

Constitución y Administración (Una relación sustancial, compleja y difícil)

SUMARIO: I. PLANTEO. II. UNA ADMINISTRACIÓN FUERTE FRENTE A UNA CONSTITUCIÓN DEBILITADA. III. ¿UN NUEVA ADMINISTRACIÓN MENOS PODEROSA? IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEO

Mis primeras palabras en esta ocasión son de agradecimiento al Profesor Julio R. COMADIRA, quien ha tenido la gentileza de invitarme a participar en esta obra de homenaje al Catedrático Luciano PAREJO ALFONSO. Sinceramente, es motivo de orgullo para mí poder sumarme, junto a muchos juristas y compatriotas, en este merecido reconocimiento al maestro español.

Asimismo, no deben ser ajenas a esta introducción unas pocas reflexiones sobre las limitaciones de este trabajo. La primera de ellas es que sólo me referiré al Derecho argentino. Las relaciones jurídicas entre la Constitución y la Administración, o, si se prefiere, entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, es un tema común a todos los ordenamientos jurídicos y, precisamente por ello, es fácil tentarse con la exploración del Derecho comparado. Sin embargo, el necesario equilibrio de una obra colectiva exige una razonable extensión de los trabajos que la componen, lo que desaconseja esta opción.

En segundo lugar, no es menos cierto tampoco que, aun concentrándonos en un solo sistema, la cuestión sigue ofreciendo tan vastos al-

cances que, me atrevería a decir, se extiende a lo largo de todo el Derecho Público de cualquier país. En la Argentina, por lo pronto, una temática tan compleja y polifacética como la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo tiene enclave preciso entre la Constitución y la Administración. Y los ejemplos podrían continuar en cantidad. Pensemos en las otras competencias administrativas que la Constitución encomienda al Presidente, o bien en las que le asigna al Jefe de Gabinete de Ministros. Fuera de ello hay capítulos enteros del Derecho Administrativo que comienzan en la Constitución. La regulación de los servicios públicos, por ejemplo, que arranca en el artículo 42. El debido proceso adjetivo, tutelado por el artículo 1.º, inciso f), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos¹, tiene fundamento constitucional. Igual fundamento posee el principio de responsabilidad del Estado. Y, finalmente, para no abundar en más ejemplos, menciono el principio de legalidad, pilar esencial de la actuación legítima de toda organización administrativa.

En fin, no hay manera alguna de separar la Administración de la Constitución y todo intento en tal sentido, además de vano, sería anti-jurídico. Ello me pone, pues, ante la encrucijada de referirme en forma general a las bases constitucionales del Derecho Administrativo o bien de abordar alguna cuestión en particular. Lo primero ya se ha hecho y en abundancia. Lo segundo quitaría a esta contribución el carácter general que creo debe tener. Voy a optar, entonces, por la primera alternativa, con todos los riesgos que para la originalidad tiene recorrer un camino muy transitado. Para ello he de valerme de la recomendación formulada por Santiago RAMÓN Y CAJAL, en su discurso de incorporación a la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de Madrid, el 5 de diciembre de 1897: «no hay temas agotados sino en todo caso personas agotadas de determinados temas»².

Y me parece que uno de los temas aún no agotados, al menos entre los argentinos, es el de la contención de la Administración por parte de la Constitución. Si la misión esencial de toda Constitución es la contención de los poderes públicos, como medio de preservar los derechos de los ciudadanos (la vieja tensión entre autoridad y libertad), debemos admitir que, de los tres poderes, el más difícil de contener siempre es el Ejecutivo. Su carácter unilateral, su fuerza expansiva y residual, etc., colaboran para que sea el órgano más fuerte del Estado, a quien por lo

¹ Ley 19549; BO 27-04-1972.

² Como es bien sabido, en este célebre discurso, al que tituló *Los tónicos de la voluntad: reglas y consejos sobre la investigación científica*, Ramón Y CAJAL pretendía combatir los errores en los cuales había caído la investigación científica en España hacia fines del siglo XIX, los cuales, a su juicio, no provenían de la falta de talento, sino de ciertos defectos en la voluntad de los investigadores.

demás administra, lo que le permite asegurarse la porción más importante del Presupuesto y poseer la mayor de las burocracias.

Podría decirse, entonces, que uno de los elementos tipificantes de la relación entre la Constitución y la Administración es la contención de las facultades de esta última. No es exagerado por ello sostener que la tarea esencial del Derecho Público es limitar la discrecionalidad del poder. Para satisfacer esta finalidad, cada Constitución diseña un modelo de Administración que, en la Argentina, tradicionalmente, ha respondido al sistema presidencialista. Este modelo, sin embargo, sufrió un cambio importante en 1994. El tema de esta contribución girará entonces en torno a lo que, a mi entender, constituye la cuestión central de las relaciones entre la Constitución y la Administración en la Argentina actual: el intento de recrear la Administración Pública planteado por la reforma constitucional de 1994 y su estado actual.

II. UNA ADMINISTRACIÓN FUERTE FRENTE A UNA CONSTITUCIÓN DEBILITADA

Para decirlo muy sencillamente, las bases constitucionales de la Administración Pública, según la Constitución de 1853, que se hallaba vigente en 1994³, tenían dos ejes centrales: a) el modelo presidencial de los Estados Unidos, y b) su deformación por el caudillismo latinoamericano. Esto quiere decir que si bien habíamos adoptado un sistema constitucional donde el eje de la decisión política debía residir en el Congreso, con un Presidente dotado de facultades específicamente enumeradas, lo cierto es que la realidad alteró profundamente este esquema teórico. El Presidente argentino y la Administración que lo secunda siempre tuvieron en sus manos el eje de la política sin un control efectivo del Congreso. Obviamente, explicar las razones de este fenómeno exceden mis posibilidades en esta ocasión, pero son fácilmente imaginables pues tienen denominadores comunes desde Méjico hasta la Argentina.

Habíamos experimentado entonces los efectos del llamado «hiper-presidencialismo», con el consiguiente aumento de poder burocrático del Ejecutivo. Teníamos así una Administración fuerte frente a una Constitución debilitada. Basta un ejemplo provisto por el propio Derecho Administrativo para entender esta realidad. Bien es sabido que el Presidente y los órganos que componen la Administración tanto pue-

³ Fue reformada significativamente en 1860 con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, segregada en el Congreso Constituyente de 1853, pues no aceptó la federalización de la renta aduanera del puerto de Buenos Aires, de modo tal que algunos autores suelen hablar de la Constitución de 1853/1860.

den actuar en forma general (reglamentos) como en forma individual (actos administrativos). No es menos cierto que la primera de estas formas tiene mayores peligros para la libertad individual que la segunda. En primer lugar, alcanza a un número indeterminado de individuos. Asimismo, compete con el Congreso, a quien le corresponde legislar en forma originaria. Finalmente, esta legislación emanada de la Administración posee un déficit democrático esencial, pues en la mayoría de los casos no proviene de personas elegidas por el sufragio popular.

Todo ello haría suponer que el Derecho Administrativo argentino, entendido como la suma de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, había concentrado sus esfuerzos intelectuales y prácticos en limitar las facultades del Presidente y de la Administración en la expedición de reglamentos. Así lo hicieron en los Estados Unidos, donde la sanción de un reglamento está rodeada de una serie de procedimientos de consulta, audiencias públicas y revisiones judiciales previas que tienden, precisamente, a contrarrestar el déficit democrático de una legislación que no procede de los representantes del pueblo, pero que, sin embargo, tiene una aplicación —en muchas ocasiones— más directa e inmediata que las leyes del Congreso⁴.

Pues bien, en la Argentina ha ocurrido todo lo contrario. Entre nosotros se ha desarrollado un excelente mecanismo de seguridad para la emisión de los actos administrativos, el cual, suponiendo que se cumple —y ya es mucho suponer—, ofrece al ciudadano un manojito de garantías administrativas y judiciales adecuadas para su protección⁵. No se han implementado, en cambio, iguales garantías o protecciones ciudadanas frente a la emisión de un reglamento, el cual constituye sencillamente un acto de voluntad de un funcionario administrativo, que no está sujeto a control ni publicidad alguna previos a su emisión. Esta disparidad en el tratamiento jurídico de las dos formas de actuación del Presidente y de sus funcionarios administrativos constituye un claro ejemplo del poder (político y administrativo) de una legislación organizada para controlar lo menos y dejar las manos libres para lo más.

Ciertamente, esto tiene una explicación —no una justificación— en la mezcla de fuentes que se produjo en el Congreso Constituyente de 1853 y vale la pena mencionarla pues ella está en el corazón de la problemática aquí abordada. En el Congreso de 1853 se dieron cita dos

⁴ Una buena explicación de cómo funciona el sistema de emisión de los reglamentos en Estados Unidos puede verse en S. Jeffrey LUBBERS, *Rulemaking*, American Bar Association, 3rd. edition, 1998.

⁵ El estudio del acto administrativo en la Argentina ha merecido numerosos trabajos. Por todos ellos cito: Juan Carlos CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, y Julio R. COMADIRA, *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

personalidades centrales del Derecho Constitucional argentino, una de las cuales, curiosamente, estaba ausente. José Benjamín GOROSTIAGA, por un lado, redactor principal del proyecto de Constitución, quería sancionar en la Argentina la Constitución de los Estados Unidos. Admiraba profundamente el modelo norteamericano, que ya funcionaba con éxito, y creía –con alguna ingenuidad– que podía ser trasplantado aquí con igual fortuna. Su competidor era Juan Bautista ALBERDI, ausente físicamente en el Congreso, pero presente allí a través de su influyente proyecto de Constitución, que había elaborado bajo la impronta de la Constitución argentina de 1826 y la chilena de 1833, las cuales a su vez acusaban la presencia intelectual de la Constitución de la Monarquía española sancionada en Cádiz en 1812, que otorgaba al Rey la facultad de «*expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes*» (artículo 170, inciso primero).

Del proyecto de ALBERDI se tomó esta disposición de cuño español, que quedó incorporada desde entonces en la Constitución argentina y que no se compadece con el sistema de los Estados Unidos, donde tal facultad no está encomendada al Presidente. Por el contrario, al mandatario norteamericano la Constitución le atribuye «*cuidar que las leyes sean debidamente ejecutadas*»⁷, lo que significa que carece de la facultad reglamentaria fuerte que el Rey español poseía y que hoy la Constitución de 1978 otorga al Gobierno (artículo 97). A todo ello se suma que el propio ALBERDI aconsejó la existencia de un Presidente fuerte, diciendo, «*en cuanto a su energía y vigor el poder ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para que es instituido ... dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución*»⁸. ALBERDI no cita a HAMILTON, pero su coincidencia con el pensador norteamericano en este punto es llamativa. Decía HAMILTON: «La energía en el Ejecutivo es un signo dominante en la definición de un buen gobierno»⁹. Naturalmente, debemos recordar que HAMILTON, representante del Estado de Nueva York en la Convención de Filadelfia, había propuesto un sistema constitucional, con marcada influencia británica, muy diferente al que finalmente fue adoptado en 1787.

⁶ En la Constitución de 1853 estaba presente en el artículo 86.2 y actualmente está en el artículo 99.2.

⁷ «... *he shall take care that the laws be faithfully executed*». (Artículo II, Sección 3).

⁸ Juan Bautista ALBERDI, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina Capítulo XXV*. Obra escrita en Valparaíso, Chile, durante su destierro bajo el Gobierno de Juan Manuel de Rosas, en 1852.

⁹ Energy in the Executive is a leading character in the definition of good government. *The Federalist*, n.º 70.

Esta fortaleza constitucional del Presidente argentino fue reforzada por la propia Constitución¹⁰, por la dinámica política y, además –por si hacía falta–, por obra de la jurisprudencia. En efecto, la Corte Suprema, al interpretar los límites de la potestad reglamentaria del Presidente bajo el artículo 86.2, ha sido tradicionalmente muy complaciente. Ello puede verse a través de una línea jurisprudencial que comienza en 1928 y se extiende hasta nuestros días. El primer caso que lo atestigua es *Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.*¹¹, donde la demandada impugnaba el Decreto reglamentario de la Ley 11252, señalando que la Ley en cuestión establecía un impuesto sobre las primas de seguros que debían pagar solamente las compañías aseguradoras no radicadas en el país, mientras que la reglamentación había extendido el tributo a los particulares que también estaban en esas condiciones. La Corte, si bien admitió que el Decreto no era aplicable a la recurrente pues no era un particular, por vía de *obiter* convalidó la reglamentación diciendo: «*Que de acuerdo con el texto expreso de la cláusula constitucional que se dice vulnerada en el caso, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, pero no puede alterar su espíritu con dichas reglamentaciones; enunciado que importa, en otros términos, de acuerdo con preceptos generales de la exégesis más estricta, que los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva, y en consecuencia, procede establecerse en general, desde luego, que no vulneran el principio constitucional de que las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes cuando esa reglamentación se dicte “cuidando”, para usar el vocablo de la Constitución, de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes hayan sido sancionadas*»¹².

Algunos años después volvió a convalidar la constitucionalidad de otro Decreto con iguales razonamientos en *María F. de Salmón*¹³. La norma cuestionada era la Reglamentación General de Impuestos Internos en cuanto establecía ciertas presunciones de fraude a las disposiciones de la Ley reglamentada. Dijo la Corte que «... *el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria constitucional, cuando simplemente*

¹⁰ En los Estados Unidos el nombramiento de los ministros requiere del acuerdo del Senado (Constitución, Artículo II, Sección 2, Cláusula 2). En la Argentina esta facultad fue y sigue siendo un resorte presidencial exclusivo. La Constitución de 1853 (artículo 86.10) decía: «... *por sí solo* (el Presidente) *nombra y remueve los ministros del despacho*».

¹¹ Fallos 151-5 (1928).

¹² Fallos 151, en p. 33.

¹³ Fallos 178-224 (1937).

*se aparta de la estructura literal de la ley siempre que se ajuste al espíritu de la misma; y el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva»*¹⁴. Igual criterio surge de la causa *Pérez y González*¹⁵, seguida por infracción a la Ley 12591, cuyo Reglamento exigía colocar carteles identificatorios del precio y categoría a la cual pertenecían en los artículos objeto de la regulación legal. Dijo el Tribunal: *«Esta Corte ha decidido de manera reiterada que el P.E. no excede la facultad reglamentaria que le acuerda el art. 86, inc. 2.º de la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales: propendan al mejor cumplimiento del fin de aquella o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajusten así en definitiva, a su espíritu»*¹⁶. De igual manera, en *Julio L. Bustos S.R.L. c. Nación Argentina*¹⁷, donde se discutía la constitucionalidad de una reglamentación aduanera que eliminaba la exención de pago de derechos aduaneros para ciertos productos contemplados genéricamente en la Ley 11588, la Corte resolvió a favor de la constitucionalidad de la norma diciendo: *«... como lo tiene decidido este Tribunal, en forma reiterada, no excede aquél la facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquella o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajustan así, en definitiva, a su espíritu»*¹⁸. Más tarde, en *Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c. E. Flaibán S.A.*¹⁹, se declaró la constitucionalidad de la reglamentación que exigía pagar la contribución patronal a la obra social de una asociación profesional de trabajadores. La Corte repitió en este caso lo que ya se había convertido por entonces en un cliché habitual: *«Los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando ... de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas»*²⁰.

¹⁴ Fallos 178, en p. 226.

¹⁵ Fallos 200-194 (1944).

¹⁶ Fallos 200, en p. 195.

¹⁷ Fallos 232-287 (1955).

¹⁸ Fallos 232, en p. 293.

¹⁹ Fallos 244-309 (1959).

²⁰ Fallos 244, en p. 312.

De la reseña anterior surge que hacia 1960, es decir, poco más de treinta años después del fallo que inicia esta serie, la Corte tenía ya consolidado, como principio, que *los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva.*

Parecería, sin embargo, que hasta la década de 1990 a nadie había perturbado demasiado esta preeminencia ejecutiva. Si bien es un clásico de la literatura jurídica argentina referirse a los poderes extralimitados del Presidente, esta condena no había trascendido los cenáculos académicos²¹. Fue con ocasión de la prolongada presidencia de Carlos S. Menem (1989-1999) que la cuestión adquirió dimensión periodística y se convirtió en bandera política. Menem, al igual que sus predecesores, empleó como herramienta de gobierno el llamado Decreto de Necesidad y Urgencia, esto es, el reglamento que sustituye a la ley frente a una emergencia. Sin embargo, el uso constante de este instrumento y su tolerancia pacífica y entusiasta por parte de la Corte Suprema²², sumado a un ejercicio muy personal del mando presidencial, convencieron de la necesidad de imponer limitaciones al Ejecutivo.

La ocasión se hizo propicia con la reforma constitucional de 1994. Elegido bajo la Constitución de 1853, Menem, a fines de 1993, transitaba el cuarto año de su mandato y no podía ser reelegido. Decidió, entonces, promover la convocatoria de una Convención Constituyente con el deliberado propósito de remover de la Constitución aquel obstáculo. Sus opositores políticos vieron allí la posibilidad de tomar algún partido de ello y uno de los puntos neurálgicos de la Convención fue la limitación de las facultades presidenciales. Veamos entonces cómo fue diseñado el nuevo esquema de la Administración a partir de 1994.

III. ¿UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN MENOS PODEROSA?

Bajo la Constitución de 1853 el Presidente argentino ejercía la suma del poder administrador. La simple lectura del artículo 86.1, según el cual el Presidente «es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la Administración general del país», es suficiente para dar una idea del poder presidencial. En tal carácter era el ejecutor del Presu-

²¹ Una buena reseña de estas opiniones puede encontrarse en Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2.ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, T. 9, pp. 591 y ss.

²² *Peralta c. Gobierno Nacional*, Fallos 313-1513 (1990).

puesto, nombraba todos los empleados y funcionarios de la Administración, promulgaba las leyes, etc. A renglón seguido, en el inciso siguiente, la Constitución le atribuía las facultades reglamentarias tomadas de la Constitución española de 1812 antes mencionada. Asimismo y sumando facultades, la Corte Suprema siempre le reconoció la facultad (implícita) de expedir reglamentos delegados, diferentes de los anteriores, es decir, de los reglamentos ejecutivos. Por último, era el jefe inmediato y local de la Capital Federal, esto es, de la Ciudad de Buenos Aires, el distrito urbano más grande del país, cuyo presupuesto, además, es superior al de la mayoría de las provincias. Esta facultad le permitía al Presidente de la Nación nombrar y remover al Intendente Municipal, asegurándose así que en el gobierno de la Capital Federal hubiera un funcionario de su partido.

Este panorama cambió formalmente a partir de 1994. En sustancia, el reparto constitucional luego de la reforma es el siguiente:

1. Administración del país.

- a) La función de administrar el país, esto es, la «administración general del país», que otrora ejercía el Presidente, fue encomendada a un nuevo órgano, el Jefe de Gabinete de Ministros, un funcionario administrativo elegido y removido de su cargo por el Presidente, pero políticamente responsable ante el Congreso (artículos 99.7 y 100).
- b) El Presidente es ahora el Jefe del Gobierno y el «responsable político de la administración del país» (artículo 99.1).

2. Función reglamentaria.

- a) El Presidente continúa ejerciendo la función reglamentaria de las leyes.
- b) El Congreso continúa delegando en el Presidente la facultad de emitir reglamentos delegados, pero éstos poseen ahora limitaciones constitucionales específicas.
- c) Se ha otorgado rango constitucional a los Decretos de Necesidad y Urgencia, que son expedidos por el Presidente, con limitaciones en cuanto a su materia²³ y procedimiento de sanción²⁴; poseen, a su vez, un control posterior del Congreso (artículo 100.3)²⁵.

²³ No pueden recaer sobre materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos.

²⁴ Deben ser emitidos en acuerdo general de ministros y luego deben ser remitidos inmediatamente al Congreso (artículo 99.3).

²⁵ Se ha previsto constitucionalmente la existencia de una Comisión constituida por ambas Cámaras del Congreso para revisar los Decretos de Necesidad y Urgencia.

3. Nombramientos.

El Presidente sigue ejerciendo la facultad de nombrar y remover por sí a todos sus ministros; en cambio, el Jefe de Gabinete nombra y remueve a todos los funcionarios cuyo nombramiento no esté específicamente adjudicado al Presidente (artículo 100.3).

4. Recaudación impositiva y ejecución del presupuesto.

- a) El Jefe de Gabinete recauda las rentas de la Nación y ejecuta el Presupuesto.
- b) Se ha constitucionalizado el régimen de la coparticipación federal de impuestos.

5. Otros.

- a) Se le ha dado rango constitucional, bajo la órbita del Congreso, a la llamada Auditoría General de la Nación, un órgano de control patrimonial del sector público (artículo 85).
- b) El gobierno de la Capital Federal es autónomo y ha dejado de estar bajo la órbita de la Administración nacional (artículo 129).

Luego de esta reseña, ¿puede decirse que la Administración fuerte de antaño es ahora más débil y que la Constitución ejerce mejor su misión de contenerla? Mi respuesta sobre este punto es negativa y creo encontrar para ello dos tipos de causas: a) lo que dispone la propia Constitución, y b) la dinámica posterior.

En relación con lo primero, si bien tenemos que la Administración nacional desde un punto de vista jurisdiccional se mantiene igual, salvo la pérdida de la Capital Federal, sus funciones, en cambio, otrora concentradas en el Presidente, ahora están divididas entre éste y el Jefe de Gabinete. Ello no ha contribuido a restarle poder a la Administración; en todo caso, parecería que el Presidente ha perdido parte de su poder. Pero tampoco esto último es estrictamente cierto. El Jefe de Gabinete es un órgano en el cual la Constitución ha desconcentrado una parte importante de las funciones que antes ejercía exclusivamente el Presidente; sin embargo, no es un órgano autónomo. Por el contrario, es un subordinado político y administrativo del Poder Ejecutivo, que lo nombra y remueve discrecionalmente. Todo ello significa que formalmente la Constitución ha logrado crear un nuevo órgano con facultades vedadas al Presidente, quien no podría reclamar sobre ellas una avocación, pero en la práctica la independencia entre Jefe de Gabinete y Presidente

no existe. No hay un cogobierno de dos funcionarios responsables ante el electorado, sino una administración distribuida entre un jefe y su subordinado. Se ha llegado a sostener, incluso, desde el más alto organismo asesor de la Administración, que el Jefe de Gabinete se comporta como un ministro más²⁶, bien que esa tesis ha sido adecuadamente refutada²⁷.

Tampoco ha contribuido a restar facultades del Ejecutivo la constitucionalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Por el contrario, a mi juicio, ello implica que la Constitución los considera un instrumento valioso en la medida en que se mantengan dentro de los límites trazados por ella. Lo mismo puede predicarse de la elevación a rango constitucional del sistema de coparticipación federal de los impuestos. Se trata de un sistema originalmente creado legalmente al margen de la Constitución y nacido como consecuencia de que el Gobierno Federal percibía los impuestos directos²⁸ que aquella ponía en cabeza de las provincias; por ejemplo, el Impuesto a las Ganancias. Estos impuestos percibidos por la Nación luego eran distribuidos por ella entre las provincias, creándoles así una gran dependencia económica. La reforma de 1994, lejos de abandonar esta práctica, le dio el más alto rango jurídico, otorgando al Jefe de Gabinete, esto es, a la Administración nacional, una nueva fuente de poder ahora legítimo.

Desde el punto de vista de la dinámica constitucional posterior a la reforma, la concentración de facultades en la Administración se ha mantenido en un grado similar al anterior y la delegación legislativa constituye un buen ejemplo de ello. Ya mencioné que la reforma constitucional apuntó a morigerar las facultades presidenciales, estableciendo en el artículo 76 los límites de esta delegación. Sin embargo, el Congreso ha hecho uso constante de la delegación, especialmente en casos de emergencia.

Para comprender este fenómeno es suficiente hacer mención de las facultades delegadas en el Poder Ejecutivo por las tres principales leyes de emergencia que el Congreso ha sancionado en los años 2000-2002, es decir, la Ley 25344 de noviembre de 2000²⁹; la ley 25414, de marzo de 2001, ya citada, y la Ley 25561, de enero de 2002³⁰. Un simple repaso a

²⁶ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen n.º 90/97, del 21/7/1997, expediente 79.414/85; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dictámenes T. 222, p. 53.

²⁷ Dictamen del Dr. Julio R. COMADIRA, publicado en *Revista del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, T. 234, p. 33.

²⁸ En la Argentina se entiende por directos aquellos que no pueden ser trasladados a un consumidor final.

²⁹ BO 21-11-00.

³⁰ BO 7-01-02.

las facultades delegadas por estas normas permite comprender la magnitud de los poderes acordados al Presidente por el Congreso, bajo la segunda de las excepciones previstas en el artículo 76.

La Ley 25344 delegó en el Poder Ejecutivo:

- i) Disponer la rescisión de los contratos, sean de obra, de servicios, de suministros, de consultoría o de cualquier otro tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, celebrados con anterioridad al 10 de diciembre de 1999 por el sector público (artículo 2).
- ii) Emitir bonos de consolidación (artículos 16 a 18).
- iii) Proponer y efectivizar el saneamiento de la situación económica financiera verificada a la fecha de promulgación de la presente Ley entre cada una de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional (artículo 19).

La Ley 25414 fue mucho más amplia, pues autorizó al Poder Ejecutivo (artículo 1, apartado II) a ejercitar amplias facultades impositivas y de desregulación:

- i) Crear exenciones, eliminar exenciones excepto aquellas que benefician los consumos que integran la canasta familiar o las economías regionales, Sociedades Cooperativas, Mutuales, Asociaciones y Obras Sociales Sindicales;
- ii) Disminuir tributos y tasas de orden nacional, con el objeto de mejorar la competitividad de los sectores y regiones y atender situaciones económico-sociales extremas.
- iii) Autorizar la devolución, acreditación o compensación con otros tributos de los saldos a favor a que se refiere el primer párrafo del artículo 4 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado (t.o. 1997), así como regímenes de regularización y facilidades de pago.
- iv) Modificar los procedimientos aduaneros, tributarios o de recaudación previsional al solo efecto de otorgar a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires igual tratamiento que al Estado Nacional en su condición de personas de Derecho Público –a condición de reciprocidad– con el objeto de mejorar la recaudación, reducir la evasión y evitar el contrabando.
- v) Crear tasas o recursos no tributarios con afectación específica para el desarrollo de proyectos de infraestructura, los que serán definidos con criterio federal y distribución equitativa en todo el territorio nacional, respetando la rentabilidad económico-social de las obras y siempre que la percepción de las tasas o recursos no tributarios se efectúe con posterioridad a la habilita-

- ción de las obras, salvo que sea para reducir o eliminar peajes existentes.
- vi) Establecer medidas tributarias especiales, tales como diferimientos, reintegros, deducciones, regímenes especiales de amortización y/o bonificaciones de impuestos en los departamentos provinciales cuya crisis laboral, en general, derive de la privatización de empresas públicas. El Poder Ejecutivo nacional deberá establecer las características y condiciones para ser considerados como tales.
 - vii) Dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía³¹.

Por último, la Ley 25561 delegó estas facultades:

- i) Establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias disponiendo medidas para: a) disminuir el impacto producido por la modificación de la relación de cambio; b) que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas, y c) preserven el capital de los ahorristas, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero (artículos 2 y 6).
- ii) Renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de Derecho Público, comprendidos, entre ellos, los de obras y servicios públicos (artículo 8)³².
- iii) Regular transitoriamente los precios de insumos, bienes y servicios críticos, a fin de proteger los derechos de los usuarios y consumidores de la eventual distorsión de los mercados o de acciones de naturaleza monopólica u oligopólica (artículo 13).

A toda esta abundante enumeración debe agregarse un dato más. La Ley 25561 se ocupó de sentar las bases de la delegación, tal como exige el artículo 76 de la Constitución. Estas bases —que parecen más

³¹ En este caso, se prohibía toda derogación, modificación y suspensión de la Ley de Convertibilidad, n.º 23928; de los Códigos Civil, de Minería y de Comercio, o en materia penal, tributaria, laboral del sector público y privado, salud, previsional, de las asignaciones familiares; la Ley Marco Regulatorio del Empleo Público (n.º 25164) y la Ley n.º 25344, de Emergencia Pública, en lo referido al pago de la deuda previsional con Bonos Bocón III, contenidos en el artículo 13 de la mencionada Ley.

³² A tal fin debían tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

bien objetivos— están enunciadas en el artículo 1 de la Ley en forma sumamente amplia. La norma, luego de declarar la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delega en el Poder Ejecutivo nacional las facultades antes citadas, «con arreglo a las bases que se especifican seguidamente»:

1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios.
2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales.
3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública.
4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario.

Si sumamos, entonces, las facultades otorgadas por la Ley 25561 y las bases (límites) puestas en ella, tenemos que la delegación legislativa posee alcances muy vastos. Si agregamos, además, las tres Leyes anteriores, el cuadro que ofrecen las dos excepciones al artículo 76 nos hace dudar de si realmente —según la legislación sancionada entre 1999-2002— puede decirse que la delegación legislativa está prohibida.

También es evidente, y abona lo dicho más arriba acerca de la unificación de hecho entre el Presidente y el Jefe de Gabinete, la existencia de delegaciones en este último, cuando la Constitución sólo las autoriza a favor del Poder Ejecutivo. Ya vimos que, según el artículo 100.7, el Jefe de Gabinete tiene a su cargo la ejecución del Presupuesto nacional. Pues bien, como consecuencia de esta atribución, el Congreso ha delegado en él una serie de facultades que aparecen en la Ley de Presupuesto y también en otras. Así, por ejemplo, la Ley 25565 (Presupuesto 2002)³³ delega una serie de facultades de ejecución presupuestaria en el Jefe de Gabinete y luego, en el artículo 58, establece: «*Las facultades otorgadas por la presente Ley al Jefe de Gabinete de Ministros podrán ser asumidas por el Poder Ejecutivo Nacional, en su carácter de responsable político de la administración general del país y en función de lo dispuesto por el inciso 10 del artículo 99 de la Constitución nacional. Asimismo, déjase establecido que el Jefe de Gabinete de Ministros podrá delegar las facultades conferidas por la presente Ley, en el marco de las competencias asignadas por la Ley de Ministerios.*»

De igual modo, la Ley 25452 (Ley de subsidio a favor de la Fundación de la Hemofilia)³⁴ facultó al Jefe de Gabinete a reasignar partidas

³³ BO 21-03-02.

³⁴ BO 06-08-01.

presupuestarias correspondientes a la Jurisdicción 80, Ministerio de Salud, destinadas a otorgar un subsidio de 2.000.000 de dólares a favor de la Fundación de la Hemofilia, para ser distribuidos a los pacientes con hemofilia infectados con el virus HIV y a sus causahabientes. Tenemos aquí dos ejemplos típicos de delegación en el Jefe de Gabinete, bien que tienen fundamento en la facultad constitucional de ejecutar el Presupuesto.

Pero también la Ley 25237 (Presupuesto 2000)³⁵, cuyo artículo 59 se refiere a las tasas que percibe la Inspección General de Justicia, dice en su segunda parte: «*Facúltase a la Jefatura de Gabinete de Ministros a partir de la vigencia de la presente ley a fijar los valores o en su caso escalas a aplicar para determinar el importe de dichas tasas, como así también a determinar los procedimientos para su pago y las sanciones a aplicar en caso de su incumplimiento*». Ya no nos encontramos aquí ante una facultad típica de ejecución presupuestaria, sino de fijación de la alícuota de una tasa.

Asimismo, la norma constitucional no ha impedido que el Congreso indique específicamente cuál será el órgano administrativo que actúe como autoridad de aplicación, delegando directamente en él las facultades legales. La Ley 25453 (Ley de déficit cero), en el artículo 16, instituyó a tal efecto conjuntamente a los Ministerios de Economía y de Trabajo, Empleo y Recursos Humanos, en lo que fuera materia de su competencia. La Ley 25380 (Régimen para las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen de productos alimentarios y agrícolas) estableció en el artículo 34 que la autoridad de aplicación sería la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación.

Encontramos también algunas delegaciones en entidades autárquicas. Por ejemplo, la Ley 25413 (Ley de competitividad)³⁶ estableció un impuesto del seis por mil sobre los créditos y débitos efectuados en cuentas –cualquiera fuera su naturaleza– abiertas en las entidades financieras (artículo 1). Luego, en el artículo 6, dispuso que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) establecería los plazos, forma y oportunidad de los pagos correspondientes a dicho impuesto. También encontramos delegaciones en el Banco Central, cuya Carta Orgánica prevé la delegación en él de ciertas facultades. El artículo 29 de aquélla, conforme la redacción establecida en la Ley 25562³⁷, dice: «*El Banco Central de la República Argentina deberá: ... b) Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija*».

³⁵ BO 10-01-00.

³⁶ BO 26-03-01.

³⁷ BO 08-02-02.

Algunas leyes, incluso, generan algunas dudas sobre cuál es el órgano delegado, ya que se menciona al Poder Ejecutivo pero, inmediatamente, el Congreso indica específicamente qué órgano de la Administración ejercerá la facultad delegada. La Ley 25649 (Ley de promoción de medicamentos por su nombre genérico)³⁸ establece en su artículo 8 que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, será el organismo encargado de controlar el cumplimiento de la Ley, e inmediatamente después el artículo 9 encomienda directamente a la «autoridad sanitaria nacional» elaborar –dentro de los sesenta días de promulgada la Ley– un vademécum en el que se ordenarán las especialidades medicinales genéricas o formas comerciales autorizadas. Es el caso también de la Ley 25404 (Ley de protección de las personas con epilepsia)³⁹, cuyo artículo 9 establece que: «*El Poder Ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Salud en su calidad de autoridad de aplicación de la presente, llevará a cabo un programa especial en lo relacionado con la epilepsia, que tendrá los siguientes objetivos, sin perjuicio de otros que se determinen por vía reglamentaria: ... b) Dictar las normas que desde el ámbito de su competencia permitan el mejor cumplimiento del objeto de la presente.*».

Mayores dudas aún genera, por ejemplo, la Ley 25415 (Programa de detección y atención de la hipoacusia)⁴⁰, cuyo artículo 4 crea el Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia en el ámbito del Ministerio de Salud. Según esta misma norma, el Programa tendrá, entre otros objetivos: «*Establecer, a través del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica, las normas para acreditar los servicios y establecimientos incluidos en la presente ley, los protocolos de diagnóstico y tratamiento para las distintas variantes clínicas y de grado de las hipoacusias*» (inciso g).

Vale la pena detenerse también en la actitud del Congreso y de la Corte Suprema ante los Decretos de Necesidad y Urgencia. Recordemos para ello que la reforma constitucional en esta materia actuó en tres campos: a) reconoció expresamente la posibilidad de dictar decretos con sustancia legislativa cuando ciertas circunstancias hagan imposible la actuación del Congreso; b) les impuso ciertos límites en razón de la materia, y c) estableció un procedimiento para su dictado. En relación con esto último, el artículo 99.3 de la Constitución, en lo que aquí interesa, dispone: «*El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de*

³⁸ BO 19-09-02.

³⁹ BO 03-04-01.

⁴⁰ BO 03-05-01.

las representaciones políticas de cada cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso».

En primer lugar, la ley que menciona la Constitución, hoy día, a diez años de la reforma, no ha sido sancionada todavía. Ello ha sido razonablemente suplido por la Corte Suprema, quien, en definitiva, ha establecido un mecanismo de control que nada ha variado en relación con el período anterior a la reforma, lo que puede verse a través de varios fallos. Tal, por ejemplo, en el caso *Verrocchi c. Poder Ejecutivo Nacional*⁴¹, originado con motivo de los Decretos 770/96 y 771/96⁴², que suprimieron asignaciones familiares a los trabajadores que percibieran remuneraciones superiores a mil pesos. El fallo, por una mayoría de 5-3⁴³, declara la inconstitucionalidad de los Decretos, pero es interesante ver cómo se forman la mayoría y la minoría, y detectar las argumentaciones vertidas en cada voto acerca de la intervención legislativa posterior exigida por el artículo 99.3 de la Constitución. Un primer grupo dentro de la mayoría, integrado por los jueces Belluscio, Bossert y Fayt, entiende que el control constitucional no queda inhibido por la ausencia de la ley que prevé el artículo 99.3. Dicen sobre el particular: «Que contrariamente a lo que sostiene el recurrente, la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99, inc. 3, párrafo cuarto *in fine*) no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación»⁴⁴. Dentro de la mayoría, también el juez Boggiano⁴⁵, en un voto con disidencia de fundamentos, se pronuncia por la inconstitucionalidad de los Decretos, y admite la posibilidad de ejercer control aun en ausencia de la ley reglamentaria del artículo 99.3. Completa el fallo el voto del juez Petracchi⁴⁶, en cuya opinión está vedado al Poder Ejecutivo dictar decretos de necesidad y urgencia mientras no se haya sancionado la ley reglamentaria aludida⁴⁷. Por último, la

⁴¹ Fallos 322-1726 (1999).

⁴² BO 16-07-96.

⁴³ En la mayoría votaron los jueces Belluscio, Fayt, Bossert, Petracchi y Boggiano. En la minoría lo hicieron los jueces Nazareno (Presidente), Moliné O'Connor y López. No suscribe la sentencia el juez Vázquez.

⁴⁴ Considerando 11.º, Fallos 322, en p. 1737.

⁴⁵ Fallos 322, en pp. 1743-1746.

⁴⁶ Fallos 322, en pp. 1738-1743.

⁴⁷ Criterio repetido luego en su voto en *Unión Ferroviaria c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 323-1665, 1669 (2000).

minoría se expide por la validez constitucional de los Decretos en cuestión.

Una nueva oportunidad de analizar la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia tuvo lugar en *Guida c. Estado Nacional*⁴⁸, donde se cuestionaba el Decreto 290/95⁴⁹, que había dispuesto reducciones salariales en el sector público. En este caso, sin embargo, el Decreto había sido ratificado luego por la Ley 24624⁵⁰, de modo que tanto el voto mayoritario⁵¹ como las disidencias de fundamentos⁵² hicieron una consideración general sobre las leyes de emergencia y las facultades presidenciales para la reducción de los salarios de los empleados públicos, para convalidar la validez del Decreto y su Ley de ratificación. Solamente hubo un voto en disidencia parcial, del juez Petracchi, quien, fiel a su postura adoptada en *Verrocchi*, consideró que el Decreto era nulo y que la reducción salarial sólo podía efectuarse desde la sanción de la Ley 24624.

Dos meses después de este fallo, la Corte, en *Risolía de Ocampo c. Rojas*⁵⁴, volvió a resolver un caso vinculado con otro decreto de necesidad y urgencia. Se trataba del Decreto 260/97⁵⁵, por medio del cual se había declarado la emergencia en el autotransporte de pasajeros y se había establecido a favor de las empresas prestadoras del servicio un régimen para el pago de los daños y perjuicios, que afectaba seriamente el derecho de propiedad de las víctimas de los accidentes⁵⁶. La Corte, con disidencia del juez Moliné O'Connor⁵⁷, declara la inconstitucionalidad del Decreto. El fallo de la mayoría se integra con varios votos separados donde cada uno de los jueces expone los argumentos que fundan tal inconstitucionalidad. El voto del juez Vázquez —que debe ser considerado el fallo de la Corte, aun cuando sea unipersonal— hace pie en que el Decreto no está enderezado a satisfacer una necesidad social general, sino meramente sectorial. Los votos de los jueces Belluscio y Boggiano

⁴⁸ Fallos 323-1566 (2000).

⁴⁹ BO 01-03-95.

⁵⁰ BO 29-12-95.

⁵¹ Suscripto por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López. Fallos 323, en pp. 1589.

⁵² Votos de los jueces Fayt (p. 1596); Belluscio (p. 1601); Boggiano (p. 1604); Bossert (p. 1607); Vázquez (p. 1611).

⁵³ Fallos 323, en p. 1613.

⁵⁴ Fallos 323-1934 (2000).

⁵⁵ BO 26-03-97.

⁵⁶ El régimen del pago de los daños y perjuicios establecido por este Decreto era perverso para las víctimas de los accidentes pues, una vez obtenida sentencia firme, el monto se pagaba en sesenta cuotas mensuales, con un plazo de gracia inicial de seis meses (artículo 2.º).

⁵⁷ Fallos 323, en p. 1967.

no encuentran reunidos los requisitos que exige el artículo 99.3 para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. El juez Petracchi repite su argumentación de la nulidad del decreto por la ausencia de la ley reglamentaria, expuesta en *Verrocchi*, y a mayor abundamiento, adhieres al voto del juez Belluscio. El juez Bossert, finalmente, también se adhiere a este último y alude, asimismo, a la falta de interés general del Decreto. Como puede verse, el fallo proporciona un buen catálogo de razones para ejercer el control sobre los decretos de necesidad y urgencia.

En síntesis, de los fallos analizados surge que ocho de los nueve jueces de la Corte Suprema admiten la posibilidad de ejercer el control judicial de constitucionalidad sobre los decretos de necesidad y urgencia aun cuando no haya sido dictada la ley reglamentaria del artículo 99.3 de la Constitución. En una posición minoritaria, el juez Petracchi asume un criterio general y terminante para todos estos decretos, al sostener la prohibición para el Poder Ejecutivo de dictarlos hasta tanto esa ley sea sancionada.

IV. CONCLUSIONES

Como en todos los casos, llegar al punto de las conclusiones exige volver a la pregunta inicial, que en este caso intentaba averiguar si, luego de la reforma constitucional de 1994, la Constitución ha logrado una mayor y mejor contención de la fuerza expansiva de la Administración.

Y, como han podido ver, mi respuesta es negativa. Hubo un intento, esto es cierto, pero malogrado desde la misma Convención y perturbado luego por la práctica posterior. Ni siquiera podría decirse que se han disminuido las facultades reales del Presidente, pues el Jefe de Gabinete, en la práctica, ha obrado como un ministro más, lo que redundo en la creación de una cartera más cuya competencia, a diferencia de las otras, está asignada por la Constitución.

Todo ello indica, por si fuera necesario recordarlo, que las instituciones no son lo que las leyes dicen que son. Son lo que la cultura de un pueblo les permite que sean. Consecuentemente, los cambios legislativos sólo son efectivos si descansa, detrás de ellos, una voluntad cultural de cambio que haga de la ley o de la Constitución la expresión genuina de esa voluntad. De lo contrario, al cambio legislativo sobrevendrá el desasosiego que genera el olvido o incumplimiento de las normas.

En síntesis, los instrumentos constitucionales y legales existen, pero con ellos no basta. La relación entre Constitución es lo suficiente-

mente sustancial, compleja y difícil como para que se valgan por sí mismos. Además de haberlos sancionado, hay que estar convencidos de que la democracia no consiste sólo en legislar elegantemente, sino en cumplir con la cotidiana y menos sonora tarea de cumplir con lo que la ley manda.