

Por: Gabriel González Delgado

(D.L. 691) Artículo 30°.- En un plazo de 60 (sesenta) días el Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración, elaborará el Reglamento de la presente Ley, el mismo que será aprobado con Decreto Supremo del Sector.

¿Legislación delegada o ejercicio de función administrativa?

1. Introducción

La potestad reglamentaria se constituye, en el Estado Moderno, en uno de los pilares fundamentales de la función administrativa y en la materialización de la denominada ejecución de leyes. Aquella potestad traducida fácticamente en la reglamentación, ha sido objeto de una interesante discusión, siendo nuestro intento desarrollar en esta entrega algunas nociones que subyacen a la misma. No obstante, es preciso dar un paso atrás para comprender de una manera un tanto más clara esta institución.

Para ello, partimos de la noción de separación de poderes desarrollada por Montesquieu en la segunda mitad del siglo XVIII, teoría que, en palabras de Daniel Mazuera, “fue la piedra angular sobre la cual se edificó la estructura Constitucional del Estado Moderno”¹. Sin embargo, debemos advertir que el término “poderes” debe asumirse tan solo de una manera figurativa, pues mas bien nos referiremos a funciones, porque como lo señala Karl Loewenstein “la así llamada ‘separación de poderes’ no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo- y que por, otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos”². En este mismo sentido, Luis López Guerra se refiere a la misma noción como “[la] fórmula consistente en definir varias funciones del Estado (*puissances*) y atribuir las a sujetos distintos y separados (*pouvoirs*)”³.

En consecuencia, en nuestros términos, la teoría de la separación de poderes establece que el ejercicio del poder único⁴ se traduce en el desarrollo de tres distintas funciones: la función legislativa, encomendada al parlamento, la función administrativa, encomendada al presidente y ministros, y la función jurisdiccional, encomendada a los órganos jurisdiccionales.

En este contexto, en el cual se intenta delimitar de manera precisa el ejercicio de las funciones legislativa, administrativa y judicial, es donde surge la discusión sobre una adecuada distribución de funciones en cada uno de los entes que detentan poder. No obstante, cabe precisar que, en la realidad, no existe una absoluta y estricta separación de

¹ MAZUERA GOMEZ, Daniel. “La Potestad Reglamentaria del Presidente de la República”. Bogotá, 1979. p. 12

² LOEWENSTEIN, Karl. “Una Antigua Teoría: La ‘Separación de Poderes’ ”. En Selección de Lecturas de Derecho Constitucional General. Tomo II. 4ta Ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. p 18

³ LÓPEZ GUERRA, Luis. “El Poder Judicial en el Estado Constitucional”. Lima: Palestra Editores 2001. p.13

⁴ Según nuestra tesis, el Poder del Estado es único e indivisible, por lo que no corresponde sostener la existencia de tres poderes sino mas bien la existencia de distintas funciones encomendadas a distintos órganos, denominados por la inercia “poderes”.

las funciones del Estado. Así lo advierte Mazuera al afirmar que “si bien es cierto es importante establecer una distinción lo más precisa posible entre las funciones del Estado en orden a estudiar la estructura con una técnica científica, dicha distinción no corresponde a la realidad Constitucional de los Estados modernos”⁵

En este sentido, la discusión sobre la distribución de funciones se agudiza en determinadas situaciones en las que un órgano desarrolla actividades que por su naturaleza parecen propias de otro. Un claro ejemplo de ello, y que ha dado pie a una incesante discusión jurídica es la función reglamentaria que desarrolla la Administración. ¿Es la actividad reglamentaria una extensión de la función legislativa, desarrollada por la administración o es el ejercicio de una función administrativa?

En la presente entrega, ofrecemos algunos elementos que podrían aclarar dicha interrogante. Para ello, iniciaremos con una rápida revisión sobre la función administrativa y la finalidad principal de la misma. En seguida, nos concentraremos en la potestad reglamentaria, dentro de la cual analizaremos con mayor detenimiento al reglamento, y la relación de éste con la ley y con los actos administrativos. Finalmente, ofreceremos un comentario final que recoge nuestras apreciaciones sobre el tema.

2. La función administrativa

Como ya lo hemos precisado en líneas anteriores, la tan mentada separación de poderes es en realidad una separación de funciones en el seno de un poder único e indivisible. Dicha separación de funciones se concreta en el establecimiento de las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional.

La noción clásica de función administrativa se limitaba a definirla como “la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de leyes”⁶, o, en el mejor de los casos, como la definió Maurice Hauriou, quien sostuvo que “la función administrativa tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de Derecho Público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de los servicios públicos, dentro de los fines del poder político”.⁷

Tal como se aprecia, a pesar de los matices entre una y otra definición, lo esencial en las dos concepciones es la “ejecución de la ley” y lo más saltante de ambas es que limitan la actuación administrativa a esta actividad. Sin embargo, esta rigurosa concepción no cabría en el contexto del Estado Moderno en el cual la función administrativa tiene una amplia esfera de actuación que supera la simple ejecución de leyes.

⁵ MAZUERA GOMEZ, Daniel. Op Cit p.14.

⁶ Cita extraída de MAZUERA GOMEZ, Daniel.: Op Cit p.15, citando a BERTHÉLEMY, Henri: “Traite Elementaire de Droit Administratif”, 13a Edición. Paris Rousseau 1933. p.1-11-17.

⁷ Cita extraída de MAZUERA GOMEZ, Daniel.: Op Cit p.15, citando a HAURIOU, Maurice. “Precis de Droit Administratif”, 10a Edición. Paris, Sirey, 1921. p 11 y ss.

Daniel Mazuera se refiere a la función administrativa en éstos términos: “la administración es movimiento, actividad, ejecución y no puede concebirse como una función enmarcada dentro de un cuerpo casuístico de disposiciones rígidas sino como un poder amplio y general que mediante el ejercicio de la Potestad Reglamentaria permite el desenvolvimiento de una administración creadora en su afán de satisfacer las necesidades generales de la colectividad”.⁸ En este sentido, se comprende a plenitud que en el seno de la función administrativa se desarrolla la potestad reglamentaria y, como veremos mas adelante, poseerá un papel de gran importancia en el desarrollo de la actividad administrativa.

3. La potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria no es otra cosa que aquella potestad con la que cuenta el Ejecutivo para reglamentar una ley, materializada a través de la elaboración de un reglamento administrativo, instrumento sobre el cual profundizaremos mas adelante.

Nuestra Constitución, reconoce dicha potestad, expresando lo siguiente:

“**Artículo 118°.**- Corresponde al Presidente de la República:

(...)

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.”

La doctrina mayoritaria ha catalogado a la potestad reglamentaria como la actividad más importante de la administración en el Estado Moderno, y así lo entiende Bernardo Castro, quien la califica como “la atribución más importante del gobierno en materia administrativa.”⁹ Por su parte, Daniel Mazuera sostiene que “[e]sta sin duda la mas importante de las funciones administrativas del Gobierno. Ella le permite expedir las normas y preceptos necesarios para que el contenido de las leyes pueda ser aplicado y cumplido”¹⁰. El mismo autor justifica dicha importancia en que “[e]lla le permite a la administración proveer y afrontar aspectos fundamentales de la organización del Estado por vía general y normativa, con lo cual se complementa en forma eficacísima la tarea legislativa del Congreso (...)”¹¹.

En virtud de la importancia de que goza la potestad reglamentaria como una atribución del Ejecutivo, cabe preguntarse si su fundamento radica en su naturaleza propiamente administrativa, o si corresponde, en realidad, a una mera distribución basada en cuestiones político-organizativas al margen de la naturaleza jurídica que le subyace, como es el caso de la delegación de funciones.

⁸ MAZUERA GOMEZ, Daniel. Op Cit. p17

⁹ CASTRO DURÁN, Bernardo: “La Potestad Reglamentaria Síntesis de Funcionalidad Estatal”. Bogotá, 1971. p. 14

¹⁰ MAZUERA GÓMEZ, Daniel Op.Cit. p.12

¹¹ Ibidem p.20

En ambos casos, es preciso determinar previamente la naturaleza de la actividad reglamentaria o del instrumento en el cual se materializa ésta, que es el reglamento administrativo. Para tal fin, existen dos criterios:

- (i) **criterio formal**, según el cual la determinación del carácter un acto responde al órgano que lo desarrolla sin importar la naturaleza material del acto.
- (ii) **criterio material**, según el cual se determina el carácter de un acto de acuerdo a la naturaleza material del mismo, sin tomar en cuenta el ente que lo desarrolla.

A nuestro juicio, el criterio material es el más acertado por cuanto no es un ente quien dota de contenido un acto determinado, sino es tan solo quién lo desarrolla, pues cuando se distribuyen las funciones legislativa, ejecutiva y judicial en cada uno de los entes del Estado, estas funciones se encuentran previamente definidas como tales. No obstante, el criterio formal permite organizar de una manera más eficiente “los mecanismos de impugnación, autoridad competente para establecer su constitucionalidad y dirimir las controversias jurídicas que surjan de su expedición”.¹²

El reglamento

Es el instrumento utilizado por la Administración para orientar y facilitar la ejecución y actuación de la ley objeto de su reglamentación. De alguna manera, el reglamento se constituye en un cuerpo articulado de disposiciones que establece las reglas para el desarrollo de la ley y la aplicación de la misma en la realidad concreta.

En este sentido, señala Bernardo Castro que “[las] leyes (...), por ser muy generales y en virtud de la configuración propia del congreso, ni pueden cumplirse de inmediato, ni éste tiene los medios adecuados para hacerla actuar, se requiere pues la actuación a través de otro órgano diferente con el fin de que realice en hechos concretos los postulados de la ley”¹³. Por su parte, Manuel María Diez sostiene que el reglamento es “una declaración de voluntad unilateral y escrita del Poder Ejecutivo, que crea normas jurídicas generales”.¹⁴

No cabe duda que el reglamento tiene naturaleza normativa; sin embargo, consideramos que ello no determina, necesariamente, que el Ejecutivo cumpla un rol legislativo al momento de reglamentar, pues cabe la posibilidad que éste cuerpo normativo sea elemento fundamental en el desempeño de la función administrativa de ejecutar leyes, y que, por ende, se constituya en un acto - en esencia - administrativo, traducido en un instrumento normativo.

3.1.1. El reglamento ante la ley

¹² Ibidem.. p.14

¹³ Ibidem. Op.Cit. p. 10

¹⁴ DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. 1963. p225

El reglamento se constituye a primera vista en un complemento de la ley, en un instrumento orientado a que la aplicación de la ley se desarrolle de una manera correcta y precisa, estableciendo los parámetros dentro de los cuales debe actuarse la misma.

No obstante, además de la relación funcional de ambas, sobre la cual no cabe duda en la doctrina continental contemporánea, se manifiesta una relación material, en tanto que ambos instrumentos serían actos esencialmente legislativos. Al respecto, las posiciones se dividen entre quienes sostienen que, efectivamente, el reglamento tiene naturaleza legislativa, y quienes consideran lo contrario en base a las diferencias sustanciales que según ellos existe entre un reglamento y una ley.

Sobre el particular, García de Enterría y Tomás Fernández establecen diferencias irreconciliables entre la ley el reglamento, y niegan por supuesto la categoría legislativa de la última. En tal sentido los referidos autores señalan lo siguiente: “Lo propio del Reglamento, lo que lo separa definitivamente de la Ley es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración (...) no se produce mas que en lo ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales contradecirlos (...)”¹⁵. Como podemos apreciar, básicamente son las condiciones de accesoriedad y subordinación otorgadas al reglamento las que sustentan las posiciones contrarias a una inclusión de este instrumento en la categoría legislativa, a pesar de reconocer su rasgo normativo, pues, los autores citados definen reglamento como “toda norma escrita dictada por la Administración”¹⁶ (el subrayado es nuestro).

Debemos notar también la posición de quienes defienden la naturaleza legislativa del reglamento, como es el caso de Manuel María Diez quien sostiene que “desde el punto de vista material, el reglamento es un acto de naturaleza legislativa y desde el punto de vista formal, de naturaleza administrativa”.¹⁷ Refiere dicho autor para sustentar la similitud material entre reglamento y ley que los reglamentos como la mayoría de las leyes, establecen normas generales e impersonales. En este mismo sentido se pronuncia Daniel Mazuera indicando que “[t]anto la norma legal como la reglamentaria se caracterizan por su generalidad, vale decir, por su aptitud para crear situaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas.”¹⁸

Cabe señalar que las consideraciones de una u otra posición son compartidas en diferente dimensión. Mientras que los primeros niegan el carácter legislativo al reglamento, admitiendo su carácter general y abstracto; los segundos le conceden carácter legislativo admitiendo su accesoriedad y subordinación a la ley. La valoración y el peso que cada posición le otorga a sus consideraciones es distinto y ello determina la inclinación por una u otra posición.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Madrid, Civitas. 1986 p.184

¹⁶ Ibidem: p.183

¹⁷ DIEZ, Manuel María. Op Cit. p 226

¹⁸ MAZUERA GOMEZ, Daniel. Op. Cit. p23

3.1.2. Reglamento y acto administrativo

Manuel María Diez sostiene que el reglamento es “desde el punto de vista formal, un decisión ejecutoria tomada por el Poder Ejecutivo, y desde el punto de vista material, se caracteriza por contener disposiciones de carácter general e impersonales y que se oponen, por ello, a los actos administrativos no reglamentarios”¹⁹. El mismo autor señala que se distingue del acto administrativo en que “crea normas jurídicas generales, mientras que los actos administrativos crean normas concretas individuales”.²⁰

Agregan García de Enterría y Fernández que “la distinción mas obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es algo ‘ordenado’, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto como simple aplicación del mismo.”²¹

Consideramos que las consideraciones expuestas persuaden respecto a la distancia existente entre reglamento y acto administrativo, las compartimos por tener una connotación práctica, desde nuestro criterio material, pues en los hechos concretos, la única semejanza que hallamos entre ambos es que emanan de un mismo órgano de poder que es el Ejecutivo. No obstante, desde un criterio formal, este hecho bastaría para considerarse un acto propiamente administrativo.

4. Comentario Final

En el desarrollo de esta rápida revisión de algunas nociones involucradas en el estudio de la potestad reglamentaria, hemos podido extraer una conclusión incuestionable y es la importancia que cobra esta institución en el ejercicio del poder al interior de un Estado democrático.

De otro lado, corresponde reiterar lo planteado líneas arriba y es que la teoría de la separación de poderes no corresponde en el práctica a una distribución de funciones rígida e inamovible que haga coincidir exactamente el criterio orgánico y formal con el criterio material, pues existen circunstancias en las que determinadas funciones por su naturaleza material parecieran corresponder a una función de poder, sin embargo son manifestación de otra y, a nuestro entender, eso es lo que ocurre con el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consideramos que las características del reglamento, dentro de ellas su intensa connotación normativa, lo perfilan como un instrumento de naturaleza legislativa, pues un reglamento, además de tener una aplicación abstracta y general, innova el ordenamiento, ya que puede derogar o modificar un reglamento anterior, crear normas

¹⁹ DIEZ, Manuel María. Op Cit. p.226

²⁰ Ibidem: p 225

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op.Cit. p.189

nuevas, habilitar relaciones, situaciones o actos de naturaleza jurídica hasta ese momento no previstos.²²

Es cierto, el reglamento tiene un contenido accesorio, subordinado y dependiente de la ley, asimismo, la función que cumple en la práctica tiene un alcance general y afecta directamente al sistema legislativo. Sin embargo, corresponde distinguir entre la actividad reglamentaria (ejercicio de la potestad) y el instrumento utilizado para llevarla a cabo. En este sentido, consideramos que la naturaleza legislativa del reglamento, como instrumento; no impide que la actividad, como función, orientada a producirlo tenga naturaleza administrativa.

Consideramos que la actividad reglamentaria es esencial a la función administrativa de ejecutar leyes y, por lo tanto, inherente a la Administración, sin embargo dicha función reglamentaria se materializa en un instrumento de naturaleza legislativa. En consecuencia, no podríamos decir que la potestad reglamentaria obedece a una función legislativa delegada, sino que dicha potestad es inherente a la función administrativa de ejecutar leyes.

²² Estas características son reconocidas por García de Enterría y Fernández en Op Cit., a pesar de que estos niegan tajantemente la naturaleza legislativa del Reglamento.