

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tesis:

“Autoridades Administrativas Independientes. Crítica jurídica y política de lo independiente”

Director:

Dr. Ernesto Alberto Marcer

Maestrando:

Gonzalo Sebastián Kodelia

2021

ÍNDICE

HIPÓTESIS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	
Matriz histórica del presidencialismo argentino	10
1. España en América	10
1.1. Una sociedad “incompleta”	10
1.2. Reyes, papas y aventureros	12
1.3. Los virreinos de los Austrias y una contradicción insuperable	13
1.4. La modernización “tardía” de los Borbones	14
1.5. Buenos Aires deja de ser una “aldea” periférica	16
1.6. Los intendentes americanos enfrentan a los corregidores	17
1.7. Funciones concentradas: la Real Ordenanza de Intendentes de 1782	18
2. El constitucionalismo latinoamericano: libertad y progreso	21
2.1. Presidencialismo “fuerte” y centralismo: propuestas del primer constitucionalismo	22
2.2. El segundo constitucionalismo y sus continuidades	23
3. <i>Localismo o revolución</i> : destino antinacional del primer federalismo patrio	25
3.1. “Agentes naturales:” los gobernadores en el federalismo argentino	27
CAPÍTULO II	
División de poderes y republicanismo	30
1. División de poderes: historia y teoría	30
1.1. La modernidad reconfigura el aporte clásico	32
2. El republicanismo como corriente emancipadora y su noción de “república”	34
2.1. La república “vacía” o la expropiación liberal del republicanismo	35
2.2. Ideas republicanas acerca de la república	40
CAPÍTULO III	
Teoría general de la organización administrativa	43
1. Estado y Administración	43
1.1. La Administración como el modo cotidiano de manifestación del Estado	44
1.2. La imputación de conductas	46
1.3. La manifestación de la voluntad estatal	49
2. El cuadro administrativo burocrático: insuficiencia de la “doble” fractura	53
2.1. La estructura de órganos: desconcentración	55
2.2. La estructura de entes: descentralización	61
2.3. Teorías institucionalistas del derecho. <i>Institución y corporación</i>	62

3. Integración de la Administración descentralizada. Clasificación de sus entes	65
3.1. Entidades autárquicas y empresas y sociedades del Estado	66
3.2. Entes públicos no estatales y personas privadas que gestionan servicios públicos o actividades de interés público	68
3.3. El derecho que rige en la Administración descentralizada	70

CAPÍTULO IV

Las Autoridades Administrativas “Independientes” _____ 73

1. El derecho comparado: problemas de asimilación al medio local	73
2. Estados Unidos: agencias regulatorias y jurisdicción primaria administrativa	75
3. Francia y España: autoridades administrativas independientes	77
4. Estado de situación en la Argentina	81
4.1. Fronteras evanescentes: asignación de entes a la categoría	84
4.2. Autarquía, autonomía e independencia	87
5. ¿Qué debiéramos entender por “autoridad administrativa independiente”?	88

CAPÍTULO V

Crítica de lo “independiente” _____ 93

1. Garantías de independencia	93
2. Facilidades para su captura o cooptación	95
2.1. Alternativas para resistir la tendencia	98
3. El esquema justificatorio. Su crítica	100
4. Un propósito imposible: huir de la política	103
5. Reflexiones no tan técnicas	104
6. El contenido autoritario de la técnica: una sensibilidad antipopular	105
7. Problemas de legitimidad	107
8. Excepcionalidades permanentes	108
9. Un marco de conciliación	110
10. Hacia el horizonte: propuestas finales en clave prospectiva	111

CONCLUSIONES (10) _____ 115

BIBLIOGRAFÍA	119
1. Específica	119
2. General	121
3. Jurisprudencia	124
4. Dictámenes	125

HIPÓTESIS

El punto de partida es analizar el principio según el cual deben garantizarse ciertos espacios de actuación estatal que se reputan, a sí mismos, “independientes” del poder político y que fundan su legitimidad en la posesión de un saber técnico especializado que garantizaría su imparcialidad.

Se trata de aquellas secciones institucionales divorciadas del proceso electoral, que legitiman su actuación en tanto poseedoras de un conocimiento y pericia específicos, que las habilitan para gestionar la porción de interés público encargada a su cometido; independientemente de las instrucciones y controles impartidos por los denominados “órganos políticos,” es decir, de aquellos que sí cuentan con legitimidad democrática.

En mi hipótesis, esta pretendida división entre técnica y política es lo que sustenta la creación de Autoridades Administrativas Independientes (AAI). Sin embargo, lo que vela esta presentación es:

a) la imposibilidad de divorciar cualquier sección estatal del fenómeno político; y

b) el compromiso ideológico de esta propuesta con una consideración denigratoria de la política y restringida de la democracia, que reduce la gravitación de la participación popular.

La investigación intentará demostrar que:

a) en sentido contrario a la distancia política que se pregona, las AAI deciden cuestiones relevantes de la actividad estatal, asumiendo una posición determinada en la disputa política;

b) las definiciones que asumen estos órganos, lejos de ser meras soluciones técnicas imparciales, son decisiones políticas que delimitan el campo en ganadores y perdedores asumiendo, con ello, un rol activo en la dirección del Estado; y

c) con todo, la supuesta independencia no se da, ya sea por ausencia de su constitución mediante los procedimientos que la garanticen o por la injerencia manifiesta de los poderes (políticos y económicos) frente a los cuales se debiera independizar.

INTRODUCCIÓN

La teoría general de la organización administrativa se mostró particularmente preocupada en las últimas décadas, por justificar la necesidad de establecer un sistema de entes y órganos estatales que, integrando el entramado institucional, actúen divorciados del fenómeno político.

La política es pensada, así, como un cuerpo contaminante que debe ser repelido, por estropear el desenvolvimiento de funciones eminentemente técnicas encomendadas a cuerpos profesionales, apropiados de una determinada pericia que se presenta como inescrutable e incuestionable desde un abordaje político.

La necesidad de parcelas institucionales monopolizadas por la técnica se justifica, además, como medio de control de la política y como valla a sus avances propios en territorios ajenos a su desenvolvimiento.

Desde estas premisas, la política es arrojada a una pendiente denigratoria mientras que la técnica adquiere el sitial preponderante, instalándose una narración que sostiene la necesidad de órganos apolíticos y que, al mismo tiempo, oculta que el monopolio de la técnica implica, en sí mismo, el ejercicio de un poder que define políticas públicas comprometidas con una determinada propuesta de Estado y sociedad.

La técnica como control de la política oculta una preferencia ideológica por un determinado modelo estatal, en el cual inciden en la constitución de sus cuadros y decisiones, los grupos reducidos y bien organizados, en condiciones de aportar sus profesionales y gerentes, y no las mayorías populares, las que pierden terreno en la misma medida en que lo pierde la política, por cuanto ésta es su canal de expresión.

Claro que en alguna vertiente más prudente, las AAI son presentadas como la forma de contener las desbordadas competencias asumidas por el Poder Ejecutivo y, en esa medida, una morigeración del presidencialismo “fuerte” que caracterizó desde sus inicios a nuestra institución ejecutiva.

Sin embargo, si bien pueden reconocerse, en principio, que esas advertencias sean atendibles, el camino para contener al Ejecutivo no puede buscarse en la reducción de la política, ya que con ello se restringe la democracia y de ahí, la gravitación de la participación popular en la dirección del Estado.

De comprobarse las hipótesis planteadas, quedaría desarticulada la idea que intenta plantear un clivaje semejante al de *técnica* y *política*, puesto que no es viable la concepción de la actuación social y estatal por fuera del fenómeno político, entendiendo por tal, la lucha democrática por la dirección del Estado, la disputa legítima por la conducción y configuración del espacio público y, finalmente, la controversia acerca de los principios básicos que ordenarán la distribución de los beneficios que reporta la vida en comunidad.

Esa es la idea movilizadora: la inexistencia de espacios de poder y decisión públicas no alcanzados por esa lucha, por esa disputa; ergo, por la política.

Pero además, admitiendo conjeturalmente esa posibilidad –la de separar técnica y política– se considera que tampoco sería propiciatoria desde una óptica republicana por el alto déficit democrático que implicaría que la técnica domine a la política (tecnocracia), ya que la comunidad sólo alcanza la segunda, no siendo invitado a participar de la primera.

La posición jurídica desde la cual se pretende aislar de la disputa política a ciertos sectores relevantes de la actividad social y estatal, invocando su supuesta imparcialidad técnica, constituye –paradójicamente, cual oxímoron– una fuerte posición política. Es decir, aquello contra lo cual se pretendía actuar, termina por ser reafirmado: no hay espacio en lo social que quede por fuera de lo político.

El objetivo de la investigación es desandar el camino de la denigración de lo político para, desde una reconstrucción democrática y republicana, devolverle el cetro arrebatado por la técnica.

Ahora bien, de comprobarse las hipótesis planteadas, entraría en crisis el paradigma de la independencia y el recurso a la técnica, al mismo tiempo que sus narraciones comenzarían a ser “sospechadas” de arbitrarias y antidemocráticas; atento a que habremos de concluir que toda construcción del espacio público sin participación popular, quedaría irremediabilmente condenada a cargar con esos rótulos, cual marcas de Caín.

Si la investigación alcanza los niveles de la descripción y la crítica, restaría avanzar sobre el nivel de la propuesta.

Para ello, se propone reconducir las intenciones que pueden guiar –al menos en una de sus vertientes– a la teoría de la independencia, y que resultaría su vocación por limitar los poderes exacerbados del Ejecutivo.

La propuesta es plantear alternativas de limitación a las funciones del Ejecutivo que no renieguen de la política sino que, precisamente fundadas en ella, puedan encontrar diques de contención fundados en la participación popular, desde una terapéutica institucional que neutralice los efectos perjudiciales de la concentración de poder en el órgano unipersonal.

En definitiva, cabe identificar en la teoría de las AAI, una versión *antipolítica* y una versión *antidemocrática*: la primera en la línea dura de sustituir lisa y llanamente política por técnica, la segunda pretende limitar y controlar el exacerbado presidencialismo, aunque equivoca los medios.

Si bien desde el plano conceptual no se coincide con ninguna de ellas, se comparte la advertencia de la segunda, desmarcándome de los medios propuestos.

A lo largo del trabajo, se intentará proponer una alternativa de medios que considera, a priori, que no es con menos sino con más política el modo de fundar democráticamente los límites y controles de los órganos políticos, en particular del órgano unipersonal.

La teoría republicana clásica es la herramienta a la cual se recurrirá para dotar al trabajo del instrumental necesario a los fines de alcanzar los objetivos propuestos. Ideas republicanas que deberán ser purgadas de las adjudicaciones posteriores que, subvirtiendo su sentido original, la han esterilizado de su gran componente popular, de su nervio democrático puro.

El trabajo presentará un desarrollo completo de las tres instancias de análisis que deben recorrerse en este tipo de investigación: descripción, crítica y propuesta.

El estudio de las AAI, se abordará desplegando 5 unidades temáticas.

En la primera, abordaré el análisis de la matriz histórica del presidencialismo “fuerte” o hiperpresidencialismo argentino.

Serán temas de investigación la historia constitucional latinoamericana y los proyectos político-constitucionales triunfantes, los que diseñaron las instituciones básicas de las nuevas sociedades independientes, al amparo de presidentes “fuertes.” Se integrará al proceso argentino en ese marco constitucional regional.

En la segunda, la investigación estará estimulada en el deseo de rescatar del olvido, a las corrientes republicanas que pelearon por otro modelo institucional en el cual la participación popular y el autogobierno colectivo, eran la savia nutritiva de todo el edificio jurídico. En el mismo plano, el rescate alcanza al concepto de república, y al vaciamiento y domesticación al que lo han condenado las corrientes liberales que se han apropiado de su significado y lo han subvertido

en un modo conservador.

La tercera unidad desarrollará la teoría general de la organización administrativa, introduciéndonos antes en la del Estado y, particularmente, en el proceso de formación y consolidación del Estado argentino.

El abordaje será normativo como condición necesaria, pero no suficiente. La descripción y teorización de la organización administrativa, se hará cargo del funcionamiento real de las estructuras de órganos y entes en la vida práctica del derecho y de su vinculación con un tipo determinado de Estado, al que se adjudican ciertas funciones definidas en el terreno político.

Se planteará la crisis de la distinción entre centralización y descentralización basada únicamente en la creación de nuevas “personalidades” jurídicas, como así también, la insuficiencia de los criterios vigentes para definir las distintas categorías de entes que forman parte de la Administración descentralizada.

Por último, se retomará la clásica distinción entre *institución* y *corporación* porque es suficientemente explicativa del modo distinto (interno o externo) de residenciar la autoridad.

En la cuarta, abordaremos las AAI comenzando por analizar las utilidades del derecho comparado y, sobre todo, las dificultades de asimilación al medio local. Se trata de tomar en serio el estudio de instituciones foráneas para que tengan alguna perspectiva de éxito al ser trasplantadas en un ordenamiento que, en principio, resistirá la innovación. En ese camino, recorreremos los regímenes de agencias regulatorias en los Estados Unidos y de autoridades administrativas independientes en Francia y España.

Completaremos el análisis con una descripción de las AAI en Argentina y la conclusión de su solapamiento con otros tipos de descentralizaciones tradicionales, principalmente entidades autárquicas y entes públicos no estatales. Ello nos motivará a depurar los conceptos de *autarquía*, *autonomía* e *independencia* y a proponer un concepto de AAI mediante la exposición de 8 notas definitorias.

La quinta unidad será destinada a la crítica de lo “independiente.” Se intentará contradecir las dos versiones que sostienen como idea-fuerza la independencia: una *antipolítica* que asocia a la técnica con imparcialidad y arroja a la política a una pendiente denigratoria; y otra *antidemocrática* que persigue el fin de atemperar el presidencialismo “fuerte” pero sin contar, para ello, con la comunidad.

La crítica partirá del principio de la soberanía del pueblo e intentará brindar una hermenéutica constitucional que rechace la legitimidad de cualquier decisión sobre el rumbo de un asunto público, por fuera de la esfera política o, lo que es igual, sin participación popular. La corriente republicana recuperada anteriormente, servirá de arsenal teórico.

Continuará interrogándose acerca de las causas que ponen a la política en el lugar de lo indeseado. La construcción de esta idea peyorativa, asociada a las peores calamidades, confluye con una matriz denigratoria de las masas que tiende puentes con la psicología de las multitudes. El desprecio de la política, lo es también de la actuación pública de las masas, y el camino se libera mediante la intervención de la técnica y sus poseedores, quienes garantizan una acción “imparcial.”

Intentaré demostrar lo falaz de esta pretensión de imparcialidad y de ajenidad de lo político, y que el principio de legitimidad democrática no merece competencia ni mucho menos ser sacrificado en el altar de la técnica.

Por último, desarrollaré un planteo propositivo que explore inicialmente el

potencial de las AAI como cauce para conciliar *independencia* y *política*, abonando al objetivo de racionalizar los desbordes del órgano unipersonal (Presidente), pero apoyándose –y no desestimando– la intervención de la comunidad.

Dado que no es posible renunciar a la política si de decisión sobre asuntos públicos se trata, la independencia sólo puede quedar legitimada si hay participación popular, es decir, sólo en el caso de oponer a la exorbitancia del Ejecutivo, poderes que asuman funciones administrativas basados en la elección de sus miembros o en los cuales las decisiones se toman con participación regular, plena e informada de la comunidad. Esta es la única forma de imparcialidad, la que surge del principio republicano y democrático del autogobierno.

CAPÍTULO I

Matriz histórica del presidencialismo argentino

1. ESPAÑA EN AMÉRICA

Comenzar por España no significa adherir a tesis alguna sobre el “hallazgo.” Tampoco afirmar que América haya “entrado” en la historia gracias al empuje europeo.

Cuando la invasión del hombre blanco, el poblamiento americano contaba, al menos, 15 mil años de existencia,¹ las grandes culturas mesoamericanas y andinas entre 3 y 4 mil² y los últimos imperios originarios unos 900.³

Las civilizaciones americanas organizaron vastas regiones, fundaron grandes ciudades, desarrollaron las ciencias y las artes,⁴ utilizaron sistemas de pesos, medidas y contabilidad, ejecutaron monumentales obras públicas, explotaron economías de escala, y todo bajo un manto de valores, creencias, ideologías y jerarquías dotado de los más diversos sentidos.

El cuadro cultural ofrecido al invasor y que maravillara a sus cronistas,⁵ fue una creación autónoma de los pueblos americanos, “sin influencias de otras civilizaciones del mundo. Elaboraron una cultura y civilización alejados geográficamente de otras, al extremo que ignoraban la existencia del resto de la humanidad.”⁶

América llevaba miles de años escribiendo su historia, con caligrafía propia. España en ella es un capítulo más de su novela, pero no cualquier episodio: España en América es un capítulo “trágico.”

Empezar por España es explicar su “tragedia,” es decir, su situación sin salida hacia adelante y que, al tocar suelo americano, extiende a estas tierras. Reconocer este momento “trágico” implica aceptar que España trasplanta en América su propia crisis y que, a partir de ese contacto, la historia americana quedará, en lo inmediato, fatalmente determinada.

Esta es la causa que justifica prestar atención a España: intuir una senda que explique el atraso americano, el que se verifica, a su vez, en las instituciones jurídicas que exportó al “nuevo” mundo.

1.1. UNA SOCIEDAD “INCOMPLETA”

Pese a las variadas construcciones míticas que adornan al Imperio de los Austrias, en la historia de España desde los Reyes Católicos a los Borbones “no

¹ Y eso en lo que hace a las tesis del poblamiento tardío. Los defensores del poblamiento temprano postulan una antigüedad humana en América superior a los 30 mil años.

² Las civilizaciones Caral (Perú, 3 mil a.C.) y Olmeca (México, 1500 a.C.) son las culturas “madre” de las regiones andina y mesoamericana consideradas, junto a la Mesopotamia asiática, “cunas” de la civilización.

³ Los incas continúan por 100 años una tradición imperial heredada de los grandes estados de Huari y Tiahuanaco (siglo VIII), conf. ESPINOZA SORIANO, WALDEMAR, *Los Incas. Economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo*, 3ª ed., Lima, Amaru, 1997, pp. 484/85. Los aztecas, por su parte, extienden por igual periodo el gran pasado histórico del imperio Tolteca (siglo X), conf. RAMOS, JORGE ABELARDO, *Historia de la nación latinoamericana*, Buenos Aires, Continente, 2011 [1975], p. 72.

⁴ Si bien desaparecida al momento de la conquista europea, la civilización maya del Yucatán abarcó el primer milenio de la era cristiana, alcanzando un grado de refinamiento cultural traducido en la creación de “una escritura perfecta y el calendario más preciso que se había conocido hasta la adopción del calendario gregoriano en Occidente. Sus cálculos astronómicos eran rigurosos, no menos que la maravilla de su arquitectura y sus artes monumentales,” RAMOS, *Historia de la...*, cit., p. 75.

⁵ Entre quienes destaca el INCA GARCILASO DE LA VEGA y sus *Comentarios reales de los Incas*, Lima, Mantaro, 1998 [1609].

⁶ ESPINOZA SORIANO, *Los Incas...*, cit., pp. 497/98.

hay ninguna decadencia, sino un permanente raquitismo de su desarrollo económico.”⁷

España no conocía siquiera la unificación de su territorio, ya que en su interior convivían reinos autónomos (Castilla, Aragón, Valencia, Navarra y Cataluña) con sus propias monedas, aranceles aduaneros, instituciones y fueros.⁸ Ese derecho foral fomentaba los particularismos regionales y rezagaba la necesaria unidad territorial como principio ineludible para su despegue económico.

La economía española se estructuró de modo dependiente: la industria textil flamenca y luego inglesa aprovechaba y agregaba valor a la lana bruta y barata exportada por España, la que reingresaba “a precio elevado, bajo la forma de paños flamencos, franceses y florentinos.”⁹ Ni siquiera el inagotable manantial de metales extraídos de las entrañas americanas, operó como acumulación originaria para el desarrollo capitalista español: “las operaciones de crédito, concertadas por CARLOS V, decidieron, con su larga serie de empréstitos, qué camino seguirían muchos de los tesoros de las Indias. Hacia Flandes, Alemania e Italia... salieron, en pago de capitales anticipados por los banqueros, sumas inmensas acompañadas de cantidades tan grandes de intereses y de cambios acumulados durante varios años... que llegaban con creces a duplicar el volumen del capital recibido.”¹⁰

El medioevo más “largo” que España sufrió, se explica socialmente por una ausencia: la de una burguesía que, en alianza política con un auténtico absolutismo real, barrera los privilegios feudales de regiones y ciudades que la mantenían en el estancamiento económico, y expropiara los medios de producción y administración. Si esta burguesía no alcanzó a nacer fue por la sobrevida de dos sujetos saturados en sus capacidades históricas: la nobleza y el clero, motores del esclerosamiento del régimen de propiedad; espada y cruz de las inmunidades, mayorazgos y vinculaciones que perpetuaban los obstáculos al desarrollo capitalista. Si en Inglaterra y Francia “la confiscación de los bienes eclesiásticos fue una de las fuentes de la acumulación primitiva... en España fue la Iglesia quien confiscó a la Nación para afianzar su propia acumulación.”¹¹

El drama resumido fue el que España trasplantó en América, su propia incapacidad fue la imposibilidad futura del conquistado. Su tragedia, la herencia recibida. No por haber “feudalizado” los “nuevos” territorios, sino por haberlos incorporado al ciclo de la economía mundial mediante un capitalismo de factoría: una colonia que produce a gran escala para el mercado, utilizando grandes masas de trabajadores en minas, obrajes y plantaciones, “retribuidos” mediante salarios bastardeados o directamente mediante la esclavitud legal.

Si el raquitismo estructural de su economía, hacía de España un estado periférico y dependiente, no podía esperarse mejor suerte de los territorios “descubiertos.” La riqueza americana extraída por brazos nativos no es aprovechada por metrópoli ni colonia. Ambas son engranajes decisivos del mercado mundial, como motores del crecimiento ajeno. Las burguesías de

⁷ PEÑA, MILCIADES, *Historia del pueblo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 2012 [1968/73], p. 42.

⁸ De ahí la consideración de España como una “confederación de monarquías,” conf. ALTAMIRA, RAFAEL, “La civilización española en los siglos XVII y XVIII,” en LEVENE, RICARDO (dir.), *Historia de la nación argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, t. III, *Colonización y organización de Hispanoamérica. Adelantados y gobernadores del Río de la Plata*, 3ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1961, p. 29.

⁹ PEÑA, *Historia del...*, cit., p. 44.

¹⁰ CARANDE, RAMÓN, *Carlos V y sus banqueros. 1516-1556*, Madrid, Revista de Occidente, 1943, p. 225.

¹¹ PEÑA, *Historia del...*, cit., pp. 52/53.

Inglaterra y Francia crecerán a su amparo y, con los años, harán sus revoluciones para disfrutar de “sus” Estados.

Una estructura económica que impedía la formación de las relaciones sociales necesarias para el desarrollo económico propio del capitalismo industrial, no podía sino generar una superestructura jurídica acorde, es decir, anclada en los privilegios, la violencia y el misticismo.

La tragedia de no tener quién haga las tareas que la historia pedía a gritos hacer, es la herencia que España aportó a sus colonias en América y la que selló su inserción subalterna en el mercado mundial y su primitivismo jurídico.

1.2. REYES, PAPAS Y AVENTUREROS

Capitulaciones y Bulas fueron el formato jurídico de la alianza entre monarcas económicamente ahogados, jerarcas católicos ansiosos por recomponer la relación de fuerzas luego del surgimiento de competidores protestantes y desocupados buscando dónde acomodar los huesos frente a la casi nula actividad económica que ofrecía la España medieval, dominada por una larga sotana que “dejaba sin trabajo productivo a grandes núcleos de población, cuyas únicas ocupaciones posibles eran la vagancia a secas o la vagancia religiosa untada en óleo.”¹²

Las Capitulaciones de Santa Fe (Granada, 17/4/1492) otorgaron a COLÓN los títulos de almirante, virrey y gobernador de los territorios “descubiertos.” Las islas de San Salvador (Bahamas), Cuba y La Española (Haití/Dominicana) inauguraron el periplo europeo en América.

Este “primer derecho administrativo” fue, ciertamente, un contrato de conquista. El “derecho subjetivo público” que de él nacía, era el de expoliación. Del otro lado, la corona participaba de la renta así obtenida por el auspicio brindado a la expedición.

La Bula Intercaetera (3/5/1493), otorgada por Alejandro VI,¹³ bendijo la empresa atribuyéndole una misión “evangelizadora” y providencial. Efectivamente, la conquista necesitaba de justificativos morales que alivianen las conciencias pero, más aún, de justos títulos sobre los cuales se asentase la propiedad de los monarcas: “El papa Alejandro VI, ‘deseando que el nombre de nuestro Salvador sea introducido en aquellas regiones,’ rogaba y requería a los reyes católicos prosiguieran esa empresa, para lo cual les concedía, en 1493, todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir, haciéndolos ‘señores de ellas con plena y libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción,’ ordenándoles destinaran ‘a las tierras firmes e islas antedichas varones probos y temerosos de Dios, doctos, instruidos y experimentados para adoctrinar a los indígenas y habitantes dichos en la fe católica e imponerlos en las buenas costumbres.’”¹⁴

Esta alianza –que confirma, una vez más, la maldita costumbre imperial de repartirse lo ajeno– produjo en lo inmediato un sometimiento brutal de las poblaciones indígenas mediante el régimen de “encomiendas,” despertando las tempranas denuncias de los dominicos ANTONIO DE MONTESINOS y BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, y algunos intentos de amparo jurídico de la corona como las leyes de Burgos (1512) y, posteriormente, las leyes Nuevas (1542) por las que se suprimían las encomiendas.

Entre hidalgos encomenderos autorizados al despojo mediante permisos

¹² PEÑA, *Historia del...*, cit., p. 52.

¹³ Segundo papa de la dinastía BORGIA, “considerado uno de los pontífices más corruptos de la historia,” PIGNA, FELIPE, *Los mitos de la historia argentina*, t. 1, Buenos Aires, Norma, 2004, p. 42.

¹⁴ ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *La organización política argentina en el período hispánico*, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1981, p. 38.

reales y papales, y una economía basada en el tributo forzoso extraído al indígena, más los avances portugueses, franceses e ingleses en barcos cargados de esclavos africanos destinados a las plantaciones americanas, transcurrieron los primeros tiempos de la conquista.

1.3. LOS VIRREINATOS DE LOS AUSTRIAS Y UNA CONTRADICCIÓN INSUPERABLE

A mediados del siglo XVI, las conquistas de México y Perú otorgan un volumen jurídico mayor al territorio con el surgimiento de los dos primeros virreinos: el de Nueva España y el del Perú. Las riquezas de Tenochtitlan, Lima (Ciudad de los Reyes), Cusco y, sobre todo, la plata de Potosí, imponen la presencia de un *alter ego* real: los virreyes. Son ellos la “encarnación suprema del Estado español en las Indias, altos funcionarios que gozaron de un complejo de atribuciones hasta entonces nunca igualadas y de la máxima confianza de la Corona... En su condición de capitanes generales fueron los virreyes supremos jefes militares de las fuerzas armadas del virreinato.”¹⁵

Durante los primeros años de la conquista, la institución jurídica relevante fue la “gobernación.” Los conquistadores que inauguran la dominación española en América, invistieron el título de “gobernador,” el cual les concedía “el derecho de disponer de los indios y la tierra, lo que era claramente un importante aliciente para emprender posteriores expediciones de conquista.”¹⁶

Desde su creación, los virreinos desplazarán a las gobernaciones y se convertirán en la unidad administrativa más importante en América. El virrey, como representante de la “real persona” del monarca español, “combinaba en su persona los atributos de gobernador y capitán general y era considerado también, en su papel de presidente de la Audiencia, como el principal representante judicial de la corona.”¹⁷

Sin embargo, la reforma en la superestructura administrativa no implicó modificación alguna de la estructura económica, la que siguió funcionando en virtud del tributo indígena, situación que se agravaba por la drástica disminución de la población originaria que la conquista había generado. La pretensión de mantener y, aun, aumentar la renta pretendida, exigían redoblar los niveles de explotación y violencia: “En un momento en que el tamaño de la población indígena se reducía de forma catastrófica, el mero intento de conservar las tasas de tributos en los niveles del período inmediato posterior a la conquista significaba una manera de incrementar la dureza sobre las comunidades indígenas, cuando al mismo tiempo se producía también una disminución de la fuerza de trabajo disponible para su distribución. Cualquier pretensión, por tanto, de aumentar la contribución indígena sólo podía quebrar aún más la «república de los indios» que parecía claramente condenada a la destrucción como resultado del impacto de la conquista y de la caída de la población.”¹⁸

Una vez más la economía desmiente al derecho y se muestra sin velo como auténtico motor de las sociedades, puesto que si las ya citadas leyes Nuevas suprimieron las encomiendas, la exacción del tributo indígena fue encargado a un grupo de funcionarios que serán blanco del odio popular: el

¹⁵ OTS, JOSÉ MARÍA, “Trasplante en Indias de las instituciones castellanas y organización legal de Hispanoamérica hasta fines del siglo XVII,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. III, cit., pp. 52/53.

¹⁶ ELLIOTT, JOHN, “España y América en los siglos XVI y XVII,” en BETHELL, LESLIE (ed.), *Historia de América Latina*, t. 2, *América Latina colonial: Europa y América en los siglos XVI, XVII, XVIII*, Barcelona, Crítica, 1990, pp. 7/8.

¹⁷ ELLIOTT, “España y América...,” en BETHELL, *Historia de...*, t. 2, cit., p. 9.

¹⁸ ELLIOTT, “España y América...,” en BETHELL, *Historia de...*, t. 2, cit., p. 22.

corregidor de indios.

Este funcionario no sólo heredó los vicios de los encomenderos sino que aportó los suyos propios, convirtiéndose “en una de las peores lacras de la administración colonial.”¹⁹ Al corregidor le correspondía el “repartimiento” de mercancías, es decir, el comercio compulsivo de la producción europea entre los indígenas. La utilidad y precio de los artículos que forzosamente debían adquirir los indígenas eran unilateralmente decididos por el corregidor, lo que convirtió al sistema “en una de las peores extorsiones” sufridas por la población originaria.²⁰

Es por ello que pretender el bienestar indígena –como lo proponían las leyes Nuevas– y, al mismo tiempo, insistir en una estructuración de la economía que, precisamente, basaba su renta en la redoblada explotación del originario, trasunta una incompatibilidad tan manifiesta que, al descubrirla, pone en acción un entendimiento que podríamos considerar “miserable” del derecho. Su miseria estaría en oficiar de velo candoroso de lo que brutalmente encierran las relaciones sociales de producción, es decir, el derecho en su función ideológica de lo que sucede en la economía. Pues al mismo tiempo que las leyes aseguraban la libertad, el salario y la propiedad del indígena, el corregidor se encargaba de negarlo al esclavizarlo en minas, obrajes, plantaciones y obras públicas.

Es así que no puede haber análisis completo del fenómeno jurídico sin “salirse” del derecho.

1.4. LA MODERNIZACIÓN “TARDÍA” DE LOS BORBONES

Con CARLOS II, *el Hechizado*, culmina el dominio de la casa de los Austrias. Muerto sin descendencia, la guerra de sucesión abierta a su deceso lleva a los Borbones franceses al trono español. FELIPE de Anjou, nieto de LUIS XIV, inicia la dinastía como FELIPE V de España hacia 1700.

Arrastrando retazos de la tradición centralista francesa, los Borbones intentan quebrar los particularismos regionales y unificar el reino. Este objetivo fue perseguido inmediatamente como medio indispensable para salir del atraso. Así, como castigo por su oposición en la guerra de sucesión, FELIPE V (1700-1746) abolió los fueros de “los Estados de la antigua corona aragonesa; es decir, el Aragón propiamente dicho, el reino semiautónomo de Valencia y el principado de Cataluña, con las islas Baleares... Las Cortes forales desaparecieron, igualándose así Aragón con Castilla... El centralismo y el unitarismo normativo que así se completaron en la realidad de nuestra vida política, adquirieron desde entonces la condición de doctrinas que habían de caracterizar nuestra civilización política durante el siglo XVIII y buena parte del XIX.”²¹ Se trataba, precisamente, de revertir “el concepto de la dinastía austriaca tendiente a la descentralización [y] unificar en la comunidad de una misma organización económica y jurídica, la metrópoli con sus provincias.”²²

Pero pasar de la “descentralización” a la centralización política del reino, lejos estaba de ser un asunto de organización burocrática de la monarquía española. La decisión implicaba una declaración de guerra a los viejos privilegios feudales, entre los que se incluían, no sólo los de la decadente nobleza y del poderoso clero, sino también aquellos defendidos por las ciudades y sus gremios

¹⁹ LEWIN, BOLESLAO, *Túpac Amaru*, elaleph.com, 1999, p. 12.

²⁰ Conf. LEWIN, *Túpac...*, cit., pp. 12/13.

²¹ ALTAMIRA, “La civilización española...,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. III, cit., p. 29.

²² LEVENE, RICARDO, “La legislación de Indias durante el siglo XVIII,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. III, cit., p. 62.

de comerciantes, engordados hasta la indigestión gracias al monopolio de los intercambios con América. Es así que, ya desde FELIPE V, se advierte en el gobierno borbónico “cierto sentido de dirección. Se redujeron las barreras aduaneras internas entre los reinos constituyentes, se establecieron fábricas modelo, se protegió con derechos y subsidios la naciente industria y se promovieron reformas en la finanza pública. La tradición de los Borbones era centralista, y se convino que el mejor medio para conseguir el restablecimiento de España era por medio de una monarquía poderosa, haciendo desaparecer todo asomo de independencia y eliminando todos los privilegios sociales, eclesiásticos y municipales, ajenos a la corona... Desaparecieron las inmunidades locales y se destruyó la libertad jurídica de Aragón, Cataluña y Valencia.”²³

Sin embargo, el programa de gobierno modernizador chocaba, una vez más, con la “tragedia” de España: no contar la monarquía reformadora, con una clase social aliada sobre la cual recostarse en su lucha contra la vieja aristocracia y, de ese modo, recomponer a su favor la relación de fuerzas sociales en lucha.

Los Borbones intentaron “sustituir” esta ausencia reorganizando las relaciones de mando al interior del gobierno y buscando en otros círculos los funcionarios adecuados al nuevo tipo de gestión.

La modernización borbónica se tradujo en la entronización del régimen ministerial por ramos. Los consejos de nobles y las juntas locales se vieron paulatinamente opacadas por la preponderancia que adquiriría la figura del secretario de estado, quien respondía directamente al rey, por ser éste quien garantizaba su continuidad como cuadro de la gestión gubernamental. Es decir, su empleabilidad dependía de su fidelidad al rey y no de la mayor o menor presión que podía ejercer por pertenecer a las castas privilegiadas.

El nuevo tipo de gestión, necesitaba otra fuente de reclutamiento de los funcionarios reales, a quienes ya no se elegía “entre el elemento tradicional ni entre la aristocracia cuyo papel político los Borbones se preocuparon de hacer aún menor de lo que había sido, sino de un pequeño e ilustrado grupo de hombres cuya aparición en la segunda mitad del siglo XVIII fue el rasgo más sobresaliente de la vida pública española.”²⁴

Fueron los ministros la “clave de bóveda” de la política borbónica. FELIPE V y FERNANDO VI (1746-1759) rodeados de nombres como los de JOSÉ PATIÑO, JOSÉ DE CARVAJAL y, sobre todo, el marqués de la ENSENADA.²⁵ Pero fue CARLOS III (1759-1788), el príncipe “amado” por nuestra historiografía liberal, quien más lejos llegó en los intentos de modernización de la monarquía española, y en quien residía “una singular inspiración para seleccionar sus consejeros y ministros... RODA, ministro de Justicia; FLORIDABLANCA, procurador del Consejo de Castilla y luego ministro de Relaciones Exteriores; ARANDA, presidente del Consejo de Castilla; CAMPOMANES, procurador del Consejo de Castilla; GÁLVEZ, ministro de Indias, son los hombres que suministran las ideas y abren el camino de la reforma en los círculos gubernamentales.”²⁶ Fue él quien introdujo las mayores innovaciones en los terrenos político, económico y, en lo que aquí más interesa, administrativo.

Sin embargo, la modernización que los Borbones iniciaron paulatinamente con el nieto de LUIS XIV, su abuelo la había hecho dos generaciones atrás para Francia; e Inglaterra, un siglo atrás, había atravesado su proceso revolucionario.

²³ LYNCH, JOHN, *Administración colonial española, 1782-1810. El sistema de intendencias en el Virreinato del Río de la Plata*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1967, pp. 11/12.

²⁴ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., p. 13.

²⁵ Conf. ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina...*, cit., p. 35.

²⁶ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., p. 13.

Es así que las reformas borbónicas llegan “tarde” para la recuperación económica de España. La resistencia de las viejas burocracias hace que el plan de modernización administrativa tenga serias dificultades en implementarse, la liberalización de los intercambios con América se da cuando la penetración comercial inglesa es ya irreversible y la creación de un nuevo virreinato en el Río de la Plata, atrasa en relación al proceso revolucionario que, en el mismo momento, declara la independencia de las 13 colonias norteamericanas.

1.5. BUENOS AIRES DEJA DE SER UNA “ALDEA” PERIFÉRICA

En lo que a América refiere, la creación de la Secretaría de Indias y Marina en 1714, como parte del gabinete del Rey, trajo consigo la devaluación de las burocracias conservadoras encargadas de los asuntos de las posesiones de ultramar: el Consejo de Indias y la Casa de Contratación. El nuevo organismo monopolizaría el “manejo de la real hacienda, guerra, comercio y navegación, y las respectivas provisiones de empleos en esos cuatro ramos.”²⁷

Sin embargo, el centro de gravedad de la política internacional española, continuaba siendo la ruta comercial monopólica que conectaba a los puertos (y a las aristocracias comerciales) de Sevilla-Cádiz con los de Veracruz (Nueva España) y Lima (Perú). El Atlántico sur no aparecía en la perspectiva borbónica más que como un “mero apéndice del Virreinato del Perú. Su insignificancia económica se reflejaba en su dependencia política del vecino más poderoso.”²⁸

Fue la presión externa en dos frentes lo que obligó a mirar al sur: Portugal en Colonia del Sacramento e Inglaterra en Malvinas.

La ciudad fundada en la Banda Oriental fue convertida en asiento para el contrabando de esclavos y de producción inglesa, mientras que las irredentas islas –con una base inglesa desde 1765– operaban como centro de penetración al interior del virreinato y de control del paso interoceánico.

Pero si bien fueron estas razones de índole exclusivamente estratégicas las que promovieron la necesidad de reorientar las energías políticas hacia el Río de la Plata, las posibilidades económicas de una Buenos Aires que había dejado de ser una “aldea de paja y adobe” para compararse a “una ciudad española de las de segundo orden,”²⁹ no podían dejar de desempeñar un rol determinante en la expedición de CEVALLOS, ordenada por CARLOS III, que culminaría con la creación del Virreinato del Río de la Plata.

Las exhaustas arcas públicas necesitadas de urgente nutrición, no podían desperdiciar el potencial de una ciudad que, aun antes de la liberalización de los intercambios entre España y sus posesiones americanas, era un centro “comercial y burocrático, con actividades complementarias (artesanales y primarias) destinadas a atender la demanda alimentada en primer término por quienes viven de la administración y el comercio.”³⁰

La presión externa convive, así, con otra de fuente interna, ejercida por una nueva clase de “grandes comerciantes que adquieren bien pronto posición hegemónica en la economía de todo el virreinato... los catalanes LARREA y MATHEU, los vasconavarros ANCHORENA, ÁLZAGA, SANTA COLOMA, LEZICA, BELÁUSTEGUI, AZCUÉNAGA, los gallegos LLAVALLOL y RIVADAVIA.”³¹

El monopolio comercial en el que se atrincheraban las aristocracias

²⁷ ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina...*, cit., p. 36.

²⁸ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., p. 41.

²⁹ HALPERIN DONGHI, TULIO, *Revolución y guerra. Formación de una élite dirigente en la Argentina criolla*, 3ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, p. 50.

³⁰ HALPERIN DONGHI, *Revolución y guerra...*, cit., p. 51.

³¹ HALPERIN DONGHI, *Revolución y guerra...*, cit., p. 51.

mercantiles limeña y sevillana, conspiraba contra este nuevo centro de gravedad económico desplazado hacia el sur en América y hacia el norte en España (Cataluña y Cantabria), lo que favoreció el apoyo de esta “nueva” clase social a las reformas liberales emprendidas por la monarquía borbónica.

En 1778 CARLOS III sanciona el Reglamento de libre comercio con América,³² por el cual se ampliaron las rutas y puertos autorizados al intercambio de ultramar, incluidos los de Buenos Aires y Montevideo. Poco antes, CEVALLOS autorizaba –como primer Virrey del Río de la Plata– la libertad comercial entre todas las provincias y ciudades del virreinato, además de prohibir la exportación de oro y plata en lingotes al Virreinato del Perú, ordenando que todo el metal extraído en el Alto Perú sea acuñado en la Casa de la Moneda de Potosí. De este modo, controlaba la política monetaria y revertía la corriente de metales preciosos que antes tenían como destino Lima y ahora Buenos Aires.

El obsoleto monopolio ya no era redituable a una monarquía urgida de aumentar sus recursos fiscales y modernizar su economía. La prosperidad económica del Río de la Plata “ya no era simplemente una aspiración local sino, también, un interés esencial del gobierno central. Ninguna colonia hispanoamericana recibió más protección económica que el virreinato naciente.”³³

Las razones estratégicas movilizadas por la presión portuguesa e inglesa pusieron en alerta a los Borbones sobre el potencial del Río de la Plata. De ahí la reforma política con la creación del nuevo virreinato. El surgimiento de una clase poderosa de comerciantes en Buenos Aires, hizo notar que podían contar con un aliado que les permitiese aumentar sus recursos fiscales mediante una paulatina liberalización de los intercambios: esta fue la causa de la reforma económica.

Sin embargo, el avance en los campos político y económico debía barrer necesariamente a los viejos organismos administrativos, inútiles en una Buenos Aires de vida renovada y palpitante. Por ello, “se destacó aquí, más que en cualquier otra parte del imperio, el tercer elemento de la política española de este periodo: la preocupación por una mejor administración colonial.”³⁴

La reforma administrativa que nutre al virreinato de un nuevo tipo de funcionario, puede considerarse el origen de la organización administrativa americana y la senda para encontrar los sedimentos de los ejecutivos “fuertes” en la región.

1.6. LOS INTENDENTES AMERICANOS ENFRENTAN A LOS CORREGIDORES

En 1765, CARLOS III nombra Visitador del Virreinato de Nueva España a JOSÉ DE GÁLVEZ, con el encargo de proponer a la corona un plan de Intendencias para ese territorio.

Los objetivos de saneamiento financiero, recuperación fiscal, centralización del mando y eliminación de privilegios, se trasladan al plano administrativo mediante la orden de sustituir a la burocracia de la colonia por un sistema de funcionarios dependientes directamente del monarca, de quien recibirían honores, empleo y sueldo, y único frente a quien resultarían responsables por sus actos y decisiones.

La propuesta de nueva organización administrativa tenía por objeto cortar la relativa independencia de la burocracia colonial, unificar el estatuto que regía la función con el que se aplicaba en la península y clausurar toda renta económica y comercial paralela, favorecida por el ejercicio del cargo.

³² Reglamento y Aranceles Reales para el comercio libre de España a Indias de 12 de octubre de 1778.

³³ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., p. 46.

³⁴ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., p. 47.

Sin embargo, la reforma administrativa importó mucho más que un cambio en los modos burocráticos. Implicó, desde varios ángulos, una decisión que enfrentó a distintas fuerzas sociales.

En primer lugar, la monarquía borbónica reafirmó, una vez más, su alianza con la baja aristocracia y el sector social de los profesionales, y no con los órdenes tradicionalistas superiores. Los intendentes fueron, “como clase... hombres competentes e íntegros,” elegidos “entre la clase media o entre los rangos menores de la aristocracia.” En segundo lugar, la creación del sistema intendencial se propuso abordar el problema del indio, es decir, “abolir completamente el infame sistema de los corregidores.”³⁵

Eran los corregidores la identificación del poder estatal frente a la gran masa popular. Esta casta de funcionarios “corrupta e ignorante” era la que dominaba el escenario colonial y la que gestionaba la más brutal explotación del indio. A ellos correspondía la administración del “grave mal del sistema de repartimientos,” por el cual acaparaban una renta paralela que les permitía independizarse económicamente de la corona y ganar autonomía frente al rey y sus instrucciones.

El plan de Intendencias proponía la remoción de los corregidores, su remplazo por los intendentes (reclutados en las clases medias, entre los profesionales idóneos para la gestión pública), la eliminación del repartimiento forzoso y la sustitución por un régimen de libre contratación por parte del indígena de los bienes necesarios para su subsistencia, lo que abarataría los costos de adquisición. Es por ello que “el sistema de intendencias ya estaba anunciando reformas sociales y económicas,” y hasta medidas auténticamente revolucionarias, como la propiciada por ARANDA, “quien abogaba con elocuencia por una incorporación más genuina de los americanos, tanto indígenas como criollos, a la vida política española en América, especialmente aceptándolos en los cargos públicos, para los que debía aplicarse, como único criterio, el mérito personal.”³⁶

Sin embargo, como exigencia de la historia, sin sangre no hay victoria. Los corregimientos fueron suprimidos en el Virreinato del Perú por real orden del 25 de mayo de 1781. Días antes, el 18, era descuartizado JOSÉ GABRIEL CONDORCANQUI y sus extremidades, expuestas a modo de advertencia en los 4 rincones del virreinato.

Así finalizaba la rebelión de TUPAC AMARU II, la más grande sublevación indígena de la América colonial, aquella que había comenzado, precisamente, con el ajusticiamiento del corregidor de Tinta, ANTONIO DE ARRIAGA.

1.7. FUNCIONES CONCENTRADAS: LA REAL ORDENANZA DE INTENDENTES DE 1782

El sistema intendencial fue importado por los monarcas españoles, de sus congéneres franceses, fieles a los principios de centralización y uniformidad. RICHELIEU es quien lo transforma en una institución digna de la monarquía francesa, destinada a mejorar la hacienda y garantizar la completa subordinación de las administraciones locales a la voluntad del rey.

Los intendentes eran delegados directos de la corona, encargados de hacer cumplir los mandatos reales sin sujeción a los particularismos regionales. Estos funcionarios tomaban “sobre sí el mayor peso de las tareas de gobierno. La competencia del intendente en su provincia era casi universal.”³⁷

³⁵ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., pp. 73/74.

³⁶ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., pp. 56/57.

³⁷ LYNCH, *Administración colonial española...*, cit., p. 52.

En relación a las posesiones de ultramar, fue el Río de la Plata el escenario en el cual los intendentes adquirieron mayor importancia. Si en Europa los intendentes corporizaron “la lucha administrativa entre los señores y el poder real,”³⁸ en América tenderán a la confrontación con la vieja burocracia colonial, incluida la jurisdicción del virrey. En este sentido, fueron los intendentes el giro administrativo necesario para acompañar los movimientos modernizadores dados en los campos político y económico por los Borbones.

Ya en la expedición de CEVALLOS, fue nombrado Intendente de Ejército y Hacienda, MANUEL IGNACIO FERNÁNDEZ. Dicho funcionario, asumirá como Superintendente de Real Hacienda en 1778, restando esta competencia a VÉRTIZ, segundo virrey del Río de la Plata. La Real Cédula que acompaña al nombramiento, justifica la creación del cargo en el “importante fin de poner en sus debidos valores mis Rentas Reales de las Provincias y territorios que comprende el Virreynato de Buenos Ayres nuevamente erigido, y fomentar su población, agricultura y comercio...” VÉRTIZ y FERNÁNDEZ, en 1778, al instante de irse CEVALLOS, daban comienzo a sus funciones respectivas y separadas.³⁹

De este modo, el superintendente venía a quebrar la concentración de poderes depositada en el virrey, creando una cuña entre ambos funcionarios que dificultaría su convivencia, y anticipando embrionariamente una divisoria en las funciones estatales.⁴⁰

Sin embargo, no era la dispersión de funciones lo que perseguía la institución intendencial, sino la sustitución de funcionarios. Al virrey de los Austrias, los Borbones opusieron el intendente francés. A las autonomías locales, el centralismo regio.

Ni siquiera los Cabildos, “en manos de verdaderas oligarquías, más atentas a la satisfacción de vanidades sociales que a la defensa de los intereses ciudadanos,”⁴¹ permanecieron indemnes al impacto de la nueva institución. Esos órganos de gobierno de las ciudades, perdieron su fuente de financiamiento y renta, cuando los intendentes asumieron el manejo de los “propios y arbitrios,” régimen tributario que representaba su vida financiera. Ello, sumado a que las elecciones de alcaldes y regidores de los Cabildos debían contar con la confirmación de los intendentes, hizo perder a esos viejos organismos oligárquicos, gran parte de su autonomía política y económica.⁴²

El plan de Intendencias encomendado a GÁLVEZ en su visita a Nueva España (1765) y que éste produjera en 1768, recién pudo retomarse cuando fuera nombrado Ministro de Indias en 1776. La resistencia de la vieja burocracia, refractaria a la institución naciente que buscaba desbancararla, retardó su implementación hasta que el 28 de enero de 1782, CARLOS III promulgó la “Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires.” El texto fue remitido para ser

³⁸ RAVIGNANI, EMILIO, “El Virreinato del Río de la Plata (1776-1810),” en LEVENE, RICARDO (dir.), *Historia de la nación argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, t. IV-1, *El momento histórico del Virreinato del Río de la Plata*, 3ª ed., Buenos Aires, Ateneo, 1961, p. 113.

³⁹ RAVIGNANI, “El Virreinato del Río de la Plata...,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. IV-1, cit., pp. 123/24.

⁴⁰ Con todo, la iniciativa no duraría más que algún tiempo. En 1778, por disposición real, se ordenó “reunir la superintendencia subdelegada de la Real hacienda al virrey... Triunfaba, así... la tesis de VÉRTIZ,” RAVIGNANI, “El Virreinato del Río de la Plata...,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. IV-1, cit., p. 132.

⁴¹ OTS, “Trasplante en Indias...,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. III, cit., p. 55.

⁴² Conf. RAVIGNANI, “El Virreinato del Río de la Plata...,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. IV-1, cit., pp. 134/35.

considerado por el virrey VÉRTIZ y el superintendente FERNÁNDEZ. Sus observaciones produjeron las *Adiciones* de 1783 y ambos cuerpos legales entraron en vigencia a fines de ese año.

El territorio virreinal quedaba dividido en 8 intendencias: Buenos Aires, Asunción del Paraguay, Córdoba del Tucumán, Salta del Tucumán, La Plata de los Charcas (Chuquisaca), Potosí, Cochabamba (Santa Cruz de la Sierra) y La Paz.

A cargo de cada jurisdicción, como suprema autoridad local, asumía un Intendente que concentraba las funciones de hacienda, justicia, guerra y policía “dándoles para ello, como lo hago, toda la jurisdicción y facultades necesarias” (art. 6).

La función de policía “fue el aglutinante teórico del conjunto de la actividad estatal de esa época. Y esto es así porque con el Estado absolutista, que acusa un marcado intervencionismo, el monarca tenía el poder para adoptar todas aquellas medidas que estimara necesarias y convenientes para el aumento y felicidad de los pueblos. De ahí que se afirmara que Estado absoluto era igual a Estado de policía.”⁴³ En virtud de ella, los intendentes asumieron una auténtica función legislativa, por la cual dictaban “verdaderos reglamentos... en cuanto era de su competencia expedir ordenanzas para el gobierno y administración de la Provincia.”⁴⁴

La función de justicia se ejercía en primera instancia ordinaria civil y criminal, con apelación ante la Audiencia, mediante un teniente letrado que podía ser removido por el intendente (art. 13); mientras que la de guerra vinculaba la provisión, subsistencia, abastecimiento, administración y remuneración de las tropas (arts. 220/21), sin mando militar, el cual quedaba en manos del virrey, quien conservaba el título de capitán general.

La función hacendal colocaba bajo “privativa inspección y conocimiento de los intendentes” la administración de las rentas reales y la jurisdicción contenciosa en la materia (art. 72).

Fueron los intendentes, entonces, la trama burocrática que acompañó a la modernización política y económica emprendida por los Borbones. El nuevo funcionario fue la encarnadura del poder local, quien a partir de las *Adiciones* de 1783 suma a su título de intendente el de *gobernador*.

El nuevo tipo de administrador local, concentraba funciones gubernativas, reglamentarias y jurisdiccionales, como comisionado directo del rey, para el cumplimiento de sus decisiones. En función de ello, el monarca “encomendó al intendente tales objetivos, convirtiéndose en su agente natural. Era, en otros términos, su representante político.”⁴⁵

Son estas las conexiones que justifican la propuesta de encontrar como sendero inicial de los ejecutivos “fuertes,” la ruta trazada por la reforma administrativa de los Borbones y la implantación en el Río de la Plata de la institución intendencial.

Y no sólo eso, sino que a esta experiencia histórica debemos los rastros de las particulares relaciones tejidas entre los ejecutivos locales y el poder central, por cuanto los primeros, aún en el constitucionalismo actual, continúan asumiendo esa calidad de “agentes naturales del Gobierno federal.”⁴⁶ Si hoy puede afirmarse,

⁴³ SAN MARTINO DE DROMI, MARÍA LAURA, *Formación constitucional argentina*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 34.

⁴⁴ SAN MARTINO DE DROMI, MARÍA LAURA, *Constitución Indiana de Carlos III. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 35.

⁴⁵ SAN MARTINO DE DROMI, *Constitución Indiana de Carlos III...*, cit., p. 39.

⁴⁶ Art. 128, CN.

con base constitucional, que “los gobernadores de Provincia representan a la Provincia y a la Nación, a esta última como agente natural,” es porque hubo intendentes que desempeñaron, también, “esta doble investidura, como máximas autoridades locales y como delegados de la Corona.”⁴⁷

A diferencia de las instituciones de los Austrias –el virrey entre ellas– barridas por el proceso revolucionario que desembocó en la independencia, el intendente de los Borbones tuvo su traducción en el derecho patrio naciente, reconfigurado en su calidad de gobernador de provincia. La Ordenanza de Intendentes de 1782/83, continuará en el derecho público provincial, insuflando sus constituciones. La figura del intendente integrará sus articulados “no sólo para designar con igual nombre al jefe del Ejecutivo, sino también para atribuirle sus funciones.”⁴⁸

A modo de reserva, la revolución no despreció lo que la modernización borbónica había aportado al plano administrativo, al punto de que pueda afirmarse que la Ordenanza “en el momento revolucionario, tiene más importancia que las Leyes de Indias, por cuanto muchas de sus disposiciones pasan al régimen nacional o provincial en formación, y las cuatro atribuciones, poco a poco, se transforman en secretarías o ministerios.”⁴⁹

Los ejecutivos “fuertes” tenderán a imponerse a nivel continental en las constituciones de los nacientes Estados americanos, convencidos sus líderes de que ese era el medio más idóneo de completar la obra de la independencia, indefinida, aún, en el campo de batalla.

2. EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: LIBERTAD Y PROGRESO

ALBERDI propone en sus *Bases*, ingresar en una segunda etapa del constitucionalismo continental. En su esquema, la etapa del primer constitucionalismo se encontraba superada, finalizando con la independencia americana.

La obra que correspondía al tiempo que corría (1852) era la del *progreso*. Para ello, se necesitaban nuevas constituciones que alojasen al extranjero, más precisamente, europeo. Este movimiento era producto de una dinámica natural de la historia, una “ley de dilatación del género humano... que reclama para la civilización, el suelo que mantenemos desierto para el atraso.”

Y como ley histórica, el movimiento era fatal: o por las buenas o por las malas, “o bien por medios pacíficos de la civilización, o bien por la conquista de la espada.”⁵⁰

Pero si el progreso era lo que debía movilizar esa segunda etapa del constitucionalismo regional, la *libertad* fue el objetivo buscado por la primera, es decir, garantizar la independencia política americana. En ese marco, la hostilidad al extranjero conciliaba con el fin de las primeras constituciones: la independencia necesitaba propiciar el predominio de los movimientos criollos para asegurar la victoria en la guerra revolucionaria contra la dominación extranjera.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, se continuó con la herencia colonial de los ejecutivos “fuertes.” La solución alberdiana no pasaba por una recomposición de las estructuras de poder, sino por las garantías representadas

⁴⁷ SAN MARTINO DE DROMI, MARÍA LAURA, *Intendencias y Provincias en la historia argentina*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990, p. 92.

⁴⁸ SAN MARTINO DE DROMI, *Formación constitucional...*, cit., p. 48.

⁴⁹ RAVIGNANI, “El Virreinato del Río de la Plata...,” en LEVENE (dir.), *Historia de la nación argentina...*, t. IV-1, cit., p. 138.

⁵⁰ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Lancelot, 2009 [1852], p. 12.

por los derechos civiles, principalmente el de propiedad y la libertad religiosa.

Si a BOLIVAR, representante del primer constitucionalismo, le interesaba la figura del “presidente vitalicio” para hacer frente a las urgencias militares de la guerra, ALBERDI sostenía la necesidad de un “monarca” con el título de “presidente” como medio idóneo de alcanzar los fines de progreso propuestos para el segundo constitucionalismo regional.

2.1. PRESIDENCIALISMO “FUERTE” Y CENTRALISMO: PROPUESTAS DEL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

América vivía su hora revolucionaria. Más allá de lo polémico que resulte siempre apelar a la “revolución,” o asignar tal carácter a un proceso de transformación determinado, lo cierto es que el movimiento de Mayo desbancó a una burocracia extranjera de corte imperial y abrió las puertas del gobierno al sector social de los criollos, para el disfrute del Estado propio.

De este modo principiaron su andadura las ideas de *autogobierno* y *república* las que, una vez iniciada su marcha, es difícil detenerlas. De hecho, jamás se sabe dónde terminan, puesto que encierran una potencialidad incontrolable para las elites que las echan a rodar, cual es la de convocar a la *democracia*, es decir, a todos y todas sin distinción, a las enormes masas populares.

Por eso es que, si Mayo no alcanzó a implementar un plan de reformas estructurales de la economía, mediante la estatización de las minas y la expropiación de las grandes fortunas coloniales –tal como proponía MORENO en su *Plan de Operaciones*,⁵¹ para quien “jamás en ningún tiempo de revolución, se vio adoptada por los gobernantes la moderación ni la tolerancia”–⁵² no fue menos “revolucionario” el trastocamiento político y social que produjo mediante la expulsión de los representantes del imperio español y el ingreso de los criollos al poder como clase anteriormente postergada.

Pero la guerra por la independencia aún no tenía definición. La reacción realista tomaba cada vez más impulso al punto de cercar a los elementos revolucionarios en el Río de la Plata. Esta situación resultó determinante para los primeros pensadores constitucionales.

MORENO fue el representante de la línea más radical. Entendía que el centralismo era la respuesta a las necesidades de la guerra y la independencia, y se mostraba abiertamente opositor a cualquier intento federativo que desmembrase al antiguo virreinato español. Frente a la rebelión de Montevideo, lugar de refugio de los estertores virreinales en el Río de la Plata, MORENO fustigaba el 13 de agosto de 1810: “La distribución de provincias y la recíproca dependencia de los pueblos que las forman es una ley constitucional del Estado, y el que trate de atacarla es un refractario al pacto solemne con que juró la guarda de la constitución. ¿Qué sería del orden público si los pueblos subalternos pudiesen resolver por sí mismos la división de aquellas capitales que el Soberano ha establecido como centro de todas sus relaciones?”⁵³

Buenos Aires debía adueñarse del centro hegemónico del movimiento e irradiar el sentimiento patriótico y nacional al resto de los pueblos. Así, la idea de

⁵¹ Conf. art. 6, *Plan de las Operaciones* que el gobierno provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata debe poner en práctica para consolidar la grande obra de nuestra libertad e independencia, elevado a la Excelentísima Junta Gubernativa de las Provincias Unidas del Río de la Plata, por el doctor MARIANO MORENO el 30 de agosto de 1810.

⁵² MORENO, MARIANO, *Plan de operaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2007 [1810], p. 276.

⁵³ ROMERO, JOSÉ LUIS, *Las ideas políticas en Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1959, 16ª reimp., 1998, pp. 83/84.

nación aparecía inevitablemente unida a las formas del centralismo de Buenos Aires, como medio para evitar la disgregación del antiguo virreinato.

A igual conclusión centralista llegaba BOLIVAR cuando criticaba el modelo federativo de la constitución de Venezuela de 1811, la primera de los nuevos Estados americanos independientes. Para el libertador, la causa del fracaso constitucional de esa primera experiencia, que pusiera en crisis el proceso revolucionario de la región, se debió a “la fatal adopción que hizo del sistema tolerante: sistema improbadado como débil e ineficaz, desde entonces, por todo el mundo sensato.”⁵⁴

Así lo manifestaba en 1813 en su *Memorial* dirigido a los ciudadanos de Nueva Granada (Colombia) y lo ratificaba poco tiempo después en su *Discurso de Angostura* (Venezuela) de 1819, aún con más vehemencia. Otra vez, la idea de nación se asocia al centralismo, mientras que el federalismo a debilidad y disgregación: “El primer congreso en su Constitución Federal [Venezuela, 1811] consultó más el espíritu de las Provincias, que la idea sólida de formar una República indivisible y central. Aquí cedieron nuestros legisladores al empeño inconsiderado de aquellos provinciales seducidos por el deslumbrante brillo de la felicidad del pueblo [norte]americano... Horrorizado de la divergencia que ha reinado y debe reinar entre nosotros por el espíritu sutil que caracteriza al gobierno federativo, he sido arrastrado a rogaros para que adoptéis el centralismo y la reunión de todos los Estados de Venezuela en una República sola e indivisible. Esta medida, en mi opinión, urgente, vital, redentora, es de tal naturaleza que, sin ella, el fruto de nuestra regeneración será la muerte.”⁵⁵

Pero no sólo de centralismo se alimentaba el deseo constitucional bolivariano. A la par que propiciaba el abandono de “las formas federales que no nos convienen,” alentaba la sustitución del triunvirato que ejercía el poder ejecutivo, por la figura de un Presidente que concentre “la autoridad suficiente para que logre mantenerse luchando contra los inconvenientes anexos a nuestra reciente situación, al estado de guerra que sufrimos, y a la especie de los enemigos externos y domésticos, contra quienes tendremos largo tiempo que combatir.”⁵⁶

Epígonos morenistas iban aún más a fondo en sus propuestas centralistas y presidencialistas. BERNARDO DE MONTEAGUDO “llamaba a la lenidad crimen, y aconsejaba, en las páginas de abril de 1812 de *Mártir o libre*, establecer una dictadura para afirmar la revolución.”⁵⁷

2.2. EL SEGUNDO CONSTITUCIONALISMO Y SUS CONTINUIDADES

Los proyectos del primer constitucionalismo latinoamericano no podían escapar a las necesidades de la guerra revolucionaria y, en las propuestas de sus líderes, la libertad –como objetivo disciplinador de la acción– imponía los medios de la centralización política territorial y la autoridad unipersonal “fuerte.” Para ello, el pasado colonial borbónico que buscó en los intendentes la concentración de funciones y la unidad de mando en relación directa con el rey, resultaron antecedentes de los cuales nutrirse.

Sin embargo, estos medios no fueron abandonados en la segunda etapa del constitucionalismo regional, aquella que, consolidada la independencia, debía abocarse al progreso de los pueblos americanos.

⁵⁴ GARGARELLA, ROBERTO, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 17.

⁵⁵ BOLÍVAR, SIMÓN, *Discurso de Angostura*, Biblioteca Virtual Universal, 2003, pp. 7 y 16/17.

⁵⁶ BOLÍVAR, *Discurso...*, cit., p. 14.

⁵⁷ ROMERO, *Las ideas políticas...*, cit., p. 77.

El programa político y constitucional condensado en la *república posible* de ALBERDI, no proponía enfrentar, sino asimilar, el pasado colonial, haciéndolo compatible con los fines constitucionales modernizantes. La *república verdadera* no era posible de un golpe, necesitaba de hábitos sociales aportados por la acción civilizatoria de la inmigración europea. De ahí que la terapéutica institucional debía reconocer esta situación para acomodar la herencia recibida e ir, paulatinamente, remplazando los medios tradicionales de gobierno en la medida en que se iban adquiriendo esas nuevas habilidades cívicas.⁵⁸

Esa fórmula mixta de fines modernos y medios tradicionales es lo que caracteriza a la propuesta constitucional alberdiana: el progreso sólo puede alcanzarse pactando con el pasado colonial. Ese acuerdo incluye la adopción de uno de sus medios principales: el ejecutivo “fuerte”.

Pero también es refractario al pasado colonial la idea federativa. Para ALBERDI, el federalismo argentino era un “accidente” de la historia, producto del proceso de guerras civiles. En cuanto a él, “todo es diferente en las dos Constituciones, argentina y norteamericana,” pues precisamente, a contramano de la experiencia del país del norte, el unitarismo virreinal borbónico había sido la génesis histórica de la patria: “En Norteamérica era artificial la unión; entre nosotros, era artificial la descentralización estando a nuestro pasado colonial.”

El contraejemplo perfecto lo proporcionaba México, “que copió a la letra el federalismo de Norteamérica para regir provincias que habían formado por tres siglos un virreinato unitario... Los Estados Unidos habían sido siempre Estados desunidos o independientes. Venían de la diversidad a la unidad. Méjico, como el Virreinato de la Plata, al contrario, venía de la unidad a la diversidad; había sido un Estado sólo y único, dividido interiormente en provincias sólo para fines económicos y administrativos, de ningún modo políticos.”⁵⁹

De este modo, la imitación ignorante del pasado llevaba a las nuevas repúblicas americanas al fracaso constitucional. Ese pasado no debía ser despreciado si se perseguía el éxito de la constitución a dictarse. La república posible obligaba a aclimatar las instituciones a estas tierras, albergando atributos de la antigua monarquía como, en este caso, la centralización.

En igual modo, la herencia del ejecutivo “fuerte” tuvo que ser administrada constitucionalmente. Para cuyo diseño, era necesario, otra vez, apartarse de las fuentes constitucionales norteamericanas y seguir el “precedente feliz” de las constituciones chilenas de 1823 y 1833, inspiradas en la obra de los juristas conservadores JUAN y MARIANO EGAÑA.

ALBERDI elogia la “sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder del Presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano... Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna.” Chile hizo suya la máxima que atribuye a BOLÍVAR, en virtud de la cual “Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes.”⁶⁰

La constitución de 1853 se vertebra en el Poder Ejecutivo, “que forma la facción prominente... y determina toda su fisonomía.” El presidente argentino y su homónimo norteamericano, “se asemejan tanto como un huevo a una castaña.”

A pesar del cambio de objetivos que correspondía a la nueva etapa del

⁵⁸ Conf. BOTANA, NATALIO R., *Constitución y política*, Buenos Aires, Hydra, 2012, pp. 24/25.

⁵⁹ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, Buenos Aires, Hydra, 2012 [1853], pp. 282 y 285.

⁶⁰ ALBERDI, *Bases...*, cit., pp. 65/66.

constitucionalismo americano, guiada por la búsqueda del progreso, las incapacidades cívicas que sólo se revertirían progresivamente con la culturización europea, marcaban las continuidades del primer periodo manifestadas en la centralización territorial y funcional del poder, asignado de modo unipersonal en la figura del presidente.

La deferencia al pasado colonial –negación de la imitación autista– imponía recoger los vestigios de ex colonia española que correspondía al Río de la Plata. Las formas de tramitar la herencia recibida encontraron acogida en el presidencialismo adoptado por la Constitución de 1853: “Era nuestro Ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos... Fuerte, como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo, central como en dos siglos... Por mucho tiempo en la América del Sur... el gobierno ha de estar representado y simbolizado casi totalmente por el poder ejecutivo... por ser el llamado a fundar la autoridad.”⁶¹

3. LOCALISMO O REVOLUCIÓN: DESTINO ANTINACIONAL DEL PRIMER FEDERALISMO PATRIO

Desde la obra de quien es considerado su fundador, el programa político del federalismo es una apuesta por los poderes locales como defensa frente a una eventual opresión del poder central.

El teólogo calvinista alemán JOHANNES ALTHUSIUS, elaboró en su *Política* de 1603, la teoría de la “representación política ascendente.” En ella militaba a favor de una mayor autonomía local en contra de la autoridad imperial católica y de las autoridades provinciales luteranas.⁶²

Hablaba desde su condición de calvinista pero, sobre todo, en su calidad de funcionario gubernamental de Emden, una próspera ciudad marítima estratégicamente situada entre Holanda, Alemania e Inglaterra. La importancia económica de su puerto impuso la necesidad de un pensamiento localista que permitiera su administración sin injerencias, convergiendo las tesis del federalismo para dotar a la ciudad de una gran autonomía política y religiosa, de la que aún hoy goza como miembro del estado de Baja Sajonia, Alemania.

Sin embargo, una segunda noción de federalismo o, más precisamente, de “federación,” nos puede conducir a la idea de “alianza.” En este sentido, encontramos un acuerdo entre partes menores que constituyen una entidad superior. Las dinámicas de origen de la federación pueden seguir 2 modelos: *coming-together* o *holding-together*.⁶³

En la primera, las distintas entidades estatales preexistentes “se juntan” para formar una unidad mayor. Es decir, la federación surge como resultado de una negociación mutuamente ventajosa: para el que ofrece el acuerdo por su deseo de expansión y para el que lo acepta, por posicionarse de mejor modo ante eventualidades como, por ejemplo, ataques exteriores, o por beneficiarse mediante la creación de economías de escala y la reducción de los costos que genera el cruce de jurisdicciones.⁶⁴

⁶¹ ALBERDI, *Estudios...*, cit., p. 283.

⁶² Conf. GONZÁLEZ BERTOMEU, JUAN F., “Notas sobre federalismo,” en GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, *Democracia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 447.

⁶³ Conf. STEPAN, ALFRED, “Federalism and democracy: beyond the US model,” *Journal of Democracy*, vol. 10, nro. 4, 1999, pp. 22 y ss.

⁶⁴ Conf. SOLA, JUAN VICENTE, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 773/74.

En la segunda, el proceso queda determinado por una experiencia centralista anterior y el objeto de la federación es “mantener” esa unión. En este caso, la federación es producto de una amenaza a la integridad territorial y surge como garantía de supervivencia del sistema político.

Resulta destacable que estas teorizaciones sobre las distintas génesis de las federaciones, no resulten novedosas, pues ALBERDI ya las había advertido al comentar las distancias insalvables entre los procesos federativos surcados en Estados Unidos y en el Río de la Plata. En efecto, la contestación que ALBERDI hace en sus *Estudios* a los *Comentarios* de SARMIENTO, es un esfuerzo por diferenciar la Constitución de 1853 de la norteamericana.

ALBERDI reconoce como causa del federalismo argentino un proceso diametralmente inverso al registrado en las 13 ex colonias británicas de la costa este de Norteamérica. Si en éstas el antecedente era la descentralización (*coming-together*), en la América española lo fue la sólida unión manifestada en la organización virreinal (*holding-together*). Es así que, en nuestro caso, la federación fue el modo de mantener la unidad territorial del viejo virreinato.

Sin embargo, el unitarismo virreinal no impidió la convivencia con intendentes nombrados directamente por el rey, encargados del poder local en las provincias y que concentraban funciones públicas a escala en sus territorios. Forzoso, pues, concluir “que el gobierno local o provincial es uno de nuestros antecedentes administrativos, que remonta y se liga a la historia de España y de su gobierno colonial en América, por lo cual constituye una base histórica que debe servir de punto de partida en la organización constitucional del país.”⁶⁵ Aun así, la figura del virrey se constituía en gendarme del régimen de unidad.

Ahora bien, derribado éste mediante el proceso revolucionario de mayo, caía también la autoridad garante del unitarismo y, en su reemplazo, asumía un “gobierno encargado,” nombrado por un órgano eminentemente local, más aún, municipal: el Cabildo de Buenos Aires.

La pérdida del centro de unidad representado por el virrey, favoreció las tendencias centrífugas propiciatorias de la generación de unidades de poder locales, autónomas o directamente independientes, obligando a la Primera Junta a convocar a las provincias para sumarse al gobierno. Ello así, por cuanto “aun suponiéndose sucesora del virrey, conocía no tener el poder, de que éste mismo había carecido, para crear los gobiernos nuevos de provincia.” Acorralada por esta constatación, la Junta “dirigió el 26 de mayo una circular a las provincias, convocándolas a enviar sus diputados para tomar parte en la composición de la Junta y en el gobierno ejecutivo de que estaba encargada... Desde ese momento empezó la disolución del poder ejecutivo instalado en mayo, que no alcanzó a vivir un año entero.”⁶⁶

El terminante juicio vinculaba la convocatoria a las provincias con el fin del poder revolucionario instalado en mayo y, con él, la entrega de la vieja unidad. El reconocimiento de autonomías locales, fue el “error” que cometió la Junta ni bien investida de poder, y que conspiró contra su propia subsistencia.

Puesto así por nuestro ilustre liberal, *localismo* y *revolución* fueron, en los orígenes de nuestra vida independiente, conceptos antitéticos. Los gobernadores, liberados del poder central representado por el virrey, no favorecieron la recreación de un sustituto. Más aún, “desde que se trató de destituir al virrey en Buenos Aires, el partido español pensó en los gobernadores de las provincias para apoyar la reacción contra el gobierno de mayo.”⁶⁷ Las sublevaciones de ELÍO

⁶⁵ ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 133; reproducido en *Estudios...*, cit., p. 332.

⁶⁶ ALBERDI, *Bases...*, cit., pp. 133/34.

⁶⁷ ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 136.

en Montevideo (destino de los vestigios virreinales) y LINIERS en Córdoba (foco de la contrarrevolución), así parecen demostrarlo.

El programa centralista con eje en Buenos Aires, propiciado por el ala radical de Mayo, postergaba el reconocimiento de las autonomías locales en pos de las necesidades de la guerra y la integridad territorial, condiciones ineludibles para alcanzar la meta: la creación de una nación independiente.

El frente interno debía quedar asegurado y el camino no podía ser otro que el poder hegemónico de Buenos Aires. Así lo entendió la Junta al ordenar a CASTELLI el fusilamiento de los sublevados de Córdoba, entre ellos el “héroe” de la Reconquista y líder popular, SANTIAGO DE LINIERS.

La agitación de los sentimientos localistas conjugaba perfectamente con la reacción realista recostada en los gobernadores. Pretender el federalismo en la hora cero revolucionaria, era entregarla sin nacer. Hacerla andar imponía la decisión de sacrificar las autonomías provinciales en el altar de la nación.

Sin embargo, el proyecto centralista fracasó y la convocatoria a las provincias provocó la desmembración del poder hegemónico necesario para mantener la unidad.

No fue, entonces, la primera batalla de Cepeda de 1820 la que, además de sepultar definitivamente la efímera Constitución unitaria de 1819, marcó el fin de la autoridad central representada por el Directorio. El “desquicio” del gobierno central de las nacientes Provincias Unidas del Río de la Plata se inicia con “los primeros pasos de la revolución de mayo, que destruyó el gobierno unitario colonial deponiendo al virrey, y no acertó a reemplazarlo por otro gobierno patrio de carácter central... La soberanía local tomó entonces el lugar de la soberanía general acéfala; y no es otro, en resumen, el origen inmediato del federalismo o localismo republicano en las provincias del Río de la Plata.”⁶⁸

3.1. “AGENTES NATURALES:” LOS GOBERNADORES EN EL FEDERALISMO ARGENTINO

La federación, entonces, en un primerísimo momento patrio, conspiró contra la revolución. Pero también resultó una constatación histórica que sin aquella era imposible organizar a la nación.

El antecedente histórico relevante debía aclimatar las instituciones constitucionales. Esta era la política de “pacto con el pasado” diseñada por ALBERDI y que una constitución exitosa (estable y eficaz) debía reconocer.

Si se trataba de mantener la unidad territorial y política, como base de la nación independiente, no había otro camino que la federación. Pero no la idea “pura” de ella. La república “posible” rechazaba tanto la unidad como la federación “puras.” Ella imponía una fórmula “mixta” que debía encontrarse en la función de los gobernadores.

La constitución nacional y el poder central debían aliarse —y no oponerse— a los poderes locales; el presidencialismo centralista conjugar con ejecutivos provinciales autónomos.

La constitución debía ser una tarea compartida entre la nación y las provincias; entre el presidente y los gobernadores. La federación posible era aquella que, a la par de reconocer preexistencia y autonomía a las provincias, comprometiera a sus gobernadores en la defensa de la constitución y la nación.

Contrariamente, la federación “pura” que anhelaba SARMIENTO pretendía alcanzar la consolidación del estado nacional mediante la implantación en las provincias de *marshalls* o *sheriffs* designados directamente por el poder central,

⁶⁸ ALBERDI, *Bases...*, cit., pp. 136/37.

como agentes directos del presidente para el cumplimiento y ejecución de la constitución y de las leyes de la nación.

La federación debía ser defendida por agentes federales que representen al poder central en las provincias y hagan cumplir el derecho federal. El esquema proponía que la doble organización gubernamental (federal y local) discurriera por andariveles paralelos y que las provincias –o la jurisdicción territorial más o menos amplia que el poder central decidiera– vean complementadas sus instituciones, por dependencias orgánicas de la Confederación encargadas de la guarda de la Constitución nacional. Por ello, “es preciso constituir el poder federal, hacerlo entrar al interior y abrir sus oficinas al lado de las oficinas provinciales de gobierno; es preciso que se le vea, que obre por todas partes en la esfera de sus atribuciones; y que el pueblo que lo sostiene y nombra le obedezca en cambio de la segura protección que le presta.”⁶⁹

SARMIENTO se interroga: “¿qué habría sido de la Constitución de un país que llama a su gobierno *confederación* y hace simples agentes *naturales* del Gobierno general a los gobernadores de los Estados confederados?... ¿Puede hacerse efectiva ley o medida alguna sin que los agentes *naturales* dependan del poder en cuyo nombre han de obrar?”⁷⁰ Ciertamente, el armado argumentativo y lógico de los enunciados tiene la suficiente solvencia como para intentar convencer que una constitución tal, resultaría inoperante, ineficaz y traduciría un nuevo fracaso para organizar a la nación. Más aún, una “trampa” o “celada tendida a las preocupaciones populares con ciertos resortillos secretos o desapercibidos por donde se ha de hacer en la práctica fracasar todas las pomposas declaraciones que se ostentan en su frontispicio.”⁷¹

Sin embargo, ALBERDI renunciaba a la pureza teórica en pos del compromiso con la historia y la experiencia práctica. Los hechos antes que la lucha de palabras. La constitución por decantación histórica y no por imitación. En suma, la federación por necesidad, no por virtud.

La nación debía organizarse apelando a la “autoridad del pasado histórico,” el que continuaba marcando la impronta y los ritmos del proceso constitucional, pese a los vanos esfuerzos de quienes renegaban de él por veleidad intelectual.

Esa historia ordenaba acudir a los gobernadores para organizar a la nación, tanto como el virrey (garante del estado unitario) convivió con los intendentes (representantes de los poderes locales). Que los gobernadores asumieran el doble rol de jefes supremos de su provincia y “agentes naturales” del poder central no representaba ninguna novedad. Más aún, esa ingeniería restablecía o conservaba “un medio de acción gubernamental que ha existido por tres siglos en la actual República Argentina y antes Virreinato de la Plata.”⁷²

El virrey y los intendentes representaron la posibilidad de asegurar lo local sin mengua de la unidad. La fuente de legitimidad autónoma de cada uno de esos funcionarios (proveniente del rey) tampoco fue un impedimento para ello: “Jamás el virrey, jefe del virreinato unitario, nombró los gobernadores de provincia, que sin embargo dependían de él; y la acción del virrey, que ni los había nombrado ni podía remover, era eficacísima. Los gobernadores eran nombrados por el soberano, que reside en el país y es el pueblo.”⁷³ Tocaba ahora al pueblo “sustituir” la soberanía del rey, tanto como al presidente y a los gobernadores

⁶⁹ SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO, *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Hydra, 2012 [1853], p. 210.

⁷⁰ SARMIENTO, *Comentarios...*, cit., pp. 205 y 207.

⁷¹ SARMIENTO, *Comentarios...*, cit., p. 205.

⁷² ALBERDI, *Estudios...*, cit., p. 333.

⁷³ ALBERDI, *Estudios...*, cit., p. 333.

restituir la vieja relación entre localismo y unidad, encomendando a ambos el cumplimiento de la Constitución.

Si este pasado colonial era asumido como “autoridad,” fue por entenderlo “ley”. Si el Río de la Plata pretendía continuar su “historia,” primero debía dominarla, independizándola de gustos y deseos: “Los hechos, pues, legítimos o no, agradables o desagradables, con el poder que les es inherente, nos conducen a emplear los gobiernos de provincia existentes como agentes inevitables para la creación del nuevo gobierno general; y para que ellos se presten a la ejecución de esa obra primeramente, y después a su conservación, será indispensable que la vida del gobierno general se combine y armonice con la existencia de los gobiernos locales, según la fórmula de fusión que hemos indicado.”⁷⁴ Sólo el gobierno local, actuando como “rueda auxiliar y complementaria” del gobierno federal, podía garantizar la unión nacional.

Así nace, como continuidad histórica, la trama que nutre la relación entre todos los ejecutivos del país: gobernadores y presidente. Ellos serán los referentes excluyentes del poder estatal (local y federal) pero, más importante aún, los garantes de la unidad del Estado y del cumplimiento de la Constitución, instrumento que intenta sellarla.

Las facultades “fuertes” del Presidente son las que en igual medida corresponden a los gobernadores, tejiendo una red de funcionarios bajo cuya dependencia se hizo recaer la continuidad estatal. Este fue el objetivo del art. 107, el cual cerraba la Constitución de 1853, declarando a los gobernadores *agentes naturales del gobierno federal* “para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Confederación.”

⁷⁴ ALBERDI, *Bases...*, cit., p. 196; reproducido en *Estudios...*, cit., p. 332.

CAPÍTULO II

División de poderes y republicanismo

1. DIVISIÓN DE PODERES: HISTORIA Y TEORÍA

El pensamiento social y político tuvo, desde sus inicios, una inquietud preferente por la organización del poder público, es decir, por el gobierno. Sus formas vienen arrastrándose desde los griegos para coagularlas en las 3 clásicas: monarquía, aristocracia y democracia, es decir, gobierno de uno, de pocos o de muchos.

Ya HERÓDOTO (484-425 a.C.) planteaba esta clasificación en la célebre discusión de los persas OTANES, MEGABIZO y DARÍO. El primero, favorable a la democracia, asociaba al estado republicano con la *isonomía*, es decir, “la justicia igual para todos.” Así, desde sus inicios, democracia es igualdad, y ambos términos en convocatoria mutua. El componente igualitario de la democracia es absoluto, al punto que “permite a la suerte la elección de empleos; pide después a los magistrados cuenta y razón de su gobierno; admite, por fin, a todos los ciudadanos en la deliberación de los negocios públicos.” Que la democracia se conciba como igualdad, es lo que hace de ella “el gobierno de muchos.” El principio igualitario decanta necesariamente en el expediente mayoritario: si no hay distinciones, no queda alternativa a que las mayorías asuman, coyunturalmente, el derecho a gobernar.

Pero si OTANES confiaba “que al cabo en todo género de bienes siempre lo más es lo mejor,” sus oponentes veían en esas mismas mayorías la causa de los males públicos. MEGABIZO resistía la propuesta de entregar el poder al “imperito vulgo... de suyo desatento y desenfrenado” y sostenía la idea de “escoger un consejo compuesto de los sujetos más cabales del estado,” claro que, a no dudarlo, “nosotros mismos seremos del número de tales consejeros.”

Por último, DARÍO repudiaba tanto a la oligarquía por “sediciosa” como al estado popular por “corrupto.” La superioridad de la monarquía que pregonaba, quedaba demostrada por su inevitabilidad: tanto para acabar con las “grandes discordias y mutuas enemistades” de la primera, como con el “desorden público” del segundo, surge la figura de un magistrado “en todo grande y sobresaliente, que asistido de una prudencia política igual a sus eminentes talentos, sepa regir el cuerpo entero de la monarquía de modo que en nada se le pueda reprender.”⁷⁵

Iniciada la tradición, ya no se detendrá. Los pensadores posteriores añadirán sobre ese molde, pero no descartarán.

ARISTÓTELES (384-322 a.C.) ampliará el registro sumando un criterio de distinción cualitativo que añade a la pregunta de cuántos gobiernan (uno, pocos, muchos), el interrogante acerca de cómo lo hacen: *bien*, si tienen como objetivo el bien común, o *mal*, si atienden sólo al interés personal de los gobernantes. Así, a las 3 formas rectas (monarquía, aristocracia, república), corresponden sus respectivas desviaciones (tiranía, oligarquía, democracia).⁷⁶

Así queda configurada la teoría clásica de las formas de gobierno y descrita su tipología. Sin embargo, al pasar al plano que vale, es decir, al de las condiciones materiales de existencia, las formas de gobierno parecen reducirse a

⁷⁵ HERÓDOTO, *Los nueve libros de la Historia*, Libro III, *Talía*, LXXX y ss., Biblioteca Virtual Universal, 2010.

⁷⁶ Conf. ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1988, pp. 170/72 [1279 a-b]. El término *democracia* es utilizado por el autor para referir a la tercera de las formas desviadas, es decir, al gobierno de muchos en interés personal. El alcance peyorativo del término también se encuentra en su *Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 1993, p. 340 [1160 b]. La forma justa que adopta el gobierno de la mayoría es la *república*, término que intenta traducir el vocablo griego *politeía*, el que designa, a la vez, a toda *constitución* en general.

solamente 2, como clases sociales hay en toda comunidad que distribuye inequitativamente sus bienes: el gobierno de los ricos (oligarquía) y el gobierno de los pobres (democracia). No es la cantidad ni la calidad, sino la condición social de quienes tienen el poder, lo que define a la forma de gobierno: “Este razonamiento parece hacer evidente que el que sean pocos o muchos los que ejercen la soberanía es algo accidental, en el primer caso de las oligarquías, en el segundo de las democracias, porque el hecho es que en todas partes los ricos son pocos y los pobres muchos... Lo que diferencia la democracia y la oligarquía entre sí es la pobreza y la riqueza. Y necesariamente cuando ejercen el poder en virtud de la riqueza ya sean pocos o muchos, es una oligarquía, y cuando lo ejercen los pobres, es una democracia. Pero sucede, como dijimos, que unos son pocos y otros muchos, pues pocos viven en la abundancia, mientras que de la libertad participan todos. Por estas causas unos y otros se disputan el poder.”⁷⁷

La condición social de los gobernantes, fundada en la desigual distribución de la riqueza, no sólo califica a las formas de gobierno, sino que determina disputas por el poder y, consecuentemente, inestabilidad de las constituciones. Es por ello que, al pasar al plano valorativo, el autor se incline por regímenes de “mezcla” que eviten los extremos. Así, la constitución deseable es aquella que tienda a la “mediación,” es decir, al punto intermedio entre democracia y oligarquía, entre pobres y ricos.⁷⁸

Será, pues, “la posesión moderada de los bienes de la fortuna,” es decir, la clase media, la mejor de todas: “La ciudad debe estar construida lo más posible de elementos iguales y semejantes, y esto se da sobre todo en la clase media, de modo que una ciudad así es necesariamente la mejor gobernada... Es evidente, por tanto, que la comunidad política mejor es la constituida por la clase media, y que es posible que sean bien gobernadas esas ciudades en las que el elemento intermedio es numeroso y más fuerte que los otros dos... Donde la clase media es numerosa es donde menos se producen sediciones y discordias entre los ciudadanos.”⁷⁹ El mejor gobierno será, entonces, una república –entendida como “mezcla” de instituciones políticas de la democracia y de la oligarquía–⁸⁰ sostenida en una robusta clase media, que evite los extremos de la pobreza y la riqueza.

La propuesta aristotélica contiene, al menos, 2 ideas que perseguirán a la teoría de las formas de gobierno en lo sucesivo: la primera es el rechazo de las formas “puras” y la apuesta por una combinación de ellas, como meta de mejor gobierno, es decir, de constitución moderada y, por ello, estable; la segunda ordena que la “mezcla” no resulte aislada del componente social, es decir, lo que justifica la combinación de formas diversas es moderar los intereses sociales en disputa y diseñar espacios institucionales representativos de cada uno de ellos.

POLIBIO (200-118 a.C.) recogerá la tipología aristotélica⁸¹ y le imprimirá el sello del gobierno “mixto,” como séptima forma óptima. En efecto, el autor entiende al proceso histórico como un ciclo fatal en el cual se suceden las formas rectas y desviadas y que, al finalizar, reinicia. Esto se debe a que ninguna forma “simple” es buena, ni aún las rectas. Todas ellas están contaminadas desde su origen y predestinadas a la degeneración. Así como “el orín, para el hierro, y la

⁷⁷ ARISTÓTELES, *Política*, cit., pp. 173/74 [1280 a].

⁷⁸ En la tipología aristotélica, “la república es, por decirlo sencillamente, una mezcla de oligarquía y democracia... es evidente que la mezcla de los dos elementos, de los ricos y los pobres, debe llamarse república,” ARISTÓTELES, *Política*, cit., pp. 240 y 242/43 [1293 b; 1294 a].

⁷⁹ ARISTÓTELES, *Política*, cit., pp. 250/51 [1295 b; 1296 a].

⁸⁰ Conf. ARISTÓTELES, *Política*, cit., pp. 243/44 [1294 a-b].

⁸¹ Con la diferencia –nada despreciable– de considerar a la *democracia* como la tercera de las formas rectas, mientras que a su correspondiente forma desviada la designa como *demagogia*, conf. POLIBIO, *Historias*, Libros V-XV, Madrid, Gredos, 1981, pp. 151/53 [VI, 4].

carcoma y ciertos gusanos, para la madera, son enfermedades congénitas que llegan a destruir estos materiales... De modo no distinto, con cada una de las constituciones nace una cierta enfermedad que se sigue de ella naturalmente.”⁸²

Así, el remedio resultaría de la adopción de un gobierno “mixto” que integre los principios de las 3 formas clásicas rectas: el poder del rey, el poder de los nobles y el poder del pueblo: “neutralizada por las otras la potencia de cada constitución, ninguna tendría un sobrepeso ni prevalecería demasiado, sino que, equilibrada y sostenida en su nivel, se conservaría en este estado el máximo tiempo posible...”⁸³

La “enfermedad congénita” de cada forma “simple” es contrarrestada por la forma “mixta” que neutraliza los avances de cada una de ellas hacia la pendiente de su degeneración. POLIBIO ya presenta los elementos característicos de lo que luego se configurará como “teoría de la división de poderes” cuando apunta las ideas de neutralización *al poder desde el poder*.

Pero su propuesta institucional, sigue apegada a las condiciones sociales que la fomentan, es decir, si se quiere alcanzar la estabilidad política es necesario otorgar espacios de poder a cada uno de los elementos sociales en disputa: si hay un senado para los patricios que haya tribunos para la plebe. Tanto la *república* de ARISTÓTELES como el gobierno “mixto” de POLIBIO, fueron propuestas institucionales marcadas por el análisis sociológico, más aún en el primero, para quien sólo era posible la *politeía* mediante un arreglo social previo: una ciudad de clase media.

1.1. LA MODERNIDAD RECONFIGURA EL APOORTE CLÁSICO

Ahora bien, cuando pasamos al análisis de la teoría de la división de poderes propiamente dicha, encontramos, por un lado, que los aportes clásicos del gobierno “mixto” no pueden desconocerse y, en consecuencia, la teoría no pasa de ser un producto derivado; pero, por el otro, y acá sí orbita su originalidad, el componente sociológico –ingrediente vital de la construcción clásica– desaparece en la teoría moderna. Es decir, la modernidad construye un sujeto desmarcado de su condición social y, en ese orden, desprovisto de intereses de clase: un individuo ideal (abstracto) que, sin importar las condiciones materiales bajo las cuales desarrolla su existencia, siempre tenderá a corromperse si acumula poder político. De ahí, la necesidad de fracturarlo.

MONTESQUIEU (1689-1755), quien puede considerarse el creador de la teoría de la división de poderes, fundía en modo binario su concepción de las formas de gobierno: los había “moderados” o “despóticos,” según el poder político se dividiera o se mantuviese concentrado.

En su obra *Del espíritu de las leyes* (1748), el gobierno “moderado” era aquel atravesado por divisiones horizontales y verticales, las que se verificaban, preferentemente, en la monarquía constitucional, es decir, aquella forma en la “que uno solo gobierna por medio de leyes fundamentales.”

La existencia de divisiones horizontales garantizaba que entre el soberano y los súbditos existieran “poderes intermedios,” es decir, cuerpos privilegiados que, en cuanto tales, hacían imposible la concentración del poder. De este modo, el autor se presenta como defensor de las prerrogativas de la nobleza y el clero, pero también de las justicias señoriales y de los fueros de las ciudades: “Esas leyes fundamentales suponen necesariamente canales medios por los que corre el poder; puesto que, si no hay en el Estado más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada puede ser fijo, y por consiguiente ninguna ley será

⁸² POLIBIO, cit., p. 161 [VI, 10].

⁸³ POLIBIO, cit., p. 162 [VI, 10].

fundamental. El poder intermedio subordinado más natural es el de la nobleza... Si en una monarquía abolimos las prerrogativas de los señores, del clero, de la nobleza y de las ciudades, tendremos muy pronto o un Estado popular, o bien un Estado despótico.”⁸⁴ Claramente, estamos en presencia de una propuesta conservadora que contrasta abiertamente con, por ejemplo, el ideal republicano de ROUSSEAU (1712-1778), para quien una vez constituida la “voluntad general,” mediante el pacto de cada uno con el resto, quedan prohibidas las “órdenes” parciales.

Las divisiones verticales apuntaban a la fractura de la unidad del poder soberano y a su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado, identificadas con la legislativa, la ejecutiva y la judicial: “Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo se reúne con el poder ejecutivo, no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado dicten leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o diferendos de los particulares.”⁸⁵

Es el “gobierno moderado” el lugar donde se aloja la libertad política. Son las divisiones horizontales y verticales que lo caracterizan, las que garantizan que no se abuse del poder, que se eviten las arbitrariedades estatales y que se ejerzan las libertades públicas. De ahí la máxima del poder como freno del poder: “La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre. Sólo se la encuentra cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia de todos los tiempos; todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él, y llega hasta donde encuentra límites... Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder.”⁸⁶

En la base de la teoría subyace la idea del abuso del poder como natural tendencia del soberano, sin importar el componente sociológico tal como sí lo vimos presente en el pensamiento clásico. El problema pareciera resolverse en una cuestión funcional: el poder unido genera gobiernos despóticos; si se lo divide, gobiernos moderados, aptos para el ejercicio de la libertad. No importa si es “el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo” quien concentra las funciones estatales; un gobierno de este tipo siempre será despótico. Por ello, si bien los clásicos también inspiraron su pensamiento en la distribución del poder, lo hacían para repartirlo entre los sujetos sociales. Aquí, el sujeto del poder resulta indiferente y es este punto el que aleja a la teoría de la división de poderes de sus antecedentes clásicos: “Sin embargo, entre el gobierno mixto y el moderado hay una diferencia en cuanto a la manera en que se concibe esta distribución de poderes. El gobierno mixto deriva de una recomposición de las tres formas clásicas, y en consecuencia de una distribución del poder entre las tres partes que componen una sociedad, entre los diferentes posibles ‘sujetos’ del poder, particularmente entre las dos partes antagónicas, los ricos y los pobres (los patricios y los plebeyos); en cambio, el gobierno moderado de MONTESQUIEU

⁸⁴ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Libro II, IV, Buenos Aires, Losada, 2007, pp. 44/45.

⁸⁵ MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, cit., Libro XI, VI, pp. 205/06.

⁸⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, cit., Libro XI, IV, p. 204.

deriva de la disociación del poder soberano y de su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado, la legislativa, la ejecutiva y la judicial... Lo que llama la atención a MONTESQUIEU, de manera fundamental, es la separación de poderes según las funciones, no la división basada en las partes constitutivas de la sociedad.”⁸⁷

Es por ello que esta teoría acompaña a la idea liberal del individuo abstracto, divorciado de su realidad y dotado de una “libertad” igualmente ideal pero, fundamentalmente, preconcebida. Es decir, la libertad no es aquello que desean los sujetos que viven y la comunidad que los cobija, sino la de aquellos individuos imaginados por su filosofía. Si el gobierno “mixto” proponía dividir el poder entre los sujetos sociales para equilibrar los intereses materiales, el gobierno “moderado” lo hace para defender esa idea liberal de “libertad,” con el fin de restablecer una autoridad trascendente que enfrente al ímpetu democrático y a las corrientes republicanas más radicalizadas. Más que una barrera, una expropiación de asuntos sobre los cuales la comunidad ya no podrá decidir por prevalencia de ese individuo “metafísico” y de su libertad.

2. EL REPUBLICANISMO COMO CORRIENTE EMANCIPADORA Y SU NOCIÓN DE “REPÚBLICA”

Trabajar con palabras implica pelear su sentido. El lenguaje es una avenida que presenta un magnífico tráfico ideológico y es por eso que, una y otra vez, disputamos los conceptos.

Por la enorme carga emotiva que concentran ciertos términos, es que las distintas corrientes del pensamiento intentan una apropiación singular de ellos mediante una narrativa que los haga atractivos, partiendo de (o, más precisamente, construyendo al mismo tiempo que hilvanan el discurso) las características emotivas del auditorio hacia el cual va dirigido el relato.

Ciertamente, “la realidad es siempre una construcción social, donde no hay espacio para una realidad absoluta... No hay discursos neutros, se impone una manera de contar la realidad desde un ‘lugar’ concreto. Donde hay lenguaje hay ideología... Es más, el lenguaje no sólo manifiesta una ideología sino que, fundamentalmente, es el espacio en que la ideología se constituye, consolida y legitima.”⁸⁸

Entonces, podemos asumir frente a los conceptos y sus definiciones, 2 posiciones: una que busque el sentido “verdadero” o “esencial” de lo que el término desea denotar y, en este caso, se creará que “las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descripto;” u otra que deje al arbitrio del hablante la libertad de estipular “una definición o un concepto tan sólo funcional y operativo dentro de un cierto contexto.”⁸⁹ Sin embargo, podemos intentar una alternativa intermedia identificada con la *reconstrucción racional* de los conceptos, es decir, conectar su elucidación con la teoría normativa que los va a emplear.⁹⁰ De este modo, se evitarían tanto las definiciones meramente lexicográficas como las “que simplemente expresan la decisión del hablante de usar una palabra con cierto significado o la recomendación de que otros así la empleen; si fuera de esta manera carecerían

⁸⁷ BOBBIO, NORBERTO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 10ª reimp., 2014, p. 135.

⁸⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 1-14.

⁸⁹ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. 1-20/21.

⁹⁰ Conf. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. amp. y rev., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 12/13.

de sentido todas las controversias que la elucidación conceptual suele provocar.”⁹¹

Esta vía permitiría dotar a las definiciones de mayor utilidad, por cuanto recogería las distinciones relevantes de acuerdo al esquema justificatorio que la propia conceptualización asume. Así, la elucidación conceptual caminaría a la par de la elaboración de la teoría valorativa que la enmarque, ganando precisión mediante “un proceso de ajustes mutuos... se comienza con una caracterización provisoria de la noción en cuestión tomando en cuenta rasgos que se supone a priori teóricamente relevantes... La articulación de la teoría hace posible, a su vez, perfilar mejor el concepto en cuestión, tal vez incluyendo en su designación propiedades teóricamente relevantes que habían pasado inadvertidas al comienzo del proceso o excluyendo rasgos que no son teóricamente significativos.”⁹²

Optando por esta alternativa, no caeríamos en definiciones de diccionario ni liquidaríamos la disputa conceptual otorgando a todas las definiciones la misma legitimidad, asumiendo que no son más que los deseos del autor. Por otro lado, dejaríamos vigente la afirmación de que toda conceptualización importa un juicio de valor impregnado de ideología.

Realizar este ejercicio con el concepto de *república*, resulta particularmente interesante, pues sería revelador de una situación de total sustitución de sus propiedades originarias y, a partir de allí, de una apropiación simbólica de ella por las corrientes liberales y conservadoras o, más directamente, de derecha: “tanto en Europa como en Norteamérica lo ‘republicano’ terminaría siendo utilizado cada vez más como seña de identidad por los liberales y conservadores... En la historia argentina, la presencia de un republicanismo no asociado al liberalismo conservador o incluso a la extrema derecha es todavía más tenue.”⁹³

Disputar el concepto se transforma, entonces, en una necesidad política, puesto que “defender la república” continúa otorgando, al promotor de ese discurso, una formidable “etiqueta” de legitimidad. Es tan abrasador el empuje emotivo, que pocas veces se le exige al hablante dar cuenta de algo elemental: ¿cuál es el entendimiento de esa república que el expositor se compromete a defender? De este modo, el concepto adquiere una fisonomía transparente, autoexplicada, y por ello, capacitada de colocar al disertante en una posición pretendidamente imparcial, que vela una fuerte carga de autoritarismo: república es lo que, precisamente, queda oculto en el discurso, pero que, sin embargo, baña al ponente en fuentes de legitimidad.

Por todo esto, considero que aún vale la pena detenernos un momento a repensar lo republicano y a tomar partido por una definición de república que conecte con su corriente justificatoria, el *republicanismo*. Esta necesidad urgirá, si previamente repasamos el proceso mediante el cual el liberalismo se apropió de la república subvirtiendo sus contenidos originarios, tensando la relación con la democracia al punto de volverla incompatible con ella.

2.1. LA REPÚBLICA “VACÍA” O LA EXPROPIACIÓN LIBERAL DEL REPUBLICANISMO

En uno de sus escritos más influyentes, MADISON nos presenta su alegato contra el “espíritu faccioso,” es decir, contra “la fuerza superior de una mayoría interesada y dominadora.”⁹⁴ Por *facción*, MADISON entendía al conjunto de

⁹¹ NINO, *Ética...*, cit., p. 12.

⁹² NINO, *Ética...*, cit., p. 13.

⁹³ ADAMOVSKY, EZEQUIEL, *El cambio y la impostura. La derrota del kirchnerismo, Macri y la ilusión Pro*, Buenos Aires, Planeta, 2017, p. 24.

⁹⁴ MADISON, JAMES, “El Federalista N° 10,” en HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, JOHN,

ciudadanos “que actúan movidos por el impulso de una pasión común,” resultando “la fuente de discordia más común y persistente... la desigualdad en la distribución de las propiedades.” De ahí que los propietarios y los que carecen de bienes, los acreedores y deudores, hayan “formado siempre distintos bandos sociales.”

El objetivo principal del proyecto constitucional que defendía era, precisamente, neutralizar el peligro de las facciones, este era el gran problema que la constitución debía resolver: “la violencia del espíritu de partido.” En su concepción, el espíritu faccioso se desinteresa por los derechos de los demás y por el bien común, pues las pasiones que lo dominan no alcanzan a considerarlos. Cegado por el autointerés, se divorcia del conjunto y lo combate.

Atento a que las mayorías se ven amparadas por el fundamento democrático primario que les permite imponerse en las votaciones, las energías constitucionales debían volcarse en la defensa de las minorías, quienes no cuentan con esta carta de triunfo. De este modo, el diseño constitucional estaría destinado a “frenar” la voluntad mayoritaria, a contener las pasiones destructoras del bien común, en definitiva, a neutralizar las democracias, las que “han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes.”⁹⁵

Por ello, no es la democracia, sino la república, la que aparece como apta para llevar a cabo esta tarea, la de contener “los peligros del espíritu sectario.” Y lo es por apuntarse 2 diferencias con ella: la primera, porque en la república “se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto;” y la segunda, porque “puede comprender un número más grande de ciudadanos y una mayor extensión de territorio.”⁹⁶ Es decir, los remedios propuestos por MADISON, y que asocia a la república, no son otros que la representación política y la federación de estados, herramientas que tamizarían la actuación apasionada de las facciones y devolverían a las decisiones públicas el cetro de la razón.

Si la democracia es “una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno;” la república madisoniana es “un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación.”⁹⁷ Y cuanto más grande sea la república mejores posibilidades de elegir convenientemente, en virtud de la ampliación de la oferta.

Por otro lado, la federación, al tomar a su cargo la resolución de los grandes temas nacionales, diluye la “influencia de los líderes facciosos,” la que “puede prender una llama en su propio Estado, pero no logrará propagar una conflagración general en los restantes... El entusiasmo por el papel moneda, por la abolición de las deudas, por el reparto de la propiedad, o a favor de cualquier otro proyecto disparatado o pernicioso, invadirá menos fácilmente el cuerpo entero de la Unión que un miembro determinado de ella; en la misma proporción que esa enfermedad puede contagiar a un solo condado o distrito, pero no a todo un Estado.”⁹⁸ La organización federal, entonces, se muestra adecuada para neutralizar los estallidos locales, sin afectar los más importantes intereses nacionales reservados a la federación.

Como vemos, la república presenta una doble delegación de poder: en los

El Federalista, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 35 y ss.

⁹⁵ MADISON, “El Federalista N° 10,” en HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, cit., p. 39.

⁹⁶ MADISON, “El Federalista N° 10,” en HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, cit., p. 39.

⁹⁷ MADISON, “El Federalista N° 10,” en HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, cit., p. 39.

⁹⁸ MADISON, “El Federalista N° 10,” en HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, cit., p. 41.

representantes y en la federación. Una operación de doble alejamiento de los ciudadanos en la toma de las decisiones públicas trascendentes. Pues precisamente de eso se trata, de alejar, de mediar entre las mayorías y las decisiones de gobierno, de interrumpir ese continuo mediante el sistema de representaciones y delegaciones.

Esta fue la crítica antifederalista a la ratificación de la Constitución norteamericana de 1787, es decir, la del movimiento político que defendía las autonomías de los estados locales y la organización confederal mediante la unión de pequeños estados, hacía de los parlamentos locales el centro de todo el poder y criticaba las atribuciones opresivas del Congreso federal, del Presidente y de los jueces federales, especialmente en materia de interpretación constitucional y estabilidad de por vida en el cargo; en definitiva la posición constitucional que entendía que el gobierno federal “ahogaría la libertad de los Estados [y] que la Presidencia fuera un paso hacia la monarquía,” en orden a la inexistencia de cláusulas prohibitivas de la reelección indefinida.⁹⁹

Pero no bastaba solo con establecer la representación, sino que debía acentuarse la distancia en la relación con los representados. Sin ella, los representantes no podrían resistir el embate de los intereses facciosos o locales y sucumbirían a demandas sectoriales contrarias al interés general. La toma de decisiones “imparciales” implicaba cortar el vínculo de control directo y las herramientas para su ejercicio: instrucciones directas, interpelaciones, revocatoria de mandatos, asambleas ciudadanas, plebiscitos. De este modo, el sistema representativo apareció “como un esquema deseable –una primera y valiosa opción– y no, tal como muchos tendían a verlo, como un mero ‘segundo mejor,’ un ‘mal necesario’ exigido por la imposibilidad de consagrar el gobierno ‘del pueblo y por el pueblo.’”¹⁰⁰

Pero además, el liberalismo adjudicó a su república una nota fundamental, de gran impacto en las constituciones latinoamericanas: el principio de equilibrio de poderes o de “frenos y contrapesos,” es decir, una propuesta institucional por la cual cada poder público a cargo de funciones estatales específicas, al tiempo en que defiende su propia competencia, repele los avances o invasiones de los demás: “Que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente.”¹⁰¹

La república liberal debía “equilibrar” a todos los departamentos del gobierno, igualándolos en su nivel axiológico y considerándolos a todos responsables de la tarea de gobernar. El autogobierno colectivo no implicaba ya, el sometimiento al mayoritarismo político y el predominio del poder que mejor lo representaba: el legislativo; sino que, paradójicamente, gobernar era (al menos en parte) intervenir contra las mayorías, elevando al mismo rango de los parlamentos, estructuras de gobierno encargadas de esa tarea. De este modo, los liberales confrontaron “la disposición republicana a convertir a la Legislatura en un órgano soberano, todopoderoso, prácticamente ilimitado... tendieron a dividir a la Legislatura en dos secciones, y sujetaron a la misma a complejos mecanismos de controles y vetos cruzados.”¹⁰²

⁹⁹ Conf. BIANCHI, ALBERTO B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, t. I, *Colonia, emancipación, crecimiento y consolidación (1620-1920)*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008, pp. 102 y 111.

¹⁰⁰ GARGARELLA, ROBERTO, *Crítica de la constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004, p. 24.

¹⁰¹ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. IX-1.

¹⁰² GARGARELLA, *La sala de máquinas...*, cit., p. 41.

En ese camino, el control de constitucionalidad de las leyes, efectuado por un poder judicial de modo difuso, fue uno de los mecanismos más ingeniosos, audaces y que más confrontó con el ideario revolucionario francés, vinculado a la soberanía de la nación, a la nación refundida en el parlamento, a la ley como expresión de la voluntad general y al modelo de separación estricta consagrado con la ley de 16-24 de agosto de 1790, por la cual se buscó “impedir la posibilidad de que el poder judicial, que hasta entonces habían ejercido los Parlamentos regionales, identificados de hecho con el estamento nobiliario, pudiese reiterar frente a los nuevos poderes legislativo y ejecutivo revolucionarios la interferencia sistemática a que habían sometido a la Administración del Rey en la última fase del Antiguo Régimen.”¹⁰³

De igual modo, la intención de equilibrar los poderes confrontaba con la tradición del derecho anglosajón, en el cual se identifican parlamento y pueblo, y se separan de la corona. No hay equilibrio ni división de poderes, sino soberanía parlamentaria. Tampoco rigidez constitucional ni control de constitucionalidad, incompatibles con un parlamento soberano. Por ello, “a diferencia de todos los restantes sistemas constitucionales, que establecen formalmente la supremacía de la Constitución, los ingleses han consagrado la supremacía del Parlamento, quien sanciona las leyes que conforman, en todo caso, la dispersa Constitución inglesa. Así, el Reino Unido no tiene convención constituyente, ni tribunal constitucional, o en todo caso, ellos están reunidos dentro del Parlamento.”¹⁰⁴ Aun el concepto de Estado es ajeno al modelo inglés. En vez de éste, “encontramos el de Corona, al que se refiere toda la organización administrativa... Pero junto a la Corona está el Parlamento, como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (o pueblo), *King and Parliament*, no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizados en ninguna pretendida realidad superior. Ambos sujetos están simplemente en relación, como lo están las partes de un contrato, nexos en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad.”¹⁰⁵

Los principios apuntados fueron suscritos fervientemente por el sector ilustrado del Río de la Plata, al punto que constituyeron parte sustancial del ideario y la acción política de la “generación del ’37.” La soberanía residía en la razón y no en la voluntad mayoritaria. Y esa razón era asequible sólo para un grupo de elegidos, por ello la militancia en favor del voto restringido. Sin eufemismos, ECHEVERRÍA oponía *razón* colectiva a *voluntad* colectiva, y su “democracia” quedaba limitada al ejercicio político de una minoría: “La soberanía del pueblo es ilimitada en cuanto respecta al derecho del hombre: Primer principio. La soberanía del pueblo es absoluta en cuanto tiene por norma la razón: Segundo principio. La razón colectiva sólo es soberana, no la voluntad colectiva. La voluntad, es ciega, caprichosa, irracional: la voluntad quiere; la razón examina, pesa y se decide. De aquí resulta que la soberanía del pueblo sólo puede residir en la razón del pueblo, y que sólo es llamada a ejercerla la parte sensata y racional de la comunidad social. La parte ignorante queda bajo la tutela y salvaguardia de la ley dictada por el consentimiento uniforme del pueblo racional. La democracia, pues, no es el despotismo absoluto de las masas, ni de las

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 570.

¹⁰⁴ BIANCHI, ALBERTO B., *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009, pp. 286/87.

¹⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 33.

mayorías; es el régimen de la razón.”¹⁰⁶

La soberanía ya no es del pueblo, sino de su razón. Entre soberanía y pueblo se interpone la razón y así, encapsulada, sólo es ejercitable por su “parte sensata y racional.” La doctrina elaborada por los jóvenes del ‘37 no pretendía convertirse en mera gimnasia intelectual sino que, muy por el contrario, eran armas para la acción política. La generación del ‘37 tenía claro quién era su rival: “La soberanía solo reside en la razón colectiva del Pueblo. El sufragio universal es absurdo. No es nuestra fórmula la de los ultra-demócratas franceses: todo para el Pueblo y por el Pueblo; sino la siguiente: *todo para el Pueblo y por la razón del Pueblo*. El *gobierno representativo* es el instrumento necesario del progreso.”¹⁰⁷

El correlato restrictivo en ALBERDI fue su concepto de *libertad imperfecta*, es decir, aquella que negaba politicidad en las masas, las que sólo una vez educadas mediante la inmigración y el progreso, ingresarían paulatinamente en la política. La libertad imperfecta era necesaria para incluir a todos, “en la medida que es posible al país tal cual es y no tal cual no es.” Se reconocía imperfecta esa libertad por carecer del atributo político, “porque es incapaz de orden constitucional una parte de nuestro país... si queréis constituir vuestra ex-colonia hispano-argentina, es decir, esa patria que tenéis y no otra, tenéis que dar principio por la *libertad imperfecta*, como el hombre, como el pueblo que deben ejercerla...”¹⁰⁸ En efecto, la única libertad que debía tener quicio constitucional era la económica, “siempre inofensiva al orden, y llamada, como he dicho en otra parte, a nutrir y educar a las otras libertades.” De este modo, su propuesta constitucional quedó sintetizada en la fórmula: libertades políticas restringidas, libertades civiles abundantísimas. Para la libertad económica, “todo el mundo es apto,” mientras que la libertad política, “es tomar parte en el gobierno; gobernar, aunque no sea más que por el sufragio, requiere educación, cuando no ciencia, en el manejo de la cosa pública.”¹⁰⁹

Los atributos políticos ausentes en las masas, sólo llegarían por la acción educadora de la libertad económica, impulsada por las nuevas poblaciones europeas destinadas a terminar con el desierto y la ignorancia. Por esta vía se consolidaba, en igual medida, la postergación política de las mayorías: “No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas de adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar y ejercer toda industria*.”¹¹⁰

Estamos en condiciones, entonces, de aislar algunas notas peculiares de la república apropiada por el liberalismo:

- a) confrontativa con la democracia, entendida como regla mayoritaria;
- b) sensible a establecer distancias entre el soberano (el pueblo) y las decisiones públicas;
- c) promotora de una terapéutica institucional concentrada en mecanismos

¹⁰⁶ ECHEVERRÍA, ESTEBAN, “Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37,” en *Obras completas*, t. 4, *Escritos en prosa*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1873, p. 174.

¹⁰⁷ ECHEVERRÍA, “Dogma Socialista...,” en *Obras completas*, t. 4, cit., p. 192/93.

¹⁰⁸ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina. Primera carta,” en *Obras completas de JUAN BAUTISTA ALBERDI*, t. IV, Buenos Aires, La tribuna nacional, 1886, p. 17.

¹⁰⁹ ALBERDI, JUAN BAUTISTA, “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853,” en *Obras completas...*, t. IV, cit., p. 150.

¹¹⁰ ALBERDI, “Sistema económico y rentístico...,” en *Obras completas...*, t. IV, cit., p. 188.

de refreno de la autoridad democrática; y

d) portadora de una idea de libertad predicable en el ámbito económico pero desconfiada de hacerlo en el político.

Así fue que el liberalismo hizo *su* república expropiándola a las corrientes que la fundaron. El proceso incluyó el vaciamiento de su sentido originario y la subversión de sus contenidos esenciales. La república así concebida, es la que ha ganado la posición hegemónica en el debate político actual, pero a ella es necesario oponerle un concepto que la reencuentre con su corriente justificatoria original: el republicanismo.

2.2. IDEAS REPUBLICANAS ACERCA DE LA REPÚBLICA

El foco originario de republicanismo moderno más representativo, debe ubicarse en las ciudades del norte de Italia durante los siglos XIV y XV, principalmente sus principales potencias: Venecia y Florencia.¹¹¹ El pensamiento de los humanistas republicanos constituyó el arsenal teórico que acompañó las luchas de las ciudades italianas contra las ambiciones de dominio, tanto del Papa como del Emperador del Sacro Imperio. Así, el republicanismo fue el arma intelectual que dio legitimidad a la resistencia mediante la afirmación del derecho a conservar la “libertad” contra toda intervención externa.

Los defensores de las ciudades, fundían en el término “libertad,” 2 ideas perfectamente claras y distintas: “una era la idea de su derecho a ser libres de todo dominio externo de su vida política: una afirmación de su soberanía; la otra era la idea de su correspondiente derecho de gobernarse como lo consideraran más apropiado: una defensa de sus existentes constituciones republicanas.”¹¹² De este modo, el término “libertad” llegó a condensar, a la vez, las pretensiones de independencia política y de autogobierno republicano, contrarias a la suposición previa de que la monarquía hereditaria constituía la única forma sana de gobierno.

Es así como se ha identificado a la libertad republicana como “no dominación,” oponiéndola a la idea liberal de libertad negativa, es decir, como “no interferencia.”¹¹³ La idea republicana de libertad se relaciona con la capacidad de mantenerse invulnerable a la intervención arbitraria de otros, de ahí que los republicanos presenten como su antónimo a la sumisión o a la esclavitud.

Este modo de concebir la libertad se aleja de la “no interferencia” en 2 aspectos. El primero, porque no es la interferencia forzada que ha sido diseñada para el bien común (como la de una ley a la que nadie es renuente) la que la afecta, sino la interferencia arbitraria, es decir, la capacidad para interferir sobre bases arbitrarias en las elecciones de otros. El segundo, es que la dominación se da, aún si esa interferencia no se ejecuta, puesto que basta la capacidad para la interferencia arbitraria para perder la libertad. En definitiva, “la dominación, en el sentido aquí definido, puede acontecer, sin que haya interferencia real: basta la capacidad para la interferencia; y la interferencia puede acontecer, sin que haya dominación: si la interferencia no es arbitraria, no hay dominación.”¹¹⁴

Así, el derecho puede asumir un rol activo, de interferencia, pero no de pérdida de libertad, al no recostarse sobre bases arbitrarias y al promover la configuración de un estatuto social de invulnerabilidad a la “interferencia arbitraria

¹¹¹ Conf. LEFORT, CLAUDE, *El arte de escribir y lo político*, Barcelona, Herder, 2007, pp. 88/90; SKINNER, QUENTIN, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, t. I, *El Renacimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 26/28.

¹¹² SKINNER, *Los fundamentos...*, t. I, cit., p. 26.

¹¹³ Conf. PETTIT, PHILIP, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 349/52.

¹¹⁴ PETTIT, *Republicanism...*, cit., p. 351.

de otros, y de ser capaz de disfrutar de un sentido de seguridad y de paridad con ellos.”¹¹⁵

Otros focos de republicanismo hubieron en la historia, posteriores al identificado en las ciudades italianas del *trecento*. Hacia el siglo XVII, el republicanismo estalla en Inglaterra provocando la revolución de 1648, el regicidio de CARLOS I y la proclamación de la república. El aporte inglés radicaliza el pensamiento republicano a través de los movimientos de los *levellers* (niveladores) y de los *diggers* (cavadores) “que prefiguran el comunismo,”¹¹⁶ y de la obra *Oceana* (1656) de JAMES HARRINGTON. En ella, si bien se reconoce “una constancia del republicanismo desde el humanismo florentino... completamente nueva parece su tesis de que la libertad está arraigada en la propiedad.”¹¹⁷ De este modo, propone limitar las tenencias agrarias y redistribuir el excedente.

Un tercer foco de republicanismo debe necesariamente referir a la independencia norteamericana y a la enorme literatura posterior a 1776. Entre ella, la obra *Common Sense* (1776) de THOMAS PAINE resulta paradigmática por el gran influjo que generó en un pueblo pasmosamente convertido al republicanismo y por su atrevimiento en ridiculizar lo que en ese momento se consideraba la expresión más avanzada de la teoría política: la constitución inglesa. El autor no duda en calificarla como “grotesca” al pretender “unir tres poderes que se frenarían de manera recíproca, mientras que sólo asocia a los despreciables vestigios de dos viejas tiranías (monárquica y aristocrática) algunos nuevos accesorios republicanos.”¹¹⁸ Este primer republicanismo norteamericano convergió en un pequeño –pero firme– cúmulo de principios sociales e institucionales. Entre los primeros destacan la tendencia del poder a tiranizarse, la corrupción de la sociedad mediante la riqueza y el lujo, y la primacía de la virtud cívica sobre el interés personal. Entre los segundos, las constituciones de los Estados promovieron la reducción al mínimo de las competencias del ejecutivo, la concentración del poder en las legislaturas y, sobre todo, una idea de soberanía que hacía del pueblo su depositario inalienable y que afirmaba su derecho al autogobierno sin intermediarios, es decir, sin representación o, a lo sumo, asimilada a una idea de delegación en la que los representantes se someten a instrucciones precisas redactadas por sus representados.¹¹⁹

El recorrido dado permite, al menos, dar otra versión de lo que puede entenderse como república. La reconstrucción racional del concepto, atada a su corriente justificatoria (el republicanismo), permite la elaboración de una noción alternativa que predica una república:

a) compatible con una versión “contestataria” de la democracia, es decir, una idea de ella que reserve “espacios para que gentes procedentes de todos los rincones de la sociedad puedan impugnar las decisiones legislativas, ejecutivas o judiciales” y que sea “sensible a las críticas lanzadas contra las decisiones estatales;”¹²⁰

b) refractaria a la división entre gobernantes y gobernados, y a la idea de “mandato libre” para los representantes;

c) impulsora de diseños institucionales que alojen la mayor parte del poder en órganos asamblearios y, paralelamente, recorten el poder de otras agencias

¹¹⁵ PETTIT, *Republicanismo...*, cit., p. 12.

¹¹⁶ LEFORT, *El arte de escribir...*, cit., p. 102.

¹¹⁷ LEFORT, *El arte de escribir...*, cit., p. 103.

¹¹⁸ LEFORT, *El arte de escribir...*, cit., p. 106.

¹¹⁹ Conf. GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 196/97.

¹²⁰ PETTIT, *Republicanismo...*, cit., p. 358.

estatales;

d) defensora de una idea de libertad como “no dominación” que, en el plano colectivo, se manifiesta principalmente en los principios de independencia y autogobierno;

e) comprometida con la organización económica de la sociedad, es decir, no ajena a la regulación, limitación y distribución de los bienes materiales.

El fermento subversivo que identifica a las ideas que ordenan la república del republicanismo, es lo que me interesa rescatar. El móvil es la presentación de un concepto alternativo que despabile las adocenadas concepciones liberales y que liga, precisamente, con su origen: la teoría republicana del Estado y del gobierno.

La apropiación liberal de la república, entonces, puede ser disputada desde esta otra perspectiva.

CAPÍTULO III

Teoría general de la organización administrativa

1. ESTADO Y ADMINISTRACIÓN

El poder social, entendido como “la probabilidad de imponer la voluntad propia en una relación social aun contra cualquier tipo de resistencia por parte de los otros participantes de esa relación,”¹²¹ se manifiesta como poder económico, ideológico y político.

El poder económico se vale de la posesión de bienes que inducen a quienes no los poseen a desarrollar alguna forma de trabajo, el ideológico se basa en la formulación de ideas por personas que gozan de cierta autoridad que influyen en las conductas de otros individuos, mientras que el político es el poder coercitivo asociado a la posesión de recursos para ejercer la violencia. El Estado viene a ser, desde esta perspectiva, “la forma suprema de institucionalización del poder político. Institucionalización implica rutinización de reglas y comportamientos, y abarca procesos como despersonalización y formalización de las relaciones sociales.”¹²²

Si bien el término suele utilizarse para referir –desde las primeras civilizaciones que adoptaron las prácticas sedentarias provenientes de la agricultura– a la organización de cualquier asociación política –es decir, a los modos de uso del poder político en una comunidad determinada– el Estado moderno es un tipo específico de ella, caracterizado por una relación íntima con la violencia: “En el pasado las más diversas asociaciones, comenzando por la asociación familiar (*Sippe*), han utilizado la violencia como un medio enteramente normal. Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el «territorio» es elemento distintivo) reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del «derecho» a la violencia.”¹²³

La monopolización del recurso específico del Estado, es decir, del poder político entendido como violencia física, se dio históricamente mediante un proceso expropiatorio de los estamentos feudales que lo ejercían como derecho propio. El Estado, entonces, “comienza cuando el príncipe inicia la expropiación de los titulares «privados» de poder administrativo que junto a él existen: los propietarios en nombre propio de medios de administración y de guerra, de recursos financieros y de bienes de cualquier género políticamente utilizables.”¹²⁴ Sin embargo, los recursos expropiados no se reutilizan en nombre propio, como derecho “privado,” sino que “en el Estado moderno el poder de disposición sobre todos los medios de la empresa política se amontona en la cúspide, y no hay ya ni un solo funcionario que sea propietario del dinero que gasta o de los edificios, recursos, instrumentos o máquinas de guerra que utiliza. En el Estado moderno se realiza, pues, al máximo (y esto es esencial a su concepto mismo) la «separación» entre el cuadro administrativo (empleados u obreros administrativos) y los medios materiales de la administración.”¹²⁵

¹²¹ AZNAR, LUIS, “Política y ciencia política,” en AZNAR, LUIS y DE LUCA, MIGUEL (coords.), *Política. Cuestiones y problemas*, Buenos Aires, Cengage Learning, 2010, p. 5.

¹²² MALAMUD, ANDRÉS, “Estado,” en AZNAR y DE LUCA (coords.), *Política...*, cit., p. 83.

¹²³ WEBER, MAX, *El político y el científico*, 5ª ed., Madrid, Alianza, 1979 [1919], pp. 83/84.

¹²⁴ WEBER, *El político...*, cit., p. 91.

¹²⁵ WEBER, *El político...*, cit., p. 91.

La explicación del proceso histórico resulta esencial para comprender la segunda nota característica que, junto con el monopolio de la violencia física, hacen del Estado moderno una asociación política específica: el tipo especial de dominación que ejerce, entendida ésta como “la probabilidad de que un mandato, con contenido determinado, sea obedecido por un conjunto de personas en base a la creencia en su legitimidad.”¹²⁶ La dominación no es posible si no hay creencia en su legitimidad y es por ello que las clases de dominación se diferencian según sus pretensiones típicas de legitimidad. De acuerdo a ellas, se configurarán de un modo “fundamentalmente diferente tanto el tipo de la obediencia, como el del cuadro administrativo destinado a garantizarla, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación.”¹²⁷

Con base en la teoría de la acción social, es decir, aquella que analiza los móviles del comportamiento individual con influencia en el ambiente social, WEBER identifica 3 tipos puros de dominación legítima: las de carácter tradicional, carismático y racional.¹²⁸ En la primera, la dominación encuentra fundamento en la costumbre, es decir, “en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad.” En la segunda, se obedece por móviles afectivos (emocionales) que sostienen la entrega a “la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas.” Mientras que en el Estado moderno, se da el tercer tipo de dominación legítima: aquella que apoya la obediencia en la racionalidad, ya sea con arreglo a fines (intereses materiales o de cualquier modo utilitarios) o con arreglo a valores (éticos, ideológicos o de cualquier modo normativos).

La dominación de carácter racional se instituye como autoridad legal, es decir, “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad.” No se obedece al señor designado por la tradición, ni al caudillo carismático, sino “las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en méritos éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia.”¹²⁹

Si tomamos en consideración estas 2 notas típicas del Estado moderno, es decir, el monopolio de la violencia y el tipo de dominación racional, notamos que ambas convergen en la despersonalización o publicación de la autoridad. Los medios de administración (entre ellos, los recursos específicos que permiten el ejercicio de la violencia), no son propiedad de persona alguna; ni el fundamento de la legitimidad de la dominación (las ordenaciones legales estatuidas), surge de mandatos consuetudinarios que apuntalan la autoridad de un señor o de cualidades heroicas del caudillo carismático. El Estado moderno es la necesidad mítica de atribuir a un ente impersonal la posibilidad de ejercer la violencia y la dominación legítima, ante la vacancia creada al abandonarse los fundamentos personalistas (con base tradicional o carismática).

1.1. LA ADMINISTRACIÓN COMO EL MODO COTIDIANO DE MANIFESTACIÓN DEL ESTADO

Sin embargo, lo que me interesa destacar es que el Estado moderno permite el “tipo más puro de dominación legal” que es “aquel que se ejerce por

¹²⁶ AZNAR, “Política y ciencia política,” en AZNAR y DE LUCA (coords.), *Política...*, cit., p. 5.

¹²⁷ WEBER, MAX, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922], 2ª reimp., 2002, p. 170.

¹²⁸ Conf. WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., p. 172.

¹²⁹ WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., p. 172.

medio de un cuadro administrativo burocrático.”¹³⁰ Esta burocracia “es a tenor de toda la experiencia la forma más racional de ejercerse una dominación.”¹³¹ Ella se organiza bajo 2 principios fundamentales: la competencia y la jerarquía, mediante los cuales se garantizan otros derivados como la vigilancia, la disciplina y, principalmente, la formación profesional.

La profesionalización de la burocracia posibilita el surgimiento de un cuerpo de funcionarios aptos para la administración continua del Estado, que hacen de esa tarea su actividad principal, por la cual se ven retribuidos en dinero, implicando su modo de subsistencia material. Las burocracias son la fatal consecuencia de la organización capitalista de la sociedad y el Estado: “El desarrollo de las formas ‘modernas’ de asociaciones en toda clase de terrenos (estado, iglesia, ejército, partido, explotación económica, asociación de interesados, uniones, fundaciones y cualesquiera otras que pudieran citarse) coincide totalmente con el desarrollo e incremento creciente de la administración burocrática: su aparición es, por ejemplo, el germen del estado moderno occidental.”¹³²

Lo determinante del análisis de las burocracias es que, mediante ellas, “aparece” el Estado. Como tal, el Estado “no constituye un objeto material sino una abstracción conceptual,”¹³³ pero lo que sí se hace presente son sus manifestaciones. Si bien lo que identifica al Estado moderno es el monopolio de la coacción, es decir, el derecho a hacer uso legítimo de la violencia física en un territorio determinado, lo cierto es que su faz represiva aparece, en el modo permanente, en un estado latente; mientras que los ciudadanos perciben cotidianamente sus capacidades administrativas como presencias (o ausencias) de bienes, obras y servicios. La función administrativa, entendida como “la gestión directa e inmediata del interés público por parte de los propios órganos de la Administración,”¹³⁴ es lo que hace del Estado una realidad viva para sus ciudadanos.

La “estaticidad,” es decir, la misma condición de *ser* Estado, no resulta completa sin la presencia de ese cuadro administrativo burocrático que ejerce la función administrativa. OSZLAK, al analizar la formación del Estado argentino, adjudicó 4 propiedades para considerar *Estado* a un ente en formación. Así, además de su capacidad para externalizar su reconocimiento soberano en las relaciones internacionales, su capacidad de monopolizar la coerción interior y su capacidad de internalizar una identidad colectiva que permita el control ideológico; un Estado no alcanza a ser tal sin la “capacidad de diferenciar su control, a través de la creación de un conjunto funcionalmente diferenciado de instituciones públicas con reconocida legitimidad para extraer establemente recursos de la sociedad civil, con cierto grado de profesionalización de sus funcionarios y cierta medida de control centralizado sobre sus variadas actividades.”¹³⁵ Del mismo modo, el proceso no culmina sin que el poder central se haga presente en todo el territorio nacional, lo que el autor denomina “penetración estatal.” Esta adquiere 4 modalidades: una represiva mediante una fuerza militar nacional, otra cooptativa a través de la captación de círculos dominantes del interior, una tercera ideológica que genere sentimientos de nacionalidad y una cuarta material que presupone

¹³⁰ WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., p. 175.

¹³¹ WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., p. 178.

¹³² WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., p. 178.

¹³³ MALAMUD, “Estado,” en AZNAR y DE LUCA (coords.), *Política...*, cit., p. 83.

¹³⁴ COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “cosa juzgada administrativa,”* 2ª ed., Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 56.

¹³⁵ OSZLAK, OSCAR, “Reflexiones sobre la formación del Estado y la construcción de la sociedad argentina,” *Desarrollo Económico*, vol. 21, nro. 84, 1982, p. 532.

“diversas formas de avance del estado nacional, a través de la localización en territorio provincial de obras, servicios y regulaciones indispensables para su progreso económico.”¹³⁶

La Administración, entonces, en su doble calidad de función y organización –es decir, conjugando los criterios objetivo y subjetivo para su aprehensión–¹³⁷ es el modo cotidiano de manifestación del Estado y el medio de identificación con él de sus ciudadanos, al punto que “no debe uno dejarse engañar y perder de vista que todo trabajo continuado se realiza por funcionarios en sus oficinas. Toda nuestra vida cotidiana está tejida dentro de ese marco.”¹³⁸ Esa actividad permanente, concreta y práctica¹³⁹ es la que realiza la burocracia jerárquica, competente y profesional, al punto de ser inseparable de una eficaz administración de masas. Tan es así, que la burocracia adquiere independencia hasta del poder político, cuando no dominio: “el consejero profesional impone las más de las veces a la larga su voluntad al ministro no profesional... La administración burocrática significa: dominación gracias al saber; éste representa su carácter racional fundamental y específico.”¹⁴⁰

La organización administrativa no es otra cosa que el cuadro burocrático descrito por WEBER: un cuerpo de funcionarios que realizan las actividades identificadas con el Estado y que domina merced al control de un recurso específico, el saber profesional especializado. La apropiación del saber estatal es un proceso mucho menos visible que el de la lucha por el poder político y, sin embargo, en muchas ocasiones resulta predominante. Quien sea el vencedor en la lucha por el poder político, es decir, por la violencia estatal, necesitará rendirse al saber especializado de los burócratas o generar una nueva burocracia igual de poderosa.

El surgimiento y justificación de las autoridades administrativas independientes es la prueba del dominio de los procesos burocráticos sobre los procesos políticos. Ellas canalizan toda la audacia burocrática por el control del Estado, al amparo ideológico del saber especializado monopolizado por técnicos “imparciales.”

1.2. LA IMPUTACIÓN DE CONDUCTAS

La caída de los fundamentos personalistas basados en la tradición o el carisma, creó una vacancia aprovechada por la racionalidad estatal. La obediencia no ya al señor, sino a ordenaciones previamente estatuidas, necesitó de un centro al cual imputar esa actividad. El proceso demandó 2 pasos: la personificación del Estado y la manifestación de su voluntad.

Atribuir personalidad jurídica a un ente implica someterlo al Derecho, es decir, a la racionalidad típica del Estado moderno. Ciertamente, el concepto de personalidad jurídica aplica tanto a las personas humanas¹⁴¹ como a todo ente ideal al que pretendamos atribuir capacidad para contraer derechos y

¹³⁶ OSZLAK, “Reflexiones sobre la formación del Estado...,” cit., pp. 539/40.

¹³⁷ Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2000, p. 49; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 74/76.

¹³⁸ WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., p. 178.

¹³⁹ MARIENHOFF define a la función administrativa como “la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran,” MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 66.

¹⁴⁰ WEBER, *Economía y sociedad...*, cit., pp. 178/79.

¹⁴¹ Así lo establece el derecho internacional de los derechos humanos: art. 6, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 16, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

obligaciones y, por lo tanto, hacerlo responsable por sus actos. Tanto uno (persona humana) como otro (ente ideal) son sujetos de derecho. Sin embargo, en el primer caso (persona humana) la expresión denota una entidad fácil de reconocer, mientras que en el segundo (persona jurídica) debemos resistir tal tentación, pues siempre estaremos en el campo de las abstracciones. Por ello, NINO propone hacer del concepto una “construcción lógica,” es decir, un término que carece de denotación alguna, pero que forma parte “de frases significativas en tanto y en cuanto tales oraciones sean traducibles a otras que hablen acerca de hechos observables.”¹⁴² Este enfoque considera una actividad vana “buscar en el mundo ciertas cosas o hechos que constituyen la referencia” y, en cambio, considera de interés “preguntarse qué función cumplen los respectivos conceptos en diferentes tipos de enunciados y cuáles son los enunciados acerca de hechos observables que son equivalentes a los primeros.”¹⁴³

La personificación del Estado fue un proceso largo, contradictorio y, en cierta medida, incompleto. La teoría del *Fisco* constituyó uno de sus antecedentes clásicos. Así, en “el derecho romano el Fisco aparecía como una persona moral junto al emperador, a la cual pertenecían los bienes que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines.”¹⁴⁴ La noción fue continuada en la época de auge del Estado de policía,¹⁴⁵ permitiendo demandar a la autoridad pública, en la persona del Fisco, “ante sus propios tribunales territoriales, con tal de que la relación litigiosa tuviere carácter patrimonial.”¹⁴⁶

Sin embargo, fueron los juristas alemanes del siglo XIX quienes dejaron su aportación capital: el reconocimiento del Estado como persona jurídica. La personificación hizo del Estado un ente sometido al Derecho de carácter único, originario y superior.¹⁴⁷ Es *único* porque sólo de él es predicable la personalidad jurídica, no de sus órganos;¹⁴⁸ es *originario* porque su personalidad no depende de la voluntad de otro sujeto; y es *superior* porque le corresponde un derecho “especial,” caracterizado por prerrogativas que exorbitan al derecho común que rige al resto de las personalidades jurídicas. El Estado reúne en su personalidad, lo que había quedado disperso desde la teoría de la división de poderes, volviéndose éstos, funciones de un ente único: “el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél... ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados... sino una persona jurídica única que

¹⁴² NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. amp. y rev., Buenos Aires, Astrea, 1980, 17ª reimp., 2014, p. 231.

¹⁴³ NINO, *Introducción...*, cit., p. 232.

¹⁴⁴ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 73.

¹⁴⁵ Siempre compleja, la noción *policía* designó, “desde la edad antigua hasta el siglo XV... el total de las actividades estatales.” En el Estado de policía, esa actividad se corresponde con “el poder jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que se crea conveniente. En este momento medieval la policía no estaba, por lo tanto, limitada ni en punto a su objeto o finalidad ni en cuanto a los medios que podía emplear,” GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, pp. V-6/7.

¹⁴⁶ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 74.

¹⁴⁷ Conf. BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Organización. Poder de regulación. Servicios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 8/9.

¹⁴⁸ El carácter *único* confronta, a su vez, con la teoría de la “doble personalidad,” para la cual, el Estado obra “como poder público, y también en un plano jurídico distinto, como persona jurídica, sea de derecho público, sea de derecho privado. A estas dos formas y correlativamente dos regímenes jurídicos y legales se ha llamado la ‘doble personalidad’ del Estado,” BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 165.

realiza múltiples funciones.”¹⁴⁹

No parece ocioso remontar los hilos filiatorios que conducen a HEGEL y a su concepción del Estado. Los teóricos alemanes de la personalidad construyeron un ente único, originario y superior que, en alguna medida, continúa la postulación del Estado como “Espíritu objetivo,” como “racionalidad en sí y por sí” del pensamiento hegeliano.¹⁵⁰ Para éste, la vida colectiva se desenvuelve en 2 esferas diferenciadas: la sociedad civil y el Estado. La primera representa lo particular, mientras la segunda lo universal. En la sociedad civil rige la diferencia, mientras que la esfera del Estado “es la de la unidad política en la que las diferencias sociales están articuladas y resueltas.”¹⁵¹ El Estado es síntesis de las particularidades, de los intereses y caprichos individuales que marcan las diferencias en la sociedad civil y, por ello, garantiza lo universal. Este es el principio de los Estados modernos: “permitir que se realice autónomo en extremo el fundamento de la subjetividad de la particularidad personal y, a la vez, de retraerlo a la unidad sustancial conservando de ese modo a ésta en él. Frente a las esferas del derecho y del bienestar privados, de la familia y de la Sociedad Civil, por una parte, el Estado es una necesidad externa, el poder superior al cual están subordinados y dependientes las leyes y los intereses de esas esferas.”¹⁵²

Las diferencias y contradicciones que se dan en la sociedad civil quedan resueltas en el Estado como síntesis de lo universal. En HEGEL, los poderes son 3 pero distintos a los identificados por MONTESQUIEU.¹⁵³ Mientras que el segundo apuntó la clásica tríada (legislativo, ejecutivo, judicial); el pensamiento monarquista hegeliano determinó un poder superior: el del soberano, separándolo del legislativo, del gubernativo (ejecutivo) y del judicial. Este último carecía de autonomía y se organizaba dentro del gubernativo como administración del servicio de justicia.

El poder del soberano es el momento final al que acceden los otros poderes, “encierra en sí los tres momentos de la totalidad; la universalidad de la constitución y de las leyes; la deliberación como relación de lo particular con lo universal; y el momento de la decisión final como autodeterminación a la cual retorna todo momento... Este absoluto autodeterminarse constituye el principio distintivo del poder del soberano como tal, que se debe desarrollar como preferente.”¹⁵⁴ El Estado “como espíritu de un pueblo,” como “ley que penetra todas las relaciones de éste, la moral y la conciencia de sus individuos,”¹⁵⁵ es la monarquía constitucional y ésta, “la obra del mundo moderno.”¹⁵⁶ Por ello, la necesidad de un poder del soberano, de una “subjetividad como última decisión de la voluntad –en el cual los distintos poderes se reúnen en una unidad individual que es la culminación y fundamento de la totalidad–.”¹⁵⁷

Al resolver las diferencias, el Estado es la única entidad soberana y es ésta la mayor demostración de su individualidad, no así de su subjetividad, pues ésta “se determina sólo como un sujeto y la personalidad como una persona... Este

¹⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 30.

¹⁵⁰ Conf. HEGEL, G. W. H., *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, Claridad, 1968 [1821], p. 212.

¹⁵¹ BOVERO, MICHELANGELO, “La monarquía constitucional: HEGEL y MONTESQUIEU,” en BOBBIO, *La teoría de las formas...*, cit., p. 162.

¹⁵² HEGEL, *Filosofía...*, cit., pp. 215/16.

¹⁵³ Conf. BOVERO, “La monarquía constitucional...,” en BOBBIO, *La teoría de las formas...*, cit., pp. 166/67.

¹⁵⁴ HEGEL, *Filosofía...*, cit., p. 234.

¹⁵⁵ HEGEL, *Filosofía...*, cit., p. 234.

¹⁵⁶ HEGEL, *Filosofía...*, cit., p. 231.

¹⁵⁷ HEGEL, *Filosofía...*, cit., p. 231.

momento absolutamente decisivo de la totalidad no es la individualidad en general, sino un individuo, el monarca.”¹⁵⁸ La personalidad del Estado está dada como “evidencia de sí mismo,” como identidad que “niega todas las particularidades.” Sin embargo, esta personalidad general, sólo se asume como “realidad,” es decir, como “íntima e inmediata verdad, únicamente como una persona, como un sujeto que es por sí; y lo que es por sí es, igualmente, sólo un *uno*. La personalidad del Estado se hace real sólo como persona, en el monarca.”¹⁵⁹ Por lo tanto, el Estado de HEGEL sólo es predicable bajo la monarquía y su personalidad “real” es la encarnadura del rey.

La teoría de la personalidad de los juristas alemanes posteriores, abrevia en aguas hegelianas pero permite desmarcar al Estado del monarca; mantener la unidad soberana y, al mismo tiempo, no condenarla al monarquismo. Es decir, la personalidad pública estatal única, originaria y superior toma la herencia hegeliana algo mística del Estado como unidad totalizadora, pero no la deposita en la necesaria persona del “rey.” La unidad puede ser garantizada por la persona-Estado, sin necesidad del concurso de la persona-rey.

Sin embargo, la “caída” del rey necesitó una encarnadura sustituta, colocada ahora, en la Administración y sus órganos.

1.3. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD ESTATAL

La personificación completó el proceso de racionalidad legal que caracteriza a la dominación en el Estado moderno, asumiéndolo como un centro normativo sujeto al Derecho y, por lo tanto, responsable. Sin embargo, restaba avanzar el segundo paso: el de la imputación de sus conductas, lo que obligó a poner el foco, no ya en el Estado como ente totalizador, sino en los tonos más precisos de su actividad, aquella que desarrolla la Administración.

De este modo, el proceso de personificación que se había desarrollado en torno a una abstracción conceptual –el Estado– se traslada a su manifestación concreta –la Administración Pública– al punto de conceder que todo el derecho administrativo se construye sobre la afirmación de la Administración como persona jurídica, único dato invariable “que no cambia como cambian los órganos y las funciones... Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo.”¹⁶⁰

La Administración, entonces, dotada de personalidad, se asume como una organización servicial, es decir, “necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada.”¹⁶¹ No es lo que la comunidad declara –cuestión reservada al parlamento y a la ley, cuando la declaración es general; o a los jueces y sus sentencias, cuando es particular– sino lo que toca actuar de esa declaración, mediante esa organización instrumental al servicio de la comunidad.

La Administración, pues, tiene por fin actuar lo que otros (parlamento o jueces) declaran. Y para esto dependerá, fatalmente, de las personas físicas que la integran, de lo que hagan o dejen de hacer. Por ello, la Administración, como persona jurídica, deberá resolver la difícil articulación con sus personas físicas; o, de otro modo, dar respuesta al siguiente interrogante: “¿cómo imputamos la

¹⁵⁸ HEGEL, *Filosofía...*, cit., pp. 236/37.

¹⁵⁹ HEGEL, *Filosofía...*, cit., p. 237.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 32.

¹⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 35.

conducta de las personas físicas en las personas jurídicas, es decir, cómo traspasamos las acciones u omisiones desde los agentes al Estado?”¹⁶²

Las teorías del mandato y la representación fueron las primeras utilizadas por la Corte para imputar conductas al Estado y declarar su responsabilidad. Sin embargo, su aplicación no siguió los cauces clásicos del derecho privado, razón por la cual, puede afirmarse que el préstamo fue utilizado analógicamente. Ello así, por cuanto las decisiones no quedaron regidas por el principio según el cual el mandante es irresponsable frente a los actos de su mandatario por fuera del mandato otorgado, sino que, en más de una oportunidad, el Estado fue declarado responsable, aun reconociendo el accionar ilegítimo de sus agentes, lo que claramente implicaba exceder el mandato en cuestión. De este modo, la Corte declaró la responsabilidad de la Provincia de Mendoza y consideró sin “importancia la cuestión planteada por el representante de la Provincia, referente a la legalidad de los Acuerdos de Ministros en virtud de los cuales se ordenaron las licitaciones;”¹⁶³ o de la Provincia de San Juan “por actos realizados por sus representantes legales [procuradores del Fisco], más allá de sus atribuciones.”¹⁶⁴

Posteriormente, y al influjo de los enfoques que consideraron a las personas jurídicas, no como *ficción*, sino como *realidad*,¹⁶⁵ nació la teoría del órgano. La articulación entre la Administración (persona jurídica) y sus agentes (personas físicas) no será ya la del mandato o la representación, en la cual se verifica una relación entre 2 extremos: mandante/mandatario, representado/representante. El órgano, en cambio, “deriva de la propia constitución de la persona moral: integra la estructura de ésta y forma parte de ella. El órgano nace con la persona jurídica... tratándose del ‘órgano’ la persona jurídica actúa ella misma... la persona jurídica se sirve del órgano como la persona física se sirve de la boca o de la mano.”¹⁶⁶ No hay más que un único sujeto: la Administración, la que se manifiesta mediante la actuación de sus órganos; o, de modo “más claro y simple, el agente es el propio Estado. Así, cualquier conducta que realice aquél es lisa y llanamente una conducta (acción u omisión) estatal.”¹⁶⁷

La teoría del órgano, entonces, es el modo por el cual, el derecho público, resolvió la articulación entre persona jurídica y personas físicas, permitiendo la manifestación de voluntad de la Administración y la imputación de conductas al Estado, trámite ineludible para hablar de un sujeto responsable. El órgano es, de este modo, un complejo en el que se integran no sólo las personas físicas, sino el conjunto de competencias asignado por ley (en sentido amplio) y los medios materiales para ponerlas en ejecución.¹⁶⁸

La Corte hizo propia esta posición al declarar la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires en *Vadell*.¹⁶⁹ En esa oportunidad, manifestó que “no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez

¹⁶² BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 10.

¹⁶³ CSJN, *Gasull, José*, 22/5/1931, *Fallos*, 160:381.

¹⁶⁴ CSJN, *Ferrugia, José María*, 7/12/1931, *Fallos*, 163:155.

¹⁶⁵ Para esta concepción, al lado de las personas humanas, hay otras entidades reales (las personas jurídicas) con voluntad propia, independiente de la de cada uno de sus integrantes. Los juristas de la teoría de la institución, definieron a las personas jurídicas “como ‘ideas fuerzas’ que están orientadas hacia ciertos fines y alrededor de las cuales se reúnen un grupo de hombres interesados en su concreción... Algunos llegan tan lejos como para suponer a las personas colectivas como superorganismos cuya ‘cabeza,’ por ejemplo, estaría constituida por los directivos de la sociedad,” NINO, *Introducción...*, cit., p. 227.

¹⁶⁶ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 536.

¹⁶⁷ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 21.

¹⁶⁸ Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 23.

¹⁶⁹ CSJN, *Vadell, Jorge Fernando*, 18/12/1984, *Fallos*, 306:2030.

que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.”¹⁷⁰

Pero si la teoría del órgano es el cauce para afirmar que la conducta de la Administración es la de sus agentes, resta todavía identificar el criterio “para establecer cuándo el funcionario actúa como órgano del Estado y cuándo no,”¹⁷¹ ya que “no es posible decir razonablemente que cualquier conducta de sus agentes sea realmente estatal.”¹⁷²

Hay 4 fuentes, históricas y actuales, utilizadas para despejar el enigma:

a) el precedente *Vadell* y los que siguieron su doctrina, en cuanto afirman que los agentes son órganos del Estado cuando su “actividad es realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen;”

b) el art. 43 (actual 1763) del Código Civil, por el cual se establecía la responsabilidad de las personas jurídicas por los daños causados por sus directores o administradores “en ejercicio o con ocasión de sus funciones;”

c) el art. 1112 del Código Civil, fuente histórica de la responsabilidad estatal,¹⁷³ cuando refería a los hechos y las omisiones de los agentes públicos “en el ejercicio de sus funciones” y en orden a “las obligaciones legales que les están impuestas;” y

d) el art. 9 de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, mediante el cual se regula, ahora sí, la responsabilidad de los funcionarios, por su actividad o inactividad “en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas.”

La referencia a los fines, funciones u obligaciones legales, no es otra que a la competencia, es decir, al “conjunto de potestades que surge del ordenamiento jurídico, esto es, la capacidad o aptitud de los poderes públicos para obrar y cumplir así con sus fines.”¹⁷⁴ Sin embargo, la competencia es sólo la guía y no el límite para imputar conductas al Estado, puesto que ni aun al amparo de las tesis más amplias de reconocimiento de potestades (la tesis del vínculo negativo, las competencias implícitas, los poderes inherentes o la teoría de la especialidad)¹⁷⁵ llegamos a abarcar la actuación ilícita y, como hemos visto, también ésta es imputable al Estado.

El órgano es la persona física, su competencia y lo que haga (o deje de hacer) con ella, es decir, su actividad o inactividad. La competencia orientará acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la función, de los elementos materiales para la ejecución de los hechos, actos u omisiones, y de las formas requeridas. Sin embargo, la competencia no marcará el límite de la imputación, puesto que aún la actuación viciada en ese elemento, podrá ser imputada sin más que “la exigencia general dada por la

¹⁷⁰ La doctrina fue continuada, con idénticos términos, en sucesivos pronunciamientos del máximo tribunal: *Hotelera Río de la Plata*, 4/6/1985, *Fallos*, 307:821; *Tejedurías Magallanes*, 19/9/1989, *Fallos*, 312:1656; *Zacarías, Claudio*, 28/4/1998, *Fallos*, 321:1124; *Mosca, Hugo Arnaldo*, 6/3/2007, *Fallos*, 330:563; *Víctor, Javier Humberto*, 27/9/2018, *Fallos*, 341:1287.

¹⁷¹ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XII-3.

¹⁷² BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 22.

¹⁷³ Ciertamente es que ha operado, sobre dicha norma, un auténtico “pase de magia” que tuvo como efecto “dejar de ver lo que está evidente en el art. 1112 [la responsabilidad del funcionario] y leer en cambio lo que allí no se expresa [la responsabilidad del Estado],” GORDILLO, *Tratado...*, t. 2, cit., p. XIX-6.

¹⁷⁴ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 24.

¹⁷⁵ Un desarrollo de ellas en BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., pp. 30/50.

reconoscibilidad exterior del acto como proveniente del Estado.”¹⁷⁶

En efecto, es la apariencia externa del acto, hecho u omisión la que será determinante para imputar conductas al Estado. Independientemente de la legitimidad o ilegitimidad intrínseca, de la competencia o incompetencia, la imputación sólo exigirá “reunir ciertas condiciones exteriores para poder objetivamente ser considerado como realizado [el acto, hecho u omisión] en ejercicio de las funciones del agente, es decir, del órgano.”¹⁷⁷

El criterio de la reconocibilidad o apariencia externa para inferir una actuación del órgano y, por ende, imputar conductas al Estado fue, también, el que ha seguido históricamente la Corte. En *Caveda*,¹⁷⁸ condenó a la Provincia de Santa Fe a resarcir los daños sufridos por el actor, como consecuencia del fallecimiento de su hijo, producto de un choque con un automóvil policial. Al amparo del art. 1113 del Código Civil y con fundamento en la responsabilidad del principal por hechos del dependiente, entendió que el requisito referido a que el hecho suceda en el desempeño de las tareas del empleado, “ha sido interpretado... con notable amplitud.” De este modo, consideró cumplido dicho extremo “cuando como en autos, el actor prueba que el accidente ocurrió a raíz del empleo de elementos propios de la función del subordinado, y en condiciones tales que su uso no aparezca de por sí como abusivo.”

Si bien en *Rodríguez*¹⁷⁹ rechazó la demanda de daños contra el Estado nacional, completó el requisito apuntando “que el hecho ilícito debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas.” Por ello, “si bien el hecho fue originado por cuestiones vinculadas a la forma en que el homicida cumplía las tareas a su cargo, la agresión que ocasionó la muerte de Rodríguez no puede considerarse cometida en ejecución de esas tareas.” Poco después, utilizando el mismo criterio, condenó al Estado nacional a resarcir los daños sufridos por el actor, por considerar que el accidente provocado por el uso de un automóvil oficial “ocurrió en el desempeño de las tareas encomendadas al concripto... ya que fue cometido dentro de los límites y objeto aparentes de las mismas.”¹⁸⁰

Tampoco hubo condena contra el Estado nacional en *Rabanillo*.¹⁸¹ Sin embargo, la Corte introdujo allí, un aspecto que será “el quid de la actuación del agente.”¹⁸² Junto a los hechos cometidos en ejercicio de la función, agregó como configurativos de la responsabilidad estatal, los ejecutados “con motivo de su desempeño.” Los hechos cometidos *con motivo* del ejercicio de la función, se distinguen de los ejecutados *en ocasión* de ella. Mientras los primeros son determinados por el desempeño de la función, los segundos sólo son favorecidos por ella, sin que sea indispensable para su comisión. Por ello, “si el desempeño del empleo *no ha dado motivo* sino solo ocasión, no se ve con qué razón puede hacerse responsable de las consecuencias al principal. La ocasión es la circunstancia, o el conjunto de ellas, que sin ser indispensables para la acción de una causa –en este caso la decisión del ladrón homicida–, la favorecen. Para hacer efectiva la decisión de matar y robar a Rabanillo, no le era indispensable a Ruiz la condición de empleado, y tampoco intervino de ningún modo determinante

¹⁷⁶ COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el Derecho Público,” Buenos Aires, *Rap*, nro. 326, 2005, p. 566.

¹⁷⁷ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XII-5.

¹⁷⁸ CSJN, *Caveda, Cayetano*, 14/11/1938, *Fallos*, 182:210.

¹⁷⁹ CSJN, *Rodríguez, Enrique*, 4/11/1942, *Fallos*, 194:170.

¹⁸⁰ CSJN, *Belleza, Alberto*, 25/6/1943, *Fallos*, 196:101.

¹⁸¹ CSJN, *Rabanillo, Fernando*, 10/10/1945, *Fallos*, 203:30.

¹⁸² MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, edición del autor, e-book, 2006, p. 83.

en dicha decisión nada relativo al desempeño del empleo.” Queda, entonces, del precedente analizado que *motivo* no es *ocasión*. Si el primero es la circunstancia indispensable para producir el hecho dañoso, la segunda sólo ofrece “la oportunidad de cometerlo.”

Más acá en el tiempo, la Corte amplió el criterio a las conductas abusivas y aún contrarias a las órdenes impartidas. Así pues, condenó a la Provincia de Río Negro a resarcir los daños sufridos por bienes del Estado nacional, por entender que “el principal responde no sólo por los hechos de los dependientes realizados en el desempeño de las tareas a su cargo sino también por aquellos actos practicados con abuso de la función, sea que el subordinado haya contrariado expresas instrucciones, sea que haya asumido tareas que podrían considerarse no comprendidas en el encargo o que haya violado disposiciones reglamentarias.”¹⁸³

Es cierto que el criterio de la reconocibilidad o apariencia externa se desarrolla ante la necesidad de fundar la responsabilidad del Estado en el primer párrafo del art. 1113 del Código Civil,¹⁸⁴ es decir, en la responsabilidad del principal (Estado) por hechos del dependiente (agente). Uno podría alegar que al abandonarse la fuente citada y trasladarse el fundamento de la responsabilidad pública al art. 1112¹⁸⁵ y, con él, adoptarse la teoría del órgano a partir del precedente *Vadell*, el criterio de la apariencia debiera correr la misma suerte, es decir, abandonarse. Sin embargo, aún debiéramos encontrar un parámetro para definir cuándo un agente actúa como órgano del Estado, es decir, bajo qué condiciones se cumple el requisito de que la actividad o inactividad pueda imputarse materialmente al órgano estatal.¹⁸⁶

Por ello, debemos retomar el concepto de órgano como persona física, competencia y medios para ejercerla, y afirmar que mientras el agente se mantenga en el marco real o aparente de la función encomendada, valiéndose de los medios y títulos puestos a su disposición para llevarla a cabo, bajo coordenadas que localicen la función en tiempo, modo y espacio; su voluntad (no psicológica sino objetiva) será la del Estado, y la actividad o inactividad que de ella resulte, la manifestación empírica del obrar público. Es decir, “en tanto los perjuicios sean provocados por la actuación de un órgano del Estado en el ejercicio aparente o real de los poderes conferidos por el ordenamiento jurídico, el Estado deberá responder por las consecuencias patrimoniales de tal actuación... En todo lo que exceda ese ámbito, la responsabilidad recaerá en cabeza del agente (falta personal) y no en la organización a la que pertenece (falta de servicio).”¹⁸⁷

2. EL CUADRO ADMINISTRATIVO BUROCRÁTICO: INSUFICIENCIA DE LA “DOBLE” FRACTURA

La teoría política construyó el dispositivo de la división de poderes procurando, con ello, reducir la arbitrariedad estatal y garantizar los derechos ciudadanos. Nuestra Constitución adoptó este sistema, importando del modelo

¹⁸³ CSJN, *Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/ Río Negro, Provincia de*, 1/3/1994, *Fallos*, 317:146.

¹⁸⁴ Art. 1113, primer párrafo, Código Civil: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.”

¹⁸⁵ Art. 1112, Código Civil: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.”

¹⁸⁶ Conf. art. 3, inc. b), Ley de Responsabilidad del Estado 26.944.

¹⁸⁷ MERTEHIKIAN, *La responsabilidad pública...*, cit., pp. 89/90.

norteamericano, su variante de los “frenos y contrapesos.”

Es así que el gobierno federal (segunda parte, título primero, CN) se integra con un Poder Legislativo (sección primera) a cargo de un Congreso bicameral (art. 44); un Poder Ejecutivo (sección segunda) desempeñado por un Presidente (art. 87) y un Poder Judicial (sección tercera) ejercido por una Corte Suprema y demás tribunales inferiores (art. 108).

Así, a la división de poderes, se suma la división en órganos encargados de su ejercicio, superando las posiciones que entendían “que la división de poderes significaba que cada uno de los tres poderes era ‘soberano en su esfera,’ es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad.”¹⁸⁸

Precisando más el lenguaje, la teoría comenzó a hablar de división de funciones y no ya de poderes, atento a que “el poder del estado es único; las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podría hablarse más bien de una separación de las funciones.”¹⁸⁹

Estas funciones son imputadas a la persona jurídica Estado y, bajo los moldes de la teoría en su formulación clásica, son las de legislar, juzgar y administrar, correspondiendo la última al Poder Ejecutivo, es decir, al Presidente.

La adjudicación de la función administrativa al Poder Ejecutivo, trae consigo 2 procesos: uno de sustitución y otro de implosión. El primero, porque el Poder Ejecutivo deja de ser tal para convertirse en “la Administración;” el segundo, porque el órgano Presidente se desgaja en toda una gama de entes y órganos –en principio subordinados– que comparten con él la función de administrar.

Si la Administración sustituye al Poder Ejecutivo es porque “su función es mucho más amplia. Administración presupone poder de iniciativa, con lo cual queda excedido el marco de la simple ejecución de la norma... Administración y ejecución, pues, no son conceptos equivalentes. El concepto de Administración es más amplio y comprensivo que el de ejecución.”¹⁹⁰ Por su parte, que el órgano Presidente (unipersonal) implusione, es un derivado de lo anterior: la mayor capacidad de acción de la Administración desarticula el monopolio de la función administrativa, “ya que es absurdo y materialmente imposible que el Presidente concentre el ejercicio de todas las funciones estatales propias del Poder Ejecutivo.”¹⁹¹

Volvemos, entonces, que al pasar del Estado –abstracción– a la Administración –concreción– notamos la necesidad de mayores recursos organizativos que hagan posible acometer la tarea de actuar, lo que los otros poderes declaran. La posición servicial hace de la Administración, una persona jurídica inmensamente más densa en su despliegue orgánico, por cuanto su destino de servicio a la comunidad, es decir, de satisfacción de necesidades que los otros órganos se limitan a declarar, implica un involucramiento permanente, inmediato y, sobre todo, material en la vida misma de esa comunidad.

El cuadro administrativo burocrático es, precisamente, toda esa gama de órganos y entes que surge de la implosión del órgano presidencial, ante la necesidad de asumir las tareas de una Administración que desborda los límites de la mera función ejecutiva. Así llegamos a que la función de administrar,

¹⁸⁸ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. IX-2.

¹⁸⁹ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., pp. 42/43.

¹⁹⁰ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., pp. 91 y 93.

¹⁹¹ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 94.

corresponde a una estructura de órganos centralizados (Presidente, Jefe de Gabinete y Ministros, arts. 100 y 102, CN) y, separadamente, a una estructura de entes descentralizados, creados por ley del Congreso (arts. 75, inc. 20, CN y 5°, inc. a), ley 25.152) y dotados de competencia específica desgajada de la función general de administrar.

Esta “segunda” fractura entre distintas estructuras estatales que ejercen la función de administración pública, es precisamente la que busca la teoría jurídica administrativa no ya por resultar “absurdo e imposible” concentrar toda la competencia en un solo órgano, sino como valor agregado a la teoría política de división de poderes, ya que a una “primera” fractura de órganos encargados de las funciones clásicas (legislar, juzgar, administrar), se suma otra entre órganos centralizados y entes descentralizados, al interior de la misma función.

Sin embargo, como veremos, esta división clásica entre Administración centralizada y descentralizada, no alcanza ya para explicar el tipo de las autoridades administrativas independientes, razón por la cual, se habla de su “crisis.” Ello, atento la incapacidad del modelo para “describir de modo sistemático y coherente el actual mundo jurídico,” en el cual “los operadores crean entes difíciles de ubicar, por sus peculiaridades y la ruptura de las reglas generales, en los casilleros ya creados.”¹⁹² La concentración de la totalidad de la función administrativa en el órgano cúspide de la estructura jerárquica –el Presidente– resulta una tarea perdida, por imposible e inconveniente. El desborde de la mera función ejecutiva, mediante un cuadro burocrático servicial a la comunidad, implica pensar un tejido orgánico con capacidades decisorias que se involucre directamente en la satisfacción de necesidades públicas. Tal como lo veo, se trata de 3 órdenes burocráticos que sucesivamente se alejan de las potestades de control del órgano Presidente: un primer anillo de órganos “desconcentrados,” un segundo anillo de entes “descentralizados” y uno final de autoridades administrativas “independientes.”

Ciertamente, la elaboración dogmática de este nuevo modelo burocrático alcanzará utilidad si no se pierde en la logomaquia y supera la crítica democrática, es decir, si no termina enredado en conceptualizaciones banales que ignoren los respectivos regímenes jurídicos específicos que disciplinan a los distintos órganos y entes, ni abdica de indagar en la legitimidad de los mismos para ordenar conductas, establecer regulaciones, imponer sanciones y, en definitiva, intervenir en el espacio público influyendo en la dirección del Estado. La construcción de una dogmática robusta no debe solapar la importancia de atender el régimen jurídico concreto, pero tampoco debe darse la inversa. Tal situación implicaría caer en una casuística meramente descriptiva, sin valor para ordenar el lenguaje y los materiales jurídicos y, lo que sería aún más costoso, sin un horizonte que nos brinde una expectativa de comparación y valoración que aporte una prospectiva crítica y propositiva, es decir, de valoración y de cambio.

2.1. LA ESTRUCTURA DE ÓRGANOS: DESCONCENTRACIÓN

No me interesa recalcar, una vez más, en puertos ya demasiado visitados, como son las notas externas que informan las características de la desconcentración; sino que son los vectores de la mayor o menor cercanía con el órgano Presidente y los de la legitimidad para tomar decisiones que involucren direccionamientos estatales y, con ello, degraden o promuevan derechos ciudadanos, los que entiendo sustanciales al momento de analizar la trama orgánica de la Administración.

¹⁹² BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 134.

Si la *concentración* es el principio de organización por el cual los órganos superiores “absorben las potestades de iniciativa y decisión, mientras que los órganos inferiores tienden a preparar y/o ejecutar esas decisiones;” la *desconcentración* es “la imputación funcional, constitutiva de un órgano sin personalidad jurídica y dentro de la propia entidad estatal, centralizada o descentralizada.”¹⁹³ La atribución de competencias a un órgano inferior sin crear, por ello, una nueva persona jurídica, es también el dato que resalta la Procuración del Tesoro al momento de calificar a la desconcentración como “la atribución regular y permanente de determinadas competencias, pero no de personalidad jurídica ni patrimonio propio, a un organismo subordinado de la Administración centralizada.”¹⁹⁴

Sin embargo, la nota externa de la ausencia de personalidad jurídica –si bien útil para calificar la desconcentración– no quita que al órgano se le deba reconocer cierta subjetividad, aun para estar en juicio. Es lo que se ha denominado *figura jurídica subjetivada*, es decir, aquella que sin habersele reconocido por la norma de creación personalidad jurídica, ejerce competencias específicamente asignadas, emitiendo decisiones que la vinculan directamente con terceros.¹⁹⁵ En efecto, el sustrato definitorio no lo otorga la constitución de la unidad administrativa como persona o no, sino su calidad de “centro de imputación de determinadas competencias que le fueron atribuidas en forma expresa para el adecuado cumplimiento de sus fines, por lo que negarle legitimación para cuestionar actos como el de autos importaría el desconocimiento de dichos preceptos y vedarle la posibilidad de plantear el resguardo de su competencia expresamente atribuida.”¹⁹⁶

Por ello, la ausencia de personalidad no explica más que una parte ni tampoco descarta, *per se*, una relación alejada del órgano Presidente como la que puede predicarse de un ente descentralizado que, por tal, presenta personalidad jurídica. Todo órgano estatal, en suma, “constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) cuya voluntad vale como la voluntad del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para ‘querer’ en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia. Y, aunque no se pueda negar la subjetividad del órgano (es decir, su capacidad de ser sujeto y centro de relaciones inter-orgánicas), ella existe solamente dentro del ámbito de la personalidad del Estado, que es única.”¹⁹⁷

Del mismo modo que la personalidad no resulta un dato explicativo, de por sí, de la mayor o menor lejanía con las potestades de control del órgano Presidente, tampoco lo es la capacidad de tener un patrimonio propio, nota que sí se da en la descentralización y no en la desconcentración. Ello por los principios normativizados que rigen en el sistema de administración financiera, particularmente en los subsistemas presupuestario y de tesorería: en el primero el de centralización y en el segundo el de “caja única.”

El principio de centralización presupuestaria convierte a la Oficina Nacional

¹⁹³ MURATORIO, JORGE I., “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados),” en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, p. 228.

¹⁹⁴ PTN, *Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Subsecretaría de Energía*, 18/11/2003, *Dictámenes*, 247:381.

¹⁹⁵ Conf. SACRISTÁN, ESTELA B., “Régimen jurídico de las relaciones interorgánicas e interadministrativas. Los conflictos interadministrativos,” en Universidad Austral, *Organización administrativa...*, cit., pp. 442/43.

¹⁹⁶ CSJN, *FIA c/ EN – M° RREE– resol 2046*, 3/6/2014.

¹⁹⁷ CSJN, *Inadi c/ EN – M° Interior– dto. 957/01 – ley 25.453*, 14/12/2004, *Fallos*, 327:5571.

de Presupuesto del Ministerio de Economía en la única “dueña” del presupuesto consolidado de la Administración Pública Nacional, tanto centralizada como descentralizada. Es decir, los entes descentralizados limitan su tarea a preparar y enviar los anteproyectos, como hacen también los órganos de la Administración centralizada. Sobre esa base “y con los ajustes que resulte necesario introducir, la Oficina Nacional de Presupuesto confeccionará el proyecto de ley de presupuesto general.”¹⁹⁸ Por otro lado, en cuanto a la ejecución del presupuesto, es el Jefe de Gabinete el encargado de “disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del monto total aprobado.”¹⁹⁹ Las únicas jurisdicciones que escapan del principio, y de las cuales puede predicarse una auténtica autarquía, son los Poderes Legislativo y Judicial, y el Ministerio Público, “que continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el artículo 16 de la Ley N° 16.432, en su artículo 5°, primer párrafo de la Ley N° 23.853 y en el artículo 22 de la Ley N° 24.946, respectivamente;”²⁰⁰ normas que, precisamente, son las destinadas a garantizar la autoadministración de los créditos asignados.

Por su parte, el principio de “caja única” o “fondo unificado” es el que habilita la comunicabilidad de patrimonios entre la Administración centralizada y descentralizada,²⁰¹ es decir, “la unidad patrimonial del Estado y sus entidades descentralizadas.”²⁰² En virtud del mismo, la Tesorería General de la Nación del Ministerio de Economía queda autorizada para “disponer de las existencias de caja de todas las jurisdicciones y entidades de la administración nacional.”²⁰³ Su aplicación proviene de un viejo precedente de la Corte, en el cual se rechazó la defensa de falta de acción interpuesta por la empresa estatal demandada, afirmando que “siendo el deudor cedido la Nación misma y la demandada –o sea el cedente– una empresa de propiedad de aquélla... no cabe distinguir entre los bienes de una y otra, ya que en definitiva su titular es el Estado... en tales condiciones, mal puede el ente estatal demandado invocar en su favor lo dispuesto por el art. 1481 del Código Civil [beneficio de excusión], desde que confundiéndose en substancia los patrimonios del cedente [empresa estatal] y del deudor cedido [Estado], la admisión de tal defensa no conduciría a excutir bienes del dominio de un titular esencialmente distinto.”²⁰⁴

En definitiva, el régimen patrimonial de las entidades descentralizadas nunca se entendió divorciado del que corresponde a la Administración centralizada. Todavía más, también desde antiguo, la Corte afirmó que “la creación de las entidades autárquicas obedece a la conveniencia de atribuirles personería para el ejercicio autónomo de funciones que, de lo contrario, deberían ser asumidas por la Nación de modo directo... la concesión consiguiente de derechos patrimoniales no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada. Escapa consecuentemente también a las atribuciones de los entes autárquicos lo atinente

¹⁹⁸ Art. 25, ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (LAF).

¹⁹⁹ Art. 37, LAF.

²⁰⁰ Art. 34, LAF.

²⁰¹ Conf. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 184; HALPERIN, DAVID ANDRÉS, “La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas y la ley 26.944,” Buenos Aires, *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 103, 2016, pp. 41 y ss.

²⁰² MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas. (Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas),” Buenos Aires, *Rap*, nro. 265, 2000, p. 12.

²⁰³ Art. 80, LAF.

²⁰⁴ CSJN, *Gómez, Gerardo*, 28/2/1969, *Fallos*, 273:111.

a la posible enajenación del dominio, de tales bienes, por acto del Gobierno Nacional, pretensión a la que no podrían acceder ni están habilitadas para desconocer, con prescindencia de la voluntad legislativa.”²⁰⁵ La demanda de la Provincia de La Pampa fue rechazada, precisamente, por integración incompleta de la litis, atento haberse demandado al ente descentralizado (Consejo Nacional de Educación), cuando el “verdadero interesado en esta causa, a quien además alcanzaría la conclusión a que en ella se llegue es el Gobierno Nacional, estando en litigio, por necesaria implicancia, la validez de la disposición de bienes nacionales por actos de carácter legislativo.”

Tampoco el derecho registral otorga un aval para que el patrimonio que formalmente se predica de la descentralización, sea de por sí suficiente para marcar una diferencia sustancial con el régimen de la desconcentración administrativa, sino todo lo contrario. El régimen, que involucra a la Escribanía General de la Nación, establece que las “escrituras públicas de transferencia de dominio de los inmuebles adquiridos por los organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública Nacional, entes autárquicos, empresas y sociedades de propiedad del Estado Nacional, con excepción de las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria y las Sociedades de Economía Mixta, serán extendidas a nombre del Estado Nacional Argentino.”²⁰⁶

Pareciera, entonces, que no hay más que un titular del patrimonio público, la Administración centralizada, “siendo éste un fenómeno típico del derecho público, en el que la separación de personalidades no significaría una real separación de patrimonios.”²⁰⁷ O, del mismo modo, la descentralización implicaría no ya una patrimonialidad, sino una afectación específica para los cometidos asignados, atento a que “la propiedad de los bienes que la entidad autárquica tiene afectados para el cumplimiento de sus fines le pertenece al Estado.”²⁰⁸

Pero si la personalidad y el patrimonio no son elementos definitorios de por sí, que permitan establecer una radical diferencia entre la desconcentración y la descentralización, sí podemos encontrar esa línea divisoria al utilizar esos elementos para definir las relaciones interorgánica e interadministrativa y, encadenadamente, verificar en ellas la concurrencia, o no, de los postulados de la jerarquía. Desde ahí estaremos en mejores condiciones de apreciar la mayor o menor distancia entre las unidades burocráticas desconcentradas o descentralizadas, y el órgano Presidente; las facultades de éste para controlarlas y, a la inversa, la legitimidad de aquéllas para decidir sin su autorización.

Las relaciones interadministrativas son aquellas entabladas entre la Administración centralizada y la descentralizada, o entre distintos entes de esta última. Es decir, “hay relación interadministrativa entre sujetos con personalidad jurídica propia o cuando, al menos, uno de los órganos involucrados goza de personalidad jurídica propia.” En cambio, las relaciones interorgánicas son las que se dan al interior de la Administración centralizada o ente descentralizado. Es decir, “sólo vinculan órganos que carecen de personalidad, que no son sujetos de derecho.”²⁰⁹ La relación interadministrativa se da “hacia afuera,” es decir, una vez completo el proceso de formación de la voluntad de la Administración centralizada o del ente descentralizado; mientras que la relación interorgánica es “hacia adentro,” como constitutiva –pero no conclusiva– de ese mismo proceso.

²⁰⁵ CSJN, *Provincia de La Pampa c/ Consejo Nacional de Educación*, 30/5/1962, *Fallos*, 252:375.

²⁰⁶ Art. 6, dec. 914/79.

²⁰⁷ BARRA, *Principios...*, cit., p. 183.

²⁰⁸ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 457.

²⁰⁹ SACRISTÁN, “Régimen jurídico de las relaciones...,” en Universidad Austral, *Organización administrativa...*, cit., p. 447.

Por otro lado, la jerarquía implica la facultad de ordenar, dirigir y controlar, y el correlativo deber de obedecer, de acuerdo a los distintos grados de poder alcanzados por los órganos, en una estructura piramidal de relaciones cuya cúspide –en la Administración centralizada– corresponde al órgano Presidente en su rol de “jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.”²¹⁰ La jerarquía es, también, un principio de eficiencia, resultando su rasgo distintivo la subordinación del inferior frente al superior: “para que ese conjunto de órganos que realizan la acción administrativa cumplan eficazmente con los fines asignados, es necesario que sean ordenados y regulados, de modo tal que estén dirigidos y sujetos al contralor de otros, formando líneas y núcleos de órganos activos que partan de un centro que es el Poder Ejecutivo y converjan en aquél. De tal modo la regla directriz fundamental de la acción del vasto organismo administrativo es la subordinación jerárquica, en virtud de la cual cada órgano funcional administrativo obra en ejercicio de sus propias atribuciones (competencias) bajo la dirección y vigilancia de un órgano superior (jerarquía).”²¹¹

De ahí que sea el marco de la relación interorgánica –entablada entre órganos sin personalidad, al interior de una subjetividad única centralizada o descentralizada– la que permita desplegar los atributos de la jerarquía, principalmente el de la subordinación. La desconcentración es el modo de fundar una especial relación interorgánica, caracterizada por 2 elementos: la atribución por ley de competencias al órgano desconcentrado y –en cierta medida por ello– la sujeción a una jerarquía que, si bien no se pierde, queda limitada. La competencia legal y la subsistencia de la jerarquía en la relación interorgánica, son las notas de la desconcentración que, también, pone de relieve la Procuración del Tesoro cuando remarca que “dentro de las unidades organizativas que forman parte de la Administración Central, se distinguen algunas que han sido reguladas por una ley expresa que les otorgan específicamente ciertas facultades propias. En estos casos nos encontramos frente a un órgano de la Administración Pública que tiene competencia propia, desconcentrada, sin separarse por ello de la Administración Central y, por tanto, están dentro de la jerarquía del Poder Ejecutivo y de los Ministros respectivos.”²¹²

La atribución legal de competencias al órgano es lo que distingue a la *desconcentración* de la *delegación*. En la primera, “hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano o ente inferior, mientras que en la delegación la decisión parte del propio órgano que delega.”²¹³ Si la decisión legislativa resta competencia al superior, es porque decide que el inferior la asuma de modo exclusivo, facultándolo a emitir actos definitivos, es decir, que “resuelven sobre el fondo de la cuestión planteada.”²¹⁴ Por ello, no estamos ante una auténtica desconcentración, si ella viene por decisión del órgano superior de la estructura administrativa. Si ello sucede, lo que se da es una delegación de competencias propias del superior, que decide trasladar transitoriamente su ejercicio al inferior, pero que en ningún caso implica renuncia, puesto que la competencia es de orden público y, en ese carácter, obligatoria.²¹⁵ Por otro lado, la delegación es en todo

²¹⁰ Art. 99, inc. 1, CN.

²¹¹ PTN, *Jefatura de Gabinete de Ministros*, 27/11/2019, *Dictámenes*, 311:244.

²¹² PTN, *Inspección General de Justicia*, 16/12/2016, *Dictámenes*, 299:312.

²¹³ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XII-16.

²¹⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2016, p. IX-7; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 754.

²¹⁵ Conf. art. 3º, dec. ley 19.549/72.

momento revocable por el mismo órgano que la dispuso, es decir, reasumida en cualquier tiempo. Por lo tanto, no hay en este supuesto desprendimiento del superior ni exclusividad en el inferior sino, a lo sumo, el ejercicio de una competencia transitoria que el superior decidió compartir.

Ello no quita que existan casos de “desconcentraciones” decididas por la propia autoridad administrativa superior –el Presidente– y que puedan entenderse habilitadas, en cierta medida, por la Ley de Ministerios (dec. ley 22.520/81, t.o. 1992). En efecto, dicha norma establece que el Poder Ejecutivo es el que crea y establece las competencias de las Secretarías y Subsecretarías de los Ministerios (art. 8), de las Secretarías y organismos presidenciales (art. 9) y de las “comisiones nacionales de asesoramiento o simples asesorías permanentes o transitorias, con dependencia directa del Presidente de la Nación” (art. 12). Sin embargo, si es el Presidente quien las crea y les otorga atribuciones, el marco es el de la delegación y no el de la desconcentración: puesto que nadie puede dar lo que no tiene, no habrá exclusividad sino competencia compartida. Más aún, si a las facultades de creación y atribución le corresponden, paralelamente, las de “modificación, transferencia o supresión” (art. 9 *in fine*), tampoco se verificará la necesaria distancia que la desconcentración asume frente al órgano Presidente. El carácter “desconcentrado” que se asigne al órgano por esta vía, quedará sólo en el rótulo –lo que quizás lo habilite a moverse con ciertos márgenes de maniobrabilidad– pero distará mucho de quedar amparado por un régimen jurídico específico, que lo sustraiga de la subordinación plena, característica definitoria de la desconcentración.

En relación a esto último, si en la desconcentración no hay pérdida de la línea jerárquica, sí hay alteración. Es decir, la jerarquía se mantendrá pero limitada, confinada a ciertos atributos y no a todos, principalmente a los de dirección, pero no a los de control. Si la ley establece las competencias del órgano desconcentrado, el principio de jerarquía queda desplazado por el de legalidad y algunos de los atributos que surgen del primero –principalmente aquellos que hacen a la modificación o sustitución de la voluntad del órgano inferior– anulados. En efecto, la relación interorgánica continuará configurada como una entre órgano superior y órgano inferior (desconcentrado) pero el primero ya no podrá aplicar el principio jerárquico pleno por desplazamiento del principio de legalidad, que dispuso competencias exclusivas en el segundo.

Esta preferencia legislativa por la voluntad del inferior, quita al superior competencias que interfieran con ella, salvo casos excepcionalísimos que tengan que ver con graves vicios de legitimidad. Por ello, el superior no contará –o encontrará drásticamente restringidos– los atributos jerárquicos que justifican: las órdenes particulares sobre asuntos concretos, la avocación y la revocación (de oficio o por recurso) de los actos del inferior.

Esta modificación del régimen jerárquico es lo que justifica que algunos autores desistan de tal terminología para tipificar la relación interorgánica desconcentrada, renunciando al término “jerarquía” y sustituyéndolo por el de “dirección entre órganos.” El criterio permite incluir, dentro de su órbita, “la fijación de límites externos del órgano superior sobre el inferior de conformidad con el fin perseguido, el marco jurídico y las circunstancias pero, en ningún caso, el contenido de la decisión... El poder de dirección supone que el órgano dirigente defina los objetivos que debe alcanzar el órgano dirigido y, a su vez, conduzca la actividad de éste por medio de directivas de carácter general.”²¹⁶ Es decir, reglamentaciones generales que orienten la actividad y la hagan confluir con los

²¹⁶ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 83.

finés y objetivos predeterminados, con exclusión de órdenes o instrucciones particulares sobre asuntos concretos, que modifiquen o sustituyan la voluntad del inferior como órgano preferido por el legislador.

Por último, la desconcentración puede alcanzar a órganos tanto de la administración activa (con competencia decisoria) como consultiva (con competencia asesora). La decisión podrá estar fundamentada en varias circunstancias: desde la necesidad administrativa de una gestión más eficiente, hasta la necesidad política de mitigar el sobredimensionamiento de las competencias presidenciales. Pero la que más hará escuela en lo que hace a su relación con la justificación de las autoridades administrativas independientes –y es por ello que me interesa resaltar– es la que fundamenta la decisión en la especial versación técnica del órgano inferior y, sobre todo, el supuesto ideológico asociado a ello: la afirmación de mayor imparcialidad por alejamiento de la política.

2.2. LA ESTRUCTURA DE ENTES: DESCENTRALIZACIÓN

La teoría de la organización administrativa, adoptando la técnica de la personalidad jurídica —ya utilizada para el Estado— construyó el concepto de *descentralización* como mecanismo de distribución de competencias, es decir, “desparramar las funciones estatales en razón del principio de división del trabajo entre las estructuras estatales.”²¹⁷

Si bien la descentralización puede tener como base un criterio territorial (provincias, municipios), la que corresponde al Poder Ejecutivo es siempre funcional. La descentralización implica, entonces, desgajar una parte de la administración pública, cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo, y asignarla a una estructura descentralizada y personificada de entes estatales.

Sin embargo, la descentralización no se reduce a una cuestión técnica para ganar eficiencia de gestión. Su contenido incluye un programa político, ideológico y discursivo destinado a reforzar los controles mutuos y, con ello, los límites; reducir la concentración de competencias en el Presidente, a efectos de evitar las arbitrariedades estatales; y favorecer el desempeño de las capacidades de los entes con habilidades técnicas específicas que, al encontrarse supuestamente alejados de la actividad política, producen una actuación más imparcial y, por ello, cualitativamente superior.

En definitiva, la descentralización –y las autoridades administrativas independientes como el caso extremo de ella– es más que un instituto del derecho administrativo destinado a distribuir competencias: es parte de un discurso político que se atribuye credenciales destinadas a combatir las posibles arbitrariedades estatales, entendiendo que “para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor... con una tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad.”²¹⁸

Como vimos, en la estructura centralizada de órganos (Presidente, Jefe de Gabinete y Ministros), el principio básico que rige sus relaciones es el de jerarquía, es decir, “los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes.”²¹⁹ Las relaciones entre los entes descentralizados, y entre estos y la administración centralizada, no se rigen por el principio de jerarquía y, por lo tanto, no existen poderes de subordinación. Los

²¹⁷ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 95.

²¹⁸ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. IX-3.

²¹⁹ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. IX-3.

instrumentos de relación son la coordinación y la cooperación, entendida la primera como “el ejercicio de las competencias propias de cada órgano en términos no contradictorios con los otros,” y la segunda como “el deber de informar, asistir, asesorar, participar, planificar y en su caso ejecutar decisiones de otros.”²²⁰

Mientras que las técnicas relacionales al interior de un ente administrativo (centralizado o descentralizado) se resumen en la jerarquía, las relaciones entre entes distintos (tal el caso de la administración centralizada y descentralizada) constituyen su negación, “es casi obvio que este vínculo no es de carácter jerárquico porque si fuese así se rompe el distanciamiento entre el ente y el órgano que es básicamente el valor que persigue el legislador en este contexto de descentralización del poder.”²²¹

Es decir, el reconocimiento de jerarquía, con su consecuente situación relacional de subordinación y sus notas de mando, obediencia, instrucción, dirección y control; con poderes plenos de revisión, casación, avocación e intervención; conspiraría brutalmente con el fin perseguido por la descentralización, tornando al instrumento en su opuesto, contribuyendo a la creación de un sistema neurótico y a las técnicas utilizadas en vías adecuadas para reforzar, con dobles cadenas, lo que se quería evitar.

Por ello, no pueden existir entre la estructura de órganos centralizada y la estructura de entes descentralizada, más que relaciones de cooperación, es decir, deberes recíprocos de colaboración; o, en caso de presentarse competencias que puedan resultar concurrentes o compartidas, relaciones de coordinación. Pero jamás subordinación, nunca órdenes ni instrucciones de la esfera centralizada a la descentralizada al no verificarse jerarquía.

Si se trata de establecer ilaciones en la actuación de las esferas centralizada y descentralizada, y si con ese objeto se utilizan los instrumentos relacionales de la cooperación y la coordinación, es porque mediante ellos se alcanza a conjugar la protección de los fines políticos perseguidos por la técnica administrativa de la descentralización con la necesidad de honrar el principio de unidad de acción, ya que “la actividad del Estado Nacional se encuentra siempre enderezada a la satisfacción del bien común, de manera que, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado, las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración.”²²² El Estado, adopta así la idea de una “unidad institucional teleológica y ética... más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización.”²²³

2.3. TEORÍAS INSTITUCIONALISTAS DEL DERECHO. INSTITUCIÓN Y CORPORACIÓN

El derecho entendido como un sistema lógico de normas, es la concepción frente a la cual vienen a reaccionar las teorías institucionalistas. A esta estrecha visión formalista del fenómeno jurídico –defendida por las primeras teorías positivistas– se le oponen los hechos sociales como auténtico factor determinante del derecho. Este sustrato sociológico hace del derecho, no ya una norma, sino una institución; y de ésta, una forma social organizada. Esta concepción del

²²⁰ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., pp. 77/78.

²²¹ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 92.

²²² PTN, *Dirección General Impositiva*, 27/8/2002, *Dictámenes*, 242:364; ex *Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, 13/9/2001, *Dictámenes*, 238:444.

²²³ PTN, *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, 20/7/2012, *Dictámenes*, 282:137; *Administración Federal de Ingresos Públicos*, 13/12/2011, *Dictámenes*, 279:286.

derecho como institución (social) y no como norma (legal) es la que pregona uno de sus cultores clásicos, SANTI ROMANO, para quien el derecho surge espontáneamente en las relaciones sociales y no en la obra del legislador, al punto de afirmar que “la ley nunca es el comienzo del Derecho: es, por el contrario, un añadido al Derecho preexistente... o una modificación de aquél.”²²⁴

Por su parte, MAURICE HAURIOU define a la *institución* como una “idea de obra o de empresa que se realiza y permanece jurídicamente en un ambiente social.”²²⁵ Institución es, entonces, idea y realización, para lo cual se necesita: que el grupo social comparta y reafirme esa idea, y que haya un poder que se manifieste mediante órganos y procedimientos para llevarla a cabo. La institución no es la suma de voluntades individuales ligadas por un contrato, sino la expresión social de una idea organizada para durar, que engendra una comunidad propia, una personificación independiente: “con el término institución designamos todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados.”²²⁶ Esta institución-persona no representa una ficción, sino una manifestación “real,” porque a ella subyace una personalidad social –independiente de los individuos que la conforman– que perdura en el tiempo para garantizar la empresa para la cual ha sido instituida: “una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.”²²⁷ El Estado sería la primera institución “o institución que hace posible todo tipo de fundaciones e instituciones que persiguen distintos proyectos o empresas.”²²⁸ La institución es la empresa social corporizada y organizada para durar y realizar la idea del fundador. A su personalidad jurídica subyace una personalidad social que le aporta encarnadura “real.” Las distintas instituciones expresan el vitalismo social de una comunidad que genera, mediante ellas, una pluralidad de ordenamientos jurídicos públicos y privados.

GIERKE representará la visión organicista del derecho. Para ella, el individuo y la comunidad son sólo abstracciones, ya que el primero queda absorbido por la segunda, integrando –como una de sus partes– los diversos “organismos” sociales, desde la familia hasta el Estado. De esta manera, las asociaciones humanas constituyen “una unidad vital real, y, por lo tanto, cuando el Derecho considera a las comunidades organizadas como personas, no contradice en absoluto la realidad, sino que, al contrario, le da expresión adecuada.”²²⁹

Vemos que las distintas posturas confluyen en considerar al derecho como una producción objetiva, impuesta por el hecho social de la vida comunitaria. El derecho no es la producción volitiva de individuos ligados por contratos (ni el Estado registra orígenes contractuales de tipo rousseauianos), sino las distintas instituciones sociales, sean entendidas como ordenamientos jurídicos (SANTI ROMANO), como ideas corporizadas y duraderas (HAURIOU) o como comunidades organizadas (GIERKE). En todas estas visiones encontramos que lo determinante del derecho es el sustrato sociológico, es decir, el agrupamiento de personas con

²²⁴ LA TORRE, MASSIMO, “Teorías institucionalistas del derecho. (Esbozo de una voz de enciclopedia),” *Derechos y libertades*, Universidad Carlos III, Madrid, nro. 14, 2006, p. 105.

²²⁵ LA TORRE, “Teorías institucionalistas...,” cit., p. 106.

²²⁶ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO, “La teoría institucional,” *Persona y derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, nro. 12, 1985, p. 206.

²²⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, “La teoría institucional,” cit., p. 204.

²²⁸ BENGOTXEA, JOXERRAMON, “Teoría institucional del derecho,” en FABRA ZAMORA, JORGE LUIS y NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 212.

²²⁹ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, “La teoría institucional,” cit., p. 219.

finés determinados o, lo que es igual, los entes colectivos y lo que producen. De este modo, las teorías institucionalistas del derecho nos reintroducen en el tema de las personas jurídicas.

A la distinción clásica entre *corporaciones* y *fundaciones*, el derecho canónico medieval introdujo una tercera categoría de personas jurídicas. Si a las corporaciones las distingue el elemento humano que permite la asociación de voluntades y a las fundaciones el elemento patrimonial afectado a los fines de su creación, la nueva figura jurídica queda caracterizada por “un elemento autoritario impuesto desde afuera, que sustrae al ente a la libre determinación de las partes, es éste la ‘auctoritas superioris,’ esto es, la voluntad del fundador, por ejemplo, de un orden monástico. Tal voluntad institucional se refiere no sólo al momento inicial, la creación de la institución, sino a todo el curso de su vida jurídica, también después de la desaparición del fundador.”²³⁰ Así nace el concepto de *institución* como nueva figura dentro de las personas jurídicas.

GIERKE se encargará, sin embargo, de retornar a una distinción binaria, pero ahora entre *corporaciones* e *instituciones* (Anstalten), y entre estas últimas, las de derecho público (instituciones propiamente dichas) y las de derecho privado (fundaciones). Ellas son los organismos sociales que pueblan su mapa jurídico y nutren su visión organicista del derecho: “entre los entes reales colectivos se encuentran, además de las corporaciones stricto sensu, las instituciones y fundaciones, que son también unidades colectivas sociales a las que se incorpora una voluntad independiente de las voluntades singulares, que es la del institutor o fundador, quien se perpetúa a través de la persona colectiva... Así pues, GIERKE concibe la existencia de dos clases de personas jurídicas: las corporaciones y las instituciones (Anstalten) y éstas pueden ser, a su vez, públicas y privadas (en cuyo caso, las denomina fundaciones). Con todo ello, GIERKE muestra una vida social llena de entes vivos y reales que personifican el espíritu del pueblo, formando un ‘orden existencial superior que se eleva sobre los órdenes vitales de los individuos,’ los cuales dan sentido a su existencia ‘en la referencia a la vida colectiva superior.’”²³¹

La distinción básica, es decir, la que opone corporación e institución, no se monta sobre el derecho (público o privado) que las rige, ni sobre su pertenencia o no al Estado. El elemento distintivo es el principio organizativo para su gestión. Las corporaciones son asociaciones de individuos que persiguen fines comunes y que, por ello, adquieren la categoría de miembros. Su principio organizativo es la autoadministración de intereses propios, mediante cuerpos deliberativos (asambleas) y representativos (consejos). Por el contrario, las instituciones son instrumentos de una voluntad externa, es decir, “un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente, y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del propio fundador.”²³² La institución es, entonces, un ente instrumental para concretar la voluntad de un ente matriz, quien determina, además, la estructura orgánica y competencial para la mejor concreción de sus fines. Por ello, su principio organizativo es el de gestión burocrática de intereses ajenos, que encuentra en los titulares de los órganos de la institución, “simples comisionados del fundador y normalmente por él

²³⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, “La teoría institucional,” cit., pp. 216/17.

²³¹ PENDÁS GARCÍA, BENIGNO, “Teoría del derecho y del Estado en OTTO VON GIERKE,” *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, nro. 1, 1991/92, p. 126.

²³² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 387.

controlados y revocados.”²³³

3. INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA. CLASIFICACIÓN DE SUS ENTES

El estudio de la organización administrativa, cuando se enfrenta al conglomerado de entes descentralizados, encuentra serias dificultades a la hora de establecer una dogmática precisa que pueda englobar las distintas creaciones normativas, el inagotable universo de instituciones y la nutrida heterogeneidad de regímenes jurídicos. Ante ello, es grande la tentación de renunciar a la tarea de elaboración conceptual y resignarse a la descripción casuística de regímenes jurídicos específicos. Sin embargo, sería una empresa también frustrante, ya que no alcanzaríamos a describir la totalidad de los regímenes y, aun así, estaríamos siempre a la zaga de las variables legislativas, asumiendo una tarea de simples cronistas sin perspectiva valorativa, lo que impediría el establecimiento de un norte normativo frente al cual comparar, criticar y orientar la tarea de los gobernantes.

Las distintas clasificaciones de los entes estatales que se han elaborado y –a fuerza de repetición– consolidado, ya no alcanzan para explicar el vasto despliegue institucional que hoy registra la organización administrativa. Si, como fuera dicho, la emergencia de autoridades administrativas independientes contribuyó a la crisis del modelo tradicional, cierto es que no la originó. Mucho antes, la asunción por el Estado de actividades económicas y de promoción social, causó un primer cimbronazo. Luego, la utilización de personificaciones provenientes del derecho privado, como las sociedades comerciales y las fundaciones. Por último, la adopción de técnicas contractuales privatistas, como las del fideicomiso. Pero también ha contribuido al caos, el movimiento inverso, es decir, la asunción de potestades propias del derecho público, por corporaciones de base privada (colegios profesionales, cooperativas de usuarios, cámaras empresariales, sindicatos de trabajadores y hasta concesionarios de servicios públicos). El escenario, así, se presenta desolador. Las clasificaciones ensayadas no alcanzan para explicar las distintas variaciones adquiridas por el espacio de actuación estatal, tornándolo un conglomerado anárquico.

Por supuesto que no se trata de “revelar” una clasificación esencial ni, mucho menos, verdadera. Ya dije que no renuncio a una concepción estipulativa y convencional del lenguaje. Sin embargo, encuentro que, otra vez, el camino debe ser el de la reconstrucción racional de los conceptos, es decir, aquel que conecte su elucidación y clarificación con el sentido normativo para el cual se lo va a utilizar; recogiendo los usos ordinarios de los términos para luego ir depurándolos con los usos que le dan los juristas y, finalmente, orientarlos hacia la teoría normativa que los alojará.

Es por ello que la reseña anterior referida a la distinción primaria entre corporaciones e instituciones, se fundamenta en la convicción de su utilidad como criterio ordenador en el mapa de la Administración descentralizada. Tiene la ventaja, además, de su ancestral tradición en el mundo jurídico de raíz romanista, lo que prueba su eficacia como elemento útil al lenguaje de los juristas. Por último, permitirá dejar planteado el problema de fundamentabilidad que encuentro en el modelo de las autoridades administrativas independientes, y que hace a su legitimidad.

Por otro lado, propongo un acercamiento objetivo y material de la Administración descentralizada –entronizando el concepto de función

²³³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 392.

administrativa— porque entiendo que nos ayuda a evitar denodados (y hasta fútiles) esfuerzos por deslindar los campos de lo público y privado, de lo estatal y no estatal, y del derecho aplicable, al momento de clasificar a los entes que la integran.

3.1. ENTIDADES AUTÁRQUICAS Y EMPRESAS Y SOCIEDADES DEL ESTADO

El primer dilema se plantea con la integración de la Administración descentralizada, es decir, ¿qué clases de entes la constituyen? Las respuestas no han sido unívocas.

Según MARIENHOFF, la descentralización contaba con 2 modalidades: una burocrática y otra autárquica. La primera “sólo consiste en la atribución de funciones de la autoridad central a una repartición o funcionario, quienes las ejercen con relativa libertad, pues continúan estando jerárquicamente subordinados al órgano central, con todas las consecuencias de ello.”²³⁴ Como vemos, esta descentralización “desde el punto de vista meramente burocrático,”²³⁵ no es otra cosa que la *desconcentración* ya analizada, que caracteriza a la estructura de órganos del cuadro administrativo burocrático. La segunda, en cambio, implicaba la creación de una *entidad autárquica*, la que definía como “toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos.”²³⁶

Esta era la única clase de ente que integraba la Administración descentralizada, ya que las empresas del Estado, al perseguir fines industriales o comerciales, no podían considerarse entidades autárquicas, ni tampoco personas estatales. Dichas empresas “podrán ser personas jurídicas públicas, pero no personas jurídicas públicas estatales, en el sentido técnico de la expresión, pues la actividad comercial y la actividad industrial, si bien pueden ser cumplidas por el Estado, no constituyen funciones estatales *stricto sensu*... vale decir, las empresas del Estado pueden ser personas jurídicas *no* estatales.”²³⁷

BIELSA, por su parte, identifica a las entidades autárquicas con los “establecimientos públicos” de la doctrina francesa y con los “cuerpos de administración propia” de la alemana. Mientras los primeros se asimilan a servicios públicos “personificados,” los segundos son entidades cuyo objeto es “realizar” administración pública. Tanto un criterio (servicio público) como el otro (concepto material de administración pública) se funden para conceptualizar a las entidades autárquicas, por cuanto vuelve a ser el fin el elemento definitorio de ellas. Y ese fin esencial del ente autárquico es “realizar servicios propios de la Administración pública; su actividad es administrativa como la actividad de la Nación, de las provincias y de las comunas. La idea de servicio público en el ente es dominante; su gestión no está regulada por los principios del derecho privado.”²³⁸ Son personas jurídicas públicas que existen con el fin de “hacer” administración pública.

Sin embargo, las funciones que BIELSA asigna al Estado son más amplias, porque comprenden a toda su “actividad social.” Más aún, “la justificación del Estado es el establecimiento y ejercicio del poder necesario para asegurar las funciones sociales.”²³⁹ *Hacer* administración pública es realizar estas funciones sociales; es lo que toca a la acción administrativa en el marco de un Estado que

²³⁴ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., pp. 403/04.

²³⁵ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 418.

²³⁶ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., p. 398.

²³⁷ MARIENHOFF, *Tratado...*, t. I, cit., pp. 469/70.

²³⁸ BIELSA, *Derecho...*, t. I, cit., p. 259.

²³⁹ BIELSA, *Derecho...*, t. I, cit., p. 141.

“no limita ya su acción al mantenimiento de la seguridad exterior y de la paz interior, a la defensa, al afianzamiento de la justicia, sino que, supliendo o prosiguiendo la acción de las fuerzas individuales, se propone y logra la realización de aspiraciones colectivas, de cultura, de progreso, de bienestar económico.”²⁴⁰ Por esta razón, y sin declinar severas críticas a sus respectivos regímenes, no niega que las empresas del Estado (ley 13.653) y aun las sociedades de economía mixta (dec. ley 15.349/46, ratificado por ley 12.962), puedan integrar la Administración descentralizada, siempre que exista un “monopolio *de jure*, es decir, que excluya toda concurrencia,” y en tanto “presten un *servicio al público*, no basta que produzcan algo para la Administración pública, y que ésta a su vez lo use en servicios: la relación debe ser directa.”²⁴¹ Sin estas características, la empresa o sociedad no hacen administración pública, “sino privada, pues el Estado comerciante, el Estado industrial, no es Estado administrador. El Poder administrador se ejerce con autoridad, no fabricando o comerciando, pues sólo así crea vínculos de derecho público administrativo.”²⁴²

Definitivamente inclusivo, es el criterio que propicia BALBÍN, puesto que integra en la Administración descentralizada tanto a los entes autárquicos como no autárquicos. Estos últimos quedan referenciados como aquellos que persiguen fines industriales o comerciales, es decir, las empresas y sociedades del Estado.²⁴³ Esta descentralización no autárquica incluye a cualquier tipo adoptado por el ente: empresa del Estado (ley 13.653), sociedad de economía mixta (dec. ley 15.349/46, ratificado por ley 12.962), sociedad del Estado (ley 20.705), sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (sección VI, cap. 2, dec. ley 19.550/72) y hasta la más novedosa sociedad anónima íntegramente suscrita por el Estado (sección V, cap. 2, dec. ley 19.550/72).

La integración de la Administración descentralizada con las empresas y sociedades del Estado, también es el criterio de la Procuración del Tesoro, considerándolas una “especie de descentralización, entendiendo a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la Administración Central.” Si bien regidas predominantemente por el derecho privado, no les resultan incompatibles ciertas normas de derecho público que no afecten las finalidades de su creación, ya que “aun con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado.”²⁴⁴

La Corte, por su parte, asumió igual temperamento. Así lo hizo cuando condenó a una sociedad del Estado (Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7), regida por la ley 20.705, a resarcir los daños sufridos por la actora ante la rescisión unilateral de su contrato. En esa oportunidad, desechó la defensa de la demandada oponiendo su personalidad jurídica distinta a la de la Administración centralizada, por considerarla un “medio instrumental de que se vale el Estado, adoptando el tipo de sociedad anónima.” En orden a ello, si bien su régimen corresponde, en principio, al derecho privado (ley 20.705), “concurren elementos de innegable carácter estatal... por lo que más allá del amplio grado de su descentralización, integra la organización administrativa del Estado.”²⁴⁵

Lo mismo manifestó respecto a una sociedad anónima con participación

²⁴⁰ BIELSA, *Derecho...*, t. I, cit., p. 146.

²⁴¹ BIELSA, *Derecho...*, t. I, cit., p. 503.

²⁴² BIELSA, *Derecho...*, t. I, cit., p. 504.

²⁴³ Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., pp. 212/13.

²⁴⁴ PTN, *Lotería Nacional Sociedad del Estado*, 13/5/2002, *Dictámenes*, 241:242; *Sindicatura General de la Nación*, 2/10/2007, *Dictámenes*, 263:8.

²⁴⁵ CSJN, *Martínez Suárez de Tinayre*, 20/5/1986, *Fallos*, 308:821.

estatal mayoritaria (Petroquímica Bahía Blanca), encuadrada en la sección VI, cap. 2, del dec. ley 19.550/72, a la que no cabe excluir “de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del estado federal.” Con esa base, rechazó la defensa de confidencialidad interpuesta por la demandada (amparada en normas del derecho comercial) y ordenó dar vista de las actuaciones (con fundamento en normas de derecho público) que involucraban a la accionante en una licitación convocada para contratar diversos seguros. Fue la ley de procedimientos administrativos (dec. ley 19.549/72) –y su principio de debido proceso adjetivo– la que definió la cuestión, por cuanto al referir su art. 1 a la Administración descentralizada, “no descarta la inclusión en este concepto de empresas de propiedad estatal, cuyas normas de creación disponen la aplicación preferente del derecho privado.”²⁴⁶

El principio fue sostenido en relación a YPF (sociedad anónima de la sección V, cap. 2, del dec. ley 19.550/72) obligándola a hacer entrega del contrato suscrito con Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la provincia del Neuquén. Ello, por cuanto “las normas regulatorias como las medidas que en su consecuencia adoptó el Estado Nacional permiten afirmar que YPF S.A. funciona bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.” Siendo ello así, “el carácter estatal de la empresa, aún parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública,” entre ellos, el acceso a la información pública reglamentado por el dec. 1172/03.²⁴⁷

3.2. ENTES PÚBLICOS NO ESTATALES Y PERSONAS PRIVADAS QUE GESTIONAN SERVICIOS PÚBLICOS O ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO

Un punto aún más problemático lo representan las entidades definidas expresamente como “no estatales”: ¿podríamos considerarlas integradas en la Administración descentralizada, aun bajo esa específica denominación? La referencia semántica pareciera excluirlas, siempre que entendamos que la descentralización “importa la creación de un ente público estatal, distinto del Estado Nacional –Administración central– pero incardinado en su estructura organizativa, al que se le atribuye el cumplimiento de ciertos cometidos estatales.”²⁴⁸

Los criterios más utilizados para distinguir a los entes públicos estatales de los no estatales han sido los siguientes: la satisfacción de fines específicos del Estado, el aporte de capital estatal y el encuadramiento del ente en la Administración Pública.²⁴⁹ En todos encontramos problemas.

Si hablamos de “fines específicos del Estado” debemos, previamente, incursionar en el terreno político de la dimensión del Estado, es decir, recorrer el camino inverso: primero la definición de Estado y, como consecuencia de ello, la determinación de sus fines. La estática presente en la afirmación jurídica de “fines específicos del Estado”, rompe la dinámica propia del proceso político, el cual tiene por misión dimensionar en más o en menos los campos de actuación asignados al Estado, de acuerdo a consensos coyunturales, nunca definitivos y en permanente reformulación. Por ello, no hay “fines específicos del Estado” como idea neutral, sino distintas dimensiones del Estado definidas por la dinámica del proceso político y no por la estática del proceso jurídico. Con todo, aun

²⁴⁶ CSJN, *La Buenos Aires Compañía de Seguros*, 12/5/1988, *Fallos*, 311:750.

²⁴⁷ CSJN, *Giustiniani*, 10/11/2015, *Fallos*, 338:1258.

²⁴⁸ MURATORIO, “Centralización, descentralización...,” en Universidad Austral, *Organización administrativa...*, cit., p. 232.

²⁴⁹ Conf. CASSAGNE, *Derecho...*, t. I, cit., pp. 238/39.

afirmándonos en este criterio, no encontraríamos más que una tautología, carente –como tal– de valor explicativo; ya que, si así no fuera, si el Estado no persiguiese fines que hacen a su especificidad, estaría “persiguiendo fines privados distintos a los que se vinculan con sus facultades y su conducta sería ilegítima.”²⁵⁰

El aporte de capital estatal tampoco es definitorio del asunto. Primero, por una cuestión de escala: ¿cuál es el grado de aporte necesario para calificar de “estatal” a un ente? GORDILLO reserva el calificativo de “estatal” para aquellas entidades “cuyo patrimonio pertenece exclusivamente al Estado... si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal.”²⁵¹ Sin embargo, inmediatamente aclara que, por excepción, corresponde el mismo calificativo cuando “hay sólo una participación nominal o aparente de capital privado”.²⁵² Pero, además del problema de cuantificar el aporte para llegar a la cualidad de “estatal”, encontramos entes que se autofinancian mediante el giro propio de sus negocios y, sin embargo, resultan estatales: es el caso de los bancos públicos, de sus sociedades holdings y aun de las fundaciones que suelen constituir.²⁵³ Del mismo modo, existen obras sociales y cajas de previsión calificadas de “estatales” que no se financian con recursos públicos, sino con las contribuciones de sus afiliados.²⁵⁴ Por último, encontramos el caso inverso, es decir, entes financiados con aportes del tesoro y que, claramente, no son estatales: Iglesia Católica.

Considerar a un ente como “estatal” a partir de su encuadramiento en la Administración Pública también es problemático. Primero, como he manifestado, por los inconvenientes que plantea el alcance subjetivo de su definición y, luego, porque en gran medida el concepto de “Administración Pública” ha sido desplazado por el de “Sector Público Nacional,” tal como lo define el art. 8, LAF. Pero, además, si la verificación para considerar a un ente como encuadrado en la Administración Pública se da a partir “de las relaciones o vínculos que ligan a la entidad con la Administración central y la amplitud de la injerencia o control de ésta sobre aquella,”²⁵⁵ notamos que la facultad más intensa de control –la intervención administrativa– fue ejercida sobre entes como el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI),²⁵⁶ pese a ser considerado, invariablemente, como “no estatal” e, incluso, excluido del Sector Público Nacional y del ámbito de aplicación de la LAF.²⁵⁷ Por otro lado, las normas de creación de los entes públicos no estatales encuadran su actividad en la órbita

²⁵⁰ MARCER, ERNESTO A., “El contrato administrativo en la Ciudad de Buenos Aires,” en Universidad Austral, *Contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Rap, 2010, p. 153.

²⁵¹ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XIV-11.

²⁵² GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XIV-11, nota 39.

²⁵³ Así, el Banco de la Nación Argentina –calificado por su Carta Orgánica (dec. ley 21.799/78) como “entidad autárquica del Estado” (art. 1)– constituyó la sociedad Grupo BNA, con tenencias en empresas de los mercados financiero, bursátil y de seguros; además de ser titular de la Fundación BNA.

²⁵⁴ El Instituto de Ayuda Financiera para pago de Retiros y Pensiones Militares (IAF) es calificado por el dec. ley 22.919/83 como “una entidad autárquica institucional” (art. 1); criterio ratificado por la PTN en *Ministerio de Defensa*, 7/12/2010, *Dictámenes*, 275:326 y *Ministerio de Defensa*, 25/2/2003, *Dictámenes*, 244:562. Igual calificación se asigna a la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal por dec. 15.943/46 (art. 17, inc. c); y al Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA) por dec. 637/13 (art. 2). El carácter de ente autárquico de la primera fue ratificado por la PTN en *Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal*, 6/5/2003, *Dictámenes*, 245:239 y *Ministerio del Interior*, 6/3/2000, *Dictámenes*, 232:239.

²⁵⁵ CASSAGNE, *Derecho...*, t. I, cit., p. 239.

²⁵⁶ Dec. 45/99, art. 2.

²⁵⁷ Conf. PTN, *Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, 26/1/2000, *Dictámenes*, 232:91.

de algún ministerio o secretaría de la Administración central²⁵⁸ y son citados en los decretos de estructura del Poder Ejecutivo.²⁵⁹

Avanzando la cuestión, llegamos al eslabón más débil de la cadena, en cuanto a su eventual consideración como parte de la Administración descentralizada: el de las personas privadas que gestionan servicios públicos o actividades calificadas como de “interés público,”²⁶⁰ “interés general”²⁶¹ o “interés nacional.”²⁶²

Ciertamente, si por “personas privadas” entendemos aquellas regidas por el derecho privado, pareciera dificultoso integrarlas en un ámbito subjetivo –el de la Administración descentralizada– regido por el derecho público. Sin embargo, ni unas (personas privadas) ni otras (personas públicas) renuncian a incorporar en sus relaciones normas de ambos ordenamientos, claro que en diferentes grados. Lo que hace a una persona jurídica tributaria del calificativo de “privada” es la preponderancia de normas de ese derecho (privado) para regir sus relaciones y no la exclusión de ese otro derecho (público). Muy por el contrario, en el caso de concesionarios de servicios públicos o licenciatarios de actividades de interés general, las personas jurídicas privadas deciden voluntariamente incorporar un plus relevante de ordenamiento público al universo de sus relaciones jurídicas, ya sea mediante la vía contractual con el Estado (concesiones) o mediante el régimen de autorizaciones administrativas (licencias).²⁶³

3.3. EL DERECHO QUE RIGE EN LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

Resulta entonces que, definir a la Administración descentralizada mediante un acercamiento subjetivo de los entes que la integran, no resulta una tarea sencilla, por la propia dificultad que traen aparejadas las categorías clásicas utilizadas. Como fuera expuesto, la condición de ente “no estatal” no impide, sino que muchas veces acentúa, un vínculo estrecho con el Estado y una dependencia tutelar respecto de un órgano de la estructura centralizada. Por su parte, la calificación de “persona privada” sólo nos indica un monto preferente de derecho privado en sus relaciones jurídicas, sin que haya obstáculos para que una zona

²⁵⁸ Ley 26.801, Instituto Nacional de la Música (INAMU), arts. 4 y 5; ley 25.564, Instituto Nacional de la Yerba Mate (INYM), arts. 1 y 4, incs. i) y r); dec. ley 19.032/71, Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), arts. 1 y 15; dec. ley 17.741/68 (t.o. 2001), Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), art. 1; entre muchos otros.

²⁵⁹ Dec. 50/19.

²⁶⁰ Ley 26.522 de regulación de servicios de comunicación audiovisual (art. 2); ley 27.078 de regulación de tecnologías de la información y las comunicaciones, y las telecomunicaciones (art. 1). Aun en ausencia de calificación legal expresa, el “interés público” de otras actividades, como la farmacéutica (dec. ley 17.565/67) o la bancaria (dec. ley 21.526/77), surge implícitamente del régimen jurídico que las disciplina y de su reconocimiento jurisprudencial: CSJN, *BCRA s/ medidas precautorias*, 28/7/1963, *Fallos*, 256:241; *Banco Israelita del Río de la Plata*, 7/11/1969, *Fallos*, 275:265; *Banco de Río Negro y Neuquén*, 19/11/1981, *Fallos*, 303:1776; *Compañía Financiera Castelar*, 17/4/1986, *Fallos*, 308:594; *Teletour*, 10/2/1987, *Fallos*, 310:203; *Revestek*, 15/8/1995, *Fallos*, 318:1531; *Volcoff*, 1/11/2011, *Fallos*, 334:1241.

²⁶¹ Leyes 15.336 (art. 3) y 24.065 (art. 1) en cuanto a la actividad de generación de electricidad.

²⁶² Ley 26.688 de producción pública de medicamentos y vacunas (art. 1); ley 26.741 de soberanía hidrocarburífera (art. 1).

²⁶³ El tema da para mucho más. Sólo pretendo reproducir, con fines netamente expositivos, el esquema clásico de distinción entre *concesiones* y *licencias* en orden a la titularidad del servicio o actividad: estatal en el primer caso, particular en el segundo. Es decir, la concesión opera “a partir de una previa *publicatio* o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente;” mientras que la licencia levanta “una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares,” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. II, cit., p. 137.

(muchas veces preeminente) de su actuación, quede disciplinada por el derecho público.

Por ello, entiendo que el camino debiera tomar otro rumbo y orientarse no ya en el sujeto, sino en el objeto de su actuación. La pregunta no debiera ser *quién es*, sino *qué hace*. Sólo si *hace* administración pública, *será* Administración Pública. Y *hacer* administración pública implica ejercer por cualquier título (normativo o contractual) función administrativa, es decir, actuar concretamente lo que otros sólo declaran; gestionar directa e inmediatamente el interés público como medio de satisfacción de las necesidades individuales y comunitarias; ejecutar las funciones básicas del Estado y prestar los servicios sociales, instrumentales y tecnológicos necesarios para el buen vivir. De este modo, todo aquel ente o persona que pueda responder afirmativamente a la pregunta de si hace administración pública, integrará la Administración descentralizada.

Ahora bien, ¿hay alguna utilidad en calificar a un ente o persona como integrante de la Administración descentralizada? Entiendo que sí, principalmente porque ello trae aparejadas 2 consecuencias. La primera es una intensificación en los dispositivos de control de esa persona que gestiona cuotas de interés público; y la segunda es que integrar la Administración descentralizada hace que intervengan otros principios y parámetros al momento de evaluar la actuación del ente o persona, es decir, ya no será solamente el rendimiento económico de la actividad lo que deba meritarse para avalar o censurar la gestión encomendada, sino que deberán intervenir otras metas y objetivos de orden político, social o cultural que completen el juicio. Lo que debiera producirse al etiquetar a un ente o persona como parte de la Administración descentralizada es, al menos, dar un indicio de que ese espacio de gestión no queda disciplinado exclusivamente por la lógica del mercado y su margen de utilidad, sino por un cuadro más complejo que –sin renunciar a la eficiencia– involucre otros resortes que puedan limitar, compensar o encauzar la ciclópea mirada economicista hacia un panorama multidireccional.

Distinta es la cuestión del derecho que rige a los entes y personas integrados en la Administración descentralizada. Si bien la sola referencia genera una decantación propia hacia el ordenamiento público, esto no quita en absoluto la posibilidad de que existan cantidades considerables de regulación privatista. Desde que los Estados decidieron intervenir en los campos económico, social y cultural, crearon los instrumentos de aplicación necesarios para ejecutar esas políticas públicas, principalmente mediante formas empresariales y societarias. Para llevar a buen puerto la encomienda, dotaron a esos nuevos entes de un derecho adecuado a su funcionalidad, que les permita intervenir del modo más conveniente en los mercados respectivos. Así, se prefirió al derecho privado por sobre el público como medio de promoción de una participación más eficiente que les permita mayores facilidades al momento de contratar o financiarse. Por ello, censurar esta práctica bajo la acusación de “huida” del derecho administrativo no es más que ratificar su razón de ser, ya que precisamente lo buscado fue esa “huida,” a fin de residenciar a las empresas y sociedades del Estado en un espacio normativo más acorde a las finalidades encomendadas, las que deberían concretarse en mercados competitivos. Promover un Estado interventor, diseñar las políticas públicas correspondientes, ejecutarlas mediante entes instrumentales adecuados a tal fin (empresas y sociedades), sin conformar una estructura normativa acorde a dichos postulados, se parece mucho a boicotear la propia iniciativa, por cuanto el desempeño y rendimiento favorables en terrenos donde se privilegia el dinamismo, la competencia y la rentabilidad, necesita de incentivos jurídicos que permitan un desenvolvimiento análogo al de los rivales. Lo contrario

implicaría acudir al combate, solamente armados con palos y piedras.

Pero ello no quita que deban descuidarse las mayores finalidades tuitivas que impregnan al derecho público, al menos en el horizonte teleológico. Y es en este punto en el cual adquieren relevancia las 2 consecuencias antes apuntadas que surgen de asignar a un ente o persona como parte de la Administración descentralizada: los dispositivos de control y la evaluación multidireccional. Asegurando estas dos consecuencias, la alternativa por el derecho privado continúa resultando plausible y aun beneficiosa, o al menos, no la debiéramos temer. Lo que sí es deseable evitar, es la inercia esquizofrénica a presentar regímenes de derecho privado para empresas y sociedades del Estado y luego operar en la práctica en sentido inverso o hacer todo lo posible por vía judicial, doctrinaria o interpretativa en general, para reinstalar a aquellos entes en sede del derecho público.

Recapitulando ahora lo dicho en cuanto a la distinción clásica entre corporaciones e instituciones, el modelo de las autoridades administrativas independientes nos convoca más a las primeras que a las segundas. Si el gran dilema de la descentralización es el interrogante acerca de cuánta es la distancia que debe haber con la estructura centralizada, tendremos que la menor tendrá forma de institución mientras que la mayor adoptará la de corporación. En efecto, en la institución la autoridad está “fuera” y no “dentro,” es decir, el poder residencia en la estructura centralizada de órganos (instituidor) y no en la descentralizada de entes (instituido). Por el contrario, la corporación no reconoce una *auctoritas superioris*, sino que se desenvuelve autónomamente por voluntad única de quienes la integran.

El postulado principal de las autoridades administrativas independientes es la ruptura con toda autoridad externa. Sin embargo, para que ello encuentre fundamento, hace falta responder a la pregunta acerca de su legitimidad, es decir, ¿cuál es la razón para admitir espacios de gestión de lo público que rompan con la tutela de una estructura centralizada cuya cúspide, el Presidente, se sostiene (nos guste o no) en pilares democráticos garantidos por el voto popular? ¿Cuál es el tipo de legitimidad (democrática o no) con el cual intenta competir el modelo de las autoridades administrativas independientes?

CAPÍTULO IV Las Autoridades Administrativas “Independientes”

1. EL DERECHO COMPARADO: PROBLEMAS DE ASIMILACIÓN AL MEDIO LOCAL

Acudir a experiencias ajenas para intentar replicarlas (o descartarlas) en el ámbito doméstico, ciertamente es un recurso útil. Tal el objeto de estudio –y finalidad– del derecho comparado. Sin embargo, la actividad comparatista debe contar con algunas precauciones que no hagan de la tarea una mera copia de instituciones jurídicas que, aun plasmándose formalmente en el ordenamiento local, carecen de aplicabilidad o aplicándose, conducen a resultados distintos de los que se pretendía imitar.

Principalmente corresponde estar atentos a 3 cuestiones:²⁶⁴

- a) el impacto en la estructura jurídica interna de la “importación” normativa;
- b) la “traducción” de esa importación al lenguaje normativo vigente; y
- c) el interrogante acerca de las “cláusulas dormidas,” es decir, aquellas introducciones jurídicas que sabemos de antemano será muy difícil llevar a la práctica.

Respecto a la primera, es importante advertir que las importaciones jurídicas que hagamos no operarán sobre la nada, es decir, no escribirán sobre arena. Muy por el contrario, encontrarán las resistencias jurídicas propias de un orden normativo ya vigente y en funcionamiento. Así, la operación de “trasplante” tendrá “mayores posibilidades de concluir exitosamente... cuando el injerto en cuestión se encuentra genéticamente vinculado con el organismo receptor.”²⁶⁵

Si volvemos sobre la matriz constitucional fuertemente presidencialista analizada previamente, concluiremos que no resultará nada fácil la inserción de instituciones –como es el caso de las autoridades administrativas independientes– destinadas a confrontar esa estructura. Pero ello no significa que debemos renunciar a las innovaciones propuestas, sino estar advertidos de las dificultades que presentará la novedad normativa, las oposiciones que articulará el ordenamiento vigente y los bloqueos que tenderán a producir los funcionarios perjudicados por la introducción propiciada. Es decir, no puede pensarse en la incorporación “pacífica” de instituciones que no responden al modelo constitucional vigente de presidencialismo fuerte, puesto que éste, casi instintivamente, tenderá a defenderse de la “agresión.” La asimilación exitosa del trasplante jurídico, tendrá mucho que ver con la capacidad de prever los impactos negativos que producirá en la estructura vigente y que ésta intentará repeler.

Advertidos de esta primera cuestión, cobra relevancia la segunda, es decir, aquella relacionada a diseñar las estrategias necesarias para posibilitar una traducción de la novedad jurídica compatible con el lenguaje institucional vigente. Si lo que pretendemos es que convivan modelos jurídicos divergentes, debemos llegar a una negociación entre ellos, a una especie de “mezcla” que sea soportada desde ambas estructuras jurídicas.

Es allí donde cobra importancia detectar los espacios de intersección de ambos modelos, los puntos de acuerdo o confluencia entre uno y otro. Si la disputa por la cantidad de poder –por pretender concentrarlo uno

²⁶⁴ Conf. GARGARELLA, *La sala de máquinas...*, cit., pp. 246/47.

²⁶⁵ GARGARELLA, ROBERTO, “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América,” en GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica...*, t. I, cit., p. 492. Si bien la metáfora médica es gráfica –por eso la recojo– evitaría abusar de ella en las discusiones jurídicas y políticas. La vinculación de opiniones propias con “curas” y las de los coyunturales oponentes con “enfermedades” no contribuye al diálogo democrático.

(presidencialismo fuerte) y debilitarlo otro (autoridades administrativas independientes)– es lo que determina el enfrentamiento, ambos coinciden en incorporar a la órbita del Poder Ejecutivo competencias regulatorias –que restan al Legislativo– y competencias jurisdiccionales –que restan al Judicial–. O lo que es similar, el punto de encuentro se da en un entendimiento de la función administrativa y de la Administración pública que se ejercita, además, mediante poderes normativos y decisiones en calidad de jurisdicción primaria.

De este modo, la mezcla importaría expansiones mutuas y, además, reparto de las responsabilidades respectivas, lo que acercaría a los modelos en lo que ambos presentan de seductor para el otro.

Pero además, también podrían confluír los modelos si encuentran el modo de coordinar sus legitimidades, es decir, si pueden presentarse ante la comunidad como actores justificados para estar a cargo de los espacios públicos que pretenden gestionar. Los modelos podrían orientarse en contribuir al fortalecimiento de una democracia con mayor participación ciudadana, lo que redundaría, indudablemente, en el robustecimiento de su legitimidad.

El tercer punto hace referencia a importaciones normativas que, descontamos, serán muy difíciles de aplicar en el medio local. La pregunta se impone: ¿para qué, entonces, acudir a ellas?

La incorporación de cláusulas que, sabemos, permanecerán “dormidas,” puede llegar a ser útil si lo que pretendemos es perfilar una *legalidad aspiracional*, es decir, un compromiso público y colectivo con un ideal o meta futura a la que se anhela llegar en algún momento.²⁶⁶ Sin embargo, un entendimiento semejante de la ley o la constitución restaría fuerza normativa o, más aun, quitaría calidad de “norma jurídica” a dicho producto, si por aquella entendemos una orden, prescripción o mandato obligatorio, cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción consistente en la pérdida coactiva de un bien apreciable.

Otro móvil para incorporar “cláusulas dormidas” es que, a través de ellas, puedan generarse nuevos incentivos que estimulen la creación de coaliciones políticas y sociales diversas que las hagan “despertar.” En este caso, la incorporación de innovaciones normativas ambiciosas –aun al costo de renunciar a una aplicabilidad inmediata– posee el atractivo estratégico de ir cambiando el contexto vigente hacia otro enrolado en la defensa de las nuevas propuestas, las que se encontrarán en un estado latente, pero de tensa expectación, movilizándolo a distintos actores y operadores en pos de su concreción. Aun así, la apuesta es difícil. Primero porque el tiempo que durará el “sueño” legal es impredecible, mientras que las necesidades de reforma suelen ser de atención inmediata. Segundo porque, aun interrumpiendo el sueño, muchas veces el “despertar” es distinto al que nos proponíamos, es decir, la cláusula en cuestión comienza a cobrar una vida propia por vía interpretativa o reglamentaria, o por práctica social, vaciada de sus atractivos originales y aun en contra de ellos; producto de una asimilación fallida por el medio vigente, favorecida por las dificultades de aplicación en su formulación inicial.²⁶⁷

²⁶⁶ Pensemos en la siempre criticada, pero aún no totalmente superada, doctrina de los derechos sociales como meramente “programáticos.”

²⁶⁷ Existen casos paradigmáticos de cláusulas constitucionales degradadas, degeneradas y subvertidas, no precisamente porque han quedado “dormidas,” sino porque han “despertado” de un modo muy contradictorio con su pretensión original. Cláusulas que auguraban, por ejemplo, favorecer los principios de igualdad o participación, han quedado deglutidas por un orden interpretativo y reglamentario que las transformó, muchas veces, en su contrario. ¿Cuál otro ha sido el camino, sino, de los institutos constitucionales de democracia semidirecta (derecho de iniciativa y consulta popular, arts. 39 y 40), de la integración de los usuarios y consumidores en los entes reguladores (art. 42) o de la participación obrera en las ganancias de las empresas (art. 14

Por ello, si la visita al derecho comparado tiene la intención de generar un trasplante en el medio local, corresponde que vaya acompañada de estas precauciones. Con dichos recaudos, el recurso presentará utilidad al proceso de reforma legal.

2. ESTADOS UNIDOS: AGENCIAS REGULATORIAS Y JURISDICCIÓN PRIMARIA ADMINISTRATIVA

La creación de la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) en 1887, es el punto de arranque de la regulación económica y social –mediante el instrumento de agencias independientes– en los Estados Unidos. Su origen estuvo marcado por 2 acontecimientos: uno social y otro jurídico.

El primero es la resistencia opuesta por el denominado “movimiento de los granjeros” a las compañías ferroviarias. La victoria de los ejércitos de la Unión contra las armas de los Estados Confederados en la guerra civil, fue también el predominio del norte capitalista de la pequeña propiedad agraria frente a los terratenientes esclavistas del sur, plantadores de tabaco y algodón. A partir de entonces, los granjeros representaron una fuerza social con peso propio en el escenario político norteamericano que arrancó de las legislaturas locales, regulaciones que limitaban el poder de quienes en ese momento explotaban un factor económico determinante: el ferrocarril, principal medio de transporte de bienes y personas, elemento alrededor del cual giraba la economía y el comercio nacional. Mientras el tren cobraba cada vez más importancia, “los estados carecían de capacidad económica suficiente para desarrollar por sí la actividad ferroviaria, la que en poco tiempo –y algunos subsidios mediante– quedó en manos de unas pocas y poderosas compañías privadas, que fijaban a entera voluntad los precios y tarifas del transporte... Esta posición dominante no tardó en degenerar en abusos.”²⁶⁸ A raíz de ello, fueron creadas en los Estados, comisiones “fuertes” y “débiles,” dependiendo de las competencias asignadas: regulatorias y disciplinarias, las primeras; de asesoramiento e investigación, las segundas. Además, las comisiones “fuertes” quedaban al mando de un cuerpo colegiado con mandato determinado; mientras que las “débiles,” bajo la conducción de un comisionado único.²⁶⁹ Sin embargo, el movimiento no alcanzó, por sí solo, a imponer la creación en el orden federal de una comisión de características similares a las existentes en los Estados.

Para ello, hubo la necesidad del segundo acontecimiento. El 25 de octubre de 1886, la Corte Suprema decidió el caso “Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois,”²⁷⁰ por el cual se declaró al transporte ferroviario como “comercio entre Estados,” incluso en la parte del viaje que se desarrolla dentro del mismo Estado. En ese orden, la competencia para regular el transporte ferroviario quedó en manos exclusivas del Congreso federal (art. 1º, secc. 8.3, Const. EE.UU.), incluso en el tramo del recorrido intraestatal. La sentencia implicó un traslado de responsabilidades regulatorias sobre el transporte ferroviario desde los Estados –quienes hasta ese momento lo habían ejercido y a partir de ahora resultaban incompetentes– hacia los poderes federales. Meses después, el 4 de febrero de 1887, se promulgó la Ley de Comercio Interestatal, cuya sección 11 creó la ICC.

A partir de ese momento, la Administración norteamericana quedó dividida

bis)?

²⁶⁸ BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica. Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p. 37.

²⁶⁹ Conf. BIANCHI, *La regulación económica...*, cit., p. 38.

²⁷⁰ 118 US 557 (1886).

entre los departamentos ejecutivos, estrechamente vinculados al Presidente, y otras agencias “casi totalmente independientes del control de la Casa Blanca... investidas de amplias facultades reguladoras en los asuntos económicos.”²⁷¹

Pero no solo del Presidente adquieren independencia, sino que también lo hacen –al menos en parte– del propio Congreso, puesto que éste se limita sólo a la creación de la agencia y a la fijación de lineamientos generales, para luego “delegar en un organismo especializado, integrado por funcionarios profesionales, la autoridad destinada a dictar las reglamentaciones necesarias para implementar la política general.”²⁷² Todavía más, la Corte Suprema declaró inconstitucional el veto legislativo de una de las Cámaras ante decisiones de las agencias.²⁷³

El proceso de designación y remoción de los miembros de las agencias es una nota determinante de su independencia. Los órganos directivos suelen ser colegiados, los mandatos de sus miembros caducan en forma escalonada no superponiéndose con el del Presidente, son designados con acuerdo del Senado y “en la mayoría de los casos, las leyes de creación de las comisiones establecen que no más de una simple mayoría de los miembros podrán ser del mismo partido político.”²⁷⁴ Por su parte, el Presidente carece de competencia discrecional para remover a los miembros de las agencias, debiendo someterse a causas tasadas por ley, mediante un procedimiento reglado.²⁷⁵

Por último, si las agencias son independientes del Presidente y del Congreso, también lo son –al menos por asumir competencias propias de éste– del Poder Judicial. En efecto, dichos entes tienen reservada una primera jurisdicción que ejercen en sede administrativa, cuando la cuestión controvertida está incluida en el régimen propio de la agencia, es decir, cuando se encuentran involucradas en la litis las regulaciones diseñadas por la agencia para la industria o mercado adjudicado en la norma de creación. Sin embargo, la ley “puede atribuir a las agencias la competencia para conocer de derechos privados, surgidos en el tráfico mercantil, si las partes han optado porque la Agencia conozca de aquéllos, siendo, en todo caso, límite de esa posibilidad organizativa el derecho al Jurado que consagra la séptima enmienda de la Constitución, aunque sólo en el caso de controversias sobre derechos privados.”²⁷⁶

Es interesante resaltar que el origen de esta jurisdicción primaria administrativa tiene su causa en una declinatoria del Poder Judicial, más que en un avance de las agencias regulatorias. Efectivamente, lo que hubo fue una retirada judicial en pos del saber experto administrativo. Así, en “*Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Company*,”²⁷⁷ la Corte Suprema declaró la incompetencia de los tribunales judiciales para entender en un reclamo de daños por tarifas de transporte tachadas de irrazonables –pero publicadas conforme a la ley– “sin una acción previa por parte de la Comisión [de Comercio Interestatal].” En ese sentido, quien pretenda “una reparación basada en la falta de razonabilidad de la tarifa establecida debe, en virtud de la ley para regular el comercio, principalmente invocar una reparación a través de la Comisión Interestatal de Comercio, que es el único organismo que tiene el poder original

²⁷¹ SAYE, ALBERT B.; ALLUMS, JOHN F. y POUND, MERRITT B., *Principios del gobierno americano*, 8ª ed., Buenos Aires, Edisar, 1981, p. 314.

²⁷² SAYE, ALLUMS y POUND, *Principios...*, cit., p. 315.

²⁷³ “*INS v. Chadha*,” 462 US 919 (1983).

²⁷⁴ SAYE, ALLUMS y POUND, *Principios...*, cit., p. 316.

²⁷⁵ Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 143.

²⁷⁶ REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de los servicios públicos,” en BOTASSI, CARLOS (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, p. 275.

²⁷⁷ 204 US 426 (1907).

para examinar los procedimientos para la alteración de un programa establecido, cuando las tarifas fijadas en el mismo no sean razonables.”

De este modo, quedó asentada la doctrina por la cual “cuando una ley crea un ente gubernamental y le atribuye competencia para resolver en instancia administrativa cierto tipo de casos, los tribunales deben abstenerse de intervenir hasta tanto el ente se haya pronunciado... Se ha entendido que de tal modo se obtiene un mayor grado de coherencia y uniformidad en la aplicación de la ley y se aprovecha la pericia especial que el ente administrativo tiene en la ejecución del régimen legal respectivo.”²⁷⁸

El modelo norteamericano de las agencias regulatorias concentra, entonces, poderes legislativos, ejecutivos y judiciales sobre las materias objeto de regulación, ejerciendo –con independencia del Congreso y del Presidente– la totalidad de esas funciones estatales en el segmento del mercado económico o industrial, o sector social, adjudicado por ley. Todo ello es función de regulación a cargo de la agencia independiente.²⁷⁹

3. FRANCIA Y ESPAÑA: AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

En Europa, el antecedente más prestigioso quizás sea la regulación del Banco Central de Alemania (*Bundesbank*) de 1957. Ella prevé una zona de reserva a favor del ente, “cuya cláusula de salvaguarda autoriza a rechazar cualquier decisión económica del Gobierno que considere arbitraria o ilegal.”²⁸⁰

La regulación del *Bundesbank* fue el modelo confesado para el Banco Central Europeo, caracterizado por:²⁸¹

a) inamovilidad de los miembros del Consejo de Gobierno, salvo incapacidad o pérdida de las condiciones requeridas para el cargo, apreciadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea;

b) prohibición de recabar o recibir instrucciones de los Gobiernos y aun de las propias instituciones comunitarias; y

c) prohibición de financiar de cualquier modo que sea a los Gobiernos y a los entes y empresas del sector público.

La institución asume una auténtica independencia para el manejo de la política monetaria y la defensa del euro.

Francia recorrió un camino institucional que la llevó a desplegar autoridades administrativas independientes en varios campos de actuación:²⁸²

a) la intervención del Estado en la economía;

b) la protección de los derechos y libertades fundamentales;

c) las telecomunicaciones y los medios audiovisuales;

d) la participación democrática; y

e) la actividad científica y académica.

²⁷⁸ SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., “Concesión de servicios públicos,” en CICERO, NIDIA KARINA (dir.), *Legislación usual comentada. Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 704/05.

²⁷⁹ Resulta pertinente aclarar que, en los hechos, el modelo presenta algunos matices. En ese sentido, se destaca la progresiva intervención del Presidente en las agencias, mediante el dictado de órdenes ejecutivas, como así también, la competencia de la Oficina de Presupuesto para revisar el proyecto remitido por las agencias y, consecuentemente, incorporar, modificar o suprimir los programas presentados. Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 145.

²⁸⁰ BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 147.

²⁸¹ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., pp. 433/34.

²⁸² Conf. FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL, “Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia,” *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, vol. 53, nro. 107, 2004, pp. 350 y ss.

Dentro del primero, los mercados que originariamente se encontraron regulados por una *Commission* independiente fueron el bancario y el bursátil, para luego extenderse a los seguros, las infracciones fiscales, la regulación de la competencia, la protección de los consumidores y el sector eléctrico.

El segundo se instituyó en la figura del *Médiateur*, inspirado en el modelo del *Ombudsman* del derecho escandinavo. Posteriormente, se crearon autoridades administrativas independientes para la protección de los datos personales y para el control de las intervenciones telefónicas, esta última movilizada a partir de un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 24 de abril de 1990, que condenó al Estado francés por no dar adecuada garantía a la intimidad y al secreto en las comunicaciones.

La prensa escrita tuvo sus comisiones regulatorias desde 1950, mientras que en el sector audiovisual fueron instituidas en 1982, a través de la creación del *Médiateur du Cinéma*, y en el de las telecomunicaciones en 1996.

El control de la participación democrática se encargó a distintas autoridades administrativas independientes que fiscalizan las campañas electorales y el financiamiento de los partidos políticos, con el objeto de asegurar los principios de transparencia, pluralidad e igualdad.

Por último, el ámbito académico y científico se encuentra atravesado por la actividad de comisiones que tienen por objeto evaluar el desempeño de las Universidades y otras instituciones de educación superior, como así también de los establecimientos científicos, culturales y profesionales.

Las autoridades administrativas independientes en Francia oscilan entre 2 corrientes antagónicas: “por una parte, la que defiende su validez jurídica y técnica –particularmente en los procesos de modernización de las administraciones públicas–, y por otra, la que pone de manifiesto su difícil adecuación constitucional, y hace hincapié en la cautela que debe presidir la multiplicación de este tipo de autoridades.”²⁸³

El resultado de esta tensión se manifiesta en la escala adquirida por sus competencias normativas, las que no sólo alcanzan a la organización y funcionamiento interno, sino a la emisión de reglas generales vinculantes para terceros que actúan en el sector regulado, pero que en todos los casos deben necesariamente estar subordinadas a los reglamentos del Gobierno, cuestión “que las distingue frente a las agencias independientes del derecho norteamericano.”²⁸⁴ Esta es la tesis que ha sostenido el Consejo Constitucional en diversos pronunciamientos²⁸⁵ y que trae como consecuencia reservar –para el Gobierno y el Primer Ministro– la suprema dirección administrativa del Estado, a la par que reconoce la constitucionalidad de los poderes normativos asignados a las autoridades administrativas independientes, a condición de que no contravengan los reglamentos gubernamentales y las políticas públicas del Gobierno aplicables al sector.

Si en el modelo norteamericano destaca por su autonomía el poder regulatorio de la agencia sobre el sector económico, social o industrial adjudicado; la subordinación de la autoridad administrativa independiente al poder

²⁸³ FERNÁNDEZ ROJAS, “Las Autoridades...,” cit., pp. 347/48.

²⁸⁴ FERNÁNDEZ ROJAS, “Las Autoridades...,” cit., p. 355.

²⁸⁵ Decisión 84-173 del 26 de julio de 1984, sobre explotación de servicios de radio y televisión; Decisión 86-217 del 18 de setiembre de 1986, sobre libertad de comunicación; Decisión 88-248 del 17 de enero de 1989, sobre el Consejo Superior del Audiovisual; Decisión 89-260 del 28 de julio de 1989, sobre seguridad y transparencia de los mercados financieros; Decisión 93-324 del 3 de agosto de 1993, sobre el Banco de Francia y la actividad de control de los establecimientos de crédito; Decisión 93-333 del 21 de enero de 1994, sobre libertad de comunicación; y Decisión 96-378 del 23 de julio de 1996, sobre telecomunicaciones.

reglamentario del Gobierno en el régimen francés, contribuye a que adquieran mayor relieve, no ya las competencias normativas, sino las de supervisión, es decir, aquellas relacionadas con la autorización, vigilancia y sanción de los actores que operan en los sectores regulados, o lo que es igual, las competencias que hacen al control de la eficacia (cumplimiento) de la regulación sectorial.

De este modo, las licencias y permisos para ejercer la actividad profesional; las facultades de investigación, auditoría e inspección para garantizar el buen funcionamiento de las entidades; y las resoluciones sobre imposición de multas, cierre y liquidación de instituciones, como así también, órdenes de intervención o destitución de cargos directivos cuando se compruebe un ilícito; son los actos que materializan las competencias supervisoras en las cuales radica “toda la riqueza que, en términos de neutralidad, eficiencia y profesionalidad, la institución de las autoridades administrativas independientes está llamada a ofrecer en los sistemas jurídicos de tradición continental.”²⁸⁶

En España, las autoridades administrativas independientes vienen a debilitar el principio de *instrumentalidad* que caracteriza a su Administración descentralizada. En efecto, los entes públicos son “instituciones” creadas, organizadas y ordenadas por una Administración matriz que oficia de ente “instituidor.” De este modo, se configura una Administración “institucional” que posee las siguientes características:²⁸⁷

a) el servicio para cuya gestión se crea el ente institucional, no le pertenece, pues es de titularidad del ente matriz;

b) el ente institucional está encuadrado en la estructura organizativa del ente matriz;

c) la personificación asignada al ente institucional no es expresión de una realidad social o patrimonial subyacente, pues ésta no existe;

d) el ente matriz posee la “dirección estratégica” del ente institucional y designa a sus autoridades superiores;

e) el ente institucional sólo posee una autonomía “ejecutiva u operacional” para gestionar el servicio, sin que le corresponda la valoración de las políticas públicas que lo ordenan;

f) en el orden financiero, el ente matriz elabora y aprueba el presupuesto del ente institucional; mientras que en el orden patrimonial, los bienes del ente institucional se inscriben en el inventario del ente matriz, a fin de consolidar un balance único justificado en la relación filial;

g) el ente institucional carece de legitimación para impugnar los actos del ente matriz; y

h) la extinción o disolución del ente institucional sólo puede ser decidida por el ente matriz.

Estas particulares notas son las que configuran la relación de instrumentalidad entre la Administración matriz y la Administración institucional, es decir, la mera calidad de auxiliar técnico que asume la segunda y que la primera utiliza para la gestión de un servicio propio.

De este cuadro escapan, precisamente, las autoridades administrativas independientes, cuya creación por el legislador obedece “a una voluntad consciente de limitar la, en otro caso, incondicionada disponibilidad de las mismas –y de las funciones que en cada caso se les confía– por parte del Gobierno de turno, esto es, de ‘neutralizar’ políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista.”²⁸⁸

²⁸⁶ FERNÁNDEZ ROJAS, “Las Autoridades...,” cit., p. 369.

²⁸⁷ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., pp. 414 y ss.

²⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 433.

La Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Lofage)²⁸⁹ sistematizó el mapa de la descentralización española, mediante la estipulación de 3 categorías de entes institucionales: los “organismos autónomos,” regidos por el derecho administrativo; las “sociedades mercantiles estatales,” regidas por el derecho privado; y las “entidades públicas empresariales,” también regidas por este último ordenamiento, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos y en el ejercicio de las potestades administrativas asignadas. Sin embargo, se intuía una cuarta clase de entes que se regían por su legislación específica y sobre los cuales el Gobierno y la Administración centralizada sólo podían ejercer “las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía” (disposición adicional décima).

La Lofage fue derogada por el Régimen Jurídico del Sector Público²⁹⁰ y en este sí, se prevé una regulación orgánica (aunque austera) de las autoridades administrativas independientes. En efecto, si bien se las integra a la Administración institucional, se las distingue de otros organismos públicos “dependientes de la Administración General del Estado” (art. 84) y se las define como “entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley” (art. 109). En cuanto al derecho aplicable, “se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión,” aunque supletoriamente por las normas del Régimen dirigidas a los organismos autónomos (art. 110).

Pareciera que en España sucede algo similar a lo que acontece en Francia: las autoridades administrativas independientes se abren camino entre 2 tendencias opuestas. Por un lado, el anhelo de autonomía que intenta romper la relación filial con la Administración centralizada, y por otro, la tradición “institucional” de la descentralización española que se obstina en no ceder el vínculo instrumental, ni se resigna a “soltar” espacios de gestión.

Si tomamos en cuenta la referencia normativa anterior, la percepción se corrobora en, al menos, 2 órdenes: uno funcional y otro competencial.

En cuanto a lo primero, se califica a las autoridades administrativas independientes con una autonomía “especial,” de mayor intensidad; por ello, se las distingue de los organismos públicos que “dependen” de la Administración centralizada. Sin embargo, se las asigna al mismo complejo orgánico de la Administración institucional y se las mantiene “vinculadas a la Administración General del Estado.” Por otro lado, si bien se les reconoce el derecho a regirse por sus propias normas (leyes de creación, estatutos y legislación específica del sector adjudicado), supletoriamente se las asimila a la categoría más intensa de dependencia matriz y en la que más se verifica la calidad “institucional”: los organismos autónomos, a los que expresamente se califica como “organizaciones instrumentales” y “dependientes” de la Administración centralizada (art. 98).

En relación a lo segundo, la competencia que destaca –como en el caso francés– es la de supervisión. Ello así, por cuanto las competencias normativas se conciben como un poder subordinado y especializado, es decir, habilitado legalmente, sometido a los reglamentos del Gobierno y de contenido meramente

²⁸⁹ Ley 6/1997, de 14 de abril (BOE, 15/4/1997).

²⁹⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre (BOE, 2/10/2015).

técnico.²⁹¹

Es por ello que, el punto de quiebre más nítido y la garantía más manifiesta de autonomía, esté relacionada con los procesos de designación y remoción de los cuadros directivos de las autoridades administrativas independientes, “bien reservando a las propias Cámaras el nombramiento de los miembros de sus órganos rectores, bien negando al Gobierno que nombra libremente a éstos la facultad de revocar incondicionadamente dichos nombramientos durante el periodo de mandato (tres, cuatro o más años) que la propia Ley establece.”²⁹²

La síntesis anterior resulta ilustrativa de las diferencias entre los modelos norteamericano de las agencias regulatorias y europeo de las autoridades administrativas independientes: desde un “microcosmos” jurídico que compacta en la agencia la totalidad de las funciones estatales –incluso la judicial– y reafirma su independencia aun frente al Congreso; hasta la concepción de una autoridad supervisora con autonomía “especial” que le permite relajar la relación de instrumentalidad, pero que mantiene constante la subordinación al Gobierno y al Parlamento.

4. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA ARGENTINA

La reforma constitucional de 1994 fue la ocasión para la entrada a escena de la discusión acerca de las autoridades administrativas independientes. Esto no quiere decir que el derecho argentino no cuente con antecedentes al respecto. Los hay tanto en el orden federal, como en el orden local.

A partir de la década del ‘30 del siglo pasado, y como respuesta obligada a la crisis mundial, se crean Juntas reguladoras de los mercados principales del país agroexportador: carnes y cereales, en primer lugar, pero también vino, yerba mate, leche, azúcar y algodón.²⁹³ Si bien el prototipo organizativo fue la Junta Nacional de Carnes –creada por ley 11.747 (1933)– por su destacada autonomía y competencias, lo novedoso del proceso fue la cristalización de entes en los cuales “la presencia corporativa era evaluada como ineludible en la medida en que se la vinculaba al saber técnico necesario para elaborar e implementar políticas públicas.”²⁹⁴ Por ello, si bien el proceso no fue lineal en cuanto a la magnitud de las competencias, los modos de integración y la relación con la Administración centralizada, existió en las nuevas Juntas un denominador común: “la asociación, en su composición, de funcionarios estatales y representantes de los diferentes sectores productivos involucrados en cada una de las actividades reguladas.”²⁹⁵

Por su parte, el orden local cuenta con antecedentes constitucionales de administraciones independientes que surcan siglos. Tal el caso de la Dirección General de Escuelas y del Departamento General de Irrigación de la Provincia de Mendoza, consagrados en su Constitución de 1895, y del Banco de la Provincia, incorporado por la reforma de 1916. Los 3 entes “están ubicados por fuera de la división tradicional del poder” y cuentan “con patrimonio y fuente de recursos propios, con sus autoridades designadas con la misma metodología compleja que

²⁹¹ Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., p. 149.

²⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., p. 433.

²⁹³ Muchas de estas Juntas, si bien con modificaciones normativas y en cuanto a su denominación, atravesaron el siglo, manteniéndose vigentes hasta su disolución por dec. 2284/91, enmarcado en el proceso desregulador que formaba parte de la “reforma del Estado” iniciada con las leyes 23.696 y 23.697.

²⁹⁴ PERSELLO, ANA VIRGINIA, “Partidos políticos y corporaciones: las juntas reguladoras de la producción, 1930-1943,” Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana “Dr. Emilio Ravignani,” nro. 29, 2006, p. 91.

²⁹⁵ PERSELLO, “Partidos políticos y corporaciones...,” cit., p. 96.

los jueces –cuando no por elección directa–, con administración independiente y con una misión específica en los terrenos más críticos y de mayor preocupación de los mendocinos: la educación, el riego agrícola de sus oasis en su desierto y el financiamiento de su economía.”²⁹⁶

Sin embargo, fue la monumental reconversión económica y estructural del Estado iniciada en 1989, la que dio una formidable base de sustentación al discurso de las autoridades administrativas independientes. En efecto, la transferencia de unidades económicas estratégicas a manos privadas, la reducción de la injerencia estatal en el campo social, la eliminación del control de cambios, la renuncia a la política monetaria por la imposición legal del “1 a 1,”²⁹⁷ el ajuste de los planteles de empleados públicos y la desregulación del ingreso y salida de capital extranjero mediante la derogación de encajes y de límites a la remisión de utilidades, fueron el incentivo ideal para el diseño y adopción de “otra” Administración que se diera mejor con los postulados de la eficiencia, la técnica y el profesionalismo que las autoridades administrativas independientes venían a representar.

La segunda etapa de este proceso fue la reforma constitucional de 1994, es decir, el pacto de elites que tuvo como objetivo fundamental consolidar en el plano de la máxima expresión normativa las reformas alcanzadas y extender el mandato del entonces presidente MENEM a efectos de completar lo que aún faltaba. Así, la coalición de fuerzas políticas y sociales que ese proyecto representaba, encontró oportuno el momento dado, teniendo en cuenta la fortaleza con la que contaba el entonces Presidente y el apoyo electoral que lo sostenía como el líder político mayoritario.

La coyuntura propiciaba que la reforma constitucional se hiciera “desde afuera” y “por arriba,” es decir, relegando la tarea de la Convención Constituyente a lo que un acuerdo de cúpulas hubiere decidido. Ese fue el “Pacto de Olivos” y su traducción legal en el Núcleo de Coincidencias Básicas (NCB) aprobado por ley 24.309, por la cual se declaró la necesidad de la reforma y se jugó a todo o nada: la Convención debía votar el NCB a “libro cerrado,” por la afirmativa o por la negativa, y en la gramática ya impuesta (art. 5). El paquete incluía lo que para este proyecto resultaba esencial: las normas que regulaban la reelección presidencial, el sistema electoral que a partir de entonces regiría para ese cargo y las facultades legislativas del Presidente que, de ese modo, quedarían expresamente constitucionalizadas.

Lo que no deja de llamar la atención es que todo esto se fundó en el deseo de “atenuar el presidencialismo” (art. 2, inc. d), NCB, ap. a), ley 24.309) y de lograr un nuevo equilibrio de poderes. ALFONSÍN, contraparte en el acuerdo “por arriba,” comenzaba su intervención en una de las sesiones de tratamiento del NCB, manifestando: “En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente... la intención de estas reformas es fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes.”²⁹⁸ Otro convencional, GARCÍA LEMA, manifestaba que “los

²⁹⁶ PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Nuevas formas de administración y los ‘organismos’ constitucionales independientes,” en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, p. 214.

²⁹⁷ Producto del tipo de cambio fijo entre la moneda local y la extranjera determinada por la Ley de Convertibilidad 23.928 (art. 1) y la equiparación entre las reservas en divisas del Banco Central y el total de la base monetaria (art. 4).

²⁹⁸ Convención Nacional Constituyente, *Diario de sesiones*, 3ª sesión, 21ª reunión, Buenos Aires, Congreso de la Nación, p. 2631, <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas responden... a ciertas finalidades, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma.” Entre esas ideas-fuerza, se encontraba la de “generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado –el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial–; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial.”²⁹⁹ Por su parte, el convencional PAIXAO sostuvo que el conjunto de reformas propiciado en el NCB, estaba referido a una realidad que encarna una forma “de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución... la concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional.” La finalidad de la reforma estaba dirigida a “asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política.”³⁰⁰

Sabemos que la intención –si es que alguna vez la hubo– no logró materializarse y el presidencialismo argentino históricamente “fuerte,” salió robustecido.³⁰¹ Pero, al menos, quedó la declamación, la gramática, y eso también, en alguna medida, es un elemento útil en la puja política y en la interpretación jurídica. Ese fue el ariete que introdujo la posibilidad de dar cabida a la discusión acerca de las autoridades administrativas independientes y a su adecuación a nuestro orden constitucional. Y digo que dio la posibilidad de abrir una compuerta y no más, porque en ningún momento se pensó en esto al pactar la reforma, ni se lo asoció a la finalidad de “atenuar el presidencialismo.” En efecto, no fueron las autoridades administrativas independientes, sino la figura del Jefe de Gabinete, el instrumento diseñado y aprobado en el NCB para lograr el “noble” fin. Las esperanzas fueron depositadas en este órgano pensado como fusible ante una crisis terminal del sistema político que, anhelado por la oposición, evitaría la caída dramática del Presidente, permitiendo un gobierno de coalición o de “unidad nacional.” Otra vez, los hechos posteriores nos dieron una dura prueba de lo contrario.

Con todo, la literatura quedó y los significantes continuaron resonando. Por ello, al discutir el art. 42, la convencional LIPSZYC enarboló la bandera de la autonomía para los entes reguladores de los servicios públicos: “Frente a la realidad de las privatizaciones y de la poderosísima concentración económica derivada de ella, los entes que se prevean deben ser instituciones públicas autónomas, para evitar la dependencia de un gobierno contingente a fin de poder defender su autonomía del poder de turno.” Para ello, propuso seguir “la experiencia norteamericana que existe con la creación de las llamadas agencias independientes, que no están sujetas a la revisión del Poder Ejecutivo y en las que sus funcionarios jerárquicos son designados con acuerdo del Senado.”³⁰²

Hasta acá, 2 hechos que favorecieron la discusión acerca de las autoridades administrativas independientes: la reconversión estructural del Estado argentino hacia un modelo privatizador iniciada en los primeros '90 y la literatura constituyente de 1994 con toda su carga de atenuación del presidencialismo

²⁹⁹ Convención, *Diario...*, 3ª sesión, 18ª reunión, cit., p. 2200/01.

³⁰⁰ Convención, *Diario...*, 3ª sesión, 18ª reunión, cit., p. 2201/02.

³⁰¹ Como premonitoriamente lo manifestó el convencional BRAVO al señalar que “esta atenuación del régimen presidencialista es una falacia; no existe. Al contrario: estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo,” Convención, *Diario...*, 3ª sesión, 18ª reunión, cit., p. 2271.

³⁰² Convención, *Diario...*, 3ª sesión, 31ª reunión, cit., p. 4196.

histórico.

Veamos ahora cuáles son los entes que, operada la reforma constitucional, se integran en el concepto de autoridades administrativas independientes.

4.1. FRONTERAS EVANESCENTES: ASIGNACIÓN DE ENTES A LA CATEGORÍA

Al momento de abordar el estudio de la organización administrativa, GORDILLO destaca la existencia de 4 modelos distintos, no necesariamente excluyentes entre sí.³⁰³

El primero es el que se asienta sobre una ley de procedimientos administrativos que habilita una reglamentación de la organización administrativa, tanto centralizada (jerárquica) como descentralizada (tutelada), indicando a los funcionarios sus deberes y las sanciones por su incumplimiento. Este es el modelo que prevalece en Latinoamérica.

El segundo es el de las agencias regulatorias independientes, lo que implica separar una parte de la Administración pública y darle autonomía respecto del poder central. Es el modelo adoptado en la Europa continental, Inglaterra y Estados Unidos.

El tercero introduce la figura del “juez administrativo,” un funcionario permanente pero que rota por los distintos organismos controlando el buen funcionamiento de la repartición y sin cuya firma, no puede adoptarse ninguna decisión. Es el sistema establecido por la ley de procedimientos administrativos de Estados Unidos de 1946.

El cuarto es el que se ha desarrollado en Canadá y que corresponde a la implementación de tribunales administrativos en lugar de la Administración pública. En efecto, lo característico del modelo es que “no hay funcionarios públicos para tomar la primera decisión en un caso concreto, hay tribunales administrativos independientes que lo hacen, sustituyendo a la administración y por cierto, sujetos a control judicial suficiente y adecuado.”³⁰⁴

Las autoridades administrativas independientes pueden sintetizar, en alguna medida, los modelos segundo y cuarto, es decir, el de las agencias y el de los tribunales. Quizás porque el instituto presenta una adaptabilidad que lo hace encajar en distintas clases y configuraciones de entes; lo que puede verse, al mismo tiempo, como una de sus debilidades, ya que la extrema maleabilidad o elasticidad del concepto –de no contar con algunas características definitorias que puedan ser comunes a todas las porciones del entramado administrativo que pretende capturar y, de ese modo, contenerlo– puede vaciarlo de contenido y convertirlo en una categoría inútil.

Parecieran corroborar dicha hipótesis, las variadas denominaciones que se le asignan al instituto, los distintos elementos característicos para definirlo y, finalmente, la diversa magnitud del universo de entes alcanzados por el concepto.

La denominación “extrapoder” fue la primera utilizada para referir a órganos excluidos –pero en relación– con la tríada clásica. En efecto, BIDART CAMPOS la inaugura en 1967 pero para analizar realidades muy distintas, como la relación entre el Gobierno y el Presidente o la Corona, en los sistemas parlamentarios; o la

³⁰³ Conf. GORDILLO, AGUSTÍN, “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2015, pp. 613 y ss. Publicado originalmente en Universidad Austral, *Organización administrativa...*, cit., pp. 955/60.

³⁰⁴ GORDILLO, “Los tribunales administrativos...,” en GORDILLO, *Tratado...*, t. 11, cit., p. 614.

del Presidente y los ministros, en los sistemas presidencialistas.³⁰⁵ El mismo autor la retoma luego de la reforma de 1994 para incluir en ella a los nuevos órganos constitucionalizados: la Auditoría General de la Nación (art. 85), el Defensor del Pueblo (art. 86) y el Ministerio Público (art. 120).³⁰⁶

Por el contrario, hay autores que rechazan tal calificación e incluyen a los órganos citados –y a otros constitucionalizados en 1994– dentro de la estructura clásica. Este sector, plantea “la convicción de que la constitución ubicó a los órganos mencionados en el ámbito del Congreso de la Nación, como es el caso de la Comisión Bicameral Permanente..., la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo (no obstante la aclaración constitucional expresa de que la AGN posee autonomía funcional y que la Defensoría ‘es un órgano independiente’); mientras que al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento los introdujo en el capítulo del Poder Judicial.”³⁰⁷

A su vez, hay doctrina que considera a dichos órganos como autoridades administrativas independientes, rechazando expresamente la terminología “extrapoder.”³⁰⁸ En efecto, junto a “las previstas en el art. 42 de la Constitución como organismos independientes de contralor de los servicios públicos privatizados,” existen “otras importantes autoridades administrativas independientes como el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, el Ministerio Público.”³⁰⁹

También existen casos en que la categoría de autoridad administrativa independiente es sustituida por la de “ente autónomo,” o lo que es igual, rechazan el modelo de la independencia para adoptar el de la autonomía. BALBÍN trabaja todo el tema de la organización administrativa desde el concepto de “estructuras estatales” y, dentro de él, los de “órgano” y “ente.”³¹⁰ De este modo, quedan configuradas una estructura de órganos (desconcentrados) y otra estructura de entes (descentralizados), correspondiendo la primera a la Administración centralizada y la segunda a la Administración descentralizada. Dentro de esta última, distingue a los entes autárquicos, entes no autárquicos (empresas y sociedades del Estado) y entes autónomos (entre los que incluye a los entes reguladores, a las universidades nacionales y al Banco Central, pero también a las provincias, municipios y Ciudad Autónoma de Buenos Aires).³¹¹ Estos últimos no pueden entenderse sino en el marco de las finalidades trazadas por la reforma constitucional de 1994: limitar las facultades del Presidente y reconocer mayores competencias al Congreso, a fin de fortalecerlo “pero no sustituirlo o reemplazarlo por los entes independientes... Por eso, el modelo sólo satisface el principio democrático en tanto los poderes políticos ejercen cierto grado de conducción y coordinación respecto de los entes. Así, en nuestro modelo los entes no son independientes de los poderes políticos sino simplemente autónomos.”³¹²

En otros supuestos, se entiende que la existencia de autoridades

³⁰⁵ Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, pp. 129 y ss.

³⁰⁶ Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II-A, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 464/65.

³⁰⁷ PÉREZ HUALDE, “Nuevas formas de administración...,” en ALONSO REGUEIRA (dir.), *Estudios...*, cit., p. 224. CANDA plantea una conclusión similar, aunque sí considera al Ministerio Público como órgano “extrapoder,” conf. CANDA, FABIÁN O., “Los órganos extrapoderes,” en Universidad Austral, *Organización administrativa...*, cit., pp. 854 y ss.

³⁰⁸ Conf. GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., p. XIV-15, nota 54.

³⁰⁹ GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. XIV-14/15.

³¹⁰ Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., pp. 68 y ss.

³¹¹ Conf. BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., pp. 175 y ss., y 213.

³¹² BALBÍN, *Tratado...*, t. II, cit., pp. 151/52.

administrativas independientes es una cuestión de calificación y regulación legal, es decir, una atribución del Congreso. En efecto, esta doctrina entiende que hay creaciones constitucionales directas de entes independientes, “aunque enmarcados en alguno de los tres poderes del Estado” y “otras autoridades de ‘existencia necesaria’, a las que no ubica formalmente en ninguno.”³¹³ Dentro de las primeras se encuentran: la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo, en la órbita del Poder Legislativo; y el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, en la órbita del Poder Judicial; además del Ministerio Público al que califica de “órgano extrapoder.” La regulación constitucional de estos entes revela “la existencia de autoridades independientes en el marco de los otros poderes del Estado, sin interferencia en sus decisiones por parte del Poder Ejecutivo.”³¹⁴ Distinto es el caso de los segundos, es decir, aquellos entes no encuadrados en la tríada clásica, respecto de los cuales “el constituyente ha dejado al arbitrio del legislador decidir su configuración, al punto de que *pueden* ser regulados como autoridades independientes pero... también podría conferirles un grado de descentralización administrativa menor.”³¹⁵ Dentro de este grupo se encuentran: el Banco Central, la Comisión Federal de Impuestos, las Universidades Nacionales, los entes reguladores y las entidades nacionales o provinciales a cargo de la prestación del seguro social obligatorio.³¹⁶

Hasta podemos entender, junto con cierta posición doctrinaria, que las autoridades independientes no son un tema de derecho administrativo, ni que traducen una expresión máxima de descentralización administrativa. Ello así, por cuanto esta última “se manifestó a través de unidades cada vez más poderosas. Siempre dependientes, bajo las órdenes, del Poder Ejecutivo del Gobierno federal, se convirtieron en instrumentos formidables para la operación del inmenso poder político de la Administración central, sobre todo, en el campo económico.”³¹⁷ La descentralización administrativa contribuyó a “la más grande concentración de poder en el Gobierno federal que se haya registrado en los últimos años. Por esta razón es que nos resistimos a denominar sólo descentralización a esta nueva forma de distribución constitucional de las funciones del poder.”³¹⁸ Por ello, el tema es de derecho político y constitucional, referido a garantizar la división vertical del poder entre el Estado federal y las provincias. Lo que estas nuevas autoridades vienen a aportar no es solamente independencia del Presidente, sino de todo el aparato del Gobierno central, transformándose en herramientas que encarnan el federalismo constitucional y que confrontan no sólo al presidencialismo sino, fundamentalmente, al centralismo. De ahí que esta doctrina reconozca solamente 2 “organismos independientes,” que la reforma constitucional de 1994 introdujo como “intento de recuperación del equilibrio del poder sobre temas que maneja, cada vez más, el Gobierno federal y su Poder Ejecutivo Nacional, en la verificación y control del

³¹³ TREACY, GUILLERMO F., “La inserción de las autoridades administrativas independientes en el Derecho Público argentino: algunos problemas constitucionales,” *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Montevideo, nro. 48, 2020.

³¹⁴ TREACY, “La inserción...,” cit.

³¹⁵ TREACY, “La inserción...,” cit.

³¹⁶ Conf. TREACY, “La inserción...,” cit; aunque aclara que en el caso de las Universidades Nacionales no existiría tal disponibilidad legislativa, “a partir de normas constitucionales expresas que garantizan su autonomía y autarquía. Ello se traduce en su independencia respecto del Poder Ejecutivo, que no puede controlarlas.”

³¹⁷ PÉREZ HUALDE, “Nuevas formas de administración...,” en ALONSO REGUEIRA (dir.), *Estudios...*, cit., p. 218.

³¹⁸ PÉREZ HUALDE, “Nuevas formas de administración...,” en ALONSO REGUEIRA (dir.), *Estudios...*, cit., p. 219.

ejercicio de facultades que le han sido delegadas pero de alto contenido crítico para el conjunto de provincias: servicios públicos [los ‘organismos de control’ del art. 42] y coparticipación [el ‘organismo fiscal federal’ del art. 75, inc. 2].”³¹⁹

Esta reseña comprueba que la categoría de autoridades administrativas independientes tiene muy pocos elementos que la aglutinen. Más aún, ni siquiera cuenta con uniformidad en la denominación, puesto que los términos “extrapoder,” “organismo independiente” o “ente autónomo,” utilizados por diversos autores, parecieran pretender cercar en ese concepto la misma porción de realidad que pretende abarcar el de autoridades administrativas independientes.

Al momento de interrogar acerca de los entes cuya expresión denota, los problemas son aún mayores, ya que algunos sólo reconocen como integrantes de la categoría a las nuevas autoridades constitucionales en la órbita de los Poderes Legislativo (Auditoría General de la Nación y Defensor del Pueblo) y Judicial (Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y Ministerio Público);³²⁰ otros agregan, además, las autoridades sin referencia a otro poder que surgen también de la reforma constitucional de 1994 (entes reguladores y universidades nacionales); o las ya presentes en la constitución histórica (Banco Central y entes de prestación del seguro social obligatorio); o todas ellas juntas; o de todas ellas, sólo las que integran las provincias y que se justifican por controlar al poder central.

4.2. AUTARQUÍA, AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

Si la denotación es difícil, es porque la connotación –es decir, las propiedades definitorias para integrar la clase denotada– tampoco es clara. Primero, al no existir consenso acerca de *quién* o de *qué* se debe ser “independiente.” Si la condición es serlo sólo del Presidente, o del resto del Poder Ejecutivo; si de todos los poderes políticos (el Congreso incluido); o si del Estado federal y toda su estructura de poder central. Segundo, porque a veces suenan similares y otras no, los términos “independencia” y “autonomía.”

Podríamos intentar una distinción conceptual, si entendemos que el primero suele utilizarse para calificar la relación entre poderes en la división horizontal. Así, utilizamos la expresión para referirnos a la “independencia” entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por el contrario, el segundo suele asignarse a la relación entre poderes en la división vertical y así calificamos de “autónomas” a las provincias y, luego de 1994, a los municipios y a la ciudad de Buenos Aires.

Sin embargo, la constitución no es tan cuidadosa y, a contrario de lo indicado, utiliza el término “autonomía” para calificar a entes que influyen más en la división horizontal del poder y que, por ello, merecerían –en todo caso– predicamento de “independencia” (universidades nacionales y Auditoría General de la Nación); o más complejo aun, casos de entes en la misma situación, calificados simultáneamente como “autónomos” e “independientes” (Defensor del Pueblo y Ministerio Público).

Quizás esta última situación nos abra una puerta. Hasta ahora las opciones eran 2: la confusión o la contradicción. En el primer caso, los términos no presentan diferencias sustanciales y se utilizan indistintamente para calificar a un grupo de entes cuyos caracteres definitorios son más evanescentes que aglutinantes. En el segundo, calificarían a ordenes distintos de la división del

³¹⁹ PÉREZ HUALDE, “Nuevas formas de administración...,” en ALONSO REGUEIRA (dir.), *Estudios...*, cit., p. 222.

³²⁰ Y aún en el caso del Ministerio Público, se discute su calidad de “cuarto” poder u órgano “extrapoder.”

poder: “independencia” en la horizontal, “autonomía” en la vertical.

Sin embargo, podría intentarse una tercera alternativa que concilie ambos términos, sin salirse de los usos habituales de esos conceptos, y que permita una útil delimitación semántica. Podríamos incorporar, además, al término “autarquía” para tener un mapa más completo y porque es utilizado constitucionalmente para calificar a distintos entes (universidades nacionales y Ministerio Público).³²¹

Con esos propósitos, podemos presentar un *continuum* incremental entre “autarquía” y “autonomía” y una nota que califique a cada una de “independiente” o no. Es decir, “autarquía” y “autonomía” pueden identificarse con capacidad de dictarse sus propias normas; mientras que independencia califica a la existencia (o no) de controles (preventivos, concomitantes o represivos) sobre esa actividad, ejercida por otro poder de la división horizontal o vertical.

La relación incremental entre “autarquía” y “autonomía” se da porque entre ellas “no existe sino una diferencia de grados... La autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento... Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas ‘autarquía’ y ‘autonomía,’ sino que existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices.”³²² Lo que hace a una entidad autárquica o autónoma es, entonces, el *quantum* de capacidad autonormativa: en el primer caso estará restringida a una definición interna (autoadministración); en el segundo, agregará a ello definiciones normativas en el campo externo, es decir, reglas aplicables a terceros ajenos al ente que interactúan en los campos sometidos a su regulación.

La “independencia” será una cualidad del ejercicio de la “autarquía” o de la “autonomía,” no ya para referir a la capacidad de autonormación, sino para saber si esa competencia se ejerce libre de controles.

Por supuesto que el planteo es en términos absolutos, sólo en cuanto al fin ordenatorio y explicativo que persigue. Al momento de trasladar los conceptos a las situaciones prácticas de convivencia de las instituciones jurídicas, las delimitaciones comienzan a desdibujarse y a solaparse, pero no por ello liquidan su propósito de construir un edificio conceptual lo más sólido posible, como meta siempre presente en la dogmática jurídica.

5. ¿QUÉ DEBIÉRAMOS ENTENDER POR “AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE”?

Pese al amasijo traído a escena, no resultaría correcto extraer la conclusión de vacuidad de esta categoría jurídica. Efectivamente, el bullicio es tal, pero ello no impide extraer algunas notas definitorias que nos permitan depurar el concepto y presentarlo a su mejor luz.

En primer lugar, son *autoridades*, es decir, son entes *estatales* que forman parte de la estructura que ejerce el poder político del Estado, como titulares originarios. Esta es la diferencia con otras entidades que, aun asignadas con porciones de la misma función pública, la ejercen en calidad de delegatarias de las primeras y que, por ello, son *no estatales*. Es el caso de las personas jurídicas que, ya sea por ley o contrato (generalmente entes públicos no estatales, en el primer caso; concesionarios y licenciatarios, en el segundo), asumen funciones públicas y quedan regidas, en mayor o menor medida, por normas de derecho

³²¹ La calificación constitucional de los entes a cargo de las prestaciones del seguro social obligatorio (mayoritariamente obras sociales y cajas de previsión), también parece orientarse hacia la *autarquía*, cuando establece la condición de “autonomía financiera y económica” para dichos entes (art. 14 bis).

³²² GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. XIV-12/13.

público.

En segundo orden, estas autoridades deben considerarse *administrativas*. En efecto, aun considerándolas en la órbita de otros poderes del Estado, la función material que tienen a cargo es administrativa. Para ello, me baso en la combinación de un entendimiento positivo y negativo –a la vez– de *función administrativa*, que me permite abarcar el mayor número de entes, sin perder precisión. Con esa intención, si positivamente la función administrativa es la gestión directa e inmediata del interés público o la actividad permanente y concreta de satisfacción de necesidades individuales y colectivas –que es lo que hacen los órganos y entes de la Administración Pública– también es –negativa o residualmente– la actividad que sobra a los poderes Legislativo y Judicial, es decir, aquella que no se relaciona con las funciones materiales de cada uno de ellos: emitir normas jurídicas generales conforme al procedimiento constitucional para la formación y sanción de las leyes, en el caso del Poder Legislativo; decidir controversias entre partes con fuerza de verdad legal, de modo imparcial (de los litigantes) e independiente (de cualquier otro poder, estatal o fáctico), en el caso del Poder Judicial.³²³

En tercer lugar, corresponden al máximo grado de *descentralización* administrativa y, por ello, forman parte de la *Administración descentralizada* del Estado. Esto no quiere decir que la relación principal la establezcan con el Poder Ejecutivo y que, desde ese centro, se alejen; sino que comprende un desgajamiento extremo de cualquier poder del Estado y aun de ninguno si es que no encontramos relación (como puede ser el caso del Ministerio Público). Lo que se afirma no se fundamenta en una apreciación orgánica sino material de la función que se ejerce que, al ser administrativa, los convierte en parte de la estructura de entes de la Administración descentralizada, sea cual fuere el poder –o no– con el que se relacionen de modo más habitual.

El cuarto elemento se refiere a las posibilidades de expansión de la categoría y, en ese orden, no existe limitación para que su fuente de creación y regulación sea *constitucional* o *legal*. Al respecto, si estamos acostumbrados a repetir que al Poder Judicial le corresponde la “última” palabra en interpretación constitucional, no debiéramos menos que atribuir al Congreso la “primera” lectura de la Constitución. Y esto sólo desde el plano institucional, puesto que al lado de los poderes estatales, corresponde a la comunidad en sus más variadas expresiones, la tarea de interpretar la Constitución y de exigir autoridad y legitimidad en esa labor. Entonces, si el Congreso decidiese crear autoridades administrativas independientes ubicadas –o no– en la tríada clásica de poderes, merece absoluta deferencia en cuanto a primer intérprete estatal de la Constitución. Por otro lado, existen normas constitucionales “que podrían dar basamento a una creación de estas características. En efecto, por un lado el artículo 75.20 CN se refiere a la atribución del Congreso de ‘crear y suprimir empleos’ y de ‘fijar sus atribuciones,’ al tiempo que la cláusula del artículo 75.32 CN establece la competencia de aquel para ‘hacer 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.’ Es decir, para un mejor cumplimiento de sus competencias el legislador podría crear organismos, *fijar sus atribuciones*, como una vía para la ejecución de políticas públicas que aquél establezca.”³²⁴

En quinto lugar, el *derecho público* es el ordenamiento que rige a este tipo de entes, es decir, están sometidos a las normas y principios del derecho

³²³ Conf. GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, cit., pp. IX-37/39.

³²⁴ Conf. TREACY, “La inserción...,” cit.

administrativo y constitucional. Su norma de creación integra este ordenamiento con carácter especial y prevalente sobre el resto de las normas administrativas generales. Por ello, si bien aplicable al ente, el ordenamiento administrativo general cede, ante su oposición a la norma de derecho público de creación. Por supuesto que esto no implica que el derecho privado le sea repugnante, sino que se le aplicará en una cuota sensiblemente menor que las normas del ordenamiento público y, además, será este último al que se acuda en primer término, al momento de proceder a la integración de los casos no previstos, lagunas y situaciones de vaguedad o ambigüedad. Por último, las manifestaciones normativas del ente también participarán del cuadro administrativo del derecho público.

En sexto orden, son entes *autónomos* en el sentido ya precisado, es decir, dotados de poderes de autonormación que agregan a su definición normativa interna (organización, funcionamiento y administración), capacidad normativa externa para regular el sector económico, social o industrial asignado, mediante disposiciones generales vinculantes para terceros ajenos al ente, pero que interactúan en su radio de acción. La calidad de autónomo, permitiría al ente agregar a la función materialmente legislativa que lo tipifica, otra materialmente judicial, “siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.”³²⁵

El séptimo punto a considerar es el *campo de actuación adjudicado*, el cual puede involucrar desde un sector económico (monetario, financiero, fiscal, régimen de cambios, deuda pública) o industrial (sectores estratégicos, servicios públicos, actividades o zonas de fomento, industrias declaradas prioritarias), hasta una intervención en un área social (prestaciones previsionales y de salud, promoción de la vivienda, subsidios de emergencia, capacitación para el trabajo), pero también áreas de defensa y protección de los derechos (económicos, sociales y culturales; derechos colectivos; participación política) o netamente administrativas como el control público (auditoría de cuentas, designación y remoción de funcionarios) y la educación superior (institutos y universidades). Incluso pueden involucrarse en el fomento, protección y control de intereses sectoriales (cine, música, corporaciones profesionales)³²⁶ o de actividades declaradas de interés público (aquellas que no alcanzan el rótulo legislativo de “servicio público” pero en las cuales el Estado asigna un plus de regulación al considerar como “interesados” no sólo al marco sectorial, sino al resto de la comunidad).

Finalmente, el octavo elemento definitorio es su *independencia* que, como fuera dicho, implica el ejercicio de sus competencias en ausencia de controles. Esto significa la inhibición de injerencias de cualquier poder en forma previa, simultánea o posterior a la decisión que corresponda al ente, ya sea por ejercicio de la función administrativa (como ente administrativo) o materialmente legislativa (como ente autónomo), e incluso si le correspondiere –porque así lo ha decidido su norma constitucional o legal de creación– cuotas de ejercicio de función

³²⁵ CSJN, *Ángel Estrada*, 5/4/2005, *Fallos*, 328:651.

³²⁶ Aunque aquí encontrarían la competencia del tipo organizativo correspondiente el ente público no estatal o, en la terminología utilizada por la doctrina española, la “corporación sectorial de base privada;” conf. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, t. I, cit., pp. 395 y ss.

materialmente judicial. Por supuesto que siempre quedará a resguardo el ejercicio del control de legalidad y constitucionalidad que corresponde al Poder Judicial, pero esto ya importa una causa iniciada por parte legitimada, sometida a reglas procesales y a los principios de contradicción, bilateralidad y congruencia entre lo peticionado y lo decidido. Lo que implica la independencia es la interdicción de controles de cualquier poder estatal, ya sean preventivos (autorizaciones o habilitaciones), concomitantes (procedimientos de “doble” firma o vetos) o represivos (revocaciones o anulaciones), respecto a las decisiones del ente; como así también la exclusión de órdenes, instrucciones o mandatos que pretendan direccionar su actividad.

Por lo tanto, podemos ensayar una definición conceptual de autoridades administrativas independientes que, tomando las 8 notas definitorias recién apuntadas, quede redactada del siguiente modo: son *autoridades administrativas independientes* aquellos entes estatales (1° elemento) que ejercen función administrativa (2° elemento) en un grado máximo de descentralización (3° elemento). Su creación es de fuente constitucional o legal (4° elemento) y quedan regidos, prioritariamente, por el derecho público (5° elemento). Poseen autonomía (6° elemento) para definirse normativamente en el orden interno (organización, funcionamiento y administración) y externo respecto al campo de actuación adjudicado: económico, social o industrial (7° elemento), dentro del cual pueden asumir funciones materialmente judiciales. Ejercen el conjunto de sus competencias sin injerencias externas, ya sean previas, concomitantes o posteriores a su decisión (8° elemento).

Seguramente la definición pueda considerarse “extrema.” Sin embargo, acepto el reto si con ello la construcción dogmática gana en utilidad, ya que de lo contrario encontraríamos serias dificultades en diferenciar a las autoridades administrativas independientes de otros tipos ya consolidados en la Administración descentralizada, como las entidades autárquicas o los entes públicos no estatales.

Bastaría caer en la conclusión de que muchas de las entidades asignadas a la categoría de las autoridades administrativas independientes no existen como tales en el derecho público argentino, por cuanto al momento de analizar su régimen jurídico y su actuación en la realidad institucional práctica y concreta de nuestra Administración, no exceden el marco histórico de las entidades autárquicas. Así es lo que sucede, por caso, con entes de fuente constitucional como el Banco Central (art. 75, inc. 6) o los organismos de control de los servicios públicos (art. 42). Por ello, ante la pregunta acerca de la existencia de autoridades administrativas independientes en la Argentina, una respuesta pertinente sea que “la práctica institucional revela que el Poder Ejecutivo ha sido renuente a reconocerlos como tales.”³²⁷

Por otro lado, postular la independencia en el modo que ha sido indicado, no implica –como no podría ser de otro modo– que el ente se desenvuelva en una “zona franca” de controles. Los habrá, quizás ejercidos por otro ente independiente, tanto respecto a la auditoría de sus cuentas como a la evaluación de sus resultados. Pero esto ya importa un examen de la gestión del espacio económico, social o industrial adjudicado para su regulación y no una injerencia impropia de poderes externos en organismos que calificamos de “independientes.” Lo mismo con el control judicial de legalidad y constitucionalidad, el que se desarrollará en el marco de una causa con partes legitimadas, y mediando reglas y principios procesales.

³²⁷ Conf. TREACY, “La inserción...,” cit.; si bien el autor deja a salvo, como única excepción, a las Universidades Nacionales, las que funcionan “con una interferencia estatal mínima.”

Lo que sí es cierto, que una configuración de autoridades administrativas independientes como la propuesta, debe sortear, aun, el mayor inconveniente que se le plantea: la pregunta acerca de su legitimidad.

CAPÍTULO V Crítica de lo “independiente”

1. GARANTÍAS DE INDEPENDENCIA

Pareciera que sin la presencia de este elemento –el de la independencia– este tipo de autoridades agregaría muy poco al cuadro histórico de la Administración descentralizada. Por ello, debíamos considerarla como la auténtica razón definitoria de la categoría y la característica en la cual se refunden las restantes apuntadas.

De ahí que la independencia deba rodearse de garantías que la resguarden de convertirse en mera declamación legal. Al respecto, podrían analizarse 3 niveles de ordenación cuyo modo de configuración alertará sobre la existencia –o no– de garantías de independencia: el de la integración, el de las relaciones interinstitucionales y el financiero.

El primero refiere a la organización interna de la entidad y, sobre todo, a los procedimientos de designación y remoción de sus máximas autoridades, como así también, la duración de sus mandatos, la posibilidad de reelección, las incompatibilidades y los requisitos de idoneidad.

Entre un tipo de organización interna unipersonal o colegiada, se presume que la segunda garantizaría mayor independencia. En su informe público de 2001 sobre las autoridades administrativas independientes, el Consejo de Estado de Francia entendió que “la colegialidad es ampliamente reconocida como un elemento importante de la independencia. Es en efecto susceptible de satisfacer una exigencia doble: equilibrar la influencia de las diferentes instancias que designan a los miembros del colegio y llevar a cabo una reflexión colectiva acerca de asuntos delicados o complejos, lo que representa una garantía de objetividad y seriedad.”³²⁸ Podríamos agregar, además, que la unipersonalidad se presume más sensible a las influencias externas –públicas y privadas– que las de un cuerpo colegiado.

Sin embargo, esto no pasa de mera intuición. A lo sumo, la colegialidad, elevará los costos de transacción, en orden a la pluralidad de voluntades que deberán atenderse. Aunque ni siquiera esto resulta evidente: primero, porque suele darse el caso que una voluntad destaque en la conducción y dominio del ente y, por tal razón, el modelo se asemejaría al de la unipersonalidad; segundo, porque las divisiones y pujas internas habituales en los cuerpos plurales –y la competencia que esto genera por el dominio del ente– favorecen el “abaratamiento” de aquellos costos, para los agrupamientos de intereses que buscan influenciarlo.

Por otro lado, las promesas deliberativistas de “mejores” decisiones, producto del entrecruzamiento de argumentos que propiciaría el debate colegial, parecieran quimeras en cuanto uno constata el tráfico de influencias que circula al interior de los entes estatales y que operan como fundamentos últimos o auténticos móviles de las posturas individuales.

Pero lo que sí pareciera inclinarse como determinante para garantizar alguna cuota de independencia, es el diseño de los procedimientos de designación y remoción de autoridades. En ese sentido, se puede concluir como preferente la opción por formas complejas, como son aquellas en las que se prevé la intervención de distintas instancias estatales, para formar la voluntad final de designación. Recordemos que la Corte consideró al mecanismo previsto para la

³²⁸ MENURET, JEAN-JACQUES, “Las autoridades administrativas independientes en Francia: órganos colegiados,” *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, vol. 1, nro. 2, 2014, p. 86.

designación y remoción de autoridades del Enargas –en el que solo interviene el Poder Ejecutivo (arts. 53, 54 y 55, ley 24.076)– insuficiente “para categorizarlo como tribunal administrativo,”³²⁹ lo que equivale a decir, que no se encuentran dadas las condiciones para considerarlo un ente independiente e imparcial.

De este modo el procedimiento complejo puede manifestarse, tanto en la representación directa de distintos poderes del Estado en la conducción del ente, o mediante su intervención en el proceso de selección de autoridades. Además, la complejidad puede asumir formas corporativas, incorporando en los órganos directivos la representación de intereses de los sectores económicos, profesionales y sociales regulados.

Relacionado a la designación, se encuentra el establecimiento de un período predeterminado de mandato que limite el cese de los directivos a su vencimiento y, paralelamente, consagre taxativamente las causales de remoción anticipada y el procedimiento reglado para su ejecución.

Por último, el nivel de la integración –como garantía de independencia– debiera verificar la idoneidad profesional y moral del candidato, mediante procesos de certificación de antecedentes de aptitud para el ejercicio del cargo y de escrutinio estricto de incompatibilidades, principalmente relacionadas con la inclusión de la persona y sus allegados directos en la trama de intereses del sector regulado.

En cuanto al segundo nivel, el de las relaciones interinstitucionales, solamente serán legítimas aquellas de coordinación y cooperación, pero no las de jerarquía ni tutela. Aunque el Estado no se manifieste como un actor unitario, sino que en su constitución operan distintos pliegues que compiten por la hegemonía del poder político, la colaboración entre los diversos departamentos estatales es una obligación impuesta por el principio orgánico de unidad de acción, más como meta ordenatoria que como anhelo real. Lo que no se adecua al esquema de la independencia son las relaciones que importen injerencias previas (instrucciones), concomitantes (firmas conjuntas) o posteriores (revocaciones) que limiten el accionar del ente.

Por ello, la garantía debe manifestarse bajo el principio de la prohibición de ordenar la actividad del ente, de un modo distinto al que resuelvan sus autoridades.

El tercer nivel de independencia es el financiero. La verificación de una auténtica autarquía se revela en el análisis de 3 planos: el de la elaboración del presupuesto, el de su ejecución y el de su autofinanciación.

El primero ordena que las necesidades presupuestarias sean una valoración propia del ente, es decir, que no haya limitaciones externas a la estimación de recursos necesarios para afrontar los planes y programas previstos para su ejecución, sino que sea la autoridad independiente la que –en virtud a lo que se propone realizar– cuente con la posibilidad de presupuestar el costo de las acciones planificadas. Esto no impide que haya un órgano de la Administración centralizada (usualmente las oficinas de presupuesto) que consolide la demanda total de recursos para ser presentada al Congreso; sino que, en el camino, lo elaborado por el ente no sufra sucesivos recortes que, en definitiva, no son otra cosa que un medio indirecto de anular decisiones de gestión.

Si el primer plano tiene que ver con la demanda de recursos, el segundo se relaciona con la ejecución del gasto. Para que haya independencia en el nivel financiero, es necesario que se verifique una auténtica administración autárquica del ente, es decir, que los gastos que insuma la ejecución de los programas y

³²⁹ CSJN, *Litoral Gas*, 16/4/1998, *Fallos*, 321:776.

acciones planificadas, no estén subordinados a decisiones externas al ente. De lo que se trata es de establecer una relación entre planificación, recursos y gastos que sea diseñada, ponderada y ejecutada por el propio ente, como potestad independiente para alcanzar sus metas.

El tercer plano es el que refiere a la posibilidad de que el ente se encuentre asignado de fuentes de financiamiento propias, como por ejemplo, “el establecimiento legal de tasas a cargo de algunos de los operadores profesionales en determinados sectores de la economía, y a través del cobro de cánones por la prestación de otros servicios en régimen de contraprestación.”³³⁰ La adjudicación de estos resortes económicos para la autogeneración de recursos y su aplicación libre para sufragar las acciones previamente planificadas, sin dudas completan satisfactoriamente el cuadro, en el nivel financiero de la independencia.

2. FACILIDADES PARA SU CAPTURA O COOPTACIÓN

Sin embargo, llegar solamente hasta acá es describir sólo una cara de la misma moneda. La otra, por más que no se la cuente, continúa existiendo; y lo que es peor aún, de un modo invisible. Por ello, resulta una falacia predicar independencia sólo del poder público, sin atender con mayor esfuerzo aún, al poder privado, es decir, a los grandes actores del sector regulado. Nótese que una prédica miope de la independencia (aquella que apunta con anteojeras sólo en la dirección estatal), es el escenario perfecto para aquellos, puesto que mantienen el total de su poder, debilitando a quien debiera plantarse –al menos– como elemento nivelador: el Estado.

Es precisamente el rol del Estado el que está en juego. El que previó la ideología de las autoridades administrativas independientes apunta a su neutralidad, es decir, a mantenerse equidistante de todos los jugadores, a participar en su mero rol de “árbitro,” sin importar la mayor o menor cuota de poder que unos y otros acaparen, es decir, las distintas posiciones respecto a la línea de largada. Por ello, esta supuesta “neutralidad” no hace más que perpetuar el predominio de las posiciones originales y, en esa medida, convertirse en la mejor garantía de la desigualdad.

Como fuera dicho, el poder social se descompone en 3 niveles, correspondiendo uno solo de ellos (el político) al Estado. Si éste no lo usa para compensar los otros dos (el económico y el ideológico), no existe posibilidad alguna de equilibrios. Por ello, el Estado neutral es aquél que ha renunciado a su capacidad de nivelación mediante el uso compensatorio del poder político, resignando éste en beneficio de los actores que monopolizan los medios de producción (detentadores del poder económico) y el tráfico de “ideas” para la construcción de “sentido” (detentadores del poder ideológico). Peor aún, la resignación asume, además, un contenido decididamente antidemocrático cuando constatamos que el político, es el único poder abierto a la comunidad, es decir, aquel que se configura mediante el ejercicio de los derechos electorales que legitiman el control de las agencias que constituyen el Estado. Este es el fundamento del Estado como elemento de la comunidad para enfrentar a los otros poderes, cuyo acceso se le presenta vedado, puesto que se asientan en el hecho de poseer o de decir y repetir.

La facilidad con que los actores de los sectores regulados terminan por capturar o cooptar las agencias destinadas a controlarlos, es una prueba manifiesta de la falacia de la ideología de la “neutralidad” y de la resignación del

³³⁰ FERNÁNDEZ ROJAS, “Las Autoridades...,” cit., p. 367.

poder político del Estado.

Captura y corrupción presentan un principio de acuerdo, pero el primero se impone por su elegancia, su velo y su disposición a dialogar en mejores términos con la legalidad. Mientras la corrupción es el fenómeno bruto, antiestético y apresurado; la captura es su modulación refinada. Por ello, la distinción no pasa de las formas, puesto que “para inducir a los funcionarios a favorecer políticas y regulaciones beneficiosas al mercado, los grupos empresariales pueden corromper a los funcionarios o capturar la regulación. Tanto la corrupción como la captura regulatoria favorecen la obtención de beneficios individuales o de grupo a expensas del bienestar social. Así, por ejemplo, ofrecer sobornos a los políticos para inducir su comportamiento es un acto de corrupción. Pero, la captura regulatoria refiere a una situación legal que ofrece trato privilegiado a determinados individuos o grupos. En otras palabras, la corrupción es un acto ilegal, en tanto, la captura regulatoria es el reacomodo de reglas, autoridades y funcionarios que contribuye al reforzamiento de las desigualdades entre los miembros de una sociedad a través de la generación, interpretación y ejecución de las Leyes.”³³¹

La captura, entonces, como corrupción refinada, es aún más perversa; puesto que se presenta con ropajes legales. Es la manifestación del derecho en su función alienante; en su faz opresiva. Es cuando éste se vuelve, no un aliado para la emancipación del individuo y la comunidad, sino un enemigo de su liberación, de su no dominación. Es, en definitiva, la miseria del derecho.

Aun cuando su práctica se vuelva cotidiana, la corrupción bruta (el soborno) siempre generará actitudes reactivas; más por un sentido estético de repulsa al barbarismo que el acto implica, que por las condiciones intrínsecas éticamente reprochables o externas de sus consecuencias económicas y sociales. Ahora bien, cuando la corrupción es refinada (captura), el velo legal que la recubre la inmuniza de la controversia pública, la blindada de los ataques de aquellos que forman la opinión pública y, lo más grave, la configura como un producto extremadamente dócil para adherirse estructuralmente a todas las capas del Estado: los funcionarios, las regulaciones y las prácticas institucionales. La corrupción bruta seguirá recortándose como hecho maldito entre individuos; mientras que la corrupción refinada (captura) hechizará con sus tonos más estéticos para inhibir el peligro de la crítica y cristalizar como material adherente en las paredes estructurales del Estado.

Es así que, corrupción y captura, como términos sustancialmente intercambiables, merecen un abordaje distinto. REJTMAN FARAH, al analizar el principio de transparencia en el campo de las contrataciones administrativas, da cuenta sobre las nuevas perspectivas. En ese sentido, expone que “los análisis comienzan a desplazarse desde la óptica primigenia, la que mostró entrar en crisis y conforme la cual se consideraba que la falta de transparencia en los contratos administrativos se trataba de un problema centrado a nivel de los sujetos, para comenzar a ser pensada como una cuestión que debe ser abordada desde una óptica más estructural y sistémica, a partir de un entramado particularmente dinámico.”³³² Sin embargo, advierte que aun así, el éxito de la empresa está subordinado a no presentar la cuestión como algo de los “otros,”

³³¹ CHÁVEZ MAZA, LUIS AUGUSTO; CUAMATZIN BONILLA, FORTUNATO y MORALES FLORES, EUDOXIO, “Captura regulatoria y opacidad de los fideicomisos de las Asociaciones Público-Privadas: la experiencia en México,” Buenos Aires, Clacso, 2018; documento de trabajo correspondiente a la colección “Élites, políticas públicas y desigualdad.”

³³² REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 135.

esencialmente asociada al mundo “político,” indagándola “como antropólogos frente a alguna lejana tribu extraña, interpretando la cuestión como algo ajeno y distante, exotizándola... La trampa, si se nos permite el término, está en la tendencia a ver la cuestión como algo lejano al sector privado y sus actores, por lo tanto ajeno y con menos posibilidades de incidir en él.”³³³ Así, mientras nos horrorizamos por la corrupción de esa otredad representada por los “políticos,” no manifestamos el mismo impulso impugnatorio ante la captura de los privados, como si de elegir al enemigo más fácil se tratara, como si lo determinante fueran los arrebatos de espectacularidad y no la analítica dimensión de las consecuencias que un Estado capturado y un poder político abdicado, traen como golpes al hígado y mandíbula de una comunidad que merece vivir bajo distribuciones igualitarias de bienestar.

La captura fue asumida, desde las primeras teorizaciones, como un proceso inevitable. Si en un primer momento, la agencia cuenta con la expectativa popular, a medida que va cambiando el rumbo de la agenda política “dicho respaldo público comienza a declinar y la agencia reguladora queda vulnerable a la dominación por los intereses de los regulados.”³³⁴ Esto se explica en la dependencia sustancial de la agencia respecto de la industria, la que se manifiesta en:³³⁵

a) asimetrías en la información, puesto que ésta solo puede ser obtenida de las industrias reguladas;

b) carencia de especialización, lo que obliga a la agencia a reclutar sus cuadros entre los profesionales de aquellas industrias;

c) desobediencia estructural, lo que lleva a la agencia a la judicialización de sus requerimientos y a someterse a largos y costosos procesos; y

d) perspectiva laboral que, para los reguladores, significan las empresas bajo su fiscalización.

Llevando la cuestión al análisis económico del derecho, “habría un mercado por la regulación, toda vez que la existencia y forma de la regulación puede ser predicha como respuesta por los políticos a las demandas de los grupos de interés, quienes se verán, en definitiva, beneficiados por las medidas regulatorias por ellos buscadas.”³³⁶ Si bien todas las agrupaciones de interés intentan extraer beneficios personales de las regulaciones públicas, no todas son exitosas en esa empresa. Solo aquellas minorías homogéneas y bien organizadas prevalecen en la influencia de la regulación, por ello, “las políticas públicas son afectadas más por los organizados productores o empresarios que por los generalmente desorganizados consumidores... En consecuencia, dado lo anterior, dichos grupos de interés tendrían un incentivo para invertir sustanciales recursos en actividades de lobby.”³³⁷

Para esta visión, las regulaciones son en demanda de los grupos de interés mejor organizados (empresariales) para su beneficio y en contra de la competencia, puesto que cierran la entrada de nuevos participantes o hacen más oneroso su desenvolvimiento. Aun las regulaciones más ordenadas al interés público, como es el caso de las ambientales, revierten en favor del círculo cerrado de empresas reguladas, si por ejemplo, se prohíben ciertos procesos productivos

³³³ REJTMAN FARAH, *Régimen...*, cit., p. 135.

³³⁴ ROMERO GUZMÁN, JUAN JOSÉ, “¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones,” *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 35, nro. 1, 2008, p. 14.

³³⁵ Conf. ROMERO GUZMÁN, “¿Capturados por nuestra suspicacia?...,” cit., p. 14.

³³⁶ ROMERO GUZMÁN, “¿Capturados por nuestra suspicacia?...,” cit., p. 15.

³³⁷ ROMERO GUZMÁN, “¿Capturados por nuestra suspicacia?...,” cit., p. 17.

por contaminantes para las nuevas empresas, pero se los habilita para los ya instalados para minimizar los costos de su reconversión; o, con el mismo fin, se impone el uso de una determinada tecnología cuyo valor es independiente del volumen de producción, lo que impactaría en mayor grado a las empresas pequeñas que a las grandes, como efecto de su economía de escala.

Por ello, para estas teorías económicas –vinculadas a corrientes neoliberales– la regulación es un “pedido” de las empresas para lo cual invierten recursos de lobby. Contrariamente, el modo de enfrentar esa demanda pasa por no acceder a ese pedido, es decir, no regular o desregular.

2.1. ALTERNATIVAS PARA RESISTIR LA TENDENCIA

Sin embargo, la cuestión puede abordarse de un modo distinto al renunciamiento. Si no hay regulación, hay mercado sin más. Y, en ese terreno, opera sin contrapesos el poder económico. Estamos, otra vez, en la resignación del poder político como elemento nivelador. Si consideramos las diversas estrategias para la captura regulatoria, podemos anticipar diseños institucionales que las contrarresten y, al mismo tiempo, comenzar a resolver el tema de su legitimidad.

Al respecto, se suelen identificar, como mecanismos de captura, los siguientes:³³⁸

- a) cooptar funcionarios y autoridades;
- b) crear dependencia en la generación y análisis técnico de la información;
- c) generar una imagen atractiva y favorable; y
- d) reducir los espacios para la deliberación y el escrutinio público.

La primera estrategia implica la influencia de las elites reguladas en los procedimientos de designación, para que los individuos seleccionados impulsen la agenda pública que las beneficie.

Para enfrentar esta estrategia es necesario abrir el procedimiento de designación a la intervención ciudadana organizada, mediante formas acumulativas de control: desde la publicidad adecuada y suficiente de los antecedentes, hasta audiencias o interpelaciones públicas que constituyan una instancia de diálogo abierto con el candidato. Del mismo modo, deben diseñarse mecanismos de rendición de cuentas concomitantes y posteriores a la gestión, que obliguen al funcionario a dar razones y respuestas públicas acerca de los actos y decisiones que ha tomado. En suma, crear una auténtica *accountability*, entendida como “capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas, es decir, que estén obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas.”³³⁹ Esta *accountability* debe asumir la forma *social*, es decir, un mecanismo de control “de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos... La *accountability* social puede canalizarse tanto por vías institucionales como no institucionales. Mientras que las acciones legales o los reclamos ante los organismos de supervisión son ejemplos de las primeras, las movilizaciones sociales... son representativas de las segundas.”³⁴⁰

La segunda estrategia de captura es la dependencia informativa de los

³³⁸ Conf. CHÁVEZ MAZA; CUAMATZIN BONILLA y MORALES FLORES, “Captura regulatoria...,” cit.

³³⁹ PERUZZOTTI, ENRIQUE y SMULOVITZ, CATALINA, “Accountability social, la otra cara del control,” en PERUZZOTTI, ENRIQUE y SMULOVITZ, CATALINA (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2002, p. 25.

³⁴⁰ PERUZZOTTI y SMULOVITZ, “Accountability social...,” en PERUZZOTTI y SMULOVITZ (eds.), *Controlando la política...*, cit., p. 32.

sectores regulados, es decir, la situación en la cual caen los gobiernos ante la ausencia de registros propios y especializados. El monopolio informativo en manos del sector privado es una herramienta inestimable que permite moldear el problema y la pertinente solución, a pedir de aquellos destinatarios de la regulación, en la medida de sus intereses. Si la decisión de gobierno debe estar relacionada a datos que no controla y que son perfilados (limitados, fragmentados, sesgados, orientados, inducidos) desde las usinas de aquellos a quienes, precisamente, debe controlar, la eficacia de las medidas está perdida.

La oposición a esta estrategia impone la necesidad de operar desde 2 ángulos. El primero tiene que ver con la regulación de la información, la que tiene que ser de acceso público y gratuito, y de provisión completa y obligatoria. Para ello, deben interpretarse de modo restrictivo las normas de secreto comercial (ley 24.766) y financiero (arts. 39 y 40, dec. ley 21.526/77), garantizando que el banco de datos monopolizado por el sector regulado, sea compartido con el agente regulador en lo que interese a su tarea. El segundo tiene que ver con la construcción de información alternativa, es decir, generada por agencias propias. En esta tarea, cobra vital importancia el aporte que puedan hacer las universidades nacionales y los centros de investigación públicos, generando una alianza estratégica entre el sector del conocimiento y el de la gestión. Para ello, debieran diseñarse convocatorias públicas en las que se solicite a las universidades y centros, la capacitación necesaria y la producción suficiente del material informativo faltante; todo ello adecuadamente financiado para lograr una atractiva concurrencia que permita competir con los incentivos generados por el sector privado, y lograr las metas informativas planteadas en el menor tiempo posible.

La tercera estrategia es hacer propaganda. La generación de recursos publicitarios favorables a la empresa y a las regulaciones que ésta necesita, son la palanca que tracciona la opinión pública. Al contrario de las anteriores, esta estrategia se orienta externamente, no ya a la relación con el regulador, sino con el usuario o consumidor. Para ello, cuenta con el auxilio de los profesionales de la imagen, de la palabra y de la construcción de sentido: los grandes medios de comunicación.

Por ello, enfrentar esta estrategia implica ordenar el campo comunicacional permitiendo democratizar la palabra y la imagen en pos de una auténtica pluralidad; procurando equilibrar el volumen de todas las voces y el alcance a similares cantidades de audiencias. Porque no es ilegítimo pretender construir un sentido (una dirección, una orientación, un perfil, un estado de cosas y de ánimos) determinado; lo que sí es impugnable, es que esa construcción, impida la generación de otras. Para esto es necesario que el campo de lo público tenga sus canales de expresión adecuados y suficientes, con profesionales de la palabra y la imagen que puedan construir sentidos antagónicos que se ofrezcan competitivamente al ciudadano. Sin embargo, esto aún resulta insuficiente si no hay una educación ciudadana que permita salir del rol de mero receptor de impactos audiovisuales que lastimosamente pervierten la discusión pública; si no hay una transformación de la ciudadanía en fase crítica y constructora de una identidad que se ordene por sí misma y se piense en defensa propia, en la esfera de lo común; que deje de ser la boca de loro de una gama fantástica de ajenidades que nada tienen que ver con su realidad material. La educación pública, en todos sus niveles, debiera introducir elementos de análisis de la comunicación en sus currículas obligatorias.

La cuarta y última estrategia tiene que ver con la incidencia en el contenido de la regulación, es decir, los sectores regulados ejercen su influencia en las

regulaciones, en ausencia de discusión acerca de las ventajas y desventajas de las decisiones, y evitando la confrontación con grupos de intereses antagónicos. Así, el proceso de toma de decisiones del ente y su producción (la regulación), se desenvuelven en ambientes ocultos y cerrados a la participación ciudadana, permeables a los “pactos” entre funcionarios y empresarios, con exclusión de antagonistas. Consecuentemente, la evaluación de resultados de políticas y regulaciones, estará relacionada únicamente al grado de satisfacción de los intereses presentes en el proceso y no al de aquellos correspondientes a los sectores excluidos.

Esta dinámica de concentración y exclusión se revierte, precisamente, desconcentrando e incluyendo. Si el proceso, el producto y la evaluación de las decisiones no integran la mayor cantidad y diversidad de intereses relacionados a la cuestión, la estrategia de captura continuará vigente y eficaz. Para ello, es necesario escuchar y ponderar las razones de todos los grupos de interés, no sólo las de aquellos con mayor capacidad de influencia, sino y muy especialmente, las de sus antagonistas. La ciudadanía debiera pretender representación directa en los órganos superiores de los entes como uno de los medios para sacudirla de su rol pasivo en la regulación, como así también, insistir en mecanismos de participación directa mediante audiencias y consultas públicas. Asimismo, la exigencia de dar razones de las decisiones, mediante una exposición clara y concisa –atributos que debieran calificar, también, la gramática de las regulaciones– es un requisito indispensable para la mayor participación ciudadana, ya que la opacidad de los discursos y de las normas no son fallas de la política y el derecho, sino efectos buscados para desactivar las intenciones tendientes a la apertura de los escenarios estatales, mediante el desincentivo y confusión que generan el desconocimiento, la incomprensión y el enredo en la presentación de los temas de interés público. En suma, se trata de establecer reglas que ordenen la discusión y el debate para integrar la mayor cantidad de actores e intereses, principalmente aquellos antagónicos; no por entender que ello otorgue garantías de mayor imparcialidad y bonanza en las decisiones –promesas incumplidas del deliberativismo– sino porque, al menos, quedarán al descubierto con mayor transparencia los ganadores y perdedores y, sobre todo, quienes contribuyeron al resultado final del juego.

3. EL ESQUEMA JUSTIFICATORIO. SU CRÍTICA

La distinción entre los modelos analizados indica que la forma y sustancia de las autoridades administrativas independientes no constituyen un entendimiento unitario. Y no sólo por lo que plantean de diferente los modelos, sino porque al interior de cada uno de ellos las regulaciones específicas de cada autoridad difieren entre sí, porque también difieren las normas que disciplinan al campo económico, industrial o social adjudicado al ente. De ahí, su difícil configuración orgánica, como instituto unitario.

Sin embargo, la unidad aparece al momento de justificarlas, es decir, mediante los recursos argumentativos que la presentan como una creación deseable. Pese a la gran variedad identitaria, todas ellas se afirman sobre un esquema justificatorio relativamente sencillo, pero que ha logrado convencer acerca de su bondad. Así, con pocas –pero seductoras– palabras, estos entes se han abierto paso en tradiciones jurídicas que, en principio, resultarían fuertemente refractarias a su incorporación, lo que adelantaría, también, su propio fracaso o, al menos, desnaturalización. Pensemos, sino, en el lugar que se han ganado en Administraciones configuradas bajo la impronta del principio jerárquico, con toda su carga de mando, obediencia y sanción; o en constituciones de

presidencialismo “fuerte,” limitadas a 3 poderes divididos.

Pero si esto ha sucedido, es porque el argumento convenció, logró granjearse un camino de justificación; más resaltable aun, porque lo hizo de un modo económico, sin grandes elaboraciones pero seleccionando bien los recursos que la configuraron como un producto empático.

Es así que podemos reconocer en el esquema justificatorio de las autoridades administrativas independientes, 4 componentes que operan como bandera de lucha y propaganda.

El primero es el de la *neutralidad*, es decir, la cualidad del producto de mantenerse aislado de las pujas partidarias y, de este modo, fomentar el ideal de universalidad. La neutralidad conlleva la esperanza de un “bien común” garantizado por la independencia partidaria, la que inevitablemente implica la ruptura de lo universal (por ello los *partidos*) en pos de lo sectorial.

El segundo es el del *profesionalismo*; un recorte aristocrático que intenta convencer de la necesidad de reservar el Estado para los que “saben.”

La *transparencia* es el tercer componente que oficia de pátina ética y de reserva moral, apuntalando la emotividad subyacente a esos términos para lograr un impacto social favorable.

El cuarto es el componente de la *libertad*, a la que se asocia con la no interferencia pública, es decir, la libertad del liberalismo. Las fracturas sucesivas del poder a las que apunta el producto, no pueden sino favorecer el apuntalamiento de la libertad.

No podemos negar la estupenda capacidad emotiva de cada uno de los componentes aislados, ni su influencia respecto de anhelos atávicos. ¿Quién no quisiera cumplir el ideal universal (neutralidad) o alcanzar el auténtico conocimiento de las cosas (profesionalismo)? ¿Quién no se estremecería ante el descubrimiento de inmunidades frente a las perversiones (transparencia) o ante la posibilidad de alcanzar el nirvana (libertad)?

Sin embargo, cada uno de los componentes del esquema justificatorio de las autoridades administrativas independientes, plantea un antagonismo directo, velado e intencionado frente a otros recursos sociales que también solemos valorar y supimos tener en alta estima.

Si auscultamos el componente de la neutralidad, no podemos dejar de reconocer que su postulado es, esencialmente, *antipluralista*. El “bien común” es un concepto potencialmente autoritario, si reparamos en que los sentidos de ese “bien,” en sociedades marcadas por el hecho del pluralismo, necesariamente adquieren diversos contenidos y se orientan en variadas direcciones. Por ello, las sociedades se *parten* y existen los *partidos*, porque esas partes se encuentran estimuladas por distintos intereses y participan de formulaciones diversas acerca de lo que consideran *su* bien. Si la neutralidad postula una única visión del bien que, además, está asociada a lo que ella considera, se constituye en negación del pluralismo y, con ello, en una visión fuertemente autoritaria. Más grave aún, la neutralidad gravita en sentido *antipolítico*, porque descarta la capacidad de la política para procesar las diferencias inmanentes al pluralismo y otorgar, coyunturalmente, una dirección al Estado; o lo que es igual, a los destinos de los recursos sobre los cuales todos tenemos derecho a decidir, porque nadie tiene derecho a apropiárselos.

En cuanto al profesionalismo, su afirmación convierte al componente en *antiigualitario*, ya que su disparador se asienta sobre el móvil de que no todos somos capaces de “entender” las cosas del Estado. ¿Quiere decir esto que debemos renunciar a la idoneidad? En absoluto. Lo que afirma es que el profesionalismo convierte a la Administración en un asunto de técnicos, en el cual

la sociedad queda excluida. De ahí que sea más grave aún, la connotación *antidemocrática* del componente, valorando de modo desigual las capacidades ciudadanas para inmiscuirse en los debates acerca de lo público, a los que solamente está autorizada a concurrir la oligarquía profesionalizante de burócratas especialistas y técnicos. Análogamente, es una de las características que O'DONNELL adjudicaba a su Estado burocrático autoritario, aquella vinculada a los intentos de someter toda cuestión económica o social “a los que se proclama son criterios neutros y objetivos de racionalidad técnica. Ésta es la contrafaz de la prohibición de invocar cuestiones de justicia sustantiva ligadas a lo popular o de clase, que aparecen introduciendo ‘irracionalidades’ respecto de la normalización económica y los mecanismos de acumulación de capital.”³⁴¹

El componente de la transparencia viene por añadidura de lo anterior, contribuyendo a dar el último empujón al descarte de los partidos y la política. Por ello, se define por oposición a la sensibilidad corruptible de los elementos descartados, asociando política con corrupción y, a la inversa, técnica con transparencia. Sin embargo, esto no deja de ser una operación ideológica que pretende borrar en los neutrales y profesionales, lo que a todos los seres humanos nos identifica y que viene desde los sótanos pulsionales: la existencia de una inclinación agresiva frente a la cual es misión de la cultura reprimir o encausar. Si se quiere quitar este elemento pulsional a una categoría de personas o instituciones para asignárselo por entero a otras, el componente presenta un cariz claramente *anticultural*. Esta es la identificación primaria del ser humano, al que no se le presenta escapatoria, pues no es él “un ser manso, amable, a lo sumo capaz de defenderse si lo atacan, sino que es lícito atribuir a su dotación pulsional una buena cuota de agresividad.”³⁴² La cultura viene, precisamente, a refrenar esa hostilidad inicial, esa inmanente inclinación agresiva “que podemos registrar en nosotros mismos y con derecho presuponemos en los demás... La cultura tiene que movilizarlo todo para poner límites a las pulsiones agresivas de los seres humanos, para sofrenar mediante formaciones psíquicas reactivas sus exteriorizaciones.”³⁴³ Es el mayor o menor éxito de esa cultura en lo que ésta pueda tener de eficaz para reprimir la agresividad –y lo que en la estructura psíquica de cada uno provoque– lo que vaya a determinar los grados de corruptibilidad; y no la pretensión de borrar en unos –para asignarlo monopólicamente en otros– lo que resulta imposible: nuestro aparato pulsional. Hablar del otro no es más que hablar de mí, precisamente por el sustrato pulsional que nos identifica como especie.

En el caso de la libertad, el Estado es el auténtico detentador de poder, quien lo dirige siempre en contra del individuo; por ello, es el monstruo bíblico a vencer. Montado en estas premisas, el componente pretende infligir fracturas múltiples a esa concentración de poder que desarticulen al Estado. De ahí, su antagonismo *antiestatalista* y su particular seducción en medios como el nuestro para desmontar el presidencialismo “fuerte.” La libertad, entonces, no está *dentro*, sino *fuera*, del Estado, en lo que la sociedad civil y el mercado puedan racionalmente asignar mediante sus lógicas propias. El antagonismo antiestatalista se hermana con la visión de un mundo global que, encadenado a los componentes anteriores, merece ser manejado por profesionales neutrales y transparentes. Por ello, “las ideas de neutralidad y globalización no son

³⁴¹ O'DONNELL, GUILLERMO, *El Estado burocrático autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*, 2ª ed., Buenos Aires, De Belgrano, 1996, p. 62.

³⁴² FREUD, SIGMUND, “El malestar en la cultura,” en *Obras completas*, vol. XXI, 2ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2007, p. 108.

³⁴³ FREUD, “El malestar...,” en *Obras completas*, vol. XXI, cit., p. 109.

antitéticas... Neutralidad, como retiro del escenario de la Política, y con ella del Estado, y globalización, como ocupación de ese vacío por parte de la Sociedad Civil y el mercado, cuyos equilibrios internos dependen del grado de desarrollo y voracidad que exhiban.”³⁴⁴

Si repasamos lo dicho en cuanto a justificación y crítica tenemos que los extremos pueden reducirse a 2 contendientes elementales y que, de alguna forma, encierran al resto en cada una de las trincheras: un componente justificatorio asociado a la *técnica*; un contendiente antagónico vinculado a la *política*.

4. UN PROPÓSITO IMPOSIBLE: HUIR DE LA POLÍTICA

Aunque a primera vista resulte paradójal, el esquema justificatorio de las autoridades administrativas independientes se apoya, precisamente, en lo que descarta. Y esto no debiera sorprendernos, ni considerarse contradictorio, sino, inevitable.

Puesto que sólo apelando a los elementos frente a los cuales sus componentes antagonizan, es que el producto puede posicionarse en el discurso público, hacer pie en el pensamiento jurídico y encontrar promotores políticos para su implementación.

Es así que, pese a su componente neutral, acude al pluralismo y a la política para disputar el espacio público y ganar ocupación. Defiende sus posiciones frente a otras opuestas a las que intenta vencer. En definitiva, reconoce a su propuesta como alternativa de otras y busca, por los medios que la política otorga, prevalecer en la contienda afirmándose en la coalición de intereses que representa.

Del mismo modo, el componente profesionalista no impide que acuda igualmente a todos para granjearse un auditorio lo más voluminoso posible. No encierra su discurso en los despachos burocráticos o en los gabinetes profesoriales, sino que apela a la exogamia para influir en la mayor cantidad de conciencias ciudadanas porque le interesa pesar en la arena institucional. En este sentido, no hace otra cosa que apelar a la democracia y a sus recursos porque quiere ser mayoría, porque anhela imponerse mediante la conquista de los grandes números o, al menos, disminuir el de sus oponentes.

Si configura su justificación mediante la transparencia es porque sabe perfectamente que la cultura la acompaña. Intenta mediante un producto cultural como el lenguaje, utilizar sus recursos más diestros para convencer que su transparencia es, precisamente, el arma cultural para domesticar la corruptibilidad innata de las personas, para aplacar esa inclinación agresiva hacia el prójimo, “explotar su fuerza de trabajo sin resarcirlo, usarlo sexualmente sin su consentimiento, desposeerlo de su patrimonio, humillarlo, infligirle dolores, martirizarlo y asesinarlo.”³⁴⁵ Todo esto es bien sabido que es propio y, por ello, se lo proyecta como ajeno.

Por último, su antagonismo antiestatalista sólo lo es respecto a un tipo de Estado, para defender la configuración de otro. El auge que asumen las autoridades administrativas independientes corre a la par del retiro del Estado luego de una época de crecimiento y expansión que lo llevó a ser el principal promotor de las áreas económica y social. La libertad sólo es incompatible con aquel Estado que no desea, pero se acomoda perfectamente al que sí le place. Es antiestatalista de un Estado interventor pero promotor de un Estado regulador,

³⁴⁴ ADRIANO, ALEJANDRO, “La falacia del Estado neutral (a propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes),” *LL*, 2001-B, 1029.

³⁴⁵ FREUD, “El malestar...,” en *Obras completas*, vol. XXI, cit., p. 108.

acorde a los movimientos políticos y sociales que apoyan la disminución de la injerencia pública y el traspaso de otrora espacios gestionados directamente por el Estado, a manos privadas.

En definitiva, no es de extrañar que se use lo mismo de lo que se reniega. Este también es un recurso político. Las formulaciones y el programa jurídico de las autoridades administrativas independientes obligan a su militancia, porque hay intereses alrededor de los cuales giran; porque hay coaliciones políticas y sociales que lo defienden y necesitan, para su progreso, verlo implementado; y porque pretenden hacerse de uno de los espacios públicos de mayor gravitación institucional: el de la Administración del Estado.

5. REFLEXIONES NO TAN TÉCNICAS

En su conferencia de 1953, publicada al año siguiente como *La pregunta por la técnica*,³⁴⁶ HEIDEGGER planteó el interrogante acerca de nuestra relación con la esencia de la técnica, es decir, con “aquello *que* algo [la técnica] es.” La respuesta se hacía urgente ante la constatación de que “en todas partes estamos encadenados a la técnica sin que nos podamos librar de ella... Sin embargo, cuando del peor modo estamos abandonados a la esencia de la técnica es cuando la consideramos como algo neutral, porque esta representación, a la que hoy se rinde pleitesía de un modo especial, nos hace completamente ciegos para la esencia de la técnica.”

Lo que la técnica es, ergo, su esencia, no corresponde a definiciones instrumentales, como aquellas que la consideran “un medio para unos fines” o “un hacer del hombre.” La técnica es, en esencia, “estructura de emplazamiento,” es decir, “el modo de hacer salir lo oculto.” Y lo que es emplazado a desocultarse se manifiesta, no como “objetos,” sino como “existencias.” Este término es más que sólo “reservas.” Implica el modo de hacerse presente lo solicitado. Por ello, las existencias no son artefactos del hombre, ni tienen autonomía, atento que su puesto lo tienen “sólo y exclusivamente desde el solicitar [del hombre] de lo susceptible de ser solicitado.”

El proceso se desenvuelve del siguiente modo: “la energía oculta en la Naturaleza es sacada a la luz, a lo sacado a la luz se lo transforma, lo transformado es almacenado, a lo almacenado a su vez se lo distribuye, y lo distribuido es nuevamente conmutado.” Ahora bien, si quien emplaza al desocultamiento de existencias no es otro que el hombre, éste lo hace en su calidad de producto ya provocado a extraer energías naturales, lo que lleva a la siguiente pregunta: “¿no pertenecerá entonces también él [el hombre], y de un modo aún más originario que la Naturaleza, a la categoría de las existencias?”

Es esta conducta solicitante del hombre, que ha emplazado –de esta manera y no de otra– a la naturaleza “como el almacén principal de existencias de energía,” la que encadena los emplazamientos posteriores, es decir, la esencia de la técnica. Por ello, pensar a la técnica en términos de neutralidad, es quedarse ciegos para descubrir su esencia; porque ella obedece a lo que ha solicitado un hombre ya provocado y que es también él, existencia, es decir, presencia solicitada.

En este punto es donde HEIDEGGER considera a la técnica como “peligro supremo;” porque al hacer del hombre “el solicitador de existencias,” lo coloca “al borde de despeñarse, de precipitarse allí donde él mismo va a ser tomado sólo como existencia.” El hombre es así, una existencia más, provocada por la técnica, imbricado en la estructura de emplazamiento y, lo más dramático, es que aun así,

³⁴⁶ HEIDEGGER, MARTIN, *Conferencias y artículos*, Barcelona, Del Serbal, 1994, pp. 9/37.

amenazado de este modo como lo está, “se pavonea tomando la figura del señor de la tierra.” Por eso este hombre tomado por la técnica se encuentra al borde del precipicio, porque creyéndose el dueño del mundo, ni siquiera “puede encontrarse consigo mismo y con todo lo que es.”

Lo que me resulta atractivo de este pensamiento, tiene que ver con las ideas de engaño, dominación y deformidad, presentes en la relación entre el hombre y la técnica.

El engaño aparece cuando se relaciona a la técnica con lo objetual, con los artefactos mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades. Pero la técnica moderna, sobre todo, desoculta saberes, a su vez, técnicos. Por ello, el autor propone el descarte, con fuerte ahínco, de “la apariencia engañosa de que la técnica moderna es ciencia natural aplicada.”

El engaño de la técnica la torna invulnerable, puesto que aparece como un agente neutral. Su postulación indica que, allí donde se encuentre, el territorio será no sólo imparcial, sino casi una destinación, un *sino* fatal. Por ello, se amuralla con temple de hierro, puesto que, al no presentarse como elección entre opciones, exige su automática y acrítica aceptación.

Sin embargo, la técnica –en la esencia que describe el autor– es provocación de un hombre ya provocado; es la solicitud de un hombre ya solicitado a entender la naturaleza en determinada forma (como “almacén de energías”) y autoengañado acerca de su rol de señor y amo.

Lo que tomo de las reflexiones apuntadas es que la imparcialidad (o neutralidad) es el velo que cubre la esencia de la técnica como estructura de emplazamiento, es decir, de solicitudes de determinadas existencias para determinadas finalidades, traccionadas por un sujeto (el hombre) ya determinado a solicitarlas en un sentido y no en otro, porque ya está previsto un *modo* de solicitar que, como tal, es una elección entre alternativas. Desde esta perspectiva, las solicitudes que la técnica desoculta, presentan formatos preconfigurados para finalidades prestablecidas, lo que necesariamente hace dar por tierra y declarar perdida a la pretendida imparcialidad.

No sólo esto, sino que en la dinámica de los emplazamientos el hombre cuenta como otra existencia, lo que hace que se produzca ese desencuentro con su humanidad (o su deshumanización) que el autor presenta como el peligro supremo de la técnica. Este hombre técnico es un sujeto dominado, alienado y desconocido, impotente de conectarse “con lo que es.”

Pero además, todo lo que la técnica en esencia es, como estructura de emplazamiento, se presenta como deforme. El emplazamiento para hacer salir lo oculto, para desocultar, “deforma el resplandecer y el prevalecer de la verdad.” No es momento aquí para discurrir sobre este anhelo universal –el de la “verdad”– sino simplemente marcar que el engaño de la técnica se completa con la deformidad que adquiere aquello que saca a relucir y que impide un lucimiento propio o más auténtico del hombre.

El engaño, la dominación y la deformidad de la esencia del hombre son el resultado de su tecnificación. Creyéndose amo, no es más que un sujeto dominado y deformado, que ya no puede resplandecer con luz propia porque ha creado a su alrededor todo un constructo artificial que condiciona su vida y su relación con los demás.

6. EL CONTENIDO AUTORITARIO DE LA TÉCNICA: UNA SENSIBILIDAD ANTIPOPULAR

Recapitulando, vemos que la postulación imparcial de la técnica es una falacia. Ello, porque no hay espacio público que pueda escapar de la política, es

decir, de la lucha de intereses por la conducción del Estado, mediante el uso del poder político. Además, tomando a la técnica como estructura de emplazamiento, notamos que opera determinadas solicitudes –y no otras– de un hombre y un mundo ya configurados para solicitar en ese sentido –y no en otros–.

Así, vemos que los territorios de la política y la técnica no son tan disímiles, puesto que en uno y otro operan opciones entre alternativas, que deberán medir sus fuerzas para saber quién, coyunturalmente, prevalecerá en la contienda.

Por todo esto, la técnica es, ella misma, una opción política. O, lo que es similar, la técnica es un capítulo de la política. Y uno de corte autoritario, puesto que está diseñado para velar ese carácter político. En efecto, la pretendida oposición entre técnica y política es una argucia de esta última para posicionar en mayor grado a una de sus opciones: aquella destinada a apoderarse de espacios públicos sin necesidad de una legitimidad democrática, es decir, sustentada en el principio mayoritario. Esta alternativa política que constituye la técnica, opera en un sentido marcadamente excluyente, pues el manejo de los asuntos del Estado ya no debe depositarse en quienes se han ganado el favor de las mayorías de una comunidad, sino que son cosas de gente que “sabe” hacerlas.

De este modo, si a la política la asociamos a opciones entre alternativas, todas ellas válidas, dependiendo del recurso mayoritario cuál de ellas episódicamente prevalecerá; la técnica introducirá en las cosas del Estado, no ya un menú de opciones (mayoritarias o minoritarias) sino un manual de instrucciones para alcanzar una única decisión correcta; el resto no serán alternativas sino desviaciones, malas ejecuciones o incorrecciones. Si la política necesita de la comunidad para legitimarse, la técnica la excluye porque su base de sustentación no está en las mayorías sino en la oligarquía de profesionales que “saben” hacer.

Es interesante notar cómo este pensamiento construye puentes con los primeros estudios sobre psicología de las multitudes, confluyendo ambos en un programa político denigratorio.

Conscientemente, el siglo XIX optó por la denigración y no por la subestimación, pues era alta la estima a las masas y crucial la encrucijada histórica a la que debía enfrentarse. En efecto, esta visión denigratoria fue la opción política frente a fuerzas contemporáneas contrarias, tales como el sindicalismo, el anarquismo y el socialismo, que entendían positivamente el comportamiento colectivo y percibían a las masas de un modo constructivo, atribuyéndoles centralidad en sus programas de acción política.

Tal como señala LACLAU, el fenómeno de la psicología de las masas fue adjudicado al campo de lo patológico, pero ya no “como aberraciones contingentes destinadas a desaparecer,” sino como “rasgos permanentes de la sociedad moderna... que deben convertirse en objetos de una nueva tecnología de poder.”³⁴⁷

Para el autor, el drama se resuelve en los términos planteados por GUSTAVE LE BON, en su fundamental obra de 1895, *Psicología de las multitudes*: “Las multitudes son algo así como la esfinge de una antigua fábula: debemos llegar a una solución de los problemas planteados por su psicología, o resignarnos a ser devorados por ella.”³⁴⁸ El programa denigratorio advierte que la multitud realiza un uso perverso del lenguaje, alejado de su significado “real,” asociando arbitrariamente palabras a imágenes que –de acuerdo a LE BON– “sintetizan las más diversas aspiraciones inconscientes y la esperanza de su

³⁴⁷ LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 37.

³⁴⁸ LACLAU, *La razón...*, cit., p. 37.

realización.”³⁴⁹

Frente a esa trama, la razón y los argumentos no pueden combatir. De este modo, LE BON afirma que “las masas nunca han tenido sed de verdad. Se alejan de los indicios que no les agradan, prefiriendo deificar el error si éste las seduce... Una cadena de argumentación lógica es totalmente incomprensible para las multitudes, y por ese motivo se puede decir que no razonan o que razonan erróneamente, y que no son influidas por el razonamiento.”³⁵⁰

La multitud desciende en el rango evolutivo y aparece como manifestación de retorno a la incivilidad. Las categorías racional/irracional se asignan, respectivamente, al individuo y a las masas. Relegadas al campo de lo patológico, aberrante y marginal, no hay otra opción para las masas que su adjudicación a lo irracional.

Así, el individuo experimenta un proceso de degradación social al volverse parte de un grupo, porque comienza a operar en él, el mecanismo de la sugestión sobre el de la argumentación lógica. Las imágenes, las palabras y las fórmulas son las llaves que animan al contagio como transmisión patológica y a la identificación con el líder.

La psicología de las multitudes hizo su aporte al pensamiento contramayoritario, sofisticando las bases de sus conclusiones, en un *continuum* que llega a nuestros días bajo presentaciones menos brutales, pero en las que subyace como nervio vital, desparramado en el espacio y discurso públicos, un programa denigratorio que arroja a las masas al campo de lo irracional, patológico y desviado de una supuesta ruta de “normalidad.”

7. PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD

La democracia es un expediente práctico de la vida comunitaria. La razón para su defensa radica en ser el mayor tributario del principio de igualdad. La democracia trata a cada persona como un agente moral completo, con iguales derechos para intervenir en la vida pública. De ahí que, por resultarles todos iguales, deba acudir a la regla mayoritaria para definir, coyunturalmente, los destinos de los asuntos comunes. La legitimidad de la política se asienta en el principio democrático, que es igual a decir, en el principio de igualdad y, por tal razón, recurre al principio mayoritario para elegir entre alternativas.

La técnica es un capítulo político que intenta revertir la ecuación. No busca legitimarse ganando la mayor parte de las voluntades comunitarias, sino presentándose como reserva de saber. Por ello, su base de sustentación no está en la consideración igualitaria de las capacidades ciudadanas para intervenir en los asuntos públicos, sino en su opuesto: en la distinta consideración que le merece el minúsculo grupo a los que adjudica un saber hacer. De ahí que la técnica, oligarquice al Estado desplazando a la ciudadanía de su manejo directo y la divorcie de los asuntos públicos considerándola incapaz para ello.

Las autoridades administrativas independientes buscan su legitimación en la técnica, no en la democracia. Basan su sustentación, no en el principio mayoritario, sino en el oligárquico: en una oligarquía de profesionales capaces frente a una mayoría de incapaces. En esto se resume la letanía de no dejar “entrar” a la política: en garantizar la oligarquización del régimen mediante el constructo de las autoridades administrativas independientes.

Por ello, el necesario detenimiento que debemos dedicar en auscultar lo que el término “independencia” encierra. Porque a lo principal que apunta es a ser independiente de la política, es decir, independiente de buscar su legitimidad en la

³⁴⁹ LACLAU, *La razón...*, cit., p. 38.

³⁵⁰ LACLAU, *La razón...*, cit., pp. 38, 40 y 45.

democracia (igualdad y mayorías), para ser bien dependiente de un supuesto saber –por demás, nunca jamás constatado– adjudicado a una oligarquía de profesionales que, como detallé, presentan todos los incentivos para ser capturados.

Ahora bien, si esta es la cara crudamente antipolítica de las autoridades administrativas independientes, justo es reconocer que, a su vez, pueden presentar otra en la que destelle alguna luz. Esta es la que asume como fin racionalizar los poderes de un Ejecutivo desbordado, es decir, la que presenta a las autoridades administrativas independientes como terapéutica institucional moderadora del hiperpresidencialismo.

Sin embargo, equivoca los medios, puesto que intenta conjurar un mal con otro, y sabemos que dos males no sintetizan en un bien. En efecto, si podemos considerar acertada la identificación del problema (el hiperpresidencialismo), no cabe hacer lo propio con la solución elegida, en tanto esta implica una alternativa antidemocrática. Si hay un problema en el sobredimensionamiento del órgano Presidente –democrático en su legitimidad– no es con menos, sino con más democracia como hay que enfrentarlo. No es la sustitución de una legitimidad democrática por otra legitimidad técnica (oligárquica) la que aportará las soluciones. Sino que es la construcción de nuevos poderes, con sustento democrático, los que deben diseñarse para contener el desborde de nuestro hiperpresidencialismo.

Es así que las dos versiones de las autoridades administrativas independientes, tanto la *antipolítica* como la *antidemocrática*, merecen objeciones en tanto ambas machacan por ser “independientes,” en definitiva, de la comunidad; precisamente a quien deben servir y en la cual deben fundar su legitimidad.

La imparcialidad no es atributo de un grupo minúsculo de funcionarios ni de una oligarquía de profesionales, sino que solamente se da cuando la integración de las estructuras estatales busca agregar la mayor cantidad de intereses para que en su confrontación abierta, queden a la luz las distintas alternativas de gestión y se adviertan los resultados (con sus ganadores y perdedores) que cada una de ellas trama producir.

8. EXCEPCIONALIDADES PERMANENTES

Al repasar la historia de la división de poderes, vimos como su teoría mutó de un entendimiento sociológico y material a otro funcional y abstracto. En efecto, si en los tiempos clásicos se la identificó con las “clases” presentes en la sociedad y con la necesidad de asignar a cada una de ellas un espacio institucional; los tiempos modernos la reconfiguraron diluyendo esa materialidad y fundándola en la necesidad de asegurar la libertad amenazada por el poder.

El principio de división de poderes –organizado en 3 grandes destacamentos– pasó, así, a desentenderse de la estructura de clases y a moverse idealmente en el plano abstracto de la oposición entre libertad y autoridad. De este modo, dispuso como principio la igualdad institucional de todos los poderes, sin importar el fundamento de legitimidad que los sustentase. El proceso se completó con la adopción de la variante de los “frenos y contrapesos,” mecanismo mediante el cual se habilitaron los controles mutuos que permitieron a los poderes menos democráticos controlar a los que más se fundan en el principio mayoritario; más aún, mediante el ejercicio del control de constitucionalidad, prevalecer frente a ellos y adjudicarse la “última” palabra institucional.

Con esto digo que la división de poderes, más que a favorecer, vino a contener a la democracia, entendida como regla mayoritaria. Por ello, entendí

necesario rescatar las viejas ideas republicanas acerca de una democracia “contestataria” y asamblearia; y de una libertad entendida, no sólo como ausencia de interferencia, sino como “no dominación” (política y económica), lo que trasladado al plano comunitario se manifiesta en los principios de independencia y autogobierno.

Nuestra Constitución adoptó, desde 1853, la visión descrita de la división tripartita de poderes. En efecto, la traducción del pensamiento alberdiano en un Ejecutivo “fuerte,” no implicó renunciar a la división de poderes en el diseño constitucional. Más bien, mostró la necesidad de consagrar prohibiciones expresas al Poder Ejecutivo, tanto en su relación con el Poder Legislativo como con el Poder Judicial.

Las amplias atribuciones presidenciales fueron contrarrestadas por cláusulas prohibitivas –tanto en la Constitución histórica, como en su reforma del ’94– que, si bien atentas a una noble preocupación, no hacían sino destacar lo que venía anticipándose: la radicación en el Ejecutivo del centro del poder estatal.

La marca a fuego de la teoría de la división de poderes en la Constitución nacional, se plasma en las cláusulas que prohíben:

I. al Poder Legislativo:

- a) conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público (art. 29); y
- b) delegar en el Poder Ejecutivo competencias legislativas (art. 76);

II. al Poder Ejecutivo:

- a) emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3°); y
- b) asumir funciones judiciales (art. 109).

Sin embargo, las normas no quedan definidas por su literalidad, sino por lo que se hace con ellas. El derecho es la conducta asumida por los operadores jurídicos frente a la norma y lo que queda de esa síntesis en la convivencia social. Así entonces, vayamos al Boletín Oficial y veamos quién produce cotidianamente normas. No encontraremos al Poder Legislativo más que en contadas ocasiones, sin embargo, constataremos que no pasa un solo día sin que el Presidente, sus órganos subordinados o la estructura de entes descentralizados, emitan algún acto normativo que, en mayor o menor medida, o aun potencialmente, impacta en la esfera de derechos ciudadanos.

Forzoso es reconocer que, en principio, esta actividad cuenta con buenos argumentos. Así, podemos identificar una necesidad real surgida de la ampliación de las competencias estatales en los campos de la sociedad y la economía, la que requiere de procedimientos más ágiles en la toma de decisiones que sean eficaces en tiempos y costos. Desde esta perspectiva, seguir sosteniendo el carácter “excepcional” de las “normas” que emiten los distintos órganos y entes del Poder Ejecutivo, no pasa de ser un ejercicio mnémico de una literalidad normativa, carente de toda relevancia política, es decir, estéril para incidir en la realidad.

Si el derecho pretende insertarse con algún grado de ascendente social, no puede desconocer que la combinación de “mayores capacidades” (operativas) y “menores costos” (de transacción) hacen del Poder Ejecutivo la zona de legislación preferente. Más aún, una eficaz regulación económica y social no podría pensarse sin la intervención cotidiana de agencias ejecutivas específicas que fijan normas de extrema sensibilidad. Así, el mercado del dinero o el control de cambios, quedan definidos por las *comunicaciones* que emite el Banco Central, muchas de las cuales ni siquiera se publican en el Boletín Oficial. El régimen impositivo diariamente se define por normas de AFIP. Lo mismo que el derecho de la seguridad social, en manos preferentes de ANSES.

Y esto lo sabe el Congreso, ya que por “delegaciones de segundo grado”³⁵¹ establece directamente en organismos descentralizados y en órganos desconcentrados o plenamente subordinados jerárquicamente, los destinatarios de la delegación. Esta realidad, además, se constata en la abdicación expresa del Congreso, quien hace rato ha declarado su incapacidad. En efecto, desde la ley 25.561 (BO 7/1/2002) y sus sucesivas prórrogas,³⁵² el Poder Ejecutivo queda largamente habilitado a emitir decretos delegados en materias de administración y emergencia pública. El plazo cuenta ya 19 años ininterrumpidos, al que podemos sumar delegaciones anteriores dispuestas por las leyes 24.629 y 24.631, para los años 1996 y 1997, y por las leyes 25.344 y 25.414, para los años 2000 y 2001.

Continuar sosteniendo la “excepcionalidad” de las “normas” que emiten los entes y órganos del Ejecutivo, cuando desde 1994 casi no vivimos sin que el propio Congreso elija esa alternativa, solo sería posible para espíritus capaces de controlar el rubor que manifestaciones semejantes harían inevitablemente afluir en sus rostros.

9. UN MARCO DE CONCILIACIÓN

Pero entonces, ¿sólo queda el camino de “rendirnos” frente a los hechos? Contestaría que no, pero que sólo a partir de ellos podremos establecer propuestas con expectativas ciertas de incidencia.

En ese camino, debiera pensarse que el Congreso no puede competir con el Ejecutivo cuando en éste se conjuga la ecuación de “mayores capacidades” y “menores costos,” como en los casos de los mercados dinámicos que necesitan de regulaciones proteicas para ser eficaces.

Además, es el propio Congreso el que ha declarado expresamente su incapacidad desde 1994 y el que, como ya dije, ha defraudado nuestra expectativa deliberativista.

El problema no pasa por la división de poderes, arreglo que en términos democráticos –como ya manifesté– no merece mucha defensa.

La cuestión es, en primer lugar, hacerse cargo de esta realidad: el Poder Ejecutivo legisla. En segundo término, diseñar instituciones que, al mismo tiempo, eviten que esta realidad redunde en seguir agigantando las competencias del órgano unipersonal (Presidente) y encuentren su fundamento en el principio democrático, es decir, en la política y no en la técnica.

Es en esta dramática encrucijada, en la cual las autoridades administrativas independientes tienen mucho para decir; puesto que, a partir del reconocimiento de esa realidad aumentada de la normación por entes y órganos del Poder Ejecutivo, una reformulación de ellas puede conciliar la racionalización de las competencias del órgano unipersonal (Presidente) con el principio democrático de legitimidad.

Si planteo un concepto (ambicioso) de autoridad administrativa independiente –con esas 8 notas definitorias ya apuntadas– es porque sólo lo encuentro factible desde una constitución democrática de su identidad, en la que sí vale la pena hablar de “independencia” y asignarle una estatura similar al del resto de los poderes constituidos. Es decir, si las bases de sustentación siguen siendo técnicas y el esquema justificatorio el del Estado neutral, cierro el capítulo declarando que no encuentro móvil alguno para insistir en autoridades que se independicen de otras que sí aceptan la política y el principio democrático. Bajo

³⁵¹ Conf. SANTIAGO, ALFONSO (h) y THURY CORNEJO, VALENTÍN, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 425.

³⁵² La ley 27.541 prorrogó la emergencia y la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2020.

este constructo, no encuentro posibilidad alguna de independencia legítima y, en consecuencia, las autoridades administrativas (existentes o futuras) merecen el control y supervisión, tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo.

Ahora bien, si la discusión vuelve a radicarse en las ideas republicanas originarias de autogobierno, si la política es recuperada del fango en el que (sin desconocer aportes propios) ha sido hundida, si la comunidad recupera el cetro y revierte su pendiente denigratoria y si, finalmente, el Estado y su Administración se hacen cargo del poder político como nivelador del poder económico y comunicacional, entonces sí, podremos pensar en una reformulación democrática de las autoridades administrativas que, con justicia, se impongan como independientes y enriquezcan el desteñido y abúlco cuadro de la tripartición de poderes.

10. HACIA EL HORIZONTE: PROPUESTAS FINALES EN CLAVE PROSPECTIVA

Las autoridades administrativas independientes, bajo la reconfiguración propuesta, poseen un potencial aún inexplorado. Tanto que pueden llegar a ser la clave de bóveda de un nuevo edificio institucional.

La teoría de la organización administrativa puede impulsar, mediante ellas, un reverdecer tanto jurídico como político. En cuanto al primero, por agregar una nueva constelación de entes al universo de la Administración pública; en relación al segundo, como oxigenación de la democracia.

Restaría ver cómo se inicia el camino de la transición hacia una legitimidad democrática, extremo ineludible –como dije– si se quiere hacer de las autoridades administrativas, organismos legítimamente independientes.

Me limitaré a articular algunas ideas propositivas, para avanzar algo más allá de la descripción y la crítica que he venido haciendo, y dejar un planteo inicial por la positiva.

Existen opciones constitucionales y legales, es decir, alternativas que requerirán una reforma constitucional y otras que quedarán habilitadas por reformas legales amparadas en fundadas lecturas de la Constitución vigente.

Dentro de las primeras (constitucionales) podemos citar la creación de nuevos poderes que rompan el clásico esquema tripartito. Así lo ha hecho el constitucionalismo comparado latinoamericano.

En efecto, observamos que en las Constituciones de Venezuela (arts. 273/298), Ecuador (arts. 204/224) y Bolivia (arts. 205/240), la distribución tripartita del poder, es cosa del pasado. En ellas, a los poderes clásicos se les agrega el Poder Ciudadano y el Poder Electoral. El primero para asumir las funciones de control y transparencia, y el segundo para asegurar el ejercicio de los derechos electorales y la representación política.

La incorporación de nuevos poderes a la estructura gubernativa, implica extender el principio de soberanía popular a espacios institucionales carentes de ella. La creación de un poder del Estado sólo es legítima si su integración se realiza mediante procedimientos democráticos que consulten las preferencias ciudadanas.

Este agregado popular erosiona la posibilidad de cooptación y captura, lo que resulta aún más necesario cuando tratamos los momentos democráticos por excelencia de las comunidades, como son los procesos electorales, el derecho de participación, la representación política y el control ciudadano de la gestión pública.

Claro que los ejemplos de constitucionalismo latinoamericano citados merecen mayor análisis y estudio, sobre todo de su funcionamiento auténtico en

la arena política y social; pero no ha sido esa la propuesta de este trabajo. Solo traigo la muestra jurídica de leyes fundamentales que han incorporado, al menos en su gramática constitucional, determinados argumentos democráticos para oxigenar la estructura de poderes. Quedará para una futura investigación desentrañar los misterios que han rodeado al proceso y lo que ha quedado luego en el ejercicio práctico de ese poder. Por ahora, sólo me tienta la posibilidad de exhibir que otros modos de pensar el problema, similares a los que propongo, ya han sido consagrados en letra constitucional.

Con sus diferencias, el constitucionalismo latinoamericano citado, coincide en 3 alternativas que me interesa destacar, porque desmitifican temores ancestrales, inoculados por siglos de operaciones hegemónicas.

El primero de ellos es la intervención ciudadana directa en la integración de todos los poderes del Estado, ya sea por elección directa de sus miembros o por la participación activa en los procesos de postulación de candidatos, ya sea proponiendo, impugnando o reservándose cupos.

El segundo tiene que ver con la descentralización de la función judicial, mediante la creación de diversas magistraturas; principalmente en lo que hace a la jurisdicción electoral, para la cual, se crea un poder específico que es supremo en su ámbito.³⁵³ Sus miembros son designados por un plazo determinado y, en algunos casos, elegidos mediante sufragio universal y sin posibilidad de reelección.³⁵⁴

El tercero se relaciona con la ruptura del monopolio de la representación, en manos de los partidos políticos. En efecto, estos son uno más, de tantos sujetos habilitados para presentar candidaturas a la ciudadanía, como las organizaciones sociales, sindicatos, gremios profesionales, asociaciones de interés, agrupaciones ciudadanas y naciones y pueblos indígenas; aun para ciertos cargos, la postulación puede ser del propio individuo.³⁵⁵ De este modo, es la sociedad civil organizada, en cualquiera de sus modos, la que garantiza el control y la participación ciudadanas.

Pero si estas alternativas necesitarían de una reforma constitucional, hay otras que podrían instrumentarse apelando a instancias de reforma legal. Me limitaré a presentar 4 de ellas que pueden operar como boquete en la integración de las autoridades administrativas independientes (actuales o a crearse) y permitir la transición hacia una legitimidad democrática.

La primera es la más directa y tiene que ver con abrirse al juego de los votos, es decir, diseñar mecanismos que permitan que ciertas autoridades administrativas independientes sean directamente elegidas por la ciudadanía mediante sufragio universal. Me refiero, sobre todo, a los entes adjudicados a espacios de gestión (económicos, sociales o industriales) que no reconocen fronteras sectoriales, es decir, cuya misión alcanza a todos los individuos y organizaciones de la comunidad. En la zona constitucional, el Defensor del Pueblo, a cargo de “la defensa y protección de los derechos humanos,” (art. 86) entraría en esta categoría. Igual que los organismos del art. 42, si su misión es controlar la prestación de los servicios públicos, en relación a los cuales todos

³⁵³ La Constitución de Ecuador prevé que los fallos y resoluciones del Tribunal Contencioso Electoral, “constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento” (art. 221).

³⁵⁴ La Constitución de Bolivia prevé que los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Consejo de la Magistratura y del Tribunal Supremo Electoral duran 6 años en sus funciones, no pueden ser reelectos y –salvo el Tribunal Supremo Electoral– son elegidos por sufragio universal (arts. 182, 183, 188, 194, 198, 200 y 206).

³⁵⁵ Como en el caso de las máximas magistraturas judiciales en la Constitución de Bolivia.

somos usuarios potenciales,³⁵⁶ porque uno de cuyos caracteres tradicionales se identifica con la “generalidad,” es decir, con la implicancia de que “todos los habitantes tienen derecho a usar los servicios públicos.”³⁵⁷

Ahora bien, ¿estamos muy lejos de una interpretación constitucional propiciatoria de esta alternativa? Ciertamente, entiendo que no. Si el Congreso es el órgano que asume la representación política de la comunidad y, en virtud a ello, fue investido para designar y remover al Defensor del Pueblo, ¿no puede devolver a su mandante esta porción de competencia para su ejercicio directo? ¿No es la comunidad, acaso, la titular primera y originaria de soberanía, idea sobre la cual se asienta todo el edificio democrático? Una ley que, respetando las mayorías calificadas establecidas en el art. 86, dispusiese la elección directa del Defensor del Pueblo por la comunidad mediante sufragio universal, fundaría en términos democráticos sustantivos la legitimidad e independencia de un órgano encargado de la defensa y protección de los derechos humanos, al mismo tiempo que –y esto es fundamental– devolvería cuotas de soberanía a su titular originario. Concluir en la inconstitucionalidad de una ley que pueda entenderse del modo propuesto, importaría destinar una carga importante de energía interpretativa al solo fin de volver a divorciar a la comunidad de los asuntos que la deben tener como principal interesada; más aún en un caso como el del Defensor del Pueblo que desde hace más de una década (2009) permanece vacante lo que implica, otra vez, una renuncia, incapacidad o desidia del Poder Legislativo que no ha podido –o no ha querido– cumplir con el mandato constitucional que tiene asignado.

Del mismo modo opino respecto a los organismos del art. 42, en cuanto a la posibilidad de su integración mediante elección directa de sus miembros dispuesta por ley; ¿o de qué otro modo quedaría mejor garantizada la participación de los usuarios y consumidores prevista en la norma constitucional?

Al menos, podría pensarse en la reserva legal de cupos para la representación ciudadana mediante elección directa, cuando se trate de organismos colegiados.

Si esta alternativa se presenta para las autoridades que no reconozcan límites sectoriales, la segunda se propone para aquellas que sí los tengan. En efecto, para los casos de gestión de espacios económicos, sociales o industriales limitados a determinado grupo o factor de interés, la alternativa que propicio pasa por la representación corporativa, es decir, la integración de las autoridades por representantes electos por cada corporación profesional involucrada en el espacio de gestión adjudicado.

Sin ir más lejos, este es el modelo que rige en las Universidades Nacionales y, por ello, éstas son las únicas autoridades administrativas a las que, legítimamente, se las puede rotular de independientes. En efecto, todos los intereses que se agregan en la comunidad universitaria tienen su representación corporativa: docentes, estudiantes, trabajadores no docentes y graduados, como así también, en las modernas estructuras universitarias, las organizaciones sociales del territorio en el cual la Universidad se sitúa y frente al que asume la responsabilidad de tramitar sus demandas y transferir los conocimientos que genera.

³⁵⁶ “El concepto de usuario actual o potencial, o afectado potencial, se ha visto reiteradamente en nuestra jurisprudencia en diversos pronunciamientos clásicos, que se han reiterado y multiplicado... Ese usuario potencial o futuro tiene un interés que también resulta tutelable,” GORDILLO, *Tratado...*, t. 2, cit., pp. XIII-17/18.

³⁵⁷ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Servicios Públicos. Actos de la Administración Pública*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2005, p. 75.

Es el esquema, también, del Consejo de la Magistratura. Sin embargo, lo que falta en él es la frontera de intereses. En efecto, esta autoridad interviene en la administración de uno de los poderes del Estado (el Judicial) y en el proceso de selección y control disciplinario de sus miembros, cuestión que atañe a toda la comunidad y no al recorte corporativo de jueces, abogados y académicos. Por ello, la representación debiera ser universal. Sabemos, sin embargo, que la Corte no opina en el mismo sentido.³⁵⁸

La tercera alternativa legal que introduzco se relaciona no ya con la representación ciudadana directa mediante el sufragio (universal o corporativo), sino con el establecimiento de mecanismos de control popular en los momentos de designación y remoción de funcionarios, como así también la posibilidad de un seguimiento adecuado en cuanto a los resultados de la gestión.

Para ello, se requiere implementar regímenes que garanticen a la ciudadanía –en cualquiera de sus formas organizativas, incluida la partidaria– el derecho a la postulación e impugnación de candidatos; instancias de capacitación sobre la unidad de gestión adjudicada al ente; espacios de debate, propuestas e interpelación de funcionarios; consultas obligatorias sobre determinadas políticas y proyectos normativos y, sobre todo, existencia de una permanente usina informativa completa, clara, concisa, sencilla y masiva sobre la actividad del ente y su incidencia en la vida material de los ciudadanos.

La cuarta, finalmente, tiene que ver con el establecimiento en los órganos directivos de las autoridades administrativas independientes de “defensorías del público” o figuras análogas, es decir, un órgano en cada ente encargado de velar por los derechos de los más postergados en representación e información.

Quizás sea este el camino para aquellas entidades que gestionan materias complejas y estratégicas, como pueden ser los mercados del dinero y del interés, el tipo de cambio y el régimen impositivo (BCRA, AFIP y el organismo fiscal federal de coparticipación). En estos casos, si no es mediante la representación directa garantizada por el sufragio universal, que al menos haya una silla reservada en los directorios de estos entes para un órgano especializado en estas materias que, en la misma calidad de máxima autoridad que el resto de sus integrantes, asuma la defensa ciudadana cuando ésta se manifiesta como usuaria de servicios financieros o consumidora de productos bancarios, y cuando se trate de controlar que la recaudación pública se sustente en los principios constitucionales de equidad, proporcionalidad y solidaridad (arts. 4 y 75, inc. 2).

Una lectura constitucional apegada a la democracia y a la soberanía popular no debiera desestimar la alternativa de explorar reformas legales similares a las propuestas, sino destinar los máximos esfuerzos interpretativos en hacerlas posibles.

Al fin y al cabo, sabemos muy bien que la Constitución no *dice*; sino que *decimos* de ella.

³⁵⁸ CSJN, *Rizzo, Jorge Gabriel*, 18/6/2013, *Fallos*, 336:760.

CONCLUSIONES (10)

Entiendo que he arrimado argumentos suficientes como para tener por corroboradas las hipótesis formuladas. En efecto, las conclusiones que –a modo de síntesis y como cierre de la presente investigación– seguidamente expondré, darían cuenta de tal aserto.

Primera: el constitucionalismo patrio forjó un presidencialismo “fuerte” que hizo del Ejecutivo, el centro del poder estatal. El proceso se inscribe en uno mayor de rango continental, en el que midieron sus fuerzas las distintas corrientes político-constitucionales presentes en Latinoamérica.

Así, la Constitución histórica adoptó las fórmulas propuestas por ALBERDI del “monarca con título de Presidente,” de la “república *posible*” y de la “libertad *imperfecta*,” todas ellas destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos civiles, al mismo tiempo que a limitar los derechos políticos.

Sin embargo, el hilo de la concentración de funciones en el órgano Ejecutivo debe remontarse mucho más atrás: a la senda abierta con las reformas borbónicas y, particularmente, con la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, partes del capítulo “trágico” que España escribió en América.

Segunda: la teoría moderna de la división de poderes reconoce antecedentes clásicos en el gobierno “mixto” de ARISTÓTELES y POLIBIO. Sin embargo, lo que en sus inicios fue pensado y diseñado bajo un prisma material y con el objeto de dar cabida institucional a las distintas “clases” sociales, posteriormente mutó en un pensamiento ideal acerca de una distribución funcional de la autoridad en pos de un mayor aseguramiento de la “libertad.”

La variante de los “frenos y contrapesos” vino a igualar a todos los poderes del Estado, independientemente de su mayor o menor legitimidad democrática, es decir, sin importar si su autoridad provenía directamente de la comunidad que lo mandataba. Así, la teoría de la división de poderes, en su variante de los frenos y contrapesos, buscó contener, más que alentar, el impulso de los poderes mayoritarios, es decir, típicamente democráticos.

Tercera: la doctrina “perdida” del republicanismo merece rescatarse para ofrecerla como alternativa a un entendimiento de “república” apropiada por el liberalismo. La “república” del republicanismo rompe el concepto hegemónico que de ella ha construido el liberalismo y con el cual ha logrado, hábilmente, imponerse.

El republicanismo importa una corriente emancipatoria que pivotea alrededor de la idea de “libertad” como “no dominación” y que, trasladada al plano colectivo, resume como ninguna otra el anhelo de autogobierno e independencia de la comunidad.

Cuarta: la Administración es la manifestación concreta del Estado, el que mediante ella sale de su posición “mística” o totalizadora, para corporizarse como unidad servicial de la comunidad.

Su organización se estructura mediante un cuadro administrativo burocrático que, de acuerdo a WEBER, domina merced al control de un recurso específico: el saber profesional especializado. Esto hace que el burócrata se independice del político, se asuma como “técnico” y compita por el control de la Administración.

Sin embargo, esa mayor capacidad “técnica” solo habla de una burocracia especializada en alguna temática a fuerza de precedentes, sin que ello implique mayor imparcialidad ni mucho menos, que evite la política, es decir, la disputa de intereses.

Quinta: la teoría de la organización administrativa sumó, a la clásica

fractura del poder en 3 departamentos, una nueva al interior del Ejecutivo, posibilitando el establecimiento de distintas estructuras estatales: una de órganos y otra de entes.

La estructura de órganos corresponde a la Administración centralizada, mientras que la estructura de entes a la Administración descentralizada. La primera se organiza bajo el principio de jerarquía, aun modulada por la posibilidad de la “desconcentración” de órganos. En la segunda rige la tutela como jerarquía devaluada. Aún, así, esta fractura se demuestra insuficiente para contener el avance de las competencias que van arrumbándose en el Ejecutivo, que lo agigantan y desbordan al mismo tiempo, y que justifican –al menos en parte– la creación de una nueva estructura estatal; esta vez no sólo descentralizada, sino también, independiente.

Por otro lado, no es la existencia de personalidad en la descentralización la nota definitoria para diferenciar a ésta de la desconcentración, por cuanto el órgano desconcentrado también adquiere un determinado grado de subjetivación. Es la devaluación progresiva de la jerarquía la que distingue a la desconcentración de la descentralización, hasta quedar anulada en la independencia.

Este fenómeno emparenta con la distinción clásica entre *institución* y *corporación*. Ello, por cuanto la primera, al regirse por una autoridad externa, no se adecua al modelo de la independencia, necesitando ésta asimilarse a la corporación, como tipo no subordinado más que a su voluntad autónoma.

Sexta: el derecho comparado es un material valioso si se lo trata con las herramientas adecuadas; principalmente aquellas que tienen en cuenta su adaptación al medio local. Consecuentemente, no puede haber operatoria exitosa si no se hace debido mérito del impacto en la estructura jurídica interna de la “importación” normativa; la “traducción” de esa importación al lenguaje normativo vigente; y el interrogante acerca de las “cláusulas dormidas,” es decir, aquellas introducciones jurídicas que sabemos de antemano será muy difícil llevar a la práctica.

La ausencia de una evaluación como la propuesta, hizo que nuestro país buscara inspiración en distintas fuentes, sin llegar a cristalizar un modelo propio; aportando más confusión al ya enrarecido mapa de la organización administrativa y a la clasificación de sus entes.

Una depuración de los términos autarquía, autonomía e independencia, y la búsqueda de una definición que no se solape con las ya existentes y que califican a otros tipos de entes, debiera contemplar las 8 notas definitorias apuntadas para dar un concepto de “autoridad administrativa independiente” que contenga: estatalidad (1°), función administrativa (2°), descentralización (3°), creación constitucional o legal (4°), derecho público (5°), autonomía (6°) campo de actuación económico, social o industrial (7°) y ausencia de injerencias externas (8°).

Excepto las Universidades Nacionales, no existen otros entes que reúnan estas condiciones y que, además, lo hagan sobre una base de sustentación democrática; en el caso, mediante la representación corporativa de los diferentes estamentos que componen su comunidad.

Séptima: las autoridades administrativas independientes han construido un esquema justificatorio sencillo, pero altamente eficaz, que puede resumirse en los términos neutralidad, profesionalismo, transparencia y libertad. Sin embargo, es este mismo esquema el que desvela su componente antipolítico y antidemocrático.

En efecto, la neutralidad que pregona, la convierte en antipluralista, porque

se coloca más allá de las disputas postulando una única visión del bien; su profesionalismo es antiigualitario, ya que postula el predominio de una oligarquía de “técnicos;” monopolizar la transparencia y endilgar la corrupción, requiere una premisa anticultural, pues todos somos pasibles –como sujetos pulsionales– tanto a una como a otra; y su postulado de la libertad es antiestatalista, por cuanto sólo ve allí un enemigo y no un eventual aliado, además de su selectividad al momento de reconocer el peligro y residenciarlo solo en el campo público y nunca en el privado.

Octava: no hay espacio estatal, ni pliegue administrativo, que no reconozca el predominio de la política, pues a una opción se lo opone otra, la diferencia está en los ganadores y perdedores que subyacen en una y otra. Si la política es inevitable en el campo público, la solución es con más política, es decir, con más participación de la comunidad en las esferas de decisión estatal.

La pretensión técnica de apartar a la política hizo de las autoridades administrativas independientes valle fértil para su captura y cooptación. En efecto, si la política es el cauce de la manifestación ciudadana, sin ella no hay participación y, así, menos control.

Esto fue posible gracias a la pendiente denigratoria a la que se ha arrojado a la política y a la sensibilidad antipopular que esto conlleva, lo que traza lazos con la asignación a la categoría de lo “irracional” cuando de intervención popular se trata.

Novena: la técnica es un capítulo autoritario de la política. Ello, porque vela precisamente su carácter político –es decir, el constituirse como una opción entre alternativas– para esconderse detrás de un supuesto aura de imparcialidad.

Esta postulación es una falacia, ya que no hay espacio público que pueda escapar de la política y, además, la técnica –como estructura de emplazamiento (HEIDEGGER)– es ella misma una opción entre alternativas. De este modo, opera determinadas solicitudes –y no otras– de un hombre y un mundo ya configurados para solicitar en ese sentido –y no en otros–.

Si la política es un “menú de opciones” dependiendo cuál de ellas prevalecerá conforme a la regla mayoritaria (y en esto la democracia como expediente práctico de la comunidad, sostenido sobre el principio igualitario), la técnica es un “manual de instrucciones” que nos conduciría a la corrección, a lo que está “bien.” De este modo, la técnica es la eliminación de las alternativas puesto que su postulación reconoce un solo camino correcto, resultando el resto “desviaciones.”

Décima: la sustitución de la legitimidad democrática de las mayorías por una supuesta legitimidad técnica imbricada en una oligarquía de profesionales, desnuda las 2 versiones que, sin contraponerse, operan en la técnica: una antipolítica y otra antidemocrática.

La primera cierra descarnadamente el canal para no “dejar entrar” a la política en los asuntos del Estado, en el caso, de su Administración. Para ello, la necesidad de autoridades administrativas “independientes” de la política. Sin embargo, alejar a la política no es más que neutralizar al poder que en ella se aloja –único al que accede la comunidad– para liberar el camino a los poderes económico e ideológico (comunicacional). De ahí, todos los incentivos generados para su captura (corrupción refinada) y cooptación. En esto radica la crítica de lo “independiente:” en su selectividad al momento de elegir de quién apartarse y sobre quién recostarse.

La segunda puede relacionarse con un noble fin –el de la moderación de la hipertrofia presidencialista– pero equivoca brutalmente los medios. Aun suponiendo un enfoque acertado, la lente utilizada distorsiona, puesto que no es

con menos, sino con más democracia como debe enfrentarse el sobredimensionamiento de un órgano (Presidente) que basa su legitimidad de actuación, precisamente, en el principio mayoritario.

Con todo, y vaya esto como propuesta, las autoridades administrativas independientes nos muestran un potencial –aun inexplorado– de conciliación entre un aumento de las capacidades estatales que no sigan engordando al órgano unipersonal y, al mismo tiempo, que se sustenten en una legitimidad democrática, valiéndose de las “mayores capacidades” (operativas) y “menores costos” (de transacción) que hacen de la Administración una zona preferente para la regulación económica y social.

BIBLIOGRAFÍA

1. ESPECÍFICA

ADRIAO, ALEJANDRO, “La falacia del Estado neutral (a propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes),” *LL*, 2001-B, 1029.

BALBÍN, CARLOS F., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Organización. Poder de regulación. Servicios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.

BENGOETXEA, JOXERRAMON, “Teoría institucional del derecho,” en FABRA ZAMORA, JORGE LUIS y NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica. Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores de la Argentina*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967.

_____, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II-A, Buenos Aires, Ediar, 2009.

BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955.

CANDA, FABIÁN O., “Los órganos extrapoderes,” en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, t. I, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

_____, *Derecho Administrativo*, t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “cosa juzgada administrativa,”* 2ª ed., Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.

_____, “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Su necesario encuadre en el Derecho Público,” Buenos Aires, *Rap*, nro. 326, 2005.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, *Diario de sesiones*, 3ª sesión, 18ª reunión, Buenos Aires, Congreso de la Nación.

_____, *Diario de sesiones*, 3ª sesión, 21ª reunión, Buenos Aires, Congreso de la Nación.

_____, *Diario de sesiones*, 3ª sesión, 31ª reunión, Buenos Aires, Congreso de la Nación.

CHÁVEZ MAZA, LUIS AUGUSTO; CUAMATZIN BONILLA, FORTUNATO y MORALES FLORES, EUDOXIO, “Captura regulatoria y opacidad de los fideicomisos de las Asociaciones Público-Privadas: la experiencia en México,” Buenos Aires, Clacso, 2018.

FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL, “Las Autoridades Administrativas Independientes en Francia,” *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, vol. 53, nro. 107, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2006.

_____, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006.

GARGARELLA, ROBERTO, *Crítica de la constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

_____, “Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en

América,” en GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, *Democracia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

_____*La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

GONZÁLEZ BERTOMEU, JUAN F., “Notas sobre federalismo,” en GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, *Democracia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

_____*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

_____*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2016.

_____“Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2015; originalmente en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005.

HALPERIN, DAVID ANDRÉS, “La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas y la ley 26.944,” Buenos Aires, *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 103, 2016.

HEIDEGGER, MARTIN, *Conferencias y artículos*, Barcelona, Del Serbal, 1994.

LA TORRE, MASSIMO, “Teorías institucionalistas del derecho. (Esbozo de una voz de enciclopedia),” *Derechos y libertades*, Universidad Carlos III, Madrid, nro. 14, 2006.

LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.

LYNCH, JOHN, *Administración colonial española, 1782-1810. El sistema de intendencias en el Virreinato del Río de la Plata*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1967.

MARCER, ERNESTO A., “El contrato administrativo en la Ciudad de Buenos Aires,” en Universidad Austral, *Contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Rap, 2010.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2000.

_____*Tratado de derecho administrativo*, t. II, *Servicios Públicos. Actos de la Administración Pública*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2005.

MENURET, JEAN-JACQUES, “Las autoridades administrativas independientes en Francia: órganos colegiados,” *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, vol. 1, nro. 2, 2014.

MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas. (Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas),” Buenos Aires, *Rap*, nro. 265, 2000.

_____*La responsabilidad pública: análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, edición del autor, e-book, 2006.

MURATORIO, JORGE I., “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados),” en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. amp. y rev., Buenos Aires, Astrea, 1989.

_____, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. amp. y rev., Buenos Aires, Astrea, 1980, 17ª reimp., 2014.

PENDÁS GARCÍA, BENIGNO, "Teoría del derecho y del Estado en OTTO VON GIERKE," *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, nro. 1, 1991/92.

PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "Nuevas formas de administración y los 'organismos' constitucionales independientes," en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013.

PERSELLO, ANA VIRGINIA, "Partidos políticos y corporaciones: las juntas reguladoras de la producción, 1930-1943," *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. Emilio Ravignani"*, nro. 29, 2006.

REIRIZ, MARÍA GRACIELA, "Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de los servicios públicos," en BOTASSI, CARLOS (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003.

REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO, "La teoría institucional," *Persona y derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, nro. 12, 1985.

ROMERO GUZMÁN, JUAN JOSÉ, "¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones," *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 35, nro. 1, 2008.

SACRISTÁN, ESTELA B., "Régimen jurídico de las relaciones interorgánicas e interadministrativas. Los conflictos interadministrativos," en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005.

SANTIAGO, ALFONSO (h) y THURY CORNEJO, VALENTÍN, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., "Concesión de servicios públicos," en CICERO, NIDIA KARINA (dir.), *Legislación usual comentada. Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2015.

SAYE, ALBERT B.; ALLUMS, JOHN F. y POUND, MERRITT B., *Principios del gobierno americano*, 8ª ed., Buenos Aires, Edisar, 1981.

SOLA, JUAN VICENTE, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2009.

STEPAN, ALFRED, "Federalism and democracy: beyond the US model," *Journal of Democracy*, vol. 10, nro. 4, 1999.

TREACY, GUILLERMO F., "La inserción de las autoridades administrativas independientes en el Derecho Público argentino: algunos problemas constitucionales," *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, Montevideo, nro. 48, 2020.

WEBER, MAX, *El político y el científico*, 5ª ed., Madrid, Alianza, 1979 [1919].
_____, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922], 2ª reimp., 2002.

2. GENERAL

ADAMOVSKY, EZEQUIEL, *El cambio y la impostura. La derrota del kirchnerismo, Macri y la ilusión Pro*, Buenos Aires, Planeta, 2017.

ALBERDI, JUAN BAUTISTA, "Cartas sobre la prensa y la política militante de la República Argentina. Primera carta," en *Obras completas de JUAN BAUTISTA ALBERDI*, t. IV, Buenos Aires, La tribuna nacional, 1886.

_____"Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853," en *Obras completas de JUAN BAUTISTA ALBERDI*, t. IV, Buenos Aires, La tribuna nacional, 1886.

_____*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Lancelot, 2009 [1852].

_____*Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, Buenos Aires, Hydra, 2012 [1853].

ALTAMIRA, RAFAEL, "La civilización española en los siglos XVII y XVIII," en LEVENE, RICARDO (dir.), *Historia de la nación argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, t. III, *Colonización y organización de Hispanoamérica. Adelantados y gobernadores del Río de la Plata*, 3ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1961.

ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1988.

_____*Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 1993.

AZNAR, LUIS, "Política y ciencia política," en AZNAR, LUIS y DE LUCA, MIGUEL (coords.), *Política. Cuestiones y problemas*, Buenos Aires, Cengage Learning, 2010.

BIANCHI, ALBERTO B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, t. I, *Colonia, emancipación, crecimiento y consolidación (1620-1920)*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008.

_____*Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009.

BOBBIO, NORBERTO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 10ª reimp., 2014.

BOLÍVAR, SIMÓN, *Discurso de Angostura*, Biblioteca Virtual Universal, 2003.

BOTANA, NATALIO R., *Constitución y política*, Buenos Aires, Hydra, 2012.

BOVERO, MICHELANGELO, "La monarquía constitucional: HEGEL y MONTESQUIEU," en BOBBIO, NORBERTO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 10ª reimp., 2014.

CARANDE, RAMÓN, *Carlos V y sus banqueros. 1516-1556*, Madrid, Revista de Occidente, 1943.

ECHVERRÍA, ESTEBAN, "Dogma Socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37," en *Obras completas*, t. 4, *Escritos en prosa*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1873.

ELLIOTT, JOHN, "España y América en los siglos XVI y XVII," en BETHELL, LESLIE (ed.), *Historia de América Latina*, t. 2, *América Latina colonial: Europa y América en los siglos XVI, XVII, XVIII*, Barcelona, Crítica, 1990.

ESPINOZA SORIANO, WALDEMAR, *Los Incas. Economía, sociedad y estado en la era del Tahuantinsuyo*, 3ª ed., Lima, Amaru, 1997.

FREUD, SIGMUND, "El malestar en la cultura," en *Obras completas*, vol. XXI, 2ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2007.

GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

HALPERIN DONGHI, TULLIO, *Revolución y guerra. Formación de una elite dirigente en la Argentina criolla*, 3ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

HEGEL, G. W. H., *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, Claridad,

1968 [1821].

HERÓDOTO, *Los nueve libros de la Historia*, Biblioteca Virtual Universal, 2010.

INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Comentarios reales de los Incas*, Lima, Mantaro, 1998 [1609].

LEFORT, CLAUDE, *El arte de escribir y lo político*, Barcelona, Herder, 2007.

LEVENE, RICARDO, "La legislación de Indias durante el siglo XVIII," en LEVENE, RICARDO (dir.), *Historia de la nación argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, t. III, *Colonización y organización de Hispanoamérica. Adelantados y gobernadores del Río de la Plata*, 3ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1961.

LEWIN, BOLESLAO, *Túpac Amaru*, elaleph.com, 1999.

MADISON, JAMES, "El Federalista N° 10," en HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, JOHN, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

MALAMUD, ANDRÉS, "Estado," en AZNAR, LUIS y DE LUCA, MIGUEL (coords.), *Política. Cuestiones y problemas*, Buenos Aires, Cengage Learning, 2010.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Losada, 2007.

MORENO, MARIANO, *Plan de operaciones*, Buenos Aires, Biblioteca Nacional, 2007 [1810].

O'DONNELL, GUILLERMO, *El Estado burocrático autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*, 2ª ed., Buenos Aires, De Belgrano, 1996.

OSZLAK, OSCAR, "Reflexiones sobre la formación del Estado y la construcción de la sociedad argentina," *Desarrollo Económico*, vol. 21, nro. 84, 1982.

OTS, JOSÉ MARÍA, "Trasplante en Indias de las instituciones castellanas y organización legal de Hispanoamérica hasta fines del siglo XVII," en LEVENE, RICARDO (dir.), *Historia de la nación argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, t. III, *Colonización y organización de Hispanoamérica. Adelantados y gobernadores del Río de la Plata*, 3ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1961.

PEÑA, MILCÍADES, *Historia del pueblo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 2012 [1968/73].

PERUZZOTTI, ENRIQUE y SMULOVITZ, CATALINA, "Accountability social, la otra cara del control," en PERUZZOTTI, ENRIQUE y SMULOVITZ, CATALINA (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas, 2002.

PETTIT, PHILIP, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

PIGNA, FELIPE, *Los mitos de la historia argentina*, t. 1, Buenos Aires, Norma, 2004.

POLIBIO, *Historias*, Libros V-XV, Madrid, Gredos, 1981.

RAMOS, JORGE ABELARDO, *Historia de la nación latinoamericana*, Buenos Aires, Continente, 2011 [1975].

RAVIGNANI, EMILIO, "El Virreinato del Río de la Plata (1776-1810)," en LEVENE, RICARDO (dir.), *Historia de la nación argentina (desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)*, t. IV-1, *El momento histórico del Virreinato del Río de la Plata*, 3ª ed., Buenos Aires, Ateneo, 1961.

ROMERO, JOSÉ LUIS, *Las ideas políticas en Argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1959, 16ª reimp., 1998.

SAN MARTINO DE DROMI, MARÍA LAURA, *Intendencias y Provincias en la historia argentina*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1990.

- _____*Formación constitucional argentina*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.
- _____*Constitución Indiana de Carlos III. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.
- _____*SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO, Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, Hydra, 2012 [1853].
- _____*SKINNER, QUENTIN, Los fundamentos del pensamiento político moderno, t. I, El Renacimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- _____*ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, La organización política argentina en el período hispánico*, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1981.

3. JURISPRUDENCIA

- _____*CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Gasull, José, 22/5/1931, Fallos, 160:381.*
- _____*Ferrugia, José María, 7/12/1931, Fallos, 163:155.*
- _____*Caveda, Cayetano, 14/11/1938, Fallos, 182:210.*
- _____*Rodríguez, Enrique, 4/11/1942, Fallos, 194:170.*
- _____*Belleza, Alberto, 25/6/1943, Fallos, 196:101.*
- _____*Rabanillo, Fernando, 10/10/1945, Fallos, 203:30.*
- _____*Provincia de La Pampa c/ Consejo Nacional de Educación, 30/5/1962, Fallos, 252:375.*
- _____*BCRA s/ medidas precautorias, 28/7/1963, Fallos, 256:241.*
- _____*Gómez, Gerardo, 28/2/1969, Fallos, 273:111.*
- _____*Banco Israelita del Río de la Plata, 7/11/1969, Fallos, 275:265.*
- _____*Banco de Río Negro y Neuquén, 19/11/1981, Fallos, 303:1776.*
- _____*Vadell, Jorge Fernando, 18/12/1984, Fallos, 306:2030.*
- _____*Hotelera Río de la Plata, 4/6/1985, Fallos, 307:821.*
- _____*Compañía Financiera Castelar, 17/4/1986, Fallos, 308:594.*
- _____*Martínez Suárez de Tinayre, 20/5/1986, Fallos, 308:821.*
- _____*Teletour, 10/2/1987, Fallos, 310:203.*
- _____*La Buenos Aires Compañía de Seguros, 12/5/1988, Fallos, 311:750.*
- _____*Tejedurías Magallanes, 19/9/1989, Fallos, 312:1656.*
- _____*Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) c/ Río Negro, Provincia de, 1/3/1994, Fallos, 317:146.*
- _____*Revestek, 15/8/1995, Fallos, 318:1531.*
- _____*Litoral Gas, 16/4/1998, Fallos, 321:776.*
- _____*Zacarías, Claudio, 28/4/1998, Fallos, 321:1124.*
- _____*Inadi c/ EN –Mº Interior– dto. 957/01 – ley 25.453, 14/12/2004, Fallos, 327:5571.*
- _____*Ángel Estrada, 5/4/2005, Fallos, 328:651.*
- _____*Mosca, Hugo Arnaldo, 6/3/2007, Fallos, 330:563.*
- _____*Volcoff, 1/11/2011, Fallos, 334:1241.*
- _____*Rizzo, Jorge Gabriel, 18/6/2013, Fallos, 336:760.*
- _____*FIA c/ EN –Mº RREE– resol 2046, 3/6/2014.*
- _____*Giustiniani, 10/11/2015, Fallos, 338:1258.*
- _____*Víctor, Javier Humberto, 27/9/2018, Fallos, 341:1287.*
- _____*CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, “Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois,” 118 US 557 (1886).*
- _____*“Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Company,” 204 US 426 (1907).*
- _____*“INS v. Chadha,” 462 US 919 (1983).*
- _____*CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, Decisión 84-173 del 26 de julio de 1984.*

- _____ Decisión 86-217 del 18 de setiembre de 1986.
- _____ Decisión 88-248 del 17 de enero de 1989.
- _____ Decisión 89-260 del 28 de julio de 1989.
- _____ Decisión 93-324 del 3 de agosto de 1993.
- _____ Decisión 93-333 del 21 de enero de 1994.
- _____ Decisión 96-378 del 23 de julio de 1996.

4. DICTÁMENES

- _____ PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, *Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, 26/1/2000, *Dictámenes*, 232:91.
- _____ *Ministerio del Interior*, 6/3/2000, *Dictámenes*, 232:239.
- _____ *ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, 13/9/2001, *Dictámenes*, 238:444.
- _____ *Lotería Nacional Sociedad del Estado*, 13/5/2002, *Dictámenes*, 241:242.
- _____ *Dirección General Impositiva*, 27/8/2002, *Dictámenes*, 242:364.
- _____ *Ministerio de Defensa*, 25/2/2003, *Dictámenes*, 244:562.
- _____ *Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal*, 6/5/2003, *Dictámenes*, 245:239.
- _____ *Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Subsecretaría de Energía*, 18/11/2003, *Dictámenes*, 247:381.
- _____ *Sindicatura General de la Nación*, 2/10/2007, *Dictámenes*, 263:8.
- _____ *Ministerio de Defensa*, 7/12/2010, *Dictámenes*, 275:326.
- _____ *Administración Federal de Ingresos Públicos*, 13/12/2011, *Dictámenes*, 279:286.
- _____ *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, 20/7/2012, *Dictámenes*, 282:137.
- _____ *Inspección General de Justicia*, 16/12/2016, *Dictámenes*, 299:312.
- _____ *Jefatura de Gabinete de Ministros*, 27/11/2019, *Dictámenes*, 311:244.