda y última parte se publicará en el próximo número.

² Especialista en Derecho Administrativo, docente, autor de diversas publicaciones, actualmente es Juez de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás.



Abstract: This is the first delivery of the work that starts from the conceptualization of the principle of legality as a social rule of coexistence that sets limits to the possible arbitrary action of the members of a community, who must respect the rules previously imposed by themselves or by an authority that wields power over them. The historical peculiarity of the principle of legality is noted, from a broad vision shared by different types of communities over time. Also from a restricted point of view, typical of a specific political organization, the rule of law, which in addition to requiring respect for the rules pre-established by the governors and the governed, it seeks to guarantee a catalog of fundamental rights and freedoms, a system of division of powers and control. Stands out the presence of the principle of legality in the articulation of the local legal system with international treaties and conventions.

Keywords: administrative law, principle of legality, rule of law

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad puede entenderse como una regla social de convivencia que pone límites al posible actuar arbitrario de los integrantes de una comunidad, quienes deben respetar las reglas impuestas previamente por ellos mismos o por una autoridad que ejerce poder sobre ellos.

Individualizadas distintas esferas de poder³ en una comunidad compleja y jurídicamente organizada, el principio de legalidad permite establecer una directriz para constatar si un hecho o acto jurídico - normativo o no - fue creado o consumado de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en un momento y lugar determinados, y a su vez constituirse como parámetro exigible tanto a los gobernados como a los gobernantes⁴.

³ Sin entrar a examinar las distintas concepciones de poder que permiten explicar la realidad compleja y variable en una comunidad.

MONTBRUN, Alberto, "Notas para una revisión crítica del concepto de 'poder'", Polis [En línea], 25 | 2010, Publicado el 23 abril 2012: <http://journals.openedition.org/polis/581>. El autor nos da una visión desde su óptica del complejo entramado de relaciones dinámicas que se dan en la sociedad.

⁴ Aquí tampoco entramos a analizar la legitimidad como factor de justificación o de obediencia frente a quien ejerce el poder, o para que éste perdure en su posición.

La relación entre quienes detentan el poder y quienes se encuentran sometidos a él dentro de una organización política regida por un ordenamiento jurídico implica la aplicación del principio de legalidad, variando, de acuerdo a las distintas épocas históricas, lo que se entiende por derecho conforme a la concepción ideal predominante⁵.

En una versión más restringida, el principio de legalidad es el que surge como manifestación de una concepción política de organización estatal determinada que pone al ordenamiento jurídico por encima de quien detenta el poder en la misma, independientemente de las variantes⁶ que pueda tener la conformación constitucional⁷ de cada uno de los estados, respetando un núcleo duro de derechos y libertades fundamentales con sistemas de división de poderes y control. Dicha forma de organización política ha sido conceptualizada como “estado de derecho”⁸ o “rule of law”⁹.

CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Legalidad y legitimidad: Teoría del poder y de la norma” (Fuente <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/gaceta-mexicana/article/view/24584/22034>).

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, p. 421.

⁶ TAWIL, Guido Santiago, “Administración y Justicia”, t.I., editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 12.

⁷ La mayoría de los países del mundo constituyen repúblicas y monarquías constitucionales, lo que supone la adopción de una constitución en un texto único o no, que sienta las bases del ordenamiento jurídico, no obstante ello, actualmente existen poco menos de una decena de monarquías absolutas, las que para poder mantener su dominación sobre sus súbditos deben responder a un cierto orden que, en casi todos los casos, en la cúspide, es de carácter religioso.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t. I., p. 117. Señala que la expresión “Estado de derecho” fue acuñada por primera vez por von Mohl en 1832.

A su vez, como dijimos la categorización como Estado de Derecho también tiene modulaciones derivadas, tanto de la conformación interna de cada Estado como su participación en el orden convencional internacional.

En el Informe S/2004/616 “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (Fuente, pág.web: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/>), el Secretario General de la ONU adopta una concepción moderna de Estado de Derecho, al señalar que: “6. El concepto de “Estado de derecho” ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas

Con el tiempo la noción de soberanía - en cuanto capacidad de tomar decisiones en forma independiente respecto de los habitantes de un país¹⁰ - fue modulándose en función de los vínculos jurídicos de los estados¹¹ al integrar comunidades regionales¹² y aceptar tratados

las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”.

⁹ DICEY, Albert Venn, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” fifth edition, Mc Millan and Co. Ttd., Londres, 1897 (versión digital página web: <https://oll.libertyfund.org/>), p. 175 y ss.

¹⁰ DE PIERO, Sergio, “Estado, soberanía y legitimidad: ¿Qué es lo que está en cuestión?”, Revista Científica de UCES, v. XII n°1, otoño 2008 (fuente http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/111/Estado_soberan%C3%ADa_y_legitimidad.pdf?sequence=1).

De su trabajo extraemos la definición de Heller de soberanía, la que: “consiste en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación socio-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo y, además de imponer la decisión a todos, no solo a los miembros del Estado, sino en principio a todos los habitantes del territorio” (Heller, Hermann, Teoría del Estado, México, FCE, 1963, p. 262).

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “el principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p.142. En el punto “La globalización: Su influencia sobre el principio de legalidad” el autor destaca: “El quiebre del clásico principio de legalidad, concebido sobre los principios de soberanía y estabilidad de la ley, fue consecuencia de la caída del positivismo legalista en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, provocada por la insuficiencia de los esquemas formales para resolver los requerimientos de la comunidad, en un mundo jurídico integrado con normas legales provenientes de fuentes distintas a las leyes en sentido formal y material”.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, p. 162. En Constituciones más modernas como la española se habilita tal traspaso competencial a organizaciones o instituciones internacionales, en el caso, tal como hace referencia Tomás Ramón Fernández, lo hace la Carta magna española en su artículo 93.

y convenios supranacionales, que a veces delegan competencia en organismos específicos¹³. Como derivación de ello y en la medida de la aceptación de un poder normativo extra estatal, rige aquí también el principio de legalidad, debiendo respetarse en el actuar interno la articulación y jerarquía previstas en tales convenciones y normativa derivada, lo que supone también una modulación, articulación o coordinación de estas últimas con la norma suprema nacional¹⁴.

El principio de legalidad en nuestro país fue adoptado por la Constitución Nacional y responde -predominantemente¹⁵ - a la concepción del poder que motivara la revolución francesa y la independencia norteamericana, de cuya conjugación surgió el catálogo de derechos y garantías y la estructura de distribución de funciones de gobierno, ello independientemente de las diferencias que puedan marcarse entre una y otro hito histórico-político¹⁶.

En nuestra Constitución Nacional el artículo 75 en sus incisos 22 y 24, respectivamente, reconoce jerarquía constitucional a determinados tratados de derechos humanos y habilita los relativos a integración supraestatal con jerarquía superior a las leyes.

GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008, p. 240. Al comentar el artículo 75 inciso 24 la autora también hace referencia a la transformación del concepto de soberanía respecto de la noción que naciera con la estructura estatal clásica que se consolidara a partir del siglo XV.

¹³ GELLI, María Angélica, "La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable?", LA LEY 2018-D , 1033;

¹⁴ SAGÜES, Néstor Pedro, "De la Constitución Nacional a la Constitución 'convencionalizada'", en obra colectiva "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Daniel A. Sabsay (dirección) – Pablo L. Manili (coordinación), t. V. "Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Leyes reglamentarias", editorial Hammurabi, Bs. As., 2016, p.39.

¹⁵ DALLA VÍA, Alberto R., "La constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 40, nueva serie 2009/2010, p. 17 (fuente http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Revista_Anales_40.pdf)

CASSAGNE, Juan Carlos, "El Bicentenario de la Constitución de Cádiz: sus raíces y sus proyecciones", Revista La Ley 2011-F , 1318

De acuerdo a este ideario el poder originario¹⁷ reside en el pueblo y su voluntad general es la que debe crear la ley. De ello se deriva que toda acción singular debe estar justificada en una ley previa¹⁸, con una diferencia, todos los habitantes parten de un estado de libertad que la ley podrá delimitar, en cambio los órganos de gobierno (estructurados de acuerdo al principio de división de poderes) podrán ejercer sus funciones siempre que tengan cobertura legal¹⁹.

El reconocimiento constitucional de derechos encuentra su cláusula madre en el artículo 19²⁰ de la Carta federal, que constituye una regla de clausura general²¹ del ordenamiento jurídico, “prescribe que toda conducta que no esté prohibida está permitida” lo que vale para las

¹⁶ MONSERRAT Lapalma, María, “Reflexiones sobre la revolución de los E.E.U.U. de Norteamérica”, Anales de la Universidad Nacional de La Plata, nº36 3, año 2005, p. 522-533 con cita de Hanna Arendt.

ARENDR, Hannah, “Sobre la revolución”, Alianza editorial, Bs. As., 1992, http://campusmoodle.proed.unc.edu.ar/file.php/265/Biblioteca/Arendt_-_Sobre_la_revolucion.pdf. Introducción “Guerra y revolución” y capítulo I “El significado de la revolución”.

ARENDR, Hannah, “Sobre la revolución”, Ciencia Política – Alianza Editorial, Madrid, 2da. Reimpresión, 2009.

¹⁷ LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, Editorial Porrúa, colección “Sepan cuantos...”, 2da. Edición, editorial Porrúa, México, 1998, (Primera edición inglesa 1690); p. 57 y ss. Capítulo VIII (Del comienzo de las sociedades políticas).

ROUSSEAU, Jean-Jacques, “El contrato social”, editorial Tecnos S.A., Barcelona, 1988 (edición original 1762), p. 14 y ss., Capítulo VI (“Del pacto social”).

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 435.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Curso de Derecho...”, op.cit., p. 438. El autor señala que sólo cuando la administración cuente con cobertura legal previa su actuación es legítima.

²⁰ Artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

²¹ SUCAR, Germán, “Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas”, Isonomía nº30, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, abril 2009, (fuente página web: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_307.pdf), p. 175.

relaciones entre los habitantes, en cambio, para los órganos del Estado rige un principio inverso, dado que éste actuará conforme a su competencia asignada normativamente, regla que dada la complejidad de la actividad estatal comprende no solo a la que surja en forma expresa sino también razonablemente implícita y a las facultades inherentes propias de la específica competencia asignada al órgano²².

El concepto de Ley previa, si bien, nace para describir un producto de la voluntad popular²³, por la complejidad de los cometidos estatales fue ensanchándose y abarcando otras formas derivadas del ejercicio de potestad normativa atribuida a distintos estamentos de gobierno, fundamentalmente a través del poder reglamentario a la Administración, por lo que el principio de legalidad alcanza a cualquier norma jurídica, ya sea ley en sentido formal²⁴, decreto, resolución, ordenanza, o cualquier otra norma²⁵ - independientemente de su denominación - siempre que esté creada y tenga validez de acuerdo al ordenamiento jurídico²⁶. Luego, podemos extender el concepto de legalidad hacia

²² CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo, t.I, Abeledo Perrot, 9na. Edición, Bs. As., 2009, p. 252

²³ CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo"; t.I., 9na. Edición, reimpresión, Bs. As., 2010., p. 161. "En sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo al criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del Órgano Legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido":

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, t.I, op. cit., p.161."En sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo con el criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del Órgano Legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido".

²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p.117. El autor nos señala un proceso de fragmentación del principio clásico de legalidad que atribuía al Legislativo el monopolio de la ley, acrecentado por la creación de normas por entidades no estatales de carácter público (V.gr. Colegios Profesionales), así como autorregulaciones que emanan de personas privadas (v.gr. Bolsas y Mercados de Valores) y en el campo laboral, con las Convenciones Colectivas de Trabajo, que suelen contener normas de Derecho Público.

²⁶ BADENI, Gregorio, "Instituciones de derecho constitucional", 1ra. Reimpresión, editorial AD-HOC SRL, Bs. As., 2000, p. 250

otras fuentes del derecho que permiten integrar el ordenamiento, en lo que podemos denominar principio de juridicidad²⁷ o bloque de legalidad²⁸.

De la conceptualización señalada podemos hacer derivar dos facetas²⁹, una formal y otra material³⁰, ambas de carácter estructural se implican entre sí y conforman la columna vertebral de un sistema normativo.

La primera faceta despliega el instructivo para el desarrollo normativo, la segunda las bases y límites de su contenido.

²⁷ COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, LexisNexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2003, p.132. El autor expuso: “La juridicidad nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos y, eventualmente, ciertos contratos administrativos”.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Curso de Derecho Administrativo”, op. cit., p. 436. El autor entiende el concepto de legalidad: “...no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que Hauriou llamaba ‘el bloque de legalidad’ (leyes, reglamentos, principios generales, costumbres). (Merkel llamó a esta perspectiva ‘principio de juridicidad’ de la Administración, para reservar el nombre de “principio de legalidad” al juego procedente con la sola Ley formal, ...)”.

²⁹ KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Bs. As., 2009, p.31 y ss. El autor señaló que la ciencia estudia al derecho tanto desde el punto de vista estático como dinámico, el primero ve al derecho como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. El segundo examina la forma en que es creado y aplicado el derecho.

³⁰ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - Raffo, Julio; “Introducción al Derecho”, Abeledo Perrot, 3ra. Edición, nueva versión, Bs. AS., 1999, p.454 y ss. En la obra se denomina relación de fundamentación a aquella que hace derivar una norma (también un hecho o conducta jurídica) de otra norma jurídica, distinguiendo una derivación normativa estático-material (moral) de una derivación dinámica-formal (derecho positivo) o, de otro modo, por la coincidencia de contenido de ambas normas en el primer caso y en el segundo, porque la norma inferior ha sido establecida en la forma determinada por la superior. Ello de la misma manera en que Kelsen distinguió los puntos de vista estático y dinámico, respectivamente.

II. DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El aspecto formal de este principio, supone entenderlo como el mecanismo de creación y articulación del ordenamiento jurídico³¹, cuyo esquema esencial está contenido en la Constitución, a partir del cual se deben elaborar otras normas que, a su vez precisarán el procedimiento para la creación de otras reglas de distinto rango, como también los criterios para la realización de actos jurídicos o los límites de éstos.

El ordenamiento jurídico, por aplicación del principio de legalidad, conforma un sistema integrado y armónico de normas de diferente nivel³².

En el caso de nuestro país la definición de la estructura normativa del ordenamiento se sustenta sobre la base de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa que derivan del artículo 31 de la Constitución Nacional³³, como también del artículo 75 inciso 22 respecto de los tratados y concordatos sobre derechos humanos constitucionalizados³⁴ y 75 inciso 24 respecto de los tratados de integración³⁵.

³¹ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Bs. As., 2009, p. 118. "Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación — y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto".

³² KELSEN, Hans, "Teoría Pura..."; op. cit., p. 129.

³³ GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", T.I, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008, p.328.

³⁴ ÁBALOS, María Gabriela, "Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994", revista La Ley 2014-D, 833. La autora señala que la reforma constitucional de 1994 produjo una mutación de la "pirámide" normativa de Kelsen en nuestro país para dar paso a un "trapezio", en cuya cúspide hay más de una norma jurídica debido a la jerarquía constitucional que se le asignó a los tratados de derechos humanos previstos en el artículo 75 inciso 22.

CORTI, Arístides Horacio M., "Decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Legislación delegante. Reglamentos delegados", LL 2010-E-874. El autor destaca que la reforma de 1994 asignó un virtual poder

Este sistema de creación de normas definido por la Carta fundamental³⁶ ha sido estructurado bajo un régimen republicano, democrático, representativo -modulado por la previsión de formas de democracia semidirecta de iniciativa y consulta popular - y federal, en su Preámbulo y en los artículos en los artículos 1, 5, 6, 22, 36, 37, 39³⁷ y 40³⁸ de la primera parte y en la estructuración orgánica del poder en la segunda (denominado Autoridades de la Nación).

En dicha segunda parte se regula en detalle el mecanismo de creación normativa por antonomasia en un gobierno republicano, cuál es el de la ley en sentido formal, esto es la emanada del Poder Legislativo, ello en el Capítulo V (De la formación y sanción de las leyes) de la Sección Primera (Del Poder Legislativo) del Título Primero (Gobierno Federal), artículos 77 a 84; complementado con la función del Poder Ejecutivo de promulgar y publicar las leyes atribuida por el primer párrafo del artículo 99 inciso 3.

constituyente al Congreso Nacional al atribuirle, por el artículo 75 inciso 22, la facultad de ampliar los tratados de derechos humanos enumerados en dicha norma.

³⁵ GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008, p. 241. La autora señala que: "Del mismo modo, el art., inc. 24, dispone que las normas dictadas en su consecuencia son superiores a las leyes. Esta cláusula tal cual está redactada y en concordancia con el inc. 22 del art. 75, significa que las normas legales y jurisprudenciales emanadas de los organismos supranacionales en los cuales se delegan competencias y jurisdicción, están por encima de las leyes de orden interno. Una interpretación contraria, que restringiera la supremacía por sobre las leyes sólo a los tratados de integración sería redundante, pues ello ya está dispuesto en el inc. 22 del art. 75".

³⁶ KELSEN, Hans, "Teoría Pura..."; op. cit., p. 141. "Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la constitución para la formación de las normas generales".

³⁷ Artículo 39 de la Constitución Nacional (Iniciativa popular), reglamentado por Ley 24747, sancionada el 27 de noviembre de 1996, promulgada de hecho el 19 de diciembre de 1996. publicada en B. O. n° 28550 del 24 de diciembre de 1996.

³⁸ Artículo 40 de la Constitución Nacional (Consulta popular), reglamentado por Ley 25432, sancionada el 23 de mayo de 2001, promulgada de hecho el 21 de junio de 2001, publicada en el B.O. n° 29677 del 27 de junio de 2001.

La Constitución prevé mayorías agravadas para legislar en los artículos 39 (iniciativa popular), 40 (consulta popular), 75 incisos 2 (ley de coparticipación federal), 3 (Leyes de asignación específica de recursos coparticipables), 22 (tratados y convenciones de derechos humanos) y 24 (Tratados de integración), artículos 77 (régimen electoral y partidos políticos), 85 (creación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación), 99 inciso 3 (trámite de intervención del Congreso para los decretos de necesidad y urgencia) y 114 (regulación del Consejo de la Magistratura).

El inicio del tratamiento de determinadas cuestiones por la Cámara de Diputados, tales como las tributarias y el reclutamiento de tropas en el artículo 52 y, la iniciativa popular del artículo 40.

El establecimiento como Cámara de origen al Senado en los supuestos del artículo 75 incisos 2, para el tratamiento de proyectos de leyes de coparticipación federal y, en el inciso 19, respecto de los proyectos de leyes de promoción para lograr el equilibrio en el desarrollo provincial y regional.

El origen de la Cámara determinará que la iniciadora prevalece en caso de disparidad de criterios frente a la igualdad de mayorías, absoluta o dos tercios de los presentes, conforme al mecanismo previsto en el artículo 81³⁹.

³⁹ GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", t.II., 4ta. ed. 1ra. reimpresión, Bs. As., 2008, p.32.

Artículo 81 de la Constitución Nacional: "Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora".

A su vez la vigencia temporal de normas que se superponen requiere su articulación a través de reglas que permitan su coordinación y armonización, tal el caso de los principios ley superior, especial y posterior, y las problemáticas que su aplicación suscita⁴⁰.

La Constitución Nacional también atribuye competencia normativa en cabeza del Poder Ejecutivo, al prever la potestad reglamentaria⁴¹ en el artículo 99 inciso 2 con el objeto de asegurar o facilitar la ejecución o aplicación de las leyes; en cabeza del Jefe de Gabinete para dictar reglamentos relativos a facultades propias o delegadas a través del artículo 100 inciso 2 e inciso 8 para refrendar los decretos reglamentarios de leyes ; la habilitación excepcional para avanzar sobre materias propias del Poder Legislativo en situaciones excepcionales ya sea por decisión del Congreso a través de la delegación (artículo 76 y 100 inciso 12) o sin su intervención previa, a través de decretos de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3 y 100 inciso 13). Reconoce también potestad reglamentaria a la CSJN en el artículo 113, al Consejo de la Magistratura (artículo 114) y a las Cámaras legislativas (artículo 66).

El régimen de creación normativa a su vez se complementa con leyes de carácter estructural generales como la Ley 26122⁴² (Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes) o leyes de delegación orgánicas, tal el caso de las leyes de ministerios⁴³, leyes orgánicas específicas de atribución competencial normativa, leyes de procedimiento administrativo que regulan el mecanismo de creación reglamentaria⁴⁴, así

⁴⁰ GUIBOURG, Ricardo A., "Superior, posterior, especial", Revista LA LEY 2013-B, 1204.

⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t.I., 9na. Edición, Abeledo Perrot,, Bs. As., 2010, p. 173. El autor señala que desde el punto de vista cuantitativo es la fuente de mayor importancia del derecho administrativo.

⁴² Ley 26122, sancionada el 20 de julio de 2006, promulgada el 27 de julio de 2006 y publicada en BO n° 30957 del 28 de julio de 2006.

⁴³ Decreto ley 22520/81, publicada el 23 de diciembre de 1981 y sus modificatorias.

⁴⁴ Así lo hace el capítulo XV (De los actos de alcance general) el decreto ley 7647/70 de procedimiento administrativo en la provincia de Buenos Aires que, en sus artículos 120 a 126 regula el trámite para la elaboración de actos de carácter general, reglamentos administrativos y de anteproyectos de ley.

también reglas que pueden establecerse en normas estructurales de nivel sublegal⁴⁵.

Todo este entramado normativo a su vez se encuentra modulado por la jurisprudencia que, fundamentalmente, a través de la CSJN va definiendo la jerarquía y compatibilidad entre normas de distinto rango y jurisdicción.

Los conflictos se suscitan al definir los ámbitos competenciales de cada jurisdicción y, la prevalencia o no, de una sobre otra.

III. INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS

Una derivación del principio de legalidad⁴⁶ es el de inderogabilidad singular, inaplicabilidad individual⁴⁷ u obligatoriedad para la autoridad administrativa⁴⁸ de los reglamentos, en virtud del cual la administración estaría impedida de excepcionar, modificar o incumplir el reglamento cuando dicta un acto administrativo; principio que impide - aún - a las autoridades superiores dictar actos individuales que contradigan disposiciones reglamentarias dictadas por inferiores en ejercicio de su competencia⁴⁹.

⁴⁵ Es el caso del Decreto 1176/01, dictado invocando las atribuciones que derivarían de los incisos 1 y 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional, en su anexo V prevé el “Reglamento General para la elaboración participativa de normas”.

Asimismo los artículos 103 y 104 del Decreto 1759/72 (t.o. por Decreto 894/17), reglamentario de la ley de procedimiento administrativo nacional, establecen el momento a partir del cual adquieren efectos los actos administrativos de alcance general.

⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t.I., Abeledo Perrot, Bs. As. 10ma. Ed. Reimpresión, 2010, p.176.

⁴⁷ BIANCHI, Alberto B., “El caso “Promenade” y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, publicado en RDA 1989-1-377.

⁴⁸ MAIRAL, Héctor A., “La doctrina de los actos propios y la administración pública”, editorial Depalma, Bs. As., 1988, p.97. El autor trata el tema bajo el título “La obligatoriedad del reglamento para la autoridad que lo dictó”, lo que incluiría el caso de las excepciones por actos individuales de autoridades jerárquicamente superiores.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., editorial Civitas S. L., Madrid, 2000, p.206.

Esta es una regla que podemos identificar con la faceta formal del principio de legalidad que no se replicaría respecto de la posibilidad de excepcionar individualmente las leyes en sentido formal por los propios organismos legislativos que las crearon, asignándole un sometimiento más rígido de las autoridades administrativas al principio de legalidad⁵⁰.

En cambio otros autores no ponen diferencias entre la ley en sentido formal y los reglamentos o normas emanadas de autoridades en ejercicio de función administrativa, ya que en ambos casos regiría la garantía de igualdad ante la ley y la excepción a la regla general normativa debería justificarse fundadamente⁵¹, lo que entiendo, supone acercarse a la faceta material del principio de legalidad.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., editorial Civitas S. L., Madrid, 2000, p.206. García de Enterría, quien desarrollara este tema, señala que el poder legislativo no estaría afectado como la administración por una vinculación a la legalidad. Señala que este poder es un poder de pura creación jurídica no predeterminado por sus creaciones jurídicas anteriores, considerándolo libre, originario y soberano.

La explicación se entiende al confrontarla con la concepción adoptada por el autor del principio de legalidad, como técnica estructural que exige el sometimiento de la Administración a la ley.

⁵¹ BIANCHI, Alberto B., “El caso “Promenade”...”, op. cit., publicado en RDA 1989-1-377. El autor destaca: “Ahora bien, el llamado principio de la inderogabilidad singular proviene o es parte integrante -no caben dudas- de uno de mayor jerarquía que obra a modo de garantía, que es el Estado de derecho. Todo Estado que se precie de respetar el ordenamiento jurídico y los principios republicanos, está sujeto a la ley, y si bien tiene potestad de dictarla, carece, paralelamente, de facultad para apartarse de ella cuando discrecionalmente quiera. La Constitución nacional consagra en el art. 16 la regla de la igualdad ante la ley, que supone, necesariamente, la extensión igualitaria del ordenamiento jurídico a todas las personas que se hallen en iguales situaciones. De allí que el órgano legislativo no puede alterar, como regla, este principio.

Se puede apartar de él, en homenaje a lo que establece el inc. 16 del art. 67, que si bien ha sido interpretado alguna vez en forma muy amplia por la Corte Suprema, no puede ser entendido de manera tal que se convierta en la puerta por donde ingrese el privilegio desmedido.”

Más adelante señala: ‘Por ello, creo que el ‘principio de la inaplicabilidad singular’ rige tanto para las leyes como para los reglamentos. Pero, asimismo, dado un sistema general de normas, éste sólo puede ser obviado frente a una situación de verdadera excepción que esté específicamente justificada, tanto en los considerandos previos al reglamento, como en el debate parlamentario de la ley’.

Así también se ha señalado que la imposibilidad de excepcionar el reglamento con actos particulares debe confrontarse con un principio más general, cual es el de la actuación administrativa irrazonable o discriminatoria; y que este último principio cabe hacerlo valer aún ante un reglamento que trata en forma igualitaria situaciones que según la ley merecen una ponderación discriminada⁵².

Por otra parte se ha contemplado como válido apartarse del reglamento si éste es ilegítimo o inaplicable y el acto individual se dicta conforme a derecho⁵³.

IV. COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS

El Estado se asienta en un territorio sobre el que podrá ejercer el poder sobre la población que se encuentre dentro de su límite geográfico, ello por imperio del principio de territorialidad⁵⁴, poder que, como

⁵² MAIRAL, Héctor. A, "La doctrina de los actos propios...", op. cit., p. 100. El autor concluye que: "De todo ello resulta que la obligatoriedad del reglamento para la misma autoridad que lo dictó exige, como cuestión previa, determinar si dicha autoridad podía restringir su propia discrecionalidad por esa vía y, en caso afirmativo, si la restricción en cuestión era razonable": Observamos aquí la limitación del principio a la autoridad que dictara la normativa administrativa.

Cita como ejemplo el precedente "Arenzón, Gabriel Darío c/ Estado Nacional" de la C.N.Cont. Adm Fed., Sala III DEL 10/5/1983 confirmada por sentencia de la CSJN del 15 de mayo de 1984 (Fallos 306:400) y señala que aquí se aplicó el principio de razonabilidad y no discriminación al descalificar el acto que, aplicando inflexiblemente las pautas de un reglamento no tuvo en cuenta que las circunstancias exigían la evaluación de cada caso concreto, en el caso se rechazó a un candidato a un curso para docentes por no alcanzar la estatura reglamentaria.

⁵³ GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas"; Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, Bs. As., 2013, t.I, Capítulo VII-24 (Fuente página web: https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf). El autor señala que: "Es necesario que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y material y que el reglamento sea válido: si es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél -siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional- y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior".

⁵⁴ ALTHABE, Mario E. y SANELLI, Alejandra, "El convenio multilateral", 2001, Ed. La ley, p. 7: "La jurisdicción estatal tiene una base territorial y no

dijimos se encuentra modulado como derivación de la articulación constitucional con un orden supranacional.

A su vez, teniendo en cuenta que el Estado puede estar organizado tanto en función de un poder centralizado como de distintos centros de poder - de acuerdo con el grado de descentralización que se haya adoptado -, el principio de legalidad adquirirá mayor importancia como parámetro de coordinación de competencias en forma proporcional a dicha descentralización, donde los distintos entes territoriales tendrán asignadas potestades específicas.

La organización federal es una de esas formas de descentralización, donde encontramos un Estado central que titulariza el poder soberano y estados miembros con poderes autónomos subordinados a la potestad política suprema atribuida a la entidad global, pero siempre con un sistema de distribución de competencias entre los distintos entes territoriales⁵⁵ que debe ser respetado tanto por el ente federal como por los otros estados miembros, de tal manera que pueda lograrse un equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que se exteriorizan en el proceso político interno⁵⁶.

La distribución de competencias se traduce en una serie de relaciones de subordinación, participación y coordinación.

Las relaciones de subordinación se extienden a las áreas propias del Estado Federal, determinando la supremacía del mismo sobre las provincias.

Las relaciones de participación se traducen en la potestad reconocida a los centros de poder autónomos para intervenir en la adopción de ciertas decisiones que se imputan al Estado Federal y que son adoptadas por el gobierno nacional.

Las relaciones de coordinación son las que armonizan la manifestación simultánea y complementaria de un poder soberano y una

puede ejercerse fuera de ese ámbito, porque invadiría la órbita de poder de otros Estados”.

⁵⁵ BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional” cit., t. I, p. 38.

⁵⁶ BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional” cit., t. I, p. 39.

pluralidad de poderes autónomos evitando superposiciones y conflictos⁵⁷.

Constitucionalizada la organización política federal⁵⁸, se estableció en la carta fundamental la forma de descentralizar políticamente el poder⁵⁹ mediante el reparto de competencias entre los Estados federados y el central. En esa distribución resulta de fundamental importancia la precisión y la armonización en su articulación práctica para lograr un equilibrio entre los distintos centros de poder, tanto en sentido horizontal como vertical⁶⁰.

Nuestra Constitución en el art. 121 sienta como principio el carácter taxativo de los poderes delegados por los entes locales al Estado Federal⁶¹. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “los poderes de las Provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)”⁶².

⁵⁷ BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional” cit., t. I, ps. 38-39.

⁵⁸ BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de Derecho Constitucional”, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 9: “La técnica constitucional de distribución de poder presenta dos modelos principales. En unos Estados empieza por hacerse en forma territorial y simultáneamente, respecto de cada conjunto de tareas atribuidas a cada uno de los centros territoriales de poder, se efectúa otro reparto de segundo grado, funcional u orgánico, por el cual se asignan a órganos diversos, funciones o tareas distintas. Es el caso de los Estados Federales. En otros Estados se omite la distribución territorial y se limita a la funcional y orgánica del único centro de poder. Esta descripción corresponde a los Estados unitarios”.

⁵⁹ NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “Competencias tributarias de los municipios”, en “Derecho Tributario Municipal”, coordinador: Casás, José O., Bs. As., 2001, Editorial Ad-Hoc, p. 76.

⁶⁰ BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional”, t.II., primera edición, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 74.

⁶¹ GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada”, t. II, 4ª. edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2008, p. 593.

⁶² CSJN, sentencia del 8 de agosto de 2006 en causa E. 213. XXXVII. REX caratulada “EDESUR S.A. c/ Dirección Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción meramente declarativa”, Fallos: 329:2975.

Frente al conflicto entre normas de ambas esferas el máximo tribunal ha dicho: *“...los actos de las Legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en los términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas”*⁶³; en estos supuestos conforme al orden de jerarquía normativa que surge del artículo 31 de la Constitución Nacional prevalecerán las normas federales sobre las locales; en cambio éstas últimas predominarán cuando se ejercite dentro de los límites de su competencia reservada y no se dé el supuesto de incompatibilidad.

Sin embargo, los límites de la distribución se difuminan en virtud de la flexibilización derivada de la reglamentación de algunas cláusulas constitucionales a favor del Estado Federal; así tenemos la potestad tributaria consagrada en el art. 75 inc. 2, la de regular el comercio interprovincial a través del art. 75 inc. 13, la competencia prevista en el art. 75 inc. 12 para dictar la legislación de fondo, la consagrada en el art. 75 inc. 30 para dictar la normativa destinada a regular los establecimientos de utilidad nacional, la apertura legislativa prevista en el art. 75 inc. 32 atributiva de poderes implícitos al Congreso, la cláusula que asigna potestad concurrente a la Nación y provincias para resguardar derechos de los pueblos originarios en el artículo 75 inc. 17, la cláusula para el progreso y prosperidad prevista en el artículo 75 inciso 18 y su correlato para las Provincias en el artículo 125, la cláusula para proveer lo necesario para el desarrollo humano consagrada en el artículo 75 inc.19. Así también podemos incluir dentro de este grupo a la regulación de los derechos del consumidor contemplados en el artículo 42⁶⁴.

⁶³ CSJN, sentencia del 10 de junio de 2008 en causa E. 206. XXXVII. ORI caratulada “Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”. INCONSTITUCIONALIDAD”, Fallos 331:1412.

⁶⁴ Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni en sentencia del 11 de julio de 2007 en causa T. 177. XL. RHE caratulada “Telefónica de Argentina S.A. s/Acción de inconstitucionalidad”, fallos: 330:3098.

Interpretando la jurisprudencia de la CSJN se ha dicho que las potestades provinciales concurrentes son más estrechas⁶⁵ estableciendo parámetros para su articulación⁶⁶.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que las provincias pueden ejercer las atribuciones concurrentes en materia de poder de policía de bienestar, salvo que: i) el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la “cláusula del progreso” prevista en el inc. 18 del 75 CN., que dicho poder sea ejercido por las provincias; ii) se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada “cláusula

⁶⁵ BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de Derecho Constitucional”, t. III, 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 71. Citando a Oyhanarte y en referencia a este autor expresa: “... encuentra que el art. 121 no tiene más valor que el de una perogrullada (las provincias carecen de las atribuciones que la Constitución otorga a la Nación) y suministra poca ayuda para resolver los problemas de competencia en los casos que reclaman una interpretación de textos deliberadamente imprecisos. Descarta el uso de fórmulas apriorísticas para resolver en forma mecánica y con validez para todos los tiempos ese tipo de problemas y ofrece tres directivas susceptibles de ser utilizadas para ese fin: a) si el asunto es nacional ‘por su área y dimensión,’ la competencia es nacional; b) las materias a distribuir entre la Nación y las provincias no son una lista cerrada, sino abierta y creciente (régimen jurídico de teléfonos, radiotelefonía, televisión, aeronáutica, comunicaciones por satélites, etc.), siendo a veces nacionales desde su comienzo, aunque los constituyentes no hayan podido imaginarlas ni, por tanto, ‘delegarlas’; c) la competencia nacional puede surgir con motivo de la impotencia de las provincias para afrontar problemas que necesariamente tienen que ser resueltos (‘Poder político y cambio estructural en la Argentina,’ ps. 102/107). Señala que el crecimiento del área del poder estatal es reflejo de la exigencia social de que se ejercite con eficiencia. Ese fenómeno se manifiesta de dos modos: en el acrecentamiento de ciertas potestades tradicionales (poder impositivo, poder de policía; poder represivo-penal y poder expropiatorio) y la aparición de nuevas potestades (policía de prosperidad, planeamiento, arbitraje en los conflictos intersectoriales, justicia social, potestades de asistencia y suplencia de la actividad privada, potestad de autodefensa) (ob. cit., ps. 24/57). La validez de esta tesis está corroborada por los nuevos temas incorporados en 1994, tales como el cuidado del medio ambiente, el amparo de usuarios y consumidores o el resguardo de la identidad indígena”.

⁶⁶ GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina...” op. cit., t. II., ps. 198 y 597.

del progreso”⁶⁷, estableciendo tales parámetros como un standard para definir la prevalencia de una u otra⁶⁸.

La última excepción señalada se encuentra basada en la doctrina norteamericana de la “interferencia”, que también es aplicada en el área normativa de la cláusula comercial (artículo 75 inciso 13)⁶⁹ y en la cláusula de establecimientos de utilidad nacional⁷⁰ (artículo 75 inciso 30) y es explicada por el voto mayoritario de la Corte Suprema en la causa “Boto”⁷¹.

⁶⁷ CSJN, sentencia del 6 de mayo de 1997 en causa B.26 XXVI caratulada “Boto, Armando v. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros S.C.”; Fallos 320:786. En el considerando 12 del voto mayoritario se señala:

“Que, por tal razón, este Tribunal entiende que la competencia de las provincias para establecer el salario mínimo de los médicos que trabajan en relación de dependencia en territorio provincial, reconoce excepción cuando se configure alguna de las siguientes dos hipótesis:

a) que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la “cláusula del progreso” prevista en el inciso 18 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que dicho poder sea ejercido por las provincias;

b) o se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada “cláusula del progreso”.

⁶⁸ En el considerando 13 de la mayoría en “Boto” se establece que el criterio señalado en el considerando anterior constituye un estándar.

⁶⁹ CSJN, sentencia del 10 de febrero de 2009 en causa M. 565. XL. ORI caratulada “MOLINOS RIO DE LA PLATA SA c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE s/ ACCIÓN DECLARATIVA”, fallos: 332:66

⁷⁰ CSJN, sentencia del 4 de diciembre de 1980 en causa “Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén s/ nulidad”, Fallos: 302:1461

⁷¹ En el considerando 18 del voto de la mayoría de “Boto”, en su parte pertinente dice: “Este supuesto remite a hechos empíricamente verificables, a cuya luz debe determinarse si, en las circunstancias de este pleito, la normativa de la provincia de Buenos Aires dificulta o impide el adecuado cumplimiento del propósito del Congreso de la Nación, contenido en la normativa federal en examen. El criterio señalado en el párrafo anterior, basado en el principio que la doctrina norteamericana llama ‘de la interferencia’, ha sido recibido por la jurisprudencia constitucional de esta Corte Suprema, en varios ámbitos normativos; entre ellos, en el área de la ‘cláusula del comercio’ (conf. ‘Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza’, Fallos 306:516, 1984, precedente éste que fue inspirado, a su vez, en el caso ‘Complete Auto Transit, Inc. v. Brady, Chairman, Mississippi Tax Commission’, 430 US. 274, año 1977); y en el ámbito de la ‘cláusula de establecimientos

A ello debemos agregar la consagración constitucional de competencia federal para dictar normas de presupuestos mínimos: tal es el caso en materia ambiental (art. 41) o de organización y base de la educación (art. 75 inc. 19), donde los límites dependerán del alcance que imponga la normativa reglamentaria federal⁷² lo que no implica desconocer la concurrencia de atribuciones⁷³.

Así también que las leyes nacionales no deben estorbar - menos aún impedir - a las provincias el ejercicio de sus atribuciones propias (en el caso en concurrencia) dentro de su ámbito territorial⁷⁴.

de utilidad nacional” (conf. `B.J. Service Argentina S.A.P.C. e I. v. Provincia de Mendoza s/repetición de impuestos, Fallos 306:1883, año 1984)...”

⁷² En sentencia del 11 de septiembre de 2018 en causa CSJ 229/2006 (42-N)/CSI ORIGINARIO caratulada “Neuquén, Provincia del el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) si impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza”. En el considerando 4 de su voto el Dr. Rosatti estableció la siguiente clasificación: “Que, a esos efectos, la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración:

a) la ‘pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo’, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada ‘cláusula del progreso’);

b) la ‘pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva’, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y,

c) la ‘pluralidad jerárquica con complementación sustantiva’, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad’ entre los sectores o tramos aludidos (‘nivel básico’ ‘nivel complementario’). Este tipo de complementación es el previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental”.

⁷³ CSJN, sentencia del 3 de noviembre de 2015 en causa P. 1045. XLIII. ORI caratulada “Papel Prensa S.A. c/ ESTADO Nacional (Buenos Aires Pcia. citada 3° y otro s/Acción meramente declarativa”, fallos 338:1183.

Sin perjuicio de ello el Máximo tribunal también ha señalado que el equilibrio entre las facultades concurrentes de Nación y provincias debe procurarse a través de mecanismos de concertación⁷⁵.

En definitiva, cada jurisdicción podrá ejercer sus potestades con plenitud siempre que lo haga en armonía con las del resto, esto es, tanto la Nación frente a las provincias como éstas entre sí⁷⁶.

⁷⁴ CSJN, Sentencia del 11 de septiembre de 2018 en causa n° 229. XLII. ORI caratulada “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social – Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ Impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza”.

⁷⁵ CSJN, Sentencia del 27 de octubre de 2015 en causa CSJ 188/2006 (42-N)/CS1 ORIGINARIO caratulada “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallos 338:1110. En el considerando 10 el voto mayoritario señala:

“10) Que como fundamento liminar para el estudio del primer planteo constitucional, es preciso indicar que la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts.121 y 125 de la Constitución Nacional, y causa CSJ 566/2004 (40- O)/CS1 ‘Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad’, sentencia del 1° de agosto de 2013).

Es por ello que el arto 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el arto 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 330: 3098)” .

⁷⁶ En la sentencia ya mencionada de la CSJN en Provincia de Neuquén c/ Estado Nacional” el Dr. Rosatti en el considerando 3 “in fine” de su voto señala: “...La funcionalidad del sistema se imbrica en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes (Bidart Campos, Germán, “*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*”, Editorial Ediar, 2007, Tomo 1 A, p. 695), evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 338:1183).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, María Gabriela, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994”, revista La Ley 2014-D, 833.
- AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - Raffo, Julio; “Introducción al Derecho”, Abeledo Perrot, 3ra. Edición, nueva versión, Bs. AS., 1999.
- ALTHABE, Mario E. y SANELLI, Alejandra, “El convenio multilateral”, 2001, Ed. La ley.
- BADENI, Gregorio, “Instituciones de derecho constitucional”, 1ra. Reimpresión, editorial AD-HOC SRL, Bs. As., 2000.
- BIANCHI, Alberto B., “El caso “Promenade” y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, publicado en RDA 1989-1-377.
- BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de Derecho Constitucional”, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Legalidad y legitimidad: Teoría del poder y de la norma” (Fuente <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/gaceta-mexicana/article/view/24584/22034>).
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El Bicentenario de la Constitución de Cádiz: sus raíces y sus proyecciones”, Revista La Ley 2011-F , 1318.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t. I.
- COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, LexisNexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2003.

En definitiva, debe procurarse que la resolución de las cuestiones conflictivas en materia de competencia sean resueltas desde una percepción conjunta o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, superadora de una visión disyuntiva o separatista”.

- CORTI, Arístides Horacio M., “Decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Legislación delegante. Reglamentos delegados”, LL 2010-E-874.
- DALLA VÍA, Alberto R., “La constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 40, nueva serie 2009/2010.
- DE PIERO, Sergio, “Estado, soberanía y legitimidad: ¿Qué es lo que está en cuestión?”, Revista Científica de UCES, v. XII n°1, otoño 2008 (fuente http://dSPACE.UCES.EDU.AR:8180/XMLUI/bitstream/handle/123456789/111/Estado_soberan%C3%ADa_y_legitimidad.pdf?sequence=1).
- DICEY, Albert Venn, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” fifth edition, Mc Millan and Co. Ttd., Londres, 1897 (versión digital página web: <https://oll.libertyfund.org/>).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010.
- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008.
- GELLI, María Angélica, “La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable?”, LA LEY 2018-D , 1033.
- GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, Bs. As., 2013, t.I
- GUIBOURG, Ricardo A., “Superior, posterior, especial”, Revista LA LEY 2013-B, 1204.
- KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Bs. As., 2009.
- LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, Editorial Porrúa, colección “Sepan cuantos...”, 2da. Edición, editorial Porrúa, México, 1998,(Primera edición inglesa 1690.

- MAIRAL, Héctor A., “La doctrina de los actos propios y la administración pública”, editorial Depalma, Bs. As., 1988.
- MONSERRAT Lapalma, María, “Reflexiones sobre la revolución de los E.E.U.U. de Norteamérica”, Anales de la Universidad Nacional de La Plata, n°36 3, año 2005.
- MONTBRUN, Alberto, “Notas para una revisión crítica del concepto de ‘poder’”, Polis [En línea], 25 | 2010, Publicado el 23 abril 2012: <http://journals.openedition.org/polis/581>. El autor nos da una visión desde su óptica del complejo entramado de relaciones dinámicas que se dan en la sociedad.
- NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “Competencias tributarias de los municipios”, en “Derecho Tributario Municipal”, coordinador: Casás, José O., Bs. As., 2001, Editorial Ad-Hoc.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, “El contrato social”, editorial Tecnos S.A., Barcelona, 1988 (edición original 1762).
- SAGÜES, Néstor Pedro, “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (dirección) – Pablo L. Manili (coordinación), t. V. “Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Leyes reglamentarias”, editorial Hammurabi, Bs. As., 2016.
- SUCAR, Germán, “Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas”, Isonomía n°30, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, abril 2009.
- TAWIL, Guido Santiago, “Administración y Justicia”, t.I., editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.