

EL PROBLEMA DEL PODER INDETERMINADO. UN ANÁLISIS INTERNO DE LAS “FACULTADES INHERENTES” DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL

Ignacio Arizu

Universidad Austral

iarizu@mail.austral.edu.ar

Recibido: 13/06/2023

Aceptado: 20/10/2023

Resumen

La teoría de los poderes inherentes ha sido utilizada en varias ocasiones para justificar que el Poder Ejecutivo Nacional cuenta con ciertas facultades que no surgen del texto constitucional de modo explícito ni implícito. Surgida en el ámbito del derecho administrativo, la tesis se vale de elaboraciones propias de la filosofía del derecho para ampliar el marco de competencia del Gobierno nacional. Buscado o no, a lo largo de los últimos años, esta manera de entender las facultades del Gobierno ha servido de sustento teórico para las tendencias políticas partidarias del llamado “Estado administrativo”. Un sector de la doctrina ya se ha ocupado de señalar ciertas incongruencias importantes entre la idea de “poderes inherentes” y la estructura fundamental de nuestra Constitución Nacional. Este trabajo propone dar un paso más y demostrar que la concepción de “poder inherente” no solo es incompatible con nuestro sistema, sino que además cuenta con algunas indeterminaciones conceptuales graves que vuelven a la teoría un cheque en blanco para el Poder Ejecutivo.

Palabras clave: poderes inherentes, punto de vista interno, facultades expresas, facultades implícitas, estructura conceptual, nivel de abstracción, separación de poderes, Poder Ejecutivo, alcance de las facultades del Gobierno.

The Problem of Indeterminate Power. An Internal Analysis of the Executive Power's "inherent faculties"

Abstract

The *inherent powers* theory has been used on several occasions to justify the idea that the Executive branch of government possesses certain faculties that do not arise either explicitly or implicitly from the Constitution. Born in the area of administrative law, it makes use of philosophy-of-law elaborations in order to amplify the scope of government's powers. Whether sought or not, throughout the last few years this way of understanding the faculties of government has worked as a theoretical basis for the political trends that favor the so-called *Administrative State*. Certain scholars have already pointed out some important inconsistencies that emerge between the idea of *inherent powers* and our most basic constitutional structure. This work aims to go one step further, and to show that the thesis that argues in favor of the existence of *inherent powers* is not only inconsistent with our system, but also suffers from serious conceptual indeterminacies that transform the theory into a blank check for the Executive Power.

Key words: *inherent powers*, internal point of view, express powers, implied powers, conceptual structure, level of abstraction, separation of powers, Executive Power, scope of government's powers.

To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed.

John Marshall¹

1. Introducción

Hay tensiones políticas que son tan antiguas como el hombre: se trata de aquellas que nos son naturales, que escapan de todo intento por encuadrarlas en un único marco espacial y temporal. A lo largo de la historia, los ámbitos en los cuales estos temas se debaten van variando, pero las tensiones son siempre similares. La pregunta por el justo equilibrio entre orden y libertad es, sin dudas, una de ellas.

A su vez, si lo traducimos al lenguaje moderno, el interrogante se formula en términos de prerrogativas del Estado y garantías de los individuos. Y, hoy en

1 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176 (1803).

día, los debates relacionados a esta cuestión se dan, en gran medida, en el ámbito del derecho administrativo. Tal como plantea Gordillo (2017), buena parte de la doctrina parece entender que esta rama “es por excelencia la parte del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad” (cap. III, p. 1). Entonces, parecería que el derecho administrativo se ha convertido en el escenario principal de una obra que comenzó junto con los primeros Gobiernos o, tal como señala un autor norteamericano, “en la manifestación más reciente de un problema recurrente” (Hamburger, 2014, p. 15). Porque detrás de esta tensión entre orden y libertad se esconde algo conocido: el problema del poder. Y junto con él, sus tentaciones, sus peligros y su tendencia a corromper (Lawson, 2014).

Pero independientemente de que estas cuestiones se estudien desde la óptica del derecho administrativo, la realidad es que, de alguna u otra manera, siempre terminan por ser un tema de derecho constitucional. Actualmente, nos encontramos inmersos en una dinámica que pareciera querer sustraer los debates sobre poder y libertad del ámbito constitucional para ubicarlos en la esfera del derecho administrativo. Sin embargo, en un sistema como el nuestro, es inevitable que toda cuestión de derecho público termine por encuadrarse en el marco general de la Constitución. Porque es en nuestra Constitución donde determinamos qué tipo de vínculo queremos tener con el poder político y cómo queremos limitarlo.

Este trabajo propone una crítica de la teoría de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional. No hay novedad en cuanto a la temática: esto ya ha sido hecho en ciertas ocasiones, pero sí intentaré que haya novedad en cuanto al enfoque. Como se verá, el trabajo formula la crítica a la teoría de los poderes inherentes desde una perspectiva menos explorada.

Comenzaré por distinguir entre abordajes que se hacen desde una perspectiva externa y otros que se hacen desde una perspectiva interna o conceptual. Las críticas vertidas en este comentario se harán desde el segundo punto de vista. De esta manera, y una vez explicada la perspectiva elegida, buscaré demostrar que la tesis que sostiene a los poderes inherentes no solo sufre de varios problemas en el plano externo, sino que también es endeble conceptualmente.

2. Punto de vista externo y punto de vista interno

Un escritor argentino decía que todas las clasificaciones tienen, en el fondo, algo de arbitrario (Borges, 1989). Explicaba la realidad en la que vivimos sin

un orden que sea susceptible de ser clasificado. Dentro de este panorama, con el derecho no se daría ninguna excepción. La postura es extrema, pero no deja de señalar algo que es cierto al menos en parte. Está claro que existen clasificaciones jurídicas que son razonables tanto para facilitar el estudio del derecho como para comprender su práctica. Pero sí se podría decir que, en alguna medida, todas las clasificaciones tienen algo de discrecional a la hora de fijar las categorías que se distinguen.

En esta línea, se ha dicho que los modos de estudiar el fenómeno jurídico pueden clasificarse en función de su perspectiva. Existen abordajes que se realizan desde un punto de vista externo y otros que se realizan desde uno interno (Hart, 2012).

El punto de vista externo estudia al derecho como un espectador en tercera persona. Lo observa como quien contempla las manifestaciones exteriores de un fenómeno natural, le interesa entender cómo impacta su práctica o cómo se ve una norma objetivamente desde afuera. Un análisis hecho desde un punto de vista externo estudia al derecho describiendo y explicando cómo funciona y no se detiene particularmente en su diseño conceptual o en sus elementos constitutivos. Esto no significa que no le importe o que no pueda apoyarse o hacer referencia a ellos, sino sencillamente que no se encuentran en el centro de su estudio. El punto de vista interno se sitúa en un lugar diferente para entender al derecho. No lo mira como un mero espectador, sino que lo observa desde adentro, lo analiza como quien está involucrado con él. La perspectiva interna, entonces, puede prescindir de las manifestaciones exteriores del fenómeno (por más importantes que puedan ser) y detenerse principalmente en sus cuestiones intrínsecas, en sus elementos. Podríamos decir que mira al derecho "en primera persona". Se involucra con el estudio de su estructura conceptual porque lo analiza como quien forma parte de aquella misma estructura.

En este orden de ideas, se ha dicho que "en el caso de este punto de vista externo, el objeto son hechos, datos empíricos y en el caso del punto de vista interno así concebido, el objeto son significados o conceptos" (Delgado, 2019, p. 148).

Ahora bien, esta clasificación de puntos de vista, que se ha utilizado para estudiar al derecho como práctica, también puede aplicarse al estudio de las instituciones jurídicas en sí mismas. De esta manera, el estudio de una institución jurídica desde su punto de vista externo es aquel que se detiene principalmente en las manifestaciones exteriores de su aplicación. Busca comprender, estudiar y criticar cómo se inserta una determinada institución en un sistema, cómo sue-

le usarse o qué consecuencias trae. En contraposición, un abordaje de un instituto jurídico desde un punto de vista interno es aquel que lo estudia mirándolo desde su elaboración conceptual. Independientemente de cómo funcione en la práctica y de las consecuencias que tenga su aplicación, el punto de vista interno se enfoca en los límites conceptuales de la institución. Lo analiza en cuanto a su definición, sus características, su alcance, su atribución subjetiva.

Por supuesto, esto no significa que un enfoque sea mejor que otro. Se trata meramente de una cuestión de perspectiva. En ciertos casos puede ser preferible analizar y criticar a una institución jurídica desde un punto de vista interno y en otros quizás sea preferible acudir al punto de vista externo. El primero puede ser más idóneo cuando se trata de un instituto que cuenta con algún problema en cuanto a su diseño, pero podría darse perfectamente que una teoría, una institución o una construcción jurídica que es conceptualmente sólida y consistente tenga varios problemas al momento de insertarse en un dinámica jurídica determinada. En este caso, posiblemente, la mejor alternativa para criticarla sea hacer hincapié en argumentos que se sitúan desde un punto de vista externo.

La teoría de las facultades inherentes del Poder Ejecutivo Nacional ya ha sido analizada y criticada desde diferentes perspectivas. Si bien todas ellas combinan argumentos que se sostienen desde puntos de vista tanto externos como internos, generalmente las críticas más fuertes a la teoría se realizan desde una perspectiva externa, porque es allí donde la tesis se muestra menos sólida. Parte de la doctrina sostiene que los llamados “poderes inherentes” son instituciones totalmente extrañas a nuestro ordenamiento constitucional, el cual consagra un sistema de poderes enumerados y limitados (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2006). Ciertas críticas se basan en la separación de poderes, en el federalismo y en la división entre poder constituyente y constituido (Cofone, 2012). Otros han analizado y criticado cómo la teoría puede utilizarse en la práctica para llegar a conclusiones que aumentan las prerrogativas del Estado en detrimento de los particulares (Romero Verdún, 2022).

Si bien todas estas críticas señalan los problemas centrales de este desarrollo doctrinario y jurisprudencial, creo que la tesis de los poderes inherentes es criticable aún desde una perspectiva más. Entiendo que, aunque partamos del presupuesto -no menor- de que en nuestro ordenamiento constitucional podría existir una cosa tal como una facultad inherente del Poder Ejecutivo Nacional, el postulado no resiste un análisis de su estructura, o al menos no sin profundos problemas metodológicos. Se podrá objetar que si se toman las

críticas externas mencionadas, tal estudio no resultaría necesario. Y creo que es cierto, pero también entiendo que puede ser valioso señalar los problemas internos de un instituto que, independientemente de todas las críticas que se le realizan, al final del día se utiliza en la práctica.

Por eso, en este breve comentario propongo un abordaje diferente: un análisis de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional desde su conceptualización y su punto de vista interno. Se verá que, en algunos casos, las críticas externas e internas se vinculan: es natural, dado que su objeto de estudio es el mismo. En aquellos casos, la diferencia entre unas y otras estará dada por la perspectiva, los fundamentos y la lógica de la crítica.

3. Constitución y poderes

Nuestra Constitución dota a los poderes constituidos de facultades expresas e implícitas. Las primeras no presentan ningún problema: son aquellas explícitamente conferidas por el texto constitucional a los órganos del Estado. Las segundas han exigido más trabajo en cuanto a su delimitación. Pero, según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, son aquellas de naturaleza accesorias y auxiliares para el ejercicio de las facultades conferidas explícitamente por la Constitución a los órganos del Estado.² A su vez, el supremo tribunal ha dicho que son poderes *necesarios para el ejercicio de aquellos expresamente conferidos*.³ Sin embargo, se ha entendido que nunca pueden ser independientes y que no tienen materialidad propia (Comadira, 2005). En la misma línea, Ramírez Calvo (2003) sostiene que "para que exista un poder implícito es necesario que previamente haya una facultad expresamente otorgada por la Constitución al Gobierno federal de la cual aquél pueda derivarse o 'implicarse' razonablemente" (p. 3). Es decir, los poderes implícitos son aquellos que se presentan como convenientes y necesarios para poder desarrollar eficazmente los poderes explícitamente conferidos por el texto constitucional. De alguna manera, son la contracara de los poderes expresas. Pero así como una moneda no puede tener una cara de mayor superficie que la otra, los poderes implícitos encuentran un claro límite en el poder expreso dentro del cual están comprendidos (Hirschman, 1987).

Sin embargo, con el paso de los años, parte de la doctrina "descubrió" una

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peláez Victor s/habeas corpus preventivo*, 19/10/1995, Fallos: 318:1967; *Fayt*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.

3 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lino de la Torre*, 21/08/1877, Fallos: 19:231.

tercera categoría de poderes, distintos de los expresos y de los implícitos: los poderes *inherentes*.

Naturalmente, este tipo de poderes no se encuentran conferidos explícitamente por la Constitución, pues, de lo contrario, se identificarían con los expresos. Pero tampoco se puede afirmar que se trate de poderes necesarios para el ejercicio de facultades expresas ni que le sean accesorios. No es posible decir que se desprenden como una derivación lógica de ellas. Se trata de otra cosa. En nuestro país, Aja Espil (1987) promovió la idea de que existe una categoría de poderes no enumerados en la Constitución que no coincide con la categoría de los “poderes implícitos”, ya que, en algunos casos, se trata de facultades tan independientes como los poderes expresos. En esta línea, sostuvo que los poderes inherentes son aquellos que se desprenden de la naturaleza misma de un determinado poder del Estado. Es decir, son facultades que le son propias y originarias por su misma estructura ontológica (principalmente, por su causa fuente y su causa fin) (Cassagne, 2002). Así, mientras los poderes expresos e implícitos surgen –de modo más o menos directo– de un enunciado normativo, los poderes inherentes no requerirían de ningún tipo de consagración en el texto constitucional, pues le son tan propios a un poder del Estado como la voluntad lo es al hombre.

Generalmente, esta idea de “poder inherente” surge de una lectura determinada respecto del concepto *resulting powers*, elaborada en los Estados Unidos por Story (1891). Sin embargo, y tal como lo señalan Ramírez Calvo (2003) y Cofone (2012), un análisis detenido de lo planteado por el autor norteamericano permite ver lo discutible de aquella lectura. En efecto, la tesis de los poderes inherentes tal como se sostiene aquí hasta parecería estar en abierta contradicción con lo planteado por Story en sus *Comentarios a la Constitución...* Pero, en lo que a este trabajo respecta, nos basta con decir que para definirlos se parte de la base de que son poderes ajenos al ordenamiento jurídico. Y aquello nos lleva a los problemas.

4. Problemáticas intrínsecas de los poderes inherentes

Independientemente de todas las críticas que se pueden hacer desde una perspectiva externa, este encuadre de los poderes inherentes como potestades que no se desprenden del ordenamiento jurídico, sino de la propia naturaleza de un poder del Estado, nos sitúa frente a ciertos dilemas en cuanto a su estructura interna. En primer lugar, y a modo de crítica más bien accesorio, nos plantea una problemática en cuanto a su definición. En segundo lugar, genera un pro-

blema en términos de atribución subjetiva de las facultades. Por último, en lo que quizás sea su indeterminación más peligrosa, nos sitúa frente a un problema en términos de alcance. Haré la primera crítica con un alcance general. Al realizar las últimas dos, me focalizaré en el caso del Poder Ejecutivo Nacional.

4.1 Problema en cuanto a su definición

Conceptualizar a los poderes inherentes como facultades que por definición no surgen del texto de la Constitución puede llevar a una cierta confusión de categorías a la hora de definir. El problema se explica mejor con una pregunta: ¿por qué lo inherente a los poderes del Estado ha de ser lo *no mencionado* en el texto constitucional? Cuando se habla de lo que *innhiere* a un ente, se hace alusión a lo que le es natural, lo que lo conforma en esencia como ese ente en particular.

La tesis que defiende este tipo de poderes postula que las facultades inherentes a un poder del Estado son aquellas que se desprenden de su estructura más fundamental (Aja Espil, 1987). Si partimos de la base de que este tipo de facultades podrían existir, hasta este punto no parecería haber un problema. Bien podríamos decir que la facultad de la Corte Suprema para conocer y decidir en las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución resulta "inherente" a su condición de Corte Suprema, o que la facultad del presidente de la nación para pedirle al jefe de Gabinete aquellos informes que crea convenientes se deriva de la misma naturaleza de la función presidencial.

Ahora, lo que no se explica es por qué el hecho de que una facultad sea "inherente" se vincula de modo *necesario* con su falta de mención en la Constitución. Se podría responder que aquella relación no es la que se pretende con la definición. Sin embargo, buscado o no, conceptualizar una categoría de poderes no mencionados como aquellos que son estructurales a un poder estatal da a entender que la regla es que las facultades esenciales de los poderes del Estado se encuentren *por fuera* de la Constitución. Independientemente de que uno crea que puede existir tal cosa como una facultad inherente de un órgano de gobierno o de un poder constituido (o, sencillamente, una facultad del Estado que esté por fuera de la Constitución), la regla debería ser la contraria: si una facultad es esencial, lo normal debería ser que se encuentre expresamente receptada en la Constitución. De hecho, el gran problema con el que se encuentra esta conceptualización de los poderes inherentes es que aquello es precisamente lo que ocurre: las funciones esenciales de los poderes del Estado son las que están contenidas en el texto constitucional.

Sostener lo contrario implicaría afirmar que el constituyente mencionó ciertas facultades para los poderes del Estado en la Constitución, pero dejó fuera aquellos que le son constitutivos. Hasta aquí, la problemática que surge de la definición.

4.2 Problema en cuanto a la atribución subjetiva

Imaginemos, de todos modos, que los poderes inherentes existen y que, contrario a lo que indica el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853 (Ravignani, 1939), fueron contemplados por el constituyente a la hora de pensar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional. Aun así, quedamos frente a un trabajo verdaderamente arduo: determinar qué facultad es realmente inherente de aquel poder y cuál corresponde a otro órgano del Estado. ¿Cómo podemos interpretar qué facultad corresponde a la esencia de cada poder del Estado o de cada órgano de gobierno? En efecto, si además de los poderes expresos e implícitos existe algo así como un “gran reservorio” de competencias no mencionadas por la Constitución, inevitablemente tendremos el problema de tener que definir qué tipo de competencia sería adecuada a la naturaleza del Poder Ejecutivo y qué otra sería propia de otro poder constituido. Una primera intuición nos apresuraría a responder que las competencias inherentes al Ejecutivo vendrían a ser aquellas que se encuentran íntimamente ligadas a la actividad que desarrolla. Y así debería ser. Pero, en la práctica, la doctrina de los poderes inherentes ha tendido a ser aplicada con un carácter manifiestamente más laxo que aquel esbozado en la teoría (Comadira, 2005). La dinámica constitucional ha puesto de relieve, en más de una ocasión, cómo los poderes estatales han hecho uso de ella para poder hacerse de competencias que no les fueron atribuidas por la Constitución. La interpretación que los actores constitucionales hacen de la atribución subjetiva de los poderes inherentes responde más a un concepto de *poder genérico* –en sentido material– que a uno relacionado a la naturaleza de cada órgano. De este modo, desde la tesis de los poderes inherentes se ha justificado que el Poder Ejecutivo se hiciese de facultades que, tanto desde un punto de vista material como de uno mixto,⁴ no eran otra cosa que facultades legislativas.

En términos de atribución subjetiva, entonces, parecería que afirmar que la Constitución convalida la existencia de facultades que se desprenden de la

4 Incluyo el criterio mixto porque, tomando un ejemplo previo a la reforma constitucional de 1994, ausente el correspondiente control por parte del Congreso que debían tener los reglamentos de

mera naturaleza del Poder Ejecutivo Nacional hace de cada generación una generación nueva de convencionales constituyentes. Esto, porque si partimos de la base de que existen ciertas facultades que le son esenciales y que la Constitución, por algún motivo, guardó silencio respecto de ellas, necesariamente deberemos concluir que nos corresponde a nosotros interpretar cuáles son y distinguirlas respecto de aquellas otras facultades inherentes que estarían en cabeza de otro poder del Estado. Alguien podría hablar del rol docente del precedente o del “novelista encadenado”, pero todos somos testigos de que en nuestro país –salvo excepciones– los novelistas tienden a ser más bien creativos y suelen preferir escribir sin cadenas. Entonces, frente a la gran indeterminación que plantea el concepto de los poderes inherentes, la praxis de atribuir subjetivamente las facultades deviene susceptible de ser manipulada según las necesidades políticas coyunturales.

4.3 Problema en cuanto al alcance

La admisión de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional nos abre a otra problemática fundamental, y quizás la más importante, íntimamente vinculada al problema anterior: ¿cuál es el *alcance* de estas facultades no expresas? Determinar el ámbito de funcionamiento armónico de una facultad que se deriva “de la naturaleza del órgano” puede resultar problemático, por no decir imposible. Y es que, como bien señala Romero Verdún (2022), es una tarea bien distinta delimitar el ámbito de funcionamiento de un poder implícito del de un poder inherente. De algún modo u otro, el implícito siempre encuentra su fundamento en el enunciado de una norma expresa. Al inherente, por el contrario, y tal como señalaba Aja Espil (1987), habría que buscarlo en la “naturaleza de cada uno de los tres Poderes del Estado” (p. 162).

Es en este punto donde nos encontramos con uno de los mayores problemas que nos plantea la estructura interna de los poderes inherentes: determinar el nivel de abstracción al que debe entenderse el concepto “Poder Ejecutivo”.

Antes de entrar a analizar la cuestión, es conveniente señalar un problema paralelo que, en alguna medida, explica el marco en el cual se da esta indeter-

necesidad y urgencia, en la realidad jurídica aquellos no terminaban difiriendo en nada de una ley del Congreso. Y si lo único que distingue a una norma de otra es que a una la dicta el Congreso mientras que a la otra el Ejecutivo, entonces el único criterio de distinción que queda para salvar la confusión de funciones es el meramente subjetivo, a todas luces incompatible con nuestro ordenamiento constitucional de división de poderes con frenos y contrapesos.

minación. Se trata de la problemática que supone aproximarse al fenómeno del derecho constitucional exclusivamente desde la óptica de la filosofía del derecho. Esta última es una rama de la filosofía que resulta central tanto para comprender al derecho en sí mismo como para estudiar la ciencia jurídica en términos estáticos y dinámicos. Sin embargo, debido a la pretensión de amplitud que tiene la filosofía jurídica, la aproximación a su objeto de estudio suele hacerse a un elevado nivel de generalización y abstracción. El filósofo del derecho no suele hacer filosofía de lo particular. Por el contrario, tiende a moverse en el plano de lo general, de lo que es predicable del derecho en cuanto fenómeno humano que se repite en todas las sociedades. Esto es natural, porque es una exigencia metodológica que le impone su mismo objeto de estudio. Por otro lado, es normal que la filosofía del derecho se valga de determinados casos y ejemplos de distintas ramas para poder desarrollar su propia ciencia, es decir, para hacer filosofía.

Sin embargo, a veces sucede que la filosofía del derecho pretende abordar un sector particular del derecho no para hacer filosofía, sino para *desde la filosofía* elaborar cuestiones propias de aquella rama jurídica puntual. Y aquí es donde pueden darse los problemas, porque, en ocasiones, se trata de fenómenos que no admiten ser generalizados.

El derecho constitucional, por su parte, es una realidad absolutamente particular de cada lugar. Ninguna constitución es idéntica a otra en todo, y el mismo significado de “constitución” puede variar en función del país del que estemos hablando. Del mismo modo, independientemente de que algunas constituciones consagren ciertos institutos o principios que llevan un nombre idéntico, su contenido y alcance puede ser radicalmente diferente de una a otra. Así, “separación de poderes”, “control judicial” o “Poder Judicial” no significan lo mismo en Francia o en Italia que en Inglaterra, en Estados Unidos o en Argentina. Con “Poder Ejecutivo” sucede lo mismo.

Entonces, intentar hacer derecho constitucional –o, sencillamente, derecho público– únicamente desde la filosofía del derecho nos presenta un problema relacionado con el nivel de abstracción con el cual debe abordarse una cuestión relacionada con la constitución. Porque, tal como se señaló, puede suceder que la filosofía del derecho tome un concepto constitucional y, fiel a su metodología para hacer filosofía, lo separe y lo abstraiga del significado y del contexto particular que aquél tenía y en el cual se encontraba ubicado.

Esto es, en buena medida, lo que sucede con la doctrina que defiende la tesis de los poderes inherentes. Señala que “el Poder Ejecutivo Nacional” cuen-

ta con ciertas facultades que se desprenden de su propia naturaleza, pero en ningún momento se detiene a explicar de qué habla cuando habla de “Poder Ejecutivo”. Sencillamente se toma el concepto y se lo generaliza para desarrollar una teoría que termina siendo más propia de la filosofía del derecho que del derecho constitucional. La tesis de las facultades inherentes comienza a hablar de algo llamado “Poder Ejecutivo”, pero no termina de aclarar si está hablando del Poder Ejecutivo de una monarquía absoluta al estilo de Luis XIV, de una monarquía parlamentaria de tipo inglés, de un gobierno constitucional unitario de tipo francés, de un gobierno constitucional federal de tipo estadounidense o de un gobierno socialista y totalitario al estilo chino. Dicho de otra manera, se eleva el concepto de “Poder Ejecutivo” a un grado de abstracción tal que se lo termina por desvincular completamente del sistema constitucional en el cual se encuentra inserto. La naturaleza de aquel poder del Estado, entonces, queda apenas delimitada, indeterminada. Y esta indeterminación no es en absoluto menor, porque las consecuencias prácticas del alcance de las facultades inherentes podrán variar de modo radical dependiendo de si se está hablando de un Ejecutivo o de otro. En esta misma línea, Ramírez Calvo (2003) le critica a la teoría el hecho de que no queda claro en función de qué se ha de determinar la naturaleza o estructura de un poder estatal ni se explica si el análisis ha de ser en concreto o en abstracto. Así, por ejemplo, a la hora de determinar la naturaleza del Poder Ejecutivo, no sería lo mismo tomar lo propio y originario del Poder Ejecutivo de la Unión Soviética que del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos.

Este dilema nos sitúa ante la tarea indispensable de determinar qué tipo de Poder Ejecutivo consagra nuestra Constitución. Al analizar esta cuestión, es necesario señalar que sigue el modelo de la Constitución de los Estados Unidos en cuanto a su estructura fundamental (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2008). Esta realidad, lejos de ser anecdótica, determina ciertas notas esenciales de nuestro sistema de gobierno y de nuestra manera de entender la Constitución. Por lo pronto, en nuestro ordenamiento, tiene el carácter de norma jurídica a la que se le asigna supremacía sobre todo el resto del orden jurídico. Sus disposiciones son directamente invocables por los particulares y tienen un significado que, lejos de tratarse de meras pautas orientadoras al estilo de las constituciones europeas continentales, revisten un contenido comunicativo determinado y aplicable a la realidad concreta. Dicho de otra manera, la Constitución argentina no es una declaración de principios políticos: es una norma jurídica mediante la cual nuestros constituyentes organizaron y limitaron al poder político, que es directamente invocable por los particulares para salvaguardar

sus libertades individuales. Por tanto, las instituciones que se consagran allí no son la consecuencia de meros debates filosóficos abstractos: tienen un origen, una fuente y surgen en un contexto particular que determina su contenido. Lo mismo sucede con los poderes del Estado. También siguiendo el modelo norteamericano, nuestra Constitución establece un sistema de gobierno republicano y federal de poderes *enumerados* y limitados, con separación de poderes con frenos y contrapesos.

Es en ese contexto que, al estudiar el alcance de las facultades del Poder Ejecutivo Nacional, nos encontramos con disposiciones constitucionales tales como el artículo 19, el 75, inciso 32 y el 121.

El artículo 19 consagra el principio de la vinculación negativa de los individuos a la ley. Al establecer que “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, nuestra Constitución afirma que, al tratarse del individuo, el principio general es la libertad, la competencia. Pero, precisamente, la norma se refiere a las personas individuales. Es un error extrapolar este principio al ámbito de actuación de los poderes del Estado, en donde, de acuerdo con las notas esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, el principio es la incompetencia. Por su parte, el artículo 75, inciso 32 establece que es facultad del Congreso “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. Esta norma, similar a la *necessary and proper clause* de la Constitución estadounidense, declara que el Congreso cuenta con todos los medios legales y reglamentarios que favorezcan la puesta en práctica de los poderes que le han sido conferidos por la Constitución y, con criterio residual, también de los que le han sido conferidos al resto de los poderes del Gobierno federal. De todos modos, y tal como surge de su lectura, esto no implica que el Congreso de la Nación tenga permitido sancionar cualquier tipo de ley. La norma manda, primero, a identificar si existe una facultad conferida al Gobierno nacional por el texto constitucional y, únicamente confirmado aquello, habilita al Congreso a hacer uso de los medios que tiene a su disposición para lograr ponerla en práctica. Ahora bien, la Constitución Nacional no prevé una norma similar para el Poder Judicial ni para el Poder Ejecutivo. En consecuencia, se entiende que el poder residual con el que pudiera contar el Gobierno nacional reside únicamente en el Congreso de la Nación y no en otro lado. Por último, el artículo 121 dispone que “[l]as provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”. Se trata de un

artículo absolutamente central a la hora de analizar la distribución del poder y de las facultades en nuestro esquema de gobierno federal. De acuerdo a nuestra estructura constitucional, el Gobierno federal cuenta únicamente con el poder que le fue delegado por las provincias mediante la Constitución. La consecuencia lógica de esto es que todas aquellas facultades que no se encuentran mencionadas en su texto jamás podrían estar en cabeza de un órgano del Gobierno federal. Aun suponiendo que pudiera existir en nuestro ordenamiento algún tipo de facultad no consagrada en el texto de la Constitución, el principio consagrado en este artículo indica que, en todo caso, ella residiría en cabeza de los Gobiernos locales y nunca en cabeza del Gobierno federal.

La teoría de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional, que propone que aquél cuenta con poderes no expresos que surgen de su naturaleza, es a todas luces contraria a todas las disposiciones constitucionales recién mencionadas. Esto no implica únicamente una crítica sistemática a su modo de operar, sino también una refutación conceptual al contenido de la teoría, que busca dotar al Poder Ejecutivo de ciertas facultades que, a la luz de nuestro ordenamiento, jamás podría tener. Pero la tesis que sostiene este tipo de poderes no explícitos ni siquiera se adentra en este análisis. Tal como he señalado, se sustrae al concepto de “Poder Ejecutivo” de su contexto y así se evita confrontar a la teoría con la realidad de nuestro sistema constitucional en concreto.

Por eso volvamos a nuestro punto de partida en el no espacio e imaginemos facultades que surgen “de la misma naturaleza” del Poder Ejecutivo entendido en abstracto.

Es justamente en este punto que la teoría de los poderes inherentes se vuelve una verdadera *caja de Pandora*: se presenta a la naturaleza de un cierto poder Ejecutivo como suficiente para desprender de ella una facultad no expresa, pero luego, aquella misma naturaleza, elevada casi al nivel de abstracción del Mundo de las Ideas, no ofrece ningún tipo de respuesta a la hora de establecer límites.

Aunque también es verdad que parte de la doctrina ha propuesto diversos abordajes para intentar restringir el alcance de estas facultades inherentes. En línea con la teoría de los postulados de la permisión amplia establecida por Linares (1958), que afirma que “el ente estatal es competente para todo aquello que no tiene prohibido” (p. 32), parte de la doctrina ha propuesto delimitar la competencia del Estado en ejercicio de sus poderes inherentes según el *principio de especialidad*. Es decir, se ha intentado limitar la idea de “poder inherente” únicamente a aquello que hace a los fines u objeto del ente en cuestión (Marienhoff, 1990). De esta manera, el concepto de poder inherente encontraría

un límite cada vez que pretende ser ejercido para cuestiones que no se encuentran vinculadas a los fines de la institución del ente. En alguna medida, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece haber seguido esta misma línea de pensamiento tanto para los poderes implícitos⁵ como para los inherentes.⁶

Sin embargo, y si bien se trata de una alternativa interesante, el principio de especialidad no deja de ser una propuesta pensada para el derecho privado más que para el derecho público (Comadira y Escola, 2012). En efecto, algunos autores se valen de esta teoría para plantear alternativas que, en la práctica, igualan el régimen de capacidad del Estado al de las personas jurídicas privadas (Cassagne, 2018). De este modo, llegan a sostener que cuando el Estado actúa dentro de los límites del principio de especialidad, la competencia deja de ser la excepción y se convierte en la regla.

Si bien, tal como lo reconoció la Corte, el concepto de especialidad puede resultar útil para determinar cuestiones como la competencia de los entes reguladores de servicios públicos⁷ o el ámbito razonable de actuación de un tribunal administrativo,⁸ creo que no termina de ser eficaz a la hora de erigirse como criterio definitorio para delimitar la competencia de un poder del Estado.

Si se acepta lo sostenido por este tipo de teorías, estaríamos afirmando que, siempre que de alguna manera se esté en el ámbito de los fines por los cuales se instituyó un poder del Estado, la competencia de aquel poder debe suponerse. Es decir, en alguna medida deberíamos renunciar sin más a la idea de la vinculación positiva del Estado a la ley. En este punto, la propuesta se encuentra con el mismo límite constitucional del artículo 19 que señalamos previamente. En nuestro esquema constitucional que tiene por centro a la persona, la idea de que el principio es la libertad rige para los individuos, pero nunca para el Gobierno. Además, este postulado sigue siendo susceptible de las críticas realizadas previamente: no da respuesta respecto del nivel de generalidad o abstracción al que deben entenderse los fines perseguidos al momento de institución del ente. O al menos no es capaz de hacerlo cuando se trata de instituciones tales como el Poder Ejecutivo Nacional. Menos aún cuando ni siquiera se ha definido qué se entiende por “Poder Ejecutivo Nacional”. Cuando hablamos de una persona jurídica privada

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional*, 14/09/2000, Fallos: 323:2519.

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta*, 27/12/1990, Fallos: 313:1513; *Antinori*, 25/08/1998, Fallos: 321:2288; *Font, Jaime Andrés*, 15/10/1962, Fallos: 254:56.

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ángel Estrada*, 05/04/2005, Fallos: 328:651.

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ojeda, Domingo Antonio*, 27/11/1979, Fallos: 301:1103.

o de un ente regulador, la finalidad se encuentra medianamente delimitada. Pero cuando entramos en el ámbito de los poderes del Estado, la ecuación cambia por completo. La finalidad ya no es específica, sino completamente amplia. Así, por ejemplo, se sostiene que la finalidad de la administración pública es garantizar el bien común o el interés público (Cassagne, 2002; Comadira, 2019; Comadira y Escola, 2012; Marienhoff, 1995). Esto repercute de manera muy clara en la tesis de los poderes inherentes: si uno aumenta exponencialmente la importancia y amplitud de los fines, aumenta paralelamente el margen y la amplitud de las facultades. Más aún, si la delimitación de los fines es naturalmente genérica, igual han de serlo los límites a los poderes que se desprenden de ellos. ¿Qué facultad no estaría amparada o justificada por la búsqueda del *bien común*? La tesis de la especialidad aplicada a los poderes inherentes no da una respuesta satisfactoria sobre dónde trazar el límite. El principio de especialidad puede ser un parámetro idóneo para delimitar el ámbito de funcionamiento de ciertos entes con finalidades marcadas, pero deviene abstracto cuando se da el salto al ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, principalmente debido a lo general de sus fines.

Así, más allá de que pueda intentar reformularse de algún modo y de que, interpretado de buena fe, en algunos casos pueda efectivamente ser útil, el principio de especialidad termina por dejar la puerta abierta a interpretaciones que subvierten abiertamente la lógica de la competencia en el ejercicio de las facultades del Estado. La realidad demuestra que se trata de un parámetro demasiado amplio como para determinar el alcance de los poderes inherentes del Estado en el caso concreto. En este sentido, creo que la crítica de Gordillo (2017) a los “postulados de la permisión” de Linares también es extensible a la aplicación del principio de especialidad como parámetro limitador de los poderes inherentes del Estado. El autor explica que una interpretación no estricta del principio a la hora de analizar la competencia del Estado “sienta un grave fundamento para luego permitir jurisdicizar las intervenciones de los órganos públicos, cualquiera sea su contenido, con la sola necesidad de que su objeto sea congruente con lo que la norma le ha fijado” (Cap. XII, p. 11).

5. Algunas conclusiones

Más allá de las críticas que se le pueden hacer al postulado de los poderes inherentes del Estado desde perspectivas externas, en este breve comentario he intentado analizar si la tesis que los sostiene resulta del todo consistente desde el punto de vista de su estructura interna.

El “precio a pagar” por ello ha sido que, naturalmente, algunos de los argumentos más comprensivos y profundos para criticar la teoría han quedado sin utilizar. Para eso me remito a los trabajos mencionados al comienzo, que son sin duda más contundentes que el presente. Sin embargo, creo que también resulta interesante realizar el esfuerzo de cuestionar a las instituciones jurídicas y políticas desde su lógica interna, a fin de también poner a prueba su solidez conceptual y material.

Como valoración final, creo que la tesis de los poderes inherentes encuentra adherentes no tanto por su solidez desde el punto de vista conceptual y jurídico, sino más bien por cómo amplía el margen de acción del Poder Ejecutivo Nacional en la práctica. Sin que esto signifique una justificación, quizá su surgimiento como una herramienta *eficaz* para hacer frente a situaciones complejas fue lo que le permitió ser sostenida a pesar de que su aplicación se encontrara en abierta disidencia con el diseño de nuestro sistema constitucional y que su fundamentación contara con ciertas indeterminaciones sustanciales serias.

Independientemente de que en algunos casos puedan mostrarse como una herramienta eficaz, creo que, al final del día, esta clase de instituciones son un arma de doble filo, y con más filo de un lado que del otro. Por más que hoy puedan ser utilizadas con miras a una finalidad “aclamada” por la sociedad, nada impide que mañana sean explotadas como herramientas para saltar las limitaciones al poder establecidas por el constituyente o para llegar a conclusiones que la Constitución misma rechaza.

El constitucionalismo surgió justamente como una manera de limitar al poder político. Nuestra Constitución, en línea con la constitución norteamericana, diseñó un sistema de poderes enumerados y limitados (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2006). Afirmar que nuestro sistema constitucional incluye, en algún lado, facultades no expresadas que surgen de la misma esencia de los poderes del Estado termina por echar por tierra la lógica establecida por nuestros convencionales constituyentes. ¿Cuál sería el sentido de limitar al poder para luego introducir teorías que relativizan aquellos límites? Buena parte del sentido de tener una Constitución es contar con una ley que gobierne a aquellos que nos gobiernan (Barnett, 2016; García-Mansilla, 2022). La idea de que la enumeración de poderes contenida en nuestra Constitución no es taxativa, llevada a sus máximas implicancias, sería poco menos que reconocer jurídicamente la existencia de un leviatán por encima del derecho. Si el Poder Ejecutivo Nacional puede, a su juicio, disponer de ciertos poderes que no se encuentran en absoluto condicionados ni limitados por el texto constitucional, estamos

sin más ante el ejercicio de un *poder absoluto*. La Constitución le impone al Gobierno nacional la obligación de ejercer su poder en el marco de ciertos límites y de acuerdo a determinados mecanismos. La teoría de los poderes inherentes ayuda a saltarse esos límites y a evadir aquellos mecanismos. Y podríamos decir que, al hacerlo, “el derecho administrativo escapa a la idea de un gobierno de leyes (...) y de este modo ha deshecho rápidamente lo que tomó casi mil años en lograrse” (Hamburger, 2014, p. 689).

La teoría de los poderes inherentes permite salir de la lógica constitucional por arriba. No importa si la intención es buena o es mala, lo que importa es que crea la vía de escape. Hoy puede utilizarse de una manera. Mañana no lo sabemos. De este modo, se desdibuja la idea misma del constitucionalismo como límite al poder, y aquel concepto tan valioso de que “aquí hay una ley que está por encima del Rey y que ni siquiera él puede romper” (Churchill, 1956, pp. 256-257) corre el peligro de pasar a ser poco más que una frase bonita en un libro de historia.

La advertencia no es nueva, está claro, pero ojalá sí ayude para que se renueve el aprecio por las ventajas de la libertad y para que nos volvamos a decidir por la actividad en contraposición a la inercia. Porque “la razón de un pueblo que aspira a ser libre no se sazona sino con el tiempo” (Echeverría, 1970, p. 185), y creo que todavía no es demasiado tarde.

Bibliografía

- Aja Espil, J. A. (1987). *Constitución y poder*. Tipográfica Editora Argentina.
- Barnett, R. E. (2016). *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*. Harper Collins, Broadside Books.
- Borges, J. L. (1989). El idioma analítico de John Wilkins. En *Otras inquisiciones* (Obras completas, tomo II, pp. 84-88). Emecé Ediciones.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (7ª ed., tomo I). Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (2018). *Curso de derecho administrativo* (12ª ed., tomo I). La Ley (Thomson Reuters).
- Churchill, W. (1956). *History of the English-Speaking Peoples* (Vol. 1). Cassell.
- Cofone, I. (2012). Sobre la inconstitucionalidad de los poderes inherentes. *La Ley*, 2012-F, 917, AR/DOC/5384/2012.
- Comadira, F. G. (2019). Dictamen PTN 307:167. *El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad*, “La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable

- como potestad inherente a la función administrativa”, disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Comadira_-_Dictamen_PTN_307-167_Vf.pdf.
- Comadira, J. R. (2005). *Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado*. Ediciones Rialp.
- Comadira, J. R. (Coord.). (2012). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Delgado, S. (2019). El punto de vista en la Teoría del Derecho. *Revista de Derecho UCUDAL*, 2da época, 15(19), 143-155.
- Echeverría, E. (1970). *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*. La Torre de Babel/Perrot.
- García-Mansilla, M. J. (2022). El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. *Revista Jurídica Austral*, 3(2), 473-530. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.man>.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional. El gobierno de poderes enumerados y limitados*. Lexis Nexis.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2008). *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana* (1ª ed.). Virtudes Editorial Universitaria.
- Gordillo, A. A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General* (1ª ed., tomo I). Fundación de Derecho Administrativo.
- Hamburger, P. (2014). *Is Administrative Law Unlawful?* The University of Chicago Press.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3ª ed.). Oxford University Press.
- Hirschman, P.G. (1987). Los poderes implícitos del gobierno federal. En *Cinco Ensayos sobre Derecho Constitucional. Premio “Coca Cola en las Artes y las Ciencias”*. Luis Osvaldo Tedesco.
- Lawson, G. (2014). The Return of the King: The Unsavory Origins of Administrative Law. *Texas Law Review*, 93, 1521-1545.
- Linares, J. F. (1958). *Poder discrecional administrativo*. Abeledo Perrot.
- Linares, J. F. (1971). *La competencia y los postulados de la permisión*. RADA.
- Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., tomo I). Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (1995). *Tratado de Derecho Administrativo* (5ª ed., tomo I). Abeledo Perrot.
- Ramírez Calvo, R. (2003). Los Poderes implícitos e inherentes del presidente de los Estados Unidos de América y su influencia en el Derecho Público Argentino. Uso y abuso de la jurisprudencia estadounidense. *El Derecho*, (200).
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo VI, 2ª parte). Instituto de Investigaciones Históricas.
- Romero Verdún, I. F. (2022). La potestad anulatoria de la Administración Pública: ¿Un poder constitucionalmente implícito. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, (14), 89-135. <https://revistasdigitales.udes.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/160>.
- Story, J. (1891). *Commentaries on the constitution of the United States: with a preliminary review of history of the colonies and states before the adoption of the constitution*. Little, Brown and Company (5ª ed.).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peláez Victor s/habeas corpus preventivo*, 19/10/1995, Fallos: 318:1967.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional*, 14/09/2000, Fallos: 323:2519.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ojeda, Domingo Antonio*, 27/11/1979, Fallos: 301:1103.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta*, 27/12/1990, Fallos: 313:1513.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Antinori*, 25/08/1998, Fallos: 321:2288.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lino de la Torre*, 21/08/1877, Fallos: 19:231.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ángel Estrada*, 05/04/2005, Fallos: 328:651.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Font, Jaime Andrés*, 15/10/1962, Fallos: 254:56.
- Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176 (1803).