

**Guillermo F. Treacy** ↪

## La inserción de las autoridades administrativas independientes en el Derecho Público argentino: algunos problemas constitucionales\*

*The Insertion of Independent Administrative Authorities  
in Argentine Public Law: Some Constitutional Issues*

*A inserção de autoridades administrativas independentes  
no direito publico argentino: alguns problemas constitucionais*

**Resumen:** El propósito de este trabajo es analizar si es posible establecer lo que la doctrina comparada denomina “autoridades administrativas independientes” en el Derecho Público Argentino. Para ello se recuerda que una de las ideas fuerza de la reforma constitucional de 1994 fue la atenuación del presidencialismo. Se examina la noción de independencia con que suele caracterizarse a estas autoridades, se las relaciona con otros entes de la administración pública descentralizada, se exploran los argumentos que cuestionan su legitimidad desde la perspectiva de la responsabilidad del Poder Ejecutivo sobre el funcionamiento de la Administración y se analiza el posible encuadre constitucional de este tipo de entidades, al tiempo que se observa que ya existen algunos entes de esas características en Argentina. Se concluye que ellos pueden ser considerados instituciones contramayoritarias, creadas por ley, que pueden servir de contrapeso —bajo ciertas condiciones— al Poder Ejecutivo y que pueden tener cabida en el marco de la Constitución Argentina.

↪ Abogado (Universidad de Buenos Aires); LLM (Master of Laws – Harvard Law School); Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de José C. Paz. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Investigador en el Centro Interdisciplinario de Estudios Constitucionales (UNPaz). ORCID: 0000-0003-1261-2023.

✉ [guillermotreacy@derecho.uba.ar](mailto:guillermotreacy@derecho.uba.ar)

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: "Las autoridades independientes como fenómeno de la organización administrativa. Análisis de su factibilidad y proyecciones en el Derecho argentino.", que se lleva a cabo en el mencionado Centro, bajo la dirección del autor.

**Palabras clave:** autoridades administrativas independientes, separación de poderes, Poder Ejecutivo, administración descentralizada, responsabilidad política del Presidente.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze whether it is possible to establish in Argentine Public Law what comparative doctrine calls “independent administrative authorities”. For this, it must be recalled that one of the main ideas of the constitutional reform of 1994 was the attenuation of presidentialism. We examine the notion of independence with which these authorities are usually characterized, and their relationship to other entities of the decentralized public administration; we also explore the arguments that question their legitimacy from the perspective of the responsibility of the Executive Power on the functioning of the Administration. We analyze the possible constitutional framework of this type of entities, observing that there are already some entities of these characteristics in Argentina. It is concluded that they can be considered counter-majority institutions, created by law, that can serve as a counterweight —under certain conditions— to the Executive Power and that can be accommodated within the framework of the Argentine Constitution.

**Keywords:** Independent Administrative Authorities, Separation of Powers, Executive Power, Decentralized Administration, Political Responsibility of the President.

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é analisar se é possível estabelecer no Direito Público Argentino o que na doutrina comparada é chamado “autoridades administrativas independentes”. Para isso, é preciso lembrar que uma das principais idéias da reforma constitucional de 1994 foi a atenuação do presidencialismo. Examinamos a noção de independência com a qual essas autoridades geralmente são caracterizadas, e seu relacionamento com outras entidades da administração pública descentralizada; também exploramos os argumentos que questionam sua legitimidade do ponto de vista da responsabilidade do poder executivo sobre o funcionamento da administração. Analisamos a possível enquadramento constitucional desse tipo de entidade, observando que já existem algumas com essas características na Argentina. Conclui-se que elas podem ser consideradas instituições de contra-maioria, criadas por lei, que podem servir de contrapeso —em certas condições— ao Poder Executivo e que podem ser acomodadas no âmbito da Constituição Argentina.

**Palavras-chave:** autoridades administrativas independentes, separação de poderes, poder executivo, administração descentralizada, responsabilidade política do Presidente.

Recibido: 20191127

Aceptado: 20191226

## Introducción

Una idea-fuerza de la reforma constitucional argentina de 1994 ha sido la atenuación del presidencialismo. Para ello el constituyente acudió a varias técnicas, tales como la creación de un Jefe de Gabinete de Ministros, la reducción de los poderes discrecionales del presidente en el proceso de designación de jueces federales, la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y reglamentos delegados; entre otras<sup>(1)</sup>.

Sin ingresar a analizar si la reforma ha tenido éxito en ese propósito, nos interesa examinar un aspecto puntual que ha merecido la atención de la doctrina comparada: concretamente se trata de la posibilidad de crear autoridades independientes y su compatibilidad con el texto de la Constitución Argentina. Si bien, como veremos, hay ciertos entes u órganos que la Ley Fundamental prevé y que podrían ser considerados autoridades independientes, la pregunta que formulamos se vincula con la posibilidad de crear por ley este tipo de organismos y su efecto en la estructura constitucional. Si bien el Congreso puede crear organismos descentralizados, sujetos a un control de tutela por parte del Poder Ejecutivo, la cuestión radica en determinar si podrían crearse autoridades con cometidos administrativos específicos que funcionen al margen del control por parte del Poder Ejecutivo. Es decir, se trataría de entes que sólo estarían sometidos a la ley y al control del Poder Judicial.

El origen de este tipo de instituciones lo encontramos en el derecho norteamericano, donde alcanzó un desarrollo significativo como consecuencia de las reformas del *New Deal* en la tercera década del siglo pasado. También en Europa, muchas veces como resultado de exigencias de la legislación de la Unión Europea, se desarrollaron este tipo de instituciones. Precisamente estas dan una nueva fisonomía al principio de división de poderes y constituyen una herramienta central del Estado regulador, esto es, un Estado que no participa directamente en la economía (v. gr. a través de empresas de gestión pública productoras de bienes o prestadoras de servicios), sino que se limita a regular actividades de interés público que, en principio, son desarrolladas por los particulares.

En este trabajo sostendremos que esta figura es constitucionalmente viable en Argentina y pueden contribuir al objetivo constitucional de atenuar el presidencialismo. Sin embargo, la configuración de estos entes puede plantear problemas desde la óptica de la legitimidad democrática y su inserción institucional, lo que hace necesario prever adecuados controles.

## Los caracteres de las autoridades independientes

En principio, y en un sentido formal, independencia significa separación, es decir, determinadas funciones son atribuidas a un ente *ad hoc*, ubicado fuera de la Administración centralizada. En otro sentido, implica que el desarrollo de las actividades del ente (ya sean instructorias, informativas, consultivas, decisorias u otras) no están subordinadas a otra autoridad estatal. Desde luego, se trataría de una independencia relativa, en la medida en que el ente sigue vinculado a la ley, aunque sin estar condicionado en sus decisiones por actos de control de otra autoridad estatal<sup>(2)</sup>.

Otro significado de la independencia, que engloba a lo anterior, exige un plus: alude a la posibilidad de funcionamiento del ente sin condicionamientos organizativos o financieros, provengan estos de los órganos políticos o de grupos de interés. En tal sentido, resulta relevante examinar lo que establecen las normas de creación en cuanto a los requisitos para la designación de los integrantes, la duración de sus mandatos, la posibilidad de ser reelegidos, la forma de remoción de aquéllos, las normas sobre incompatibilidades, entre otros. La duración de los mandatos debe ser razonable (v. gr. no coincidente con los mandatos del Poder Ejecutivo o de los legisladores) y el hecho de no ser posible la renovación en los cargos tiende a asegurar la independencia. A fin de establecer si una autoridad podía ser considerada independiente, el Consejo de Estado italiano se ha referido a una serie de “indicadores”, a saber: la calificación normativa; la naturaleza de sus funciones y su vinculación con valores de relevancia constitucional, que la ley pretende sustraer de la influencia política del Gobierno; la autonomía organizativa y presupuestaria; los requisitos de idoneidad exigidos a sus integrantes, el sistema de designación y las reglas sobre incompatibilidades; el sistema de relaciones interinstitucionales y la ubicación del organismo en ese sistema (Longobardi, 2016, 117)<sup>(3)</sup>.

En líneas generales las autoridades independientes pueden caracterizarse como un tipo de entidades de Derecho Público que desarrollan sus funciones bajo un estatuto jurídico que garantiza que no se verán perturbados por el Gobierno en el ejercicio de sus funciones, salvo en los supuestos expresa y taxativamente prescrip-

tos por la ley de creación del organismo. De este modo, se pretende que el accionar del ente esté sometido a la legalidad y que, “en el caso del ejercicio de sus poderes discrecionales, se ajuste tanto a la legalidad (genérica) como a los criterios técnicos y políticos más adecuados a las exigencias del interés general presente en el sector; no cabe, además, ninguna interferencia política” (Betancor, 2010, 344).

En el modelo norteamericano, las autoridades administrativas independientes son variadas y han constituido un elemento central del Estado regulador que hizo su aparición con motivo de las políticas del *New Deal*. En general, tales autoridades tienen al frente un directorio colegiado cuyos integrantes tienen mandatos fijos que vencen en forma escalonada, y que sólo pueden ser removidos mediando una causa. Generalmente el número de directores y la duración de los mandatos son idénticos: el mandato de un directorio de cinco miembros, por ejemplo, es de cinco años, de modo que se produce una vacante cada año (Strauss et al., 1995, 35). Este tipo de autoridades regulatorias deben diferenciarse de las “agencias administrativas”, que son “unidades de gobierno creadas por ley y responsables de administrar uno o una serie de programas relacionados entre sí”, que a nivel federal están encabezadas por un único funcionario cuya duración en funciones depende de la voluntad presidencial. Estas agencias pueden formar parte de un ministerio o bien no estar encuadrada en ninguno<sup>(4)</sup>. Ahora bien, la constitucionalidad de las agencias independientes en sí ha sido aceptada por la jurisprudencia, más allá de la aparente rigidez del principio de separación de poderes<sup>(5)</sup>. En cambio, a menudo los tribunales han debido resolver si las decisiones de aquéllas estaban en conformidad con los estándares establecidos en la ley de creación o bien, cuánta discrecionalidad era admisible cuando el ente ejerce las atribuciones delegadas por el legislador. En otras palabras, no se cuestiona su legitimidad en el contexto constitucional, sino el ejercicio de sus facultades y la intensidad del control judicial sobre ellas.

Por lo tanto, es necesario analizar la organización e integración de las autoridades independientes y su inserción en la estructura del Estado, ya que tales factores son claves para asegurar la neutralización de la influencia política del Poder Ejecutivo en sus decisiones. En tal sentido, es importante que no exista un poder de remoción discrecional en cabeza de éste, lo que sería indicativo de su dependencia. Aun si estas características estuvieran aseguradas, ello no exime a estas entidades de ciertas críticas, en particular, debido al riesgo de ser “capturadas” por los sectores regulados y su débil legitimidad democrática. Su independencia las coloca en un papel intermedio entre el Presidente y el Congreso y el argumento prevaleciente para defender su legitimidad es el carácter técnico de las materias que regulan.

## **La justificación de las autoridades independientes: entre el conocimiento experto y la responsabilidad democrática**

Como se acaba de señalar, la existencia de autoridades independientes plantea ciertos problemas institucionales y de legitimidad democrática. Por un lado, las constituciones de corte liberal clásico, como la argentina y la norteamericana entre otras, han seguido la división tripartita del poder estatal como un medio de evitar la tiranía y el abuso sobre las libertades individuales. En esta línea, se considera que el principio de división de poderes constituye un elemento definitorio del constitucionalismo<sup>(6)</sup>, como medio para limitar el ejercicio del poder.

La aparición de autoridades independientes en la organización administrativa plantea algunos desafíos a ese esquema tripartito, al punto que algunos hacen referencia a ellas como un “cuarto poder”. En su versión canónica, estas autoridades ejercen una combinación de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales y son dotadas de cierta independencia con respecto al Poder Ejecutivo (Breyer y Stewart, 1991, 34). La jurisprudencia norteamericana ha procurado reconciliar la combinación de funciones característica de estas autoridades y el principio de división de poderes que subyace en la constitución norteamericana.

En el ámbito europeo, aunque es innegable la influencia del modelo del Estado administrativo norteamericano, la comprensión del principio de división de poderes ha sido diferente. Las instituciones de la Unión Europea no son reconducibles al esquema tripartito de división de poderes, sino a una forma de gobierno mixto en la que distintos estamentos participan de las decisiones (Majone, 2002, 323). En este marco las autoridades independientes se han convertido en una herramienta relevante para la gobernanza de determinadas actividades que requieren conocimiento especializado<sup>0</sup>. Majone observa que las agencias independientes existentes en el ámbito de la Unión Europea son instituciones contramayoritarias, esto es, en principio no rinden cuentas ni ante el electorado ni ante otros funcionarios elegidos por el voto popular. No obstante ello, el hecho de que se recurra frecuentemente a este tipo de instituciones en Estados democráticos muestra que características tales como el conocimiento experto, el criterio profesional, la aplicación coherente de las políticas, la ecuanimidad y la independencia de criterio, que poseen estas entidades, pueden tener más relevancia en ciertos casos que principios como el de rendición de cuentas ante órganos políticos responsables ante la ciudadanía (Majone, 1996, 287).

Este autor contrapone dos concepciones de la democracia. Uno es el modelo mayoritario, que procura concentrar todo el poder político en manos de la mayoría, que controla todas las áreas del gobierno. Aun cuando en la práctica se admite que la voluntad de la mayoría debe ser limitada por los derechos de las minorías, tales límites son de naturaleza informal. Además, el modelo presupone un gobierno unitario y centralizado, para asegurar que no existen áreas geográficas o políticas que aquellos no puedan controlar. La otra concepción —a la que, siguiendo a Dahl, denomina “madisoniana”—, considera que es necesario compartir, dispersar, delegar o limitar el poder de maneras variadas, con el objetivo de proteger las minorías de la “tiranía de la mayoría”, y crear defensas ante grupos facciosos que pretendan usurpar el poder y así amenazan la confianza en la democracia deliberativa (Majone, 1996, 286). En esta última concepción las autoridades independientes podrían hallar una justificación en cuanto a su legitimidad.

Ahora bien, tanto en el caso norteamericano como en el europeo, resulta necesario conciliar la existencia de estas autoridades con el marco institucional respectivo, esto es, la Constitución o los tratados constitutivos de la Unión. Por cierto, el debate acerca del papel de las instituciones contramayoritarias en un sistema democrático no es novedoso y ha sido planteado en relación con los tribunales judiciales que mediante el control de constitucionalidad pueden invalidar normas surgidas del proceso político mayoritario<sup>(8)</sup>. Creemos que de lo que se trata es de pensar de qué modo ciertas instituciones o mecanismos pueden reforzar o facilitar la democracia, lo que supone un mejor funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos (Holmes, 1999, 247). Del mismo modo, la compatibilidad de las autoridades independientes con el sistema democrático puede asegurarse mediante el establecimiento de mayores controles. En vez de atribuir el control sobre estas instituciones a una rama determinada del poder político, Majone propone una combinación de mecanismos de control. Al respecto, postula que deben existir objetivos de la institución claros y limitados en la ley que aseguren estándares de rendimiento sin ambigüedades; requisitos de motivación y transparencia en las decisiones que faciliten la revisión judicial y la participación pública; prescripciones acerca del debido proceso que aseguren un trato justo de los inevitables ganadores y perdedores en las decisiones regulatorias; y el profesionalismo que le permitirá resistir interferencias externas y reducir el riesgo de la discrecionalidad del organismo (Majone, 1996, 300). Aunque las conclusiones del autor se refieren al particular sistema de equilibrio institucional que existe en la Unión Europea, creemos que tales propuestas son también válidas para un sistema basado en la clásica división de poderes.

## El encuadre constitucional de las AAI en Argentina

### 1. Las autoridades “independientes” en la Constitución argentina

La Argentina no ha estado al margen de la tendencia de atribuir determinadas funciones públicas de regulación a entes independientes<sup>(9)</sup>. Algunas cláusulas de la Constitución reformada parecen reconocer la posibilidad de que existan entes de tales características. En rigor, se trata de previsiones escuetas y que no necesariamente indican que esos entes deban ser organizados como autoridades independientes<sup>(10)</sup>, en el sentido que hemos visto precedentemente.

¿Es compatible la “independencia” de un ente con el sistema constitucional argentino? Para ello conviene repasar si la Ley Fundamental contiene referencias a entes de este tipo. Al respecto, se advierte que algunos de ellos están previstos, aunque enmarcados en alguno de los tres poderes del Estado. Una excepción sería el Ministerio Público, que explícitamente fue previsto como un “órgano extrapoder” (art. 120 CN), esto es, fuera del ámbito de la tríada de poderes clásica.

En el ámbito del Poder Legislativo está prevista la Auditoría General de la Nación como “organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional”, para cuya integración la Constitución remite a lo que establezca una ley especial, aunque aclara que “[e]l presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso” (art. 85 CN). También cabe mencionar aquí al Defensor del Pueblo, definido como un “órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad” (art. 86 CN). La norma indica, a semejanza del caso anterior, las funciones de este órgano, el modo de designación de su titular y las garantías para su funcionamiento. Al mismo tiempo, remite a una ley especial para regular aspectos relativos a su organización y funcionamiento.

De este modo hallamos en la órbita del Congreso dos autoridades independientes: en un caso (el del Defensor del Pueblo), la Constitución la califica expresamente así; y en ambos, se destaca su autonomía funcional como característica.

En el caso del Poder Judicial la Constitución prevé el Consejo de la Magistratura como órgano para la selección de magistrados y administración de aquél, establece algunos lineamientos acerca de su composición, e indica sus atribuciones,



aunque remite a una ley especial para definir su organización y funcionamiento (art. 114 CN). Otro órgano en la órbita de aquel Poder del Estado es el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Con menos detalle, la Constitución se refiere a los lineamientos de su composición y sus funciones, remitiéndose para los demás aspectos de su funcionamiento a la ley especial que se dicte (art. 115 CN).

Por otra parte, debe mencionarse que el Ministerio Público ha quedado configurado como un “órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera”, cuyos integrantes gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad en sus remuneraciones. Para otros aspectos de su organización y funcionamiento, remite a una ley especial (art. 120 CN).

Según Reiriz, el hecho de que la Constitución asigne a todas estas instituciones, que matizan el esquema clásico de administración, legislación y justicia, las características de *independencia* y *autonomía funcional*, sumado a la delimitación constitucional de sus competencias revelan la existencia de autoridades independientes en el marco de los otros poderes del Estado, sin interferencia en sus decisiones por parte del Poder Ejecutivo. Para ella, las respectivas previsiones constitucionales no dejan dudas acerca de la factibilidad de que existan autoridades independientes en nuestro Derecho (Reiriz, 2006, 63).

Ahora bien, como observa esta autora, la Ley Fundamental se refiere a otras autoridades “de existencia necesaria”, a las que no ubica formalmente en ninguno de los tres poderes del Estado. El legislador tiene a su cargo configurarlas y puede sostenerse que la ley debe asegurar su autonomía, aunque no existe una referencia explícita a ello, salvo en el caso de las universidades nacionales. Entre estas autoridades, encontramos:

—El Banco Central de la República Argentina (art. 75 inc. 6 CN)<sup>(11)</sup>

—La Comisión Federal de Impuestos (art. 75 inc. 2 CN)<sup>(12)</sup>.

—Las universidades nacionales (art. 75 inc. 19 CN)

—Los entes de regulación y control de servicios públicos (art. 42 CN)

—Las entidades nacionales o provinciales a cargo de la prestación del seguro social obligatorio (art. 14 bis CN)

El hecho de que el constituyente haya previsto expresamente estas autoridades es un argumento a favor de la relevancia que atribuye a las funciones que llevan a cabo. Salvo en el caso de las universidades nacionales, no se establece explícitamente que deban ser independientes o autónomas. ¿Podría el legislador configurarlas de esa manera?

Creemos que el hecho que ello es una opción del legislador que puede compatibilizarse con la Constitución. Es decir, una posibilidad es otorgar a tales autoridades un cierto grado mínimo de descentralización —v. gr. acudiendo a la figura de las entidades autárquicas, ya conocida en el Derecho argentino—, o establecer “entes autónomos”<sup>(13)</sup>, o autoridades administrativas independientes, que suponen un grado de descentralización mayor, pues no habría controles del Poder Ejecutivo sobre ellas.

Así sucede con la Comisión Federal de Impuestos<sup>(14)</sup> y con las universidades nacionales<sup>(15)</sup>; la legislación existente se adecua en principio al mandato constitucional, toda vez que está asegurada su autonomía respecto del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que sus actos son revisables por los tribunales.

En el caso del Banco Central, su configuración como autoridad independiente parece tener recepción legislativa, aunque en la práctica existen más vasos comunicantes con el Poder Ejecutivo de los esperables. La Constitución se limita a prever el establecimiento y reglamentación de “un banco federal con facultad de emitir moneda” por parte del Congreso (art. 75.6 CN), al tiempo que sienta las bases del poder de policía en materia financiera, que la Corte Suprema ha fundado en la cláusula del progreso (art. 75.18 CN) y en los poderes implícitos del Congreso (art. 75.32 CN)<sup>(16)</sup>. La reforma constitucional ha añadido “la defensa del valor la moneda” como un objetivo que debe alcanzar el Poder Legislativo (art. 75.19 CN), lo cual se engarza con las facultades que éste posee a fin de regular la actividad financiera y bancaria. Sobre estas bases constitucionales, la Carta Orgánica del Banco Central, aprobada por el Congreso, establece a esta entidad como una autoridad independiente. Específicamente, se establece allí que “[e]n el ejercicio de sus funciones y facultades, el Banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional, no podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización del Honorable Congreso de la Nación” (art. 4° último párrafo de la Ley N° 24.144, conforme modificación efectuada por el art. 3° de la Ley N° 26.739). Esta configuración normativa parece indicativa de que la voluntad del legislador ha sido que el Banco

Central no tuviera dependencia del Poder Ejecutivo y que sus relaciones con el poder público se realicen a través del Congreso, sin perjuicio del control judicial en los casos en que ello proceda. Como veremos más adelante, esta independencia no es óbice para reconocer cierta coordinación con las autoridades del Poder Ejecutivo<sup>(17)</sup>. El deslinde entre lo que compete a la Administración centralizada y lo que compete al Banco Central puede presentar dificultades en la práctica.

En cuanto a las universidades nacionales, el artículo 75.19 CN encomendó al Congreso “[s]ancionar leyes de organización y de base de la educación [...] que garanticen [...] la autonomía y autarquía de las universidades nacionales” (art. 75 inc. 19 tercer párrafo CN). En tal sentido, la Ley de Educación Superior es la norma que lleva a la práctica —no sin limitaciones— este estatuto peculiar que les asigna la Constitución.

Por otra parte, el artículo 42 CN se refiere a los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, dictados por ley, en los que se debe prever “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control”. En este caso, también se establece una figura clave, que es la existencia de entes de regulación y control de servicios públicos, en tanto la prestación de tales servicios está a cargo de un ente diferenciado (generalmente privado, pero en algunos casos también hay entes públicos). Esta es la base constitucional de distintos entes reguladores, aunque la regulación existente no necesariamente se adecua a los parámetros constitucionales indicados<sup>(18)</sup>.

En lo que respecta a los entes a cargo del seguro social obligatorio, la respuesta legal ha consistido en la creación de obras sociales —en muchos casos, como personas de derecho público no estatal<sup>(19)</sup>— y en el establecimiento de cajas previsionales: a nivel nacional, tal función la cumple un organismo autárquico (la ANSES, aunque existen otras entidades para las fuerzas armadas y de seguridad) y en el ámbito provincial han sido las provincias las que crearon entes de seguridad social y de previsión para sus empleados públicos y para los profesionales matriculados. En estos casos el texto de la Constitución prevé una incipiente regulación, al establecer que las entidades deben tener “autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado” (art. 14 bis tercer párrafo CN), dejando al arbitrio del legislador (nacional o provincial) decidir su integración y su grado de descentralización.

Los supuestos mencionados precedentemente *podrían ser* autoridades independientes si el legislador así lo decidiera. Sin embargo, la configuración legislativa ha sido diversa en cada caso. Lo más habitual ha sido la creación de éstas como entidades descentralizadas, creadas en general por ley del Congreso<sup>(20)</sup>, aunque en algunos casos también lo han sido por decreto<sup>(21)</sup>. Como venimos diciendo, la independencia de una autoridad administrativa pasa por el hecho de ser no estar sujeta a controles por parte del Poder Ejecutivo. Salvo en el caso de las universidades nacionales, el modelo de las autoridades administrativas independientes ha sido resistido sobre todo por quienes ocupaban el Poder Ejecutivo<sup>(22)</sup>.

Conviene en este punto señalar que algunos autores manejan una noción más restringida de “autoridades independientes”, situadas por fuera de los poderes del Estado. Pérez Hualde pone en duda que la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo posean esa característica, pues la Constitución los ha establecido en el ámbito del Congreso. Del mismo modo, el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento se encuentran en el ámbito del Poder Judicial. Por ello, más allá de las notas que parecen atribuir cierta independencia a tales órganos, este autor considera que ello no es suficiente para considerarlos por fuera de otros poderes del Estado. En cambio, considera que la noción de autoridades independientes debe circunscribirse al organismo fiscal federal que debe controlar la ejecución del régimen de coparticipación federal (art. 75.2 CN) y a los entes reguladores de servicios públicos de competencia nacional aludidos en el artículo 42 CN. A su entender, sólo en estos casos —por disposición constitucional— podría afirmarse que se encuentran fuera de los ámbitos de los otros poderes del Estado federal y cumplen funciones específicas de control en el plano de la distribución constitucional vertical del poder (Pérez Hualde, 2013, 227).

Por su parte, Balbín señala que pueden existir entes autónomos, pero no independientes, ya que la Constitución sólo habla de características como la autarquía o la autonomía de los entes. Es decir, no ve posible la creación de autoridades administrativas independientes en nuestro sistema institucional, ni siquiera en el caso de los entes reguladores de servicios públicos del artículo 42 CN (Balbín, 2011-II, 157).

En este trabajo sostenemos la tesis de que el Congreso podría configurar otras autoridades como independientes, más allá de las constitucionalmente previstas en forma explícita.

## 2. Una posible fundamentación constitucional

Ciertamente las autoridades administrativas independientes, esto es, ubicadas fuera del ámbito del Poder Ejecutivo, generan dudas acerca de su viabilidad constitucional, sobre todo, frente al hecho de que aquél es un órgano unipersonal y “responsable político de la Administración general del país”, como se establece en el artículo 99.1 CN.

Sin embargo, algunas normas de la Ley Fundamental podrían dar sustento a su creación. El tema puede vincularse con el debate doctrinal, que se desarrolla desde antes de la reforma constitucional de 1994, en torno a cuál es el órgano competente para crear organismos descentralizados. En definitiva, un grado máximo de descentralización sería la autoridad independiente: esto es, un ente no sujeto ni al control jerárquico ni de tutela por el Poder Ejecutivo. El modelo más logrado es, en este sentido, el caso de las universidades nacionales.

¿Podrían existir otras entidades, dotadas de grados de descentralización semejante? A falta de un fundamento normativo más concreto, creemos que existen dos disposiciones 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 “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. 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. En cualquier caso, la duda es si es posible *sacar* de la órbita del Poder Ejecutivo funciones administrativas sobre las cuales no va a poder ejercer ningún control.

Algunas disposiciones específicas, como se ha mencionado, permitirían sostener la viabilidad constitucional de crear organismos especializados e independientes: los entes reguladores (art. 42 CN), el Banco Central (art. 75.6 CN), entre otras a las que nos referimos en la sección precedente.

No deja de ser interesante que sobre la base de normas constitucionales semejantes a las argentinas, en los Estados Unidos no hubo impedimentos serios para el desarrollo del Estado administrativo, con una variedad de agencias independientes que tienen asignados cometidos estatales que llevan adelante con independencia del Poder Ejecutivo, aunque no exentas del control judicial.

Según Tribe, las objeciones al desarrollo del Estado administrativo en aquel país se han basado tanto en argumentos “originalistas” como “modernistas”. Para él, el texto de la Constitución no da una respuesta unívoca en torno a la admisibilidad (o no) de crear estas agencias. Si bien concede que ésta diseña un “ejecutivo unitario”, y en esa línea, existe una disposición acerca de los nombramientos en ese ámbito (la *Appointments Clause*), no existe una cláusula específica sobre el poder de remoción de funcionarios de la administración, razón por la cual considera que no es constitucionalmente exigible que el Presidente tenga la facultad discrecional de remoción de los funcionarios. Además, Tribe menciona la cláusula de los poderes implícitos (la *Necessary and Proper Clause*), que son asignados al Congreso. Por lo tanto, sostiene que no habría un impedimento constitucional para el establecimiento por el Congreso de agencias independientes del Poder Ejecutivo.

Para rebatir los argumentos “originalistas”, conforme a los cuales la existencia de agencias independientes contradice el diseño de un Poder Ejecutivo unitario que realiza la Constitución, Tribe acude a ejemplos tomados de la historia constitucional de aquel país, que muestran que siempre hubo casos de agencias gubernamentales cuyos titulares no podían ser removidos discrecionalmente por el presidente. Además, aún desde la visión originalista, rechaza el argumento de que el poder de remoción en cabeza del Presidente sea necesario para asegurar su responsabilidad ante el electorado, toda vez que, en el esquema constitucional original, tanto aquél como el Senado no estaban sujetos a elección popular, sino que el mecanismo de elecciones indirectas tendía a una concepción meritocrática de la presidencia<sup>(23)</sup>.

En cuanto a los argumentos “modernistas” —que sostienen que los valores de democracia y responsabilidad política sólo son realizables si se asignan al Presidente plenas facultades para remover a los titulares de los distintos departamentos del gobierno—, Tribe sostiene que el planteo no es persuasivo. Por un lado, considera debatible que el poder de remover funcionarios por sí sea un factor central para asegurar la primacía del Presidente sobre una burocracia intransigente. Por otra parte, observa que este argumento no es coherente con otros principios que contiene la Constitución, como la difusión del poder, la primacía del Congreso en asuntos

internos y la necesidad de proteger a quienes adoptan decisiones cuasi judiciales del control por el Poder Ejecutivo (Tribe, 2000, 714-715).

En esta línea, la jurisprudencia constitucional de aquel país ha aceptado la existencia de agencias independientes como elemento estructurante del Estado administrativo. Los precedentes judiciales se refieren a los límites al ejercicio de sus poderes, pero su existencia parece estar fuera de cuestionamiento<sup>(24)</sup>.

En la Argentina el modelo de las autoridades administrativas independientes parece ganar consenso en el plano doctrinario, pero las realizaciones concretas a nivel normativo no están alejadas de la creación de entes autárquicos.

### 3. ¿Hay autoridades independientes en Argentina?

Volviendo a la situación constitucional argentina, hay consenso en que las universidades nacionales son autoridades independientes, 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<sup>(25)</sup>; en cambio, el control judicial existe en todos los casos, aunque la intensidad de tal control puede variar.

También podría postularse que los entes reguladores de servicios públicos de competencia nacional, *si tuvieran una estructura en consonancia con lo que indica la Constitución*, podrían ser configurados como autoridades independientes. En la actualidad ello no es así: en general son entes autárquicos, sometidos a un control de tutela por el Poder Ejecutivo, que se ejerce a través del recurso de alzada.

La Corte Suprema ha sido categórica en el caso de los entes reguladores. Teniendo en cuenta el modo de designación y remoción de los directores de un ente en particular (el ENARGAS), concluyó que “las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la ley 24076 [...] no alcanzan para categorizarlo como un tribunal administrativo” (Fallos 321,776).

En este sentido, el Alto Tribunal consideró un indicador de la independencia el modo de designación y de remoción de las autoridades que encabezan un organismo al que se le atribuyen esas características. La posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda remover a su voluntad a los directores de un ente pretendidamente independiente revela que tal independencia no existe<sup>(26)</sup>.

En cuanto al Banco Central, si bien hemos visto que las normas de su Carta Orgánica parecen orientarse en el sentido de que la entidad es independiente y no recibe instrucciones del Poder Ejecutivo, ello debe ser armonizado con las disposiciones de la Ley de Ministerios que atribuyen a la cartera de Hacienda la competencia para “entender en la política financiera y cambiaria”, lo que obliga a una coordinación de competencias. Ello ha sido fuente de conflictos en el pasado, pues se registran casos en que el Poder Ejecutivo ha intervenido en el funcionamiento de la entidad, por medios formales<sup>(27)</sup> e informales<sup>(28)</sup>. Otro caso interesante, en que las normas legales no fueron suficientes para asegurar la independencia del ente, se verificó con la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información (AFTIC); ambas fueron disueltas y sustituidas por otro organismo —el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)— con controles más directos por parte del Poder Ejecutivo<sup>(29)</sup>.

También pueden mencionarse aquí los colegios profesionales, que en virtud de una ley, ejercen funciones públicas de control de la matrícula, tanto al admitir a los profesionales como al aplicarles sanciones por violaciones éticas. Aunque su basamento constitucional no es expreso, constituyen una modalidad elegida por el Congreso para una mejor realización de objetivos públicos, delegando cometidos públicos en entidades no estatales. En estos casos, se trata de entes en los que la interferencia estatal es mínima y sólo están sujetos al control judicial, característica que los hace comparables a las universidades nacionales, aunque no totalmente (en particular, porque éstas integran el sector público nacional, en los términos de la Ley N° 24.156, a diferencia de los colegios profesionales).

Por lo tanto, en lo que respecta a la existencia de autoridades independientes en Argentina la práctica institucional revela que el Poder Ejecutivo ha sido renuente a reconocerlos como tales. El caso ya mencionado de las universidades nacionales, con una interferencia estatal mínima en su funcionamiento, es una excepción. Creemos sin embargo que no habría objeciones constitucionales para su existencia si el Congreso así lo decidiera, siempre que se trate de materias de carácter técnico, específicas, que puedan ser gestionadas de una manera imparcial, alejada de influencias partidarias. No parece factible que *cualquier* materia de administración pueda ser sustraída del Poder Ejecutivo mediante una ley del Congreso, pues ello podría entrar en conflicto con la atribución del artículo 99.1 CN. Pero si se trata del ejercicio de competencias técnicas específicas, previstas en la ley, de manera neutral, y si ello es conveniente para una mejor gestión de intereses públicos, se podrían crear entes autónomos con funciones de fiscalización y control. El límite estará dado por



la razonabilidad de la creación de tales entes independientes.

#### **4. La responsabilidad política del Presidente y la creación de autoridades independientes**

Un problema, que ya anticipamos, que plantea la existencia de autoridades independientes se relaciona con la responsabilidad política del Presidente. ¿De qué modo se conjugan estas entidades con el hecho de que el Poder Ejecutivo es “el responsable político de la administración general del país” (art. 99 inc. 1 CN)? Es que el Poder Ejecutivo sin duda debe responder ante el Congreso por el funcionamiento de toda la Administración, en la medida en que puede nombrar a los distintos cargos superiores y puede remover a sus titulares, en la mayoría de los casos “por sí solo” (art. 99 inc. 7 CN)<sup>(30)</sup>.

Por cierto, ninguna duda puede haber respecto de aquellos organismos que el constituyente previó en la órbita de otros poderes del Estado, distintos del Ejecutivo (como el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura o el Jurado de Enjuiciamiento), o respecto del Ministerio Público o de las universidades nacionales, cuya autonomía —como ya se dijo— está prevista en la Ley Fundamental. Respecto de otros entes, en cambio, el constituyente ha dejado al arbitrio del legislador decidir su configuración, al punto de que *pueden* ser regulados como autoridades independientes pero, como hemos observado en el apartado anterior, también podría conferirles un grado de descentralización administrativa menor.

En otras palabras, la existencia de determinadas autoridades no sujetas a instrucciones de alguno de los tres órganos tradicionales de poder del Estado no es algo sin precedentes y la reforma constitucional de 1994 dio algunos pasos en esa dirección. Por otra parte, tratándose de órganos que cumplen funciones materialmente administrativas, la decisión legislativa de crear autoridades independientes del Poder Ejecutivo puede ser compatible con la directriz de atenuar el presidencialismo, que animó a aquella reforma.

Por un lado, el artículo 99.1 CN establece que el Presidente “[e]s el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la Administración General del país”, mientras que el artículo 100.1 CN establece que al Jefe de Gabinete de Ministros le corresponde “[e]jercer la administración general del país”<sup>(31)</sup>. Más allá de que la división de tareas entre ambos no ha sido interpretada en forma unívoca,

nos interesa plantear aquí si resulta constitucionalmente admisible que exista una autoridad independiente en el sentido antes explicado, esto es, si el Congreso puede crear entidades que estén fuera del control del Poder Ejecutivo. ¿En qué medida podría responsabilizarse *políticamente* al Presidente por su mal funcionamiento, si éste no puede controlarlas? Ello lleva a una primera cuestión: si el Congreso puede crear entidades independientes a las que atribuye determinadas competencias administrativas, sustrayendo así una porción de la competencia constitucionalmente asignada al Poder Ejecutivo.

Ello lleva en primer lugar a reseñar al debate doctrinal relativo a la posibilidad de crear entes descentralizados, integrados en la Administración Pública, que dirige el Poder Ejecutivo. Concretamente la doctrina se ha referido a la cuestión de quién puede crear entes de la Administración descentralizada, lo cual significa *atenuar* el control que desde la Administración central puede realizarse sobre tales entes. Las conclusiones de este debate, que seguidamente sintetizaremos, pueden extrapolarse a los entes autónomos o autoridades administrativas independientes.

En tal sentido, conviene recordar que una postura sostiene, con base en el artículo 99 inciso 1 CN que ello es competencia del Presidente de la Nación, a menos que se trate de entes cuya creación compete al Congreso (Marienhoff, 2000-I, 413; Bidart Campos, 1997-III, 242). Otra postura afirma que, como regla, ello corresponde al Poder Legislativo, como órgano al que compete crear y suprimir empleos (art. 75 inc. 20 CN) y que es depositario de poderes implícitos (art. 75 inc. 32 CN) (Gordillo, 2017-I, XIV-4). Una postura intermedia observa que ante la falta de una previsión constitucional sobre la descentralización, la facultad de crear este tipo de entes es concurrente del Congreso y del Poder Ejecutivo, salvo atribución constitucional expresa a favor de aquél (Estrada, 1974, 1412; Cassagne, 2000-I, 356). Las tres tesis fueron elaboradas antes de la reforma constitucional de 1994 y ninguna norma introducida en esa oportunidad se ha referido al tema, de modo que no es posible fijar una posición unívoca.

Ahora bien, además de los artículos 75 incisos 20 y 32 CN, debe recordarse una serie de disposiciones de rango legal que parecen robustecer la tesis de que la creación de entidades descentralizadas debe ser hecha por ley del Congreso. Así, el artículo 5° inciso a) de la Ley N° 25.152 dispone que “[t]oda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional requerirá del dictado de una ley. [...]”<sup>(32)</sup>. También, en oportunidad de revisar la legislación

delegada preexistente a la reforma, el Congreso consideró que constituían materias determinadas de administración —entre otras— “la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones” y añadió que quedaban comprendidos “el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización” (art. 2° inc. a) de la Ley N° 25.148<sup>(33)</sup>). También se dictaron, ahora con base en el artículo 76 CN, leyes delegantes que se referían a la creación modificación o extinción de entes descentralizados (v. gr. Ley N° 25.414, art. 1, ap. I, incs. a) y b). De este modo, el Congreso ha dejado claramente asentada cuál es su posición respecto de la creación de entes descentralizados: su creación debe realizarse por ley formal y, eventualmente podría hacerlo el Poder Ejecutivo a través de un decreto delegado.

Como se ha dicho, cuando se crea por ley un ente de esas características, se encuentra sujeto a un control de tutela por parte de la Administración centralizada. Es decir, el control que esta última puede realizar sobre sus actos se limita a cuestiones de legitimidad, con exclusión de las que implican valoraciones de mérito, oportunidad o conveniencia<sup>(34)</sup>. De este modo, aunque limitadamente, se mantiene la primacía del Poder Ejecutivo como responsable político de la Administración.

La tesis que sostenemos es que resulta factible la creación de entes que sólo están sujetos al control judicial, sin interferencias del Poder Ejecutivo, *siempre que la ley lo establezca expresamente y sólo con competencias bien delimitadas*. Así lo creemos porque el constituyente admitió la existencia de este tipo de autoridades en la órbita de otros poderes del Estado (el Legislativo y el Judicial), al prever el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación o el Consejo de la Magistratura; o fuera de ellos, como sucede con el Ministerio Público. Pero además las previsiones constitucionales acerca de las universidades nacionales o los entes de regulación y control de los servicios públicos también permiten sostener que podrían atribuirse funciones administrativas a este tipo de autoridades, manteniéndolas al margen del Poder Ejecutivo, administradas por los sectores involucrados. Por otra parte, se ha admitido la creación por vía legislativa de cuerpos intermedios, como un instrumento a través del cual el Estado puede realizar cometidos públicos. En tal caso, la justificación para la creación de este tipo de entidades puede radicar en la complejidad técnica de sus funciones, que implican contar con personal especializado en sus órganos de dirección, o bien en razones de orden práctico, teniendo en cuenta que los interesados directos pueden realizar mejor las funciones de control<sup>(35)</sup>. Estas razones explican la tenden-

cia, que se afianza en el Derecho Comparado, a crear autoridades independientes, alejadas del influjo de la política partidaria.

En nuestro país Balbín se ha referido a los entes autónomos como una nueva categoría dogmática dentro de la organización administrativa del Estado (2011 II, 138). Se trata de entes que poseen un grado mayor de descentralización que una entidad autárquica, pero que no es una autoridad independiente, como la entendemos aquí.

Ahora bien, el antecedente de los colegios profesionales, así como de entidades que prestan el seguro social obligatorio y de las universidades nacionales permiten sostener la posibilidad de atribuir funciones públicas a entes cuyo grado de descentralización importaría “cortar” sus vínculos con el Poder Ejecutivo, excluyendo el control de tutela. Creemos que la posibilidad de crear autoridades administrativas independientes es constitucionalmente posible respecto de instituciones como el Banco Central o de los entes de regulación y control de los servicios públicos. En el caso de estos últimos, como se ha visto, existe una regulación incipiente —en cuanto a su estructura— en el texto constitucional. Pero, mediando una decisión del Congreso, ello podría hacerse en otras materias técnicas, siempre que la necesidad de atribuir competencias a este tipo de entes esté razonablemente justificado.

## Consideración final

Pese a que podría sostenerse que las autoridades independientes podrían tener cabida en el marco constitucional, el legislador ha interpretado esta habilitación de un modo más tradicional: no ha creado autoridades administrativas independientes, sino que ha acudido a la figura de los entes autárquicos al establecer los entes de regulación y control previstos en el artículo 42 CN. Salvo el caso de las universidades nacionales —cuya autonomía y autarquía tiene reconocimiento constitucional expreso—, otros entes descentralizados que desempeñan funciones públicas de fiscalización y control se han encuadrado dentro de la Administración, con un grado mayor control por parte del Poder Ejecutivo, que ejerce tanto a través de la designación de sus miembros como en el hecho de su remoción, a veces sin formalidades legalmente previstas<sup>(36)</sup>, así como también en la posibilidad de realizar un control de tutela sobre sus actos. Parece existir cierta dificultad, en las prácticas políticas argentinas, de aceptar que existan funcionarios con algún poder de decisión, que pudieran no responder al signo político del partido que ocupa el Poder Ejecutivo o no esté alineado a su política.

Por lo demás, algunas entidades estuvieron intervenidas por el Poder Ejecutivo durante muchos años; otras han sido creadas por decreto, lo cual supone un grado mayor de incidencia de aquel en sus decisiones, más allá de que cuenten formalmente con personalidad jurídica o autarquía. También sería conveniente, a fin de afianzar la independencia y neutralidad de estos entes, que los mandatos de los directores no coincidan con los plazos de duración de los titulares del Poder Ejecutivo, posibilidad que aunque normativamente está prevista, no se ha verificado en los hechos, ante la renuncia —espontánea o no— de quienes desempeñaban los cargos a raíz de los cambios de gobierno.

La creación de entidades autárquicas por ley implica atenuar los controles del Poder Ejecutivo, pero de ninguna manera impedir los controles de éste, al menos a través del control de tutela sobre sus actos.

Creemos sin embargo, que existen razones constitucionales para sostener que es posible establecer entes independientes, no sujetos a un control de tutela, aunque sí sujetos al control judicial. Siguiendo la idea de Majone, se podría considerar que estos entes podrían funcionar como una autoridad neutral, contramayoritaria, siempre que sus competencias estén debidamente limitadas por la ley, asegurando que sus decisiones se mantengan en la órbita de sus competencias técnicas, dentro de los lineamientos que el Congreso les fije.

En Argentina la discusión sobre la admisibilidad de este tipo de entes no se ha planteado con la misma intensidad que en Estados Unidos, aunque las normas constitucionales plantean problemas similares. Por un lado, debe advertirse que el desarrollo del sistema político argentino ha llevado a lo que algunos autores denominaban, ya antes de la reforma de 1994, a un hiperpresidencialismo, esto es, a una concentración de poderes en cabeza del Presidente en desmedro de los otros órganos estatales y de una dilución de los controles institucionales (Nino, 1992, 569). Ello había sido posible, en parte, debido a cláusulas constitucionales poco claras, que permitían esa expansión. La reforma anunció como objetivo, precisamente, atenuar el presidencialismo y para ello incorporó algunas disposiciones diseñadas con ese objetivo específico. Creemos que la introducción de autoridades administrativas independientes podría servir al logro de dicho objetivo, siempre que sus competencias se refieran a materias técnicas, dentro de las políticas que deberán estar fijadas en la ley.

## Referencias

- Balbín, C. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Betancor, A. (2010). *Regulación: mito y derecho*. Madrid: Civitas.
- Bidart Campos, G. (1997). *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III. Buenos Aires: EDIAR.
- Breyer, S. G. y Stewart, R. B. (1992). *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*. Boston: Little, Brown and Company.
- Cassagne, J. C. (2000). *Derecho Administrativo*, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Estrada, J. R. de (1974). Atribución de los Poderes Ejecutivo y Legislativo para crear entidades autárquicas. *La Ley* (156), 1412
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial*. Madrid: Ariel.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado de: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia* (pp. 217-262). México: Fondo de Cultura Económica.
- Longobardi, N. (2016). Le autorità amministrative indipendenti. En N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione* (pp. 117-132). Torino: G. Giappichelli.

- Majone, G. (1996). Regulatory Legitimacy. En G. Majone, *Regulating Europe* (pp. 284-301). Londres y Nueva York: Routledge.
- Majone, G. (2002). Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity, *European Law Journal*, 8(3), 319-339.
- Marienhoff, M. S. (2000). Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez Hualde, A. (2013). Nuevas formas de administración y los “organismos” constitucionales independientes. En AAVV, *Estudios de Derecho Público* (pp. 213-250). Buenos Aires: Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UBA.
- Reiriz, M. G. (2006). Autoridades administrativas independientes para la regulación y el control de los servicios público. En J. C. Cassagne (dir.), *Servicio Público y Policía* (pp. 63-77). Buenos Aires: Universitas.
- Rohr, J. A. (1986). *To Run a Constitution. The Legitimacy of the Administrative State*. Lawrence (KS): University Press of Kansas.
- Strauss, P. L., Rakoff, T., Schotland, R. A. y Farina, C. (1995). *Gellhorn and Byse's Administrative Law. Cases and Comments*, Westbury, NY: The Foundation Press.
- Tribe, L. H. (2000). *American Constitutional Law – Volume One*. New York, NY: Foundation Press.

## Jurisprudencia

---

Las referencias a la jurisprudencia remiten a la colección Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) y están disponibles en el sitio: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

## Notas

<sup>1</sup> El detalle de las materias objeto de reforma fueron definidos por el Congreso al declarar la necesidad de la reforma constitucional, mediante la Ley N° 24.309.

<sup>2</sup> Las entidades autárquicas, sujetas a un control de tutela, por parte de un órgano de la Administración centralizada, no satisfacen este recaudo de independencia. Como es sabido, dicho control se ejerce a través del recurso de alzada, previsto en el artículo 94 y concordantes del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72. T.O. 1991.

<sup>3</sup> Longobardi se refiere al criterio elaborado por el Consejo de Estado italiano para establecer si, más allá de la calificación normativa, una autoridad determinada es independiente (v. pp. 120-123, y sus citas jurisprudenciales).

<sup>4</sup> Como ejemplos pueden mencionarse la Administración de Salud y Seguridad Laboral (Occupational Health and Safety Administration – OSHA), que está en el ámbito del Ministerio de Trabajo (Department of Labor), mientras que la Agencia de Protección Ambiental (Environmental Protection Agency - EPA) que no esté encuadrada en ningún Ministerio (Strauss et al., 1995, 35).

<sup>5</sup> Véase: *Humphrey's Executor v. United States*, 295 US 602 (1935). Otras decisiones judiciales (*Myers v. United States*, 272 US 52 (1926); *Bowsher v. Synar*, 478 US 714 (1986); *Morrison v. Olson*, 487 US 654 (1988); *Printz v. United States*, 521 US 98 (1997); entre otros) fueron agregando matices y límites a los poderes del Presidente, sobre los cuales no ingresaremos aquí.

<sup>6</sup> El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano resulta ilustrativo de esta concepción: “Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

<sup>7</sup> Majone contrapone el principio de separación de poderes al principio de equilibrio institucional, en el que se basa la arquitectura institucional de la Unión Europea. Este último principio implica que no se atribuyen las funciones a una única institución específica. Así, observa que no existe un órgano legislativo sino un proceso legislativo en el que participan el Consejo, el Parlamento y la Comisión. Del mismo modo, señala que no existe un Poder Ejecutivo identificable, ya que la función ejecutiva es ejercida en determinados casos por el Consejo, actuando a propuesta de la Comisión, y para otros casos, por la Comisión, y en otros, por los Estados miembros al implemen-



tar las políticas europeas (Majone, 2002, 323-324).

<sup>8</sup> Una discusión amplia sobre este tema puede verse en Gargarella (1996), donde aborda las distintas respuestas que se han dado al carácter contramayoritario del poder judicial.

<sup>9</sup> Utilizaremos indistintamente las expresiones “autoridades” o “entes” independientes, con la aclaración de que entendemos que tales términos son inclusivos tanto de órganos sin personalidad jurídica como de organismos con personalidad jurídica. Así la Defensoría del Pueblo, la Auditoría General de la Nación o el Consejo de la Magistratura o el Ministerio Público son órganos previstos en la Constitución (sin personalidad jurídica) en la órbita de alguno de los poderes del Estado o fuera de ellos, mientras que otros, como las universidades nacionales, poseen personalidad jurídica. Sin embargo, en todos ellos hay rasgos que permiten considerarlos autoridades independientes.

<sup>10</sup> Una excepción a ello es el caso de las universidades nacionales, que poseen las garantías institucionales de autonomía y autarquía. Aunque la denominada autonomía universitaria, recuperada en 1983, tenía tradición en nuestro país, es indudable que el constituyente quiso reforzarla con garantías específicas, que impidieran que por vía legislativa se la pudiera desconocer.

<sup>11</sup> La Constitución alude a él como “un banco federal con facultad de emitir moneda” en el artículo 75 inciso 6 CN.

<sup>12</sup> La Constitución no la denomina de ese modo, pues se refiere a ella como “un organismo fiscal federal”, que “tendrá a su cargo el control y fiscalización de lo establecido en este inciso [se refiere al régimen de coparticipación federal] según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición”. Este organismo existe desde antes de la reforma constitucional, con el nombre de Comisión Federal de Impuestos, pero ahora cuenta con una base expresa en el texto de la Ley Fundamental.

<sup>13</sup> Balbín considera que en Argentina no pueden existir autoridades independientes de los poderes políticos, pero sí podría postularse la existencia de “entes autónomos”, entre los cuales incluye a las provincias, los municipios, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las universidades nacionales y el Banco Central. Estos entes están caracterizados constitucionalmente por las normas de “autonomía”, “autonomía funcional” y “autonomía y autarquía”, y los equipara a los entes que Reiriz denomina “autoridades independientes” (Balbín II, 2011, 152).

<sup>14</sup> Dicho organismo fue creado por la Ley N° 20.221 (de 1973) y ratificada por la Ley N° 23.548 (de 1988) y sus modificatorias, y puede sostenerse que ahora posee jerarquía constitucional. Interesa advertir que la ley le confiere facultades normativas y decisorias (art. 11 de la Ley N° 23.548). Sus resoluciones sólo pueden ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del recurso extraordinario (art. 12 de la ley citada). Cabe observar que las normas de creación del organismo son previas a la reforma constitucional.

<sup>15</sup> Los alcances de la autonomía y autarquía universitarias están regulados por la Ley N° 24.521 de Educación Superior (y sus modificaciones). De ella surge que sus decisiones no son revisables por el Poder Ejecutivo, sino sólo por el Poder Judicial (art. 32). Además existen garantías para su funcionamiento sin interferencias del Poder Ejecutivo; por ejemplo, su intervención requiere el dictado de una ley del Congreso para ser válida (art. 30).

<sup>16</sup> Fallos 256, 241, 366; 303, 1776; 310, 203; 319, 110; 325, 860.

<sup>17</sup> Así, la Ley de Ministerios (t.o. 1992) y sus modificatorias establece en su artículo 20 inciso 15 que compete al Ministerio de Hacienda “[e]ntender en la política monetaria y cambiaria con arreglo a las atribuciones que le competen al Banco Central de la República Argentina”.

<sup>18</sup> Señala Gordillo que en lo que respecta a los entes reguladores la Argentina “se halla a mitad de camino entre el sistema preconstitucional y el que debe ponerse en marcha con la Constitución de 1994, materia en la que el Congreso se halla remiso” y añade: “debemos olvidar a los entes administrativos descentralizados, sometidos al control de tutela de la Administración central y comenzar a enfatizar que el Estado contemporáneo requiere de autoridades administrativas independientes del poder central. Debe continuarse la independencia de los entes de control de los servicios privatizados, incluyendo la participación de los usuarios, cumpliendo las funciones que delinea el art. 42 de la CN” (Gordillo 2013, XV-1/XV-2).

<sup>19</sup> Tal es el caso del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, establecido por Ley N° 19.032, pero también el de algunas de las obras sociales a que alude el artículo 2° de la Ley N° 23.660.

<sup>20</sup> Por ejemplo, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad – ENRE (Ley N° 24.065); el Ente Nacional Regulador del Gas – ENARGAS (Ley N° 24.075); Ente

Regulador del Agua y Saneamiento – ERAS (Ley N° 26.221); la Autoridad Regulatoria Nuclear (Ley N° 24.804); la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo – ACUMAR (Ley N° 26.168)

<sup>21</sup> Tal es el caso de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (Decreto N° 1388/96) o del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) (Decreto N° 375/97).

<sup>22</sup> La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522, dictada en 2009, creó como “organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional” con la función de ser autoridad de aplicación de esa ley a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Asimismo, la Ley N° 27.078 creó la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones – AFTIC. Ambos organismos fueron disueltos y reemplazados por el Ente Nacional de Comunicaciones – ENACOM, en virtud del Decreto N° 267/2015.

<sup>23</sup> Esta línea argumental también es expuesta por Rohr, quien sostenía que Madison tenía una visión flexible del principio de división de poderes. Este autor señala además que el Senado de los EEUU, en la visión de los “Padres Fundadores”, presentaba algunas características que lo aproximaban al Poder Ejecutivo y lo harían comparable a la función que hoy tienen las instituciones del Estado administrativo (por ej., la estabilidad o larga duración de sus mandatos, su aptitud para resistir las presiones del momento, el ejercicio de cierto poder de supervisión, etc.). Aunque el autor reconoce que hoy el Senado es únicamente una segunda cámara legislativa, observa que en los debates originales de la Constitución estaba presente una institución con funciones más amplias, que combinaba las de carácter legislativo con las ejecutivas y judiciales (Rohr 1986, 37-39).

<sup>24</sup> Véanse los precedentes citados en la nota 5 de este trabajo.

<sup>25</sup> En realidad existe una instancia de control en el momento de creación de la universidad nacional, cuando ésta, a través de los estamentos que las integran (docentes, estudiantes, graduados y, en ciertos casos, el personal no docente) adopta su estatuto. El Poder Ejecutivo puede observar disposiciones de ese estatuto, pero para ello debe acudir al Poder Judicial, utilizando una vía procesal específica, prevista en el artículo 34 de la Ley de Educación Superior.

<sup>26</sup> Los directores del ENARGAS son nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo.

Como única limitación, está el hecho de que antes de tomar esas decisiones, sus fundamentos deben ser comunicadas a una comisión bicameral del Congreso a fin de que emita opinión (se entiende que no es vinculante) y la necesidad de que la remoción se disponga por acto fundado. Sin embargo, esta comunicación no tiene ningún efecto en cuanto a la decisión que adopte el Poder Ejecutivo. Cabe añadir que el régimen previsto en la Ley N° 24.065 para los directores del ENRE es similar.

<sup>27</sup> Así, en 2001 se removió al entonces Presidente de la entidad por conducto del Decreto N° 460/2001. En los considerandos de este último se sostuvo que “[l]a responsabilidad política de la Administración general del país recae en el Presidente de la Nación, quien ostenta el carácter de jefe supremo de la Nación y jefe de gobierno [...], sin que las características especiales con las que la ley ha dotado a la entidad autárquica del Gobierno Nacional a la que atribuyera las funciones de ‘preservar el valor de la moneda’ y ‘vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero’, entre otras importantes funciones, modifique tal circunstancia”. Reforzando esta idea, a continuación se sostuvo que el Banco Central “integra la Administración Pública Nacional y está sometido a una superintendencia esencial por parte del Poder Ejecutivo Nacional, cual es la de velar por el normal cumplimiento de las disposiciones contenidas en su Carta Orgánica sobre la base de la cual se organizara y demás legislación aplicable [...]” (lo destacado no es del original). En 2010 un nuevo conflicto entre el Poder Ejecutivo y el entonces titular de la entidad llevó a disponer su remoción por conducto de un decreto de necesidad y urgencia (N° 18/2010); es decir, se acudió a una modalidad que implicaba evitar la intervención previa del Congreso prevista en la ley. En la fundamentación de este último se reiteraron algunos de los fundamentos precedentes, resaltando que la entidad estaba bajo la superintendencia del Poder Ejecutivo.

<sup>28</sup> Por ejemplo, en 2015, con motivo de la llegada al Poder Ejecutivo de un nuevo gobierno, el Presidente del Banco Central renunció a su cargo, pese a que su mandato estaba vigente (<https://www.lanacion.com.ar/economia/alejandro-vanoli-renuncio-al-banco-central-nid1851407>). Por otra parte, en 2017 se modificaron las metas de inflación por decisión del Poder Ejecutivo, lo que fue visto en ese momento como una interferencia en la autonomía del Banco Central al incidir en la política monetaria (<https://www.cronista.com/economiapolitica/El-Gobierno-cambio-las-metas-de-inflacion-para-impulsar-la-economia-20171229-0010.html>).

<sup>29</sup> La AFSCA estaba encabezada por un Directorio de siete miembros, que eran parlamentarios de los tres principales bloques legislativos, representantes de las universidades y de un Consejo Federal establecido por esa norma y sólo podían ser

removidos por un procedimiento especial. La AFTIC también estaba encabezada por un Directorio de siete miembros, que eran parlamentarios de los tres principales bloques legislativos, más un representante de las provincias, un representante del Consejo Federal y un representante por el Poder Ejecutivo. En ambos casos los directores duraban un período fijo (4 años) y sólo podían ser removidos con causa, mediante un procedimiento especial. Ante el cambio de gobierno en 2015, ambos organismos fueron intervenidos por el Decreto N° 236/2015 y luego se dispuso su supresión y reemplazo por un nuevo organismo, el Ente Nacional de Comunicaciones – ENACOM, en virtud del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 267/2015. El nuevo organismo también posee un directorio de siete miembros, pero se prevé que éstos pueden ser libremente removidos por el Poder Ejecutivo, sin necesidad de invocar justa causa.

<sup>30</sup> En realidad, esta atribución constitucional debe conjugarse con la garantía –también de base constitucional- de estabilidad del empleado público (art. 14 bis CN). Por lo tanto, salvo en los cargos más altos de la Administración, en cuya cobertura inciden consideraciones de mérito, oportunidad o conveniencia, en los casos de los demás agentes públicos rigen normas que aseguran su derecho a la carrera y la imposibilidad de su remoción, excepto que ello sea por justa causa (v. gr. la Ley N° 25.164, entre otras).

<sup>31</sup> En este punto conviene observar que la reforma no creó un sistema parlamentario, ni semipresidencial, ya que la jefatura del Estado y del gobierno coinciden en una misma persona (el Presidente). En cuanto a la administración general, el Presidente sigue siendo el responsable político, mientras que ahora su ejercicio corresponde al Jefe de Gabinete, elegido por el Presidente. La responsabilidad política de este último sobre el funcionamiento de la administración se justifica debido a que es él quien elige al Jefe de Gabinete, pudiendo removerlo o reasumir competencias delegadas en este último (Gelli 2008 II: 360).

<sup>32</sup> La ley citada contenía medidas para la administración de los recursos públicos a la que debían ajustarse los poderes del Estado. Específicamente la norma transcrita era una de las medidas que se adoptaban “[c]on la finalidad de avanzar en el proceso de reforma del Estado nacional y aumentar la eficiencia y calidad de la gestión pública”.

<sup>33</sup> En cumplimiento de la cláusula transitoria octava de la Constitución, las leyes delegantes previas a la reforma constitucional debían ser ratificadas por el Congreso, y lo fueron por plazos determinados a través de sucesivas leyes, que reproducían el texto transcripto del artículo 2° inciso a) de la Ley N° 25.148. En tal sentido, deben men-

cionarse las sucesivas Leyes N° 25.645, 25.918 y 26.135.

<sup>34</sup> En cambio, se admite que, cuando el ente descentralizado ha sido creado por decreto, el control del Poder Ejecutivo puede ser pleno, esto es, abarca tanto cuestiones de legitimidad como de mérito, oportunidad o conveniencia.

<sup>35</sup> Esta es la ratio que preside la creación de los colegios profesionales (ya sea por el Congreso o por Legislaturas provinciales). Según la Corte Suprema, “[l]a descentralización del ejercicio de las funciones de gobierno ha sido impuesta, en el caso de las profesiones liberales, por el desmesurado crecimiento de diplomados cuya actividad está sujeta al “control” directo del Estado. Para el desempeño de esta función de policía se ha preferido atribuir el gobierno de las profesiones a sus miembros y no crear nuevos y numerosos organismos administrativos. Son aquéllos quienes están en mejores condiciones para ejercer la vigilancia permanente e inmediata, porque están directamente interesados en mantener el prestigio de la profesión y se les reconoce autoridad para vigilar la conducta ética en el ejercicio de la misma” (Fallos 237, 397 [1957]).

<sup>36</sup> Tal ha sido el caso de las remociones de titulares del Banco Central o de los directores del AFSCA y del AFTIC descriptas en notas anteriores, en que se eludieron los mecanismos legalmente previstos.