

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz*

El rol del Congreso de la Nación y la reforma a la ley 24156 de administración financiera y sistemas del control del sector público nacional

1. La reforma introducida

El Poder Ejecutivo elevó al H. Congreso nacional, en mensaje 78, del 29 de junio de 2006, un proyecto para reformar el artículo 37 de la ley n.º 24156 (ADLA, LII-D, 4002), de «Administración financiera y sistemas de control del sector público nacional», el que —aprobado por ambas Cámaras del Congreso— se convirtió en la actual ley n.º 26124 (sancionada el 2.8.2006 y promulgada: el 7.8.2006).¹

El viejo artículo 37 de la ley n.º 24156 rezaba:

La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. *Quedarán reservadas al Congreso nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades.*

* Abogado y doctorando en Derecho (Universidad de Mendoza). Consejero suplente del Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad del Aconcagua. Profesor adjunto de Derecho Constitucional, Facultad de Psicología y Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad del Aconcagua. Profesor de posgrado en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo-Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Asesor de la Vicegobernación de la Provincia de Mendoza y de la Presidencia Provisional de la H. Cámara de Senadores.

¹ ADLA, 20/2006, p. 1.

La ley modificatoria sustituyó el referido artículo, que quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 37. La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedan reservadas al Congreso nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. *El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptúase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la ley n.º 25917. El incremento de las partidas que refieran gastos reservados y de inteligencia sólo podrá disponerse por el Congreso de la Nación.*

Quizás resulte oportuno comenzar el análisis de la reforma con las palabras vertidas por el senador Sanz en la sesión de la Cámara alta,² cuando sostuvo que:

[...] esto no es solamente un debate que involucra la modificación de la Ley de Administración Financiera; en este debate también hay una cuestión de fondo [...]. Y la cuestión de fondo es que estamos discutiendo sobre el esquema de división de poderes; es decir, hay una cuestión constitucional [...] y la cuestión constitucional tiene que ver con que si esta modificación [...] supone una delegación de facultades del Congreso o, por el contrario, supone un reconocimiento legislativo de una facultad que le es propia al Jefe de Gabinete de Ministros. La cuestión no es menor, porque si la respuesta es que esta es una delegación de facultades, rige el artículo 76 de la Constitución nacional. Por lo tanto, hay algunos requisitos que cumplir. [...] Y [...] si la respuesta es que esto es un reconocimiento de una facultad propia del Jefe de Gabinete de Ministros, este proyecto entra en colisión con lo que nosotros entendemos dice la Constitución nacional [...].

Lo cierto es que en diversos ámbitos el proyecto objeto de este trabajo —hoy convertido en ley— fue calificado como de otorgamiento de *superpoderes* permanentes al Jefe de Gabinete, llegándose a sostener incluso que implica la muerte de la República.

2. Algunas reflexiones previas acerca de nuestro régimen político

Para nosotros, el objetivo perseguido por el Poder Ejecutivo nacional —a través del proyecto en análisis— no resulta novedoso.

Sabemos desde hace tiempo que nuestro régimen político responde al modelo presidencialista fuerte trazado por J. B. Alberdi y que forma parte de nuestra tradición constitucional que arranca —a nuestro juicio— aún antes de su consolidación definitiva por la creación del Directorio a manos de la Asamblea del año XIII.

² H. Cámara de Senadores de la Nación: 16.ª reunión – 14.ª sesión ordinaria, 12 y 13 de julio de 2006, aprobada por 37 votos afirmativos, 6 votos negativos y ninguna abstención.

De las principales fuentes que influyeron en el pensamiento de Alberdi —Constituciones argentinas de 1819 y 1826, pactos preexistentes, anteproyecto de Pellegrino Rossi, Constitución de los Estados Unidos, Constitución francesa de 1791 y Constitución chilena de 1833— el tucumano prefirió esta última a la hora de diseñar el órgano ejecutivo, al que le asignó las jefaturas de Estado, gobierno, administración pública, fuerzas armadas y Capital Federal, lo que dio como resultado un verdadero monarca constitucional.³ No por repetida debe olvidarse su consabida cita: «[...] Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución [...]».⁴

Tampoco resulta novedoso que este Poder Ejecutivo fuerte a lo largo del último siglo se ha ido desnaturalizando por diversas causas, a tal punto que puede sostenerse —a nuestro juicio aún hoy, después de la reforma de 1994— que el proceso de hipertrofia del Ejecutivo transformó nuestro régimen presidencialista en un régimen hiperpresidencialista.

Son muchas las razones de este fenómeno de hipertrofia. Se sostiene entre otras cosas que:

[...] el sistema presidencial argentino ha concentrado enormes poderes y facultades en el presidente de la Nación distorsionando el esquema de separación de poderes pensado por los constituyentes de 1853. [...] El equilibrio de poderes que consolidó nuestra práctica constitucional no es ya eficaz para evitar el ejercicio abusivo del poder, la corrupción, el avance del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y el avasallamiento del federalismo.⁵

Este régimen político caracterizado por una fuerte concentración de poderes en la figura presidencial, que deriva del texto constitucional y que la práctica política ha incrementado mediante la reelección presidencial, la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial de leyes, sumado al abandono progresivo del Congreso del ejercicio de su facultad de control, y finalmente, a un Poder Judicial que ha debilitado sus estándares en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y decretos nos ha llevado —en reiteradas oportunidades— a bregar por el urgente restablecimiento del equilibrio natural entre las funciones del poder, mediante el cumplimiento expreso de la letra constitucional, pues de otra manera coincidimos con el maestro Frías, cuando nos dice que:

³ En este sentido puede consultarse la obra de Dardo Pérez Guilhou: *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, cap. 8, Mendoza, EDIUNC, 2003, pp. 101-118, quizás uno de los autores que más ha analizado el tema del Ejecutivo fuerte argentino.

⁴ Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, tomo I, Buenos Aires, El Ateneo, 1913, p. 139.

⁵ Cf. Inserción solicitada por el señor convencional Raúl R. Alfonsín. *Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994*, tomo III, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, p. 2715.

El Estado de derecho se desvirtúa por la desnaturalización de las reglas constitucionales [y se pregunta:] ¿Hay separación de poderes? ¿Hay tres poderes? Se duda del Congreso porque [...] no ha dictado en diez años la ley de coparticipación federal, ni ha nombrado la Comisión bicameral que debe seguir los decretos de necesidad y urgencia [...] y porque la emergencia ha justificado superpoderes para el Ejecutivo, hasta el despropósito.⁶

Cierto es que no podemos negar nuestra tradición caudillista y de fuertes liderazgos personales que se suma como dato histórico y sociológico al diagrama constitucional del Poder Ejecutivo, pero, también es cierto que desde hace ya muchos años la doctrina viene sosteniendo y advirtiendo sobre el retraimiento del órgano legislativo y el crecimiento del órgano ejecutivo, aun en los sistemas parlamentarios.

Ricardo Haro señala que:

Del análisis comparado surge que la eficiencia en el gobierno, como hecho técnico políticamente conducido requiere que el acrecentamiento de la función ejecutiva en los presidencialismos sea amortiguada con ciertos órganos y controles emparentados con el parlamentarismo. Así como la colegialidad de los parlamentarismos muestra un fortalecimiento ya sea en las competencias del jefe de Estado [...] o en las propias del jefe de Gobierno, modalidades que los aproximan al sistema presidencialista [...].⁷

Agrega el autor, citando a Jiménez de Parga, que:

En algunos parlamentarismos [...] el régimen [...] funciona en torno al jefe de Gobierno [...] y los poderes del protagonista son tales, que superan a los de los presidentes en los regímenes presidencialistas [...]. El parlamentarismo formal es un presidencialismo en la realidad. [...] A su turno, se buscan afanosamente mecanismos que tiendan a moderar a los Ejecutivos fuertes propios de la forma presidencialista.⁸

No podemos negar que —a más de los elementos criollos que hacen a nuestro régimen político hiperpresidencialista— existen diversas causas que han contribuido a la vigorización del Poder Ejecutivo y, por ende, a la crisis del Parlamento.

Así, los autores⁹ señalan como factores de crecimiento del Poder Ejecutivo, entre otros: la consolidación y desarrollo de los partidos políticos, el intervencionismo estatal activo en las relaciones económico-sociales, la exigencia de rapidez, información y técnicos especializados, la frecuencia de los estados de emergencia,

⁶ Pedro José Frías: «La consistencia del Estado de derecho» en *El Derecho*, suplemento de derecho constitucional, n.º 11149, año XLII, 10.12.2004, p. 1.

⁷ Ricardo Haro: «Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional», en *Revista Jurídica del Perú*, año LI, n.º 24, julio de 2001, p. 26.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Por exceder el objeto de análisis remitimos al lector —además de los ya citados— a los siguientes trabajos en los que se desarrolla acabadamente la crisis del Parlamento y el crecimiento del órgano ejecutivo, a saber: Gerardo Ancarola: «La crisis del parlamentarismo», en *Foro Político*, vol. II, 1991, Buenos Aires, UMSA, pp. 42-50; Ítalo A. Luder: *Sociología del Parlamento*, en *LL*, tomo 92, pp. 784-793; y José Luis Martínez Peroni: «Algunas consideraciones acerca de las funciones del poder», en Pérez Guilhou y otros: *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 161-192.

la delegación de funciones legislativas en el Poder Ejecutivo, la conducción de las relaciones exteriores, la crisis del sistema federal, la imposibilidad de discutir en el órgano legislativo la totalidad de los proyectos de ley de envergadura, la necesidad de contar con una tecnoburocracia, etcétera.

Podemos sostener entonces —no sin señalar nuestro profundo desacuerdo— que el Congreso dejó de ser —desde hace ya mucho tiempo— el ámbito de deliberación por excelencia, lo que sumado al crecimiento desmesurado del órgano ejecutivo trae como consecuencia que los miembros de este no concurren al seno de aquel a discutir las políticas de Estado.

3. Los argumentos utilizados para fundar y defender el proyecto de reforma a la ley 24156

Tanto la senadora Fernández de Kirchner —en la sesión aprobatoria del 12 y 13 de julio de 2006—, como el jefe de Gabinete, Alberto Fernández,¹⁰ apelaron —entre otros— al argumento (tomado por cierto del mensaje de remisión) de que:

[...] no es la primera vez que ocurren estas cosas y que los opositores de hoy actúan con hipocresía porque ellos, cuando fueron gobierno, también recurrieron a las facultades extraordinarias. Cada vez que los anteriores gobiernos pidieron facultades extraordinarias lo hicieron para atender emergencias económicas de las que todos tenemos memoria y con un alcance transitorio, hasta que esas emergencias fueran superadas.

García Belsunce al respecto señala que: «Es inaceptable que el mensaje pretenda encontrar fundamento razonable a la modificación que propicia, en que “desde el año 1997, en diversas circunstancias, se ha autorizado al jefe de Gabinete de ministros a disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias, sin sujeción a las limitaciones previstas en el artículo 37 de la ley n.º 24156 [...]”»,¹¹ toda vez que las ilegalidades e inconstitucionalidades en que han incurrido gobiernos anteriores jamás pueden servir de base para modificar en forma permanente una ley que se ajusta estrictamente a los cánones que señala la Constitución nacional en materia presupuestaria.¹²

Y si ese entuerto inconstitucional existió en el pasado, recordemos que no justifica su reiteración en el presente, pues tal como señala Grondona: «[...] Afirmar [...]

¹⁰ En la sesión especial del día 5 de julio de 2006 en la Cámara de Senadores de la Nación, para el debate sobre el proyecto de modificación remitido por el Ejecutivo nacional.

¹¹ Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156, de Administración Financiera: sus vicios políticos y constitucionales», en *La Ley*, suplemento «Actualidad», 18.7.2006.

¹² *Ibidem*.

la legitimidad de un pecado al que ahora se lo quiere renovar sin excusas, sin límites y sin plazos, ya no es un pecado sino una herejía. La herejía antirrepublicana».¹³

Por ello coincidimos con quienes sostienen que la verdadera intención de la reforma es legitimar —a través de una norma legislativa— el objetivo de poner en manos del Poder Ejecutivo —para reforzar su omnipotencia— el instrumento financiero adecuado y necesario a sus propósitos de disponer voluntariamente la asignación de los recursos públicos, al servicio de sus intereses políticos partidarios y personales, que son muy distintos de los verdaderos intereses políticos del país.¹⁴

Por otra parte, según señaló el senador Capitanich —en la sesión de la Cámara alta— al referirse a los objetivos de la reforma, esta persigue tres que se reputan principales:

Primero: reglamentar las atribuciones del Jefe de Gabinete de Ministros. Esta figura institucional se introduce en virtud de la reforma constitucional de 1994, a partir de la cual [...] es absolutamente imprescindible establecer que por el inciso 1.º del artículo 100, el Jefe de Gabinete de Ministros es el jefe de la Administración y por el inciso 7.º es el responsable de la ejecución del presupuesto. Segundo: era y es necesaria esta reforma de carácter permanente en la Ley de Administración Financiera, con el objetivo de dar una coherencia normativa entre una norma preexistente, que es la Ley de Administración Financiera, de 1992, y esta reforma de carácter constitucional. Tercero: porque es absolutamente necesario brindar una herramienta al Poder Ejecutivo nacional para lograr la optimización en la ejecución presupuestaria. En este contexto [...] es importante remarcar en qué consiste precisamente la reforma que se propicia. Esta modificación consiste en la reglamentación de las atribuciones del jefe de Gabinete [...] para la ejecución presupuestaria [...] [Así] el Jefe de Gabinete de Ministros [...] puede reasignar partidas presupuestarias en tres aspectos. El primer aspecto es transferir partidas [...] correspondientes a erogaciones de capital a erogaciones corrientes [...]. La segunda atribución [...] consiste en transferir las partidas presupuestarias respecto de sus finalidades [...]. En tercer lugar [...] se pueden transferir las partidas presupuestarias correspondientes a aplicaciones financieras [...].

En este sentido, cabe tener presente que el senador Morales, haciendo referencia a los citados objetivos manifestó que:

La norma transcrita [en su actual redacción] reserva para el Congreso la definición última en tres grandes aspectos; el primero de ellos es el monto total del presupuesto y el endeudamiento; el segundo son los gastos que impliquen incrementar los gastos corrientes en desmedro de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras; y el tercero son los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades. La modificación que auspicia el Poder Ejecutivo mediante el proyecto de ley que estamos analizando se refiere a estas dos últimas atribuciones, las que a partir de ahora se propone sean ejercitadas en forma discrecional por el poder administrador sin intervención del Congreso.

¹³ Cf. Mariano Grondona: «El terrible artículo 29 de la Constitución», disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/opinion/nota.821875>.

¹⁴ Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

Lo cierto es que el mensaje que acompañó al proyecto alude a que, por el artículo 100, inciso 7.º, de la Constitución nacional, al Jefe de Gabinete de Ministros le corresponde hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional y agrega:

Por tal motivo, deviene necesaria la modificación propuesta, en atención a que el referido funcionario resulta responsable político ante el Congreso de la Nación en las materias señaladas precedentemente y a fin de adoptar la normativa vigente al cambio constitucional introducido a partir de 1994, puesto en ejecución durante el ejercicio 1995.

4. La Constitución y las atribuciones en materia presupuestaria

A los fines de un adecuado análisis de los argumentos esgrimidos en defensa de la reforma consideramos fundamental detenernos en algunos conceptos básicos sobre la materia presupuestaria y, siguiendo a Louis Trotabas, podemos decir que: «El presupuesto es el acto legislativo por el cual son previstos y autorizados los gastos y los recursos anuales del Estado».¹⁵

Salvador Oría agrega a lo expresado que: «La aplicación y cumplimiento de las previsiones y autorizaciones contenidas en el presupuesto no pueden aplicarse en la vida normal del Estado, sin autorización del Parlamento».¹⁶

Es decir que, frente a la pregunta de: ¿quién es el verdadero titular de esta facultad, el Congreso o el Jefe de Gabinete?, creemos que no cabe duda que el presupuesto es única y exclusivamente un acto de competencia del Poder Legislativo y, por consiguiente, no puede ser alterado ni modificado en parte alguna por el Poder Ejecutivo, cuya competencia, muy importante pero limitada, debe concretarse a su fiel y correcta ejecución.

En este sentido, sostiene Giuliani Fonrouge que:

La función legislativa, en nuestro país, no se reduce a «aprobar» o «autorizar» lo que propone el Ejecutivo, pues es ejercitada en toda su plenitud. Las Cámaras no reciben un acto concluido o definitivo, sino un proyecto de presupuesto a considerar, como puede ocurrir con cualquier otra materia; el Ejecutivo participando en la acción de gobierno, sugiere o propone una ley, y el Legislativo la hace suya, la rechaza o la modifica, total o parcialmente, sin existir límites constitucionales a su libre albedrío. Se trata, pues, de una ley normal, no de un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo, debiendo rechazarse el concepto de que es ley de «aprobación» o de «autorización».¹⁷

¹⁵ Louis Trotabas: *Précis de science et législation financières*, París, Dalloz, 1953, p. 29, citado por Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

¹⁶ Salvador Oría: *Finanzas*, tomo III, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, p. 283, citado por Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

¹⁷ Giuliani Fonrouge: *Derecho financiero*, tomo I, 9.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 143.

A su turno, Adolfo Atchabahian, comentando «las reglas clásicas del presupuesto», señala que:

La regla de la generalidad puede enunciarse diciendo que el presupuesto debe ser único e incluir en él todos los gastos y recursos de la hacienda pública, sin compensación entre ellos y sin afectación particular de los segundos a los primeros. La regla de la universalidad del presupuesto se refiere específicamente a la comprensión que ha de tener el presupuesto como plan preventivo financiero del Estado. Para que el presupuesto cumpla debidamente sus funciones de control preventivo de la actividad de naturaleza económica en la hacienda pública, no debe haber gastos y recursos susceptibles de ejecutarse separadamente de aquel, y que el Poder Ejecutivo pueda disponer sin autorización legislativa, y sin obligación de rendir cuenta de la inversión. [...] Esta regla de la especificación de los egresos se opone a la inclusión de partidas globales en el presupuesto, esto es, de cantidades sin discriminación de conceptos. Si el Poder Legislativo lo hace, en realidad resigna en el Poder Ejecutivo su facultad de fijar los gastos, pues esta fijación no ha de referirse solo al monto máximo de las erogaciones, sino también a los conceptos particulares en que se han de invertir los fondos del tesoro.¹⁸

La anualidad del presupuesto de gastos y cálculo de recursos ofrece la ventaja de ajustar las cifras a la situación económico-financiera (de gran inestabilidad siempre); pero por sobre todas las cosas, persigue evitar transgresiones que se pretendan fundar en razones de urgencia; reafirmando las atribuciones del Congreso como práctica democrática indelegable; y, en virtud del principio de especialidad presupuestaria, la ley de presupuesto ha de ser analítica, debiendo los ingresos y egresos determinarse particularmente, con el objeto de evitar se otorgue una discrecionalidad ilimitada o vaga al administrador, desvirtuando de tal modo el sistema constitucional.

Finalmente, en virtud del principio de unidad, el presupuesto debe reunir todas las autorizaciones, lo que no impide que por leyes especiales se autoricen cambios en lo determinado legalmente, sin que ello altere los principios desde que esas leyes pasan a integrar el presupuesto, manteniendo su unidad y certeza.

Así entonces, tal como señala María Angélica Gelli:

En el sistema constitucional argentino, el presupuesto general de gastos es proyectado por el Poder Ejecutivo —previo tratamiento en acuerdo de gabinete (artículo 100, inciso 6.º, CN)— fijado —aprobado— por el Congreso de la Nación (artículo 75, inciso 8.º, CN) y ejecutado por el Jefe de Gabinete de Ministros, quien ejerce la administración general del país (artículo 100, incisos 7.º y 1.º, CN, respectivamente) aunque el presidente de la Nación resulta el responsable político de esa administración general del país (artículo 99, inciso 1.º, CN).¹⁹

¹⁸ Adolfo Atchabahian: *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 157 y 195.

¹⁹ María Angélica Gelli: «De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa (Acercas de la reforma a la ley de Administración Financiera)», en *La Ley*, suplemento «Constitucional», 22.8.2006, p. 21.

Por ello sostenemos que en esta reforma hay una gran confusión —a nuestro juicio intencional— de dos etapas distintas del proceso presupuestario. Este comprende las siguientes: la formulación o presentación del presupuesto, que corresponde al Poder Ejecutivo nacional; la sanción del presupuesto, reservada exclusivamente al Poder Legislativo en todo su contenido y estructura; la ejecución del presupuesto, que se atribuye al Poder Ejecutivo nacional; el control interno del presupuesto, que es atribución de la Sindicatura General de la Nación, órgano dependiente del Poder Ejecutivo; el control externo del presupuesto, a cargo de la Auditoría General de la Nación, dependiente del Congreso nacional, a través de cuya información y dictámenes el Congreso ejerce el control posterior del presupuesto (artículo 117, ley n.º 24156) y la consideración de la cuenta de inversión, por mandato explícito del artículo 75, inciso 8.º de la Constitución nacional. Queda claro entonces que el proyecto, y ahora la ley, confunden la sanción del presupuesto con su ejecución, que corresponden separadamente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, respectivamente.

Es cierto, tal como refiere Gelli, que:

[...] como lo prevé el artículo 37 de la ley 24156, puede resultar necesario efectuar modificaciones al presupuesto general durante el período de su ejecución. Sin embargo, esas modificaciones, como también lo dispone el artículo 37 de la citada ley, tienen límites concretos, precisamente para evitar que se diluya y desaparezca la voluntad del Poder Legislativo sobre el punto.²⁰

Así las cosas, cabe sostener que el senador Capitanich se equivoca cuando entiende que con la pretendida reforma se logrará el objetivo de «optimizar el uso de los recursos públicos mediante la eficaz gestión presupuestaria» en manos del Jefe de Gabinete, pues no advierte que la optimización de los recursos es función reservada al Congreso nacional, conforme a los preceptos constitucionales señalados, y, por ende, ajena a la competencia del Poder Ejecutivo, responsable únicamente de la ejecución o aplicación de la ley de presupuesto.

Por ello creemos acertada la postura del senador Giustiniani, cuando señala que:

[...] la modificación de la atribución del Congreso nacional a partir de la sanción de este proyecto de ley, transforma el paso por el Parlamento en un mero trámite intermedio entre lo que es la iniciativa del Poder Ejecutivo nacional y la ejecución que el mismo Poder Ejecutivo nacional haga.

5. La reforma constitucional de 1994

Otro de los argumentos defendidos por el Jefe de Gabinete y por la senadora Fernández de Kirchner es que la ley n.º 24156 ha entrado en contradicción con

²⁰ María Angélica Gelli: «De la delegación excepcional a...», o. cit., p. 21.

la reforma constitucional de 1994 que incorporó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros.

Lo cierto es que lo primero que debemos analizar es qué principios constitucionales respecto al presupuesto se aplicaban en el año 1992, cuando se sancionó la Ley de Administración Financiera.

Regía la Constitución nacional de 1853-60 con sus reformas de 1866, 1898 y 1957. En materia presupuestaria, la carta federal establecía los siguientes principios: el Poder Ejecutivo formulaba el presupuesto —de acuerdo con el artículo 86, incisos 1.º, 4.º y 13—; el Poder Legislativo lo fijaba en virtud del artículo 67, inciso 7.º; el Poder Ejecutivo lo ejecutaba de conformidad con el artículo 86, inciso 13, y, por último, el Poder Legislativo aprobaba la cuenta de inversión (artículo 67, inciso 7.º).

Resulta claro entonces —antes y después de la reforma de 1994— que el presupuesto de gastos y cálculo de recursos es una atribución privativa del poder del Estado que ejerce la función legisferante y ello, como consecuencia de que en los regímenes democráticos y republicanos la soberanía reside en el pueblo y este está representado en la organización constitucional por el Poder Legislativo.²¹

Coincidimos con García Belsunce cuando dice que:

La reforma al artículo 37 de la ley 24156 [...] conduce inexorablemente al «quebrantamiento del principio de legalidad en materia presupuestaria», al delegar inconstitucionalmente en el Poder Ejecutivo la facultad de modificar el destino de los gastos presupuestarios, apartándose discrecionalmente de las asignaciones o aplicaciones dispuestas por la ley de presupuesto, para atender *a piacere* a los designios políticos del Ejecutivo de turno, escamoteando de esa manera la voluntad legislativa que, aunque sea utópicamente, se supone que es la voluntad popular en la que reside la soberanía nacional.²²

La pregunta que lógicamente sigue es la siguiente: ¿modificó ese esquema la reforma constitucional del año 1994? La senadora Fernández de Kirchner sostuvo que no es cierto que el objetivo de la reforma de la Constitución de 1994 fue atenuar nuestro sistema presidencialista para luego contradecirse al sostener que:

¿Cómo se atenuaba el presidencialismo? ¿A través de la Jefatura de Gabinete? Cuando hoy se quiere reglamentar la facultad del jefe de Gabinete se dice que en realidad lo que se quiere hacer es concentrar el poder en su figura. Resulta que el jefe de Gabinete era la gran atenuación semiparlamentaria. [...] ¿En qué consistía básicamente esa atenuación? Precisamente en la incorporación de la figura del jefe de Gabinete, al que ahora se le dice: «No, ¿por qué le van a dar tanto poder al jefe de Gabinete?».

²¹ La anterior Ley de Contabilidad (12961, ADLA, 1947, p. 217) —precedente de la ley 24156— contenía una disposición, en su artículo 26, que explícitamente se refería al tema que nos ocupa y que, lamentablemente, no se repite en la actual ley 24156. Decía: «No podrán comprometerse gastos no autorizados (desde luego que por el Congreso) ni invertirse cantidades votadas para otros fines que los determinados».

²² Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

Lo cierto es que en reiteradas oportunidades en el desarrollo de los debates de la constituyente de 1994 se señala con claridad que el objetivo central de la pretendida reforma fue atenuar el sistema presidencialista y formular un nuevo equilibrio de poderes donde se limiten facultades al Poder Ejecutivo y se fortalezcan el Poder Legislativo y el Poder Judicial. En el marco de este objetivo, la creación del Jefe de Gabinete resultaba —a juicio de muchos— decisiva.²³

Ahora bien, con total independencia de si el objetivo de la atenuación del sistema presidencial se alcanzó o no, la reforma de 1994 en nada modificó las competencias atribuidas por la Constitución histórica en materia presupuestaria, pues el anterior artículo 86 de la carta magna, relativo a las atribuciones del presidente de la Nación, simplemente se desagregó en los artículos 99 y 100, referidos a las atribuciones del presidente y del Jefe de Gabinete, respectivamente.

Por ello coincidimos con el senador Sanz, cuando sostuvo que:

[...] si la Constitución hubiera querido que estas facultades fueran del Jefe de Gabinete, lo hubiera dicho; se hubiera escrito. Sin embargo, quedaron en el ámbito del Congreso de la Nación. Entonces, si hoy pretendemos reconocérselas al Jefe de Gabinete estaríamos frente a una contrarreforma constitucional.

Agregó luego:

Cómo será de contundente e indiscutible esta definición, que el propio Poder Ejecutivo, cuando envió el proyecto [de reforma de la ley n.º 24156], reconoció expresamente quién es el titular de la competencia. [...] Porque el proyecto —en su redacción original— expresaba: «Facúltase al Jefe de Gabinete». Esta expresión es clave [...] porque facultar significa reconocer, por parte de quien envió este proyecto, quién es el dueño de la competencia, dado que nadie puede facultar a otro a ejercer un poder que no le es propio.

El oficialismo introdujo un cambio, en comisiones, y reemplazó el vocablo *facultase* por *puede*, con la decidida intención de señalar un reconocimiento de esa facultad en cabeza del Jefe de Gabinete, pues si se insistía en su originaria redacción debía necesariamente analizarse el artículo 76 de la Constitución nacional que regula la llamada delegación legislativa y que expresamente la prohíbe: «[...] en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca [...]».

Si bien excede el objeto del presente trabajo el análisis pormenorizado de la delegación legislativa cabe decir —siguiendo a Badeni— que: «Hay delegación de

²³ Sobre las distintas posturas acerca de la inclusión de la figura del Jefe de Gabinete puede consultarse Víctor Enrique Ibáñez Rosaz: «El Jefe de Gabinete y la función constitucional de los ministros», en Germán J. Bidart Campos (dir.): *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 299-318; y Andrés Gil Domínguez: «El Jefe de Gabinete y la función ministerial en la Convención Constituyente de 1994», en *Diez años de la reforma constitucional de 1994*, Córdoba, Soluciones Gráficas SRL, 2004, pp. 580-598.

facultades legislativas cuando el Congreso, que está investido de la potestad legisferante, encomienda el ejercicio de ese poder a otro órgano gubernamental».²⁴

García Belsunce aclara que:

No obstante que esta definición admite que el sujeto beneficiario de la delegación sea «otro órgano gubernamental», dicho artículo 76 limita la delegación legislativa instituida por la reforma de 1994, al Poder Ejecutivo y este, es un órgano unipersonal «desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”» (artículo 87, Constitución nacional). Por ello, la delegación parcial por el Congreso nacional de su facultad exclusiva de sancionar la ley de presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, al permitir que residan en la persona del Jefe de Gabinete de Ministros facultades como las enumeradas en la frase final del nuevo texto propuesto para el artículo 37 de la ley 24156, es inconstitucional.²⁵

Ello es así, además, por cuanto estamos convencidos de que el Jefe de Gabinete de ministros, como tal, no es el titular de la función ejecutiva, sino un órgano que junto con los demás ministros secretarios «[...] tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia» (artículo 100 CN).

A la señalada objeción debemos agregar que la Constitución exige que la delegación recaiga sobre materias determinadas, es decir, concretas, específicas y no genéricas y que no admitan una interpretación flexible o extensiva, a la vez que la delegación queda limitada por la Constitución a dos materias: administrativas o de emergencia pública.

El concepto de materias administrativas no es preciso y por ello no resulta fácil determinarlo por vía interpretativa. Va de suyo que las materias administrativas delegables son las de competencia exclusiva del Congreso, pues no podría este delegar una facultad o competencia que constitucionalmente no le corresponde.

Sobre la base de partir de una interpretación sistemática y finalista, Badeni²⁶ señala por vía de exclusión cuáles son las materias administrativas. A tal efecto, excluye las materias de naturaleza política que, por sus contenidos o fines, apuntan a la conformación del gobierno o del Estado. Tales son, entre otras: la declaración del estado de sitio, la intervención federal a las provincias, la amnistía, la fijación de límites internacionales o interprovinciales, la determinación de la ciudad capital de la República, la ley de ministerios, la aprobación o rechazo de tratados internacionales, la declaración de la necesidad de la reforma constitucional, *la ley de presupuesto*; materias todas que la doctrina y la jurisprudencia han considerado no justiciables, es decir, excluidas del control judicial de constitucionalidad.

²⁴ Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1080.

²⁵ Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

²⁶ Cf. Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., pp. 1085-1089.

También consideramos excluidas las materias de índole penal, tributaria, electoral o referentes al régimen de los partidos políticos, porque si el artículo 99, inciso 3.º, CN, al facultar al Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia, excluye a tales materias de esas medidas excepcionales, debe considerárselas también ajenas a la delegación legislativa, pues entenderlo de otra manera sería aceptar que hay una contradicción entre los artículos 76 y 99, inciso 3.º, antes citados.

En cuanto a las materias de emergencia pública, consideramos que no puede invocarse como fundamento la emergencia económica, declarada por la ley n.º 25561 del año 2002 (*ADLA*, LXII-A, p. 44), después de tres años en los que el crecimiento anual del PBI ha llegado al 9% y estará alrededor del 8% en 2006, y se ha logrado en un trienio superávit fiscal primario.

Por último, pero no menos importante, es que el mencionado artículo 76 exige el cumplimiento de dos requisitos para la procedencia o legitimidad de la delegación legislativa que él regula.

Uno de esos requisitos es que la delegación sea con plazo fijado para su ejercicio, lo que significa que debe ser temporaria y no definitiva; y el otro es que el acto que por delegación realice el Poder Ejecutivo lo sea «dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca». Ello no puede darse en el caso en análisis pues estamos frente a una alteración de la esencia legislativa del presupuesto por escisión de contenidos o finalidades esenciales que, como tales, son inescindibles.

En síntesis, la delegación legislativa que se produce como consecuencia de la reforma al artículo 37 de la ley 24156 es inconstitucional y vulnera el sistema de división de los poderes de gobierno.

No está de más recordar que:

La Constitución nacional adoptó el sistema de gobierno presidencialista [...] [y que] uno de los principios fundamentales de nuestro sistema constitucional, el que sirve de cimiento a todo el edificio institucional, es que los poderes del gobierno son limitados. Esa limitación se plasma en el principio de separación de los poderes y control recíproco entre ellos.²⁷

Ahora bien,

cuando Montesquieu elaboró su doctrina de la separación de poderes no tuvo por finalidad crear tres poderes de distinto grado y naturaleza. Lo que hizo fue atribuir las funciones básicas de gobierno —legislar, ejecutar y juzgar— a tres órganos diferentes cada uno de los cuales ejercería una de esas funciones. Fundamentó su concepción en que el ejercicio del poder era una garantía de la libertad de los individuos. Ella se vería resentida si todas las funciones fueran cumplidas por una misma persona o un mismo cuerpo. De esta manera oponía su doctrina al absolutismo monárquico.²⁸

²⁷ Manuel José García Mansilla: «La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes», en *El Derecho*, año XLII, n.º 11130, p. 1.

²⁸ Félix R Loñ: *Constitución y democracia*, Buenos Aires, Lerner, 1987, p. 39, citado por Enrique Alberto Stoller: «¿Adiós a la doctrina de Montesquieu? La separación de los poderes en la República Argentina», en *LLNOA*, 1998, p. 1171.

Y más aún, Althusser enseña que:

[...] el verdadero objeto de Montesquieu es precisamente la combinación, el enlace de tres potencias. [...] Se trata ante todo de un problema político de relación de fuerzas, en vez de un problema jurídico que concierne a la definición de la legalidad y sus esferas. [...] La famosa separación de poderes es solo el reparto ponderado del poder entre potencias determinadas: el rey, la nobleza, el pueblo.²⁹

Así las cosas, escindir de la ley del presupuesto que ha sancionado el Poder Legislativo, las facultades de hacer aplicaciones financieras y distribución de las finalidades o destinos de los créditos o partidas que integran el cálculo de gastos, asignando esta última facultad al Jefe de Gabinete de Ministros, que nada tiene que ver con el Poder Legislativo, es lisa y llanamente apartarse o violar el sistema de la división de los poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo.

María Angélica Gelli advierte que:

La disposición reformada es crucial para el sistema institucional argentino y está enderezada a impedir que el presidente de la República se convierta en un soberano, por encima de la ley y la Constitución, que redistribuye o concentra partidas presupuestarias [...] según su personal criterio de decisión.³⁰

En épocas de crisis nos preguntábamos:

[...] si acaso en las situaciones de hecho extraordinarias llamadas «emergencia» esa dinámica del poder propiamente argentina no actúa en forma análoga a las situaciones de normalidad; si el debilitamiento institucional lejos de ser la consecuencia de la emergencia, es la causa de la necesidad reiterada de invocarla para justificar decisiones que afectan —muchas veces en forma irrazonable— los derechos y garantías constitucionales.³¹

Y nos respondíamos:

Ese debilitamiento institucional «normal» que demuestra nuestra dinámica del poder rebasa ampliamente los límites conceptuales de la doctrina de la emergencia, por tanto, estimamos que no debemos trabajar sobre ella, sino sobre el funcionamiento institucional, estableciendo pautas y exigencias que refuercen los controles que la propia Constitución prevé y que, hasta el momento, no han sido ejercidos. La «emergencia de la emergencia» que algunos autores plantean conforma una acabada prueba de ello.³²

Hoy más que nunca confirmamos nuestro aserto. En un país que inicia su cuarto año consecutivo de alto crecimiento económico no cabe hablar de *emergencia económica* y mucho menos entonces de facultades extraordinarias permanentes para las situaciones de *crecimiento económico*.

²⁹ Louis Althusser, *Montesquieu, la Politique et l' Histoire*, trad. de María Ester Benítez, Madrid, Ciencia Nueva, p. 86.

³⁰ María Angélica Gelli: «De la delegación excepcional a...», o. cit., p. 21.

³¹ Cf. Víctor Enrique Ibáñez Rosaz: «La emergencia y la dinámica del poder estatal» en *El Derecho*, suplemento de «Derecho constitucional», año XLIII, 27.7.2005, p. 9.

³² *Ibidem*.

Ya lo anticipaba el Deán Funes cuando decía:

La experiencia de todos los siglos y lugares tiene muy bien acreditado que puesto el poder soberano en manos de un solo hombre, tarde o temprano se transformará en despotismo. Una autoridad sin freno es capaz de corromper al hombre más virtuoso. Nadie que conozca la frágil naturaleza del hombre puede dudar de esta verdad (*La Gaceta*, 20.11.1810).³³

³³ Citado por Dardo Pérez Guilhou: «Presidencialismo, caudillismo y populismo», comunicación del citado académico en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 13 de abril de 2005, p. 3.