

PRIVATIZACIÓN DE FUNCIONES INHERENTEMENTE ESTATALES

Horacio J. J. Piombo

Universidad Nacional de La Plata

horacio.piombo@columbia.edu

Recibido: 3/08/2020

Aceptado: 6/10/2020

Resumen

La delegación de poderes entre los distintos departamentos del Gobierno ha sido un tema de recurrente y profundo análisis en nuestro ámbito; en particular, el ejercicio de potestades legislativas por parte del Poder Ejecutivo. La delegación de funciones inherentemente estatales a particulares, por su lado, ha recibido menos atención. El presente trabajo intenta determinar qué se debe entender por tales y, consecuentemente, si la transferencia de su ejercicio a manos privadas es tolerada por nuestro ordenamiento –y, en cuyo caso, bajo qué circunstancias– a la luz de la doctrina de la no delegación, la garantía al debido proceso y la forma democrática de gobierno.

Palabras clave: funciones inherentes al Estado, privatización, delegación de poderes, debido proceso, forma democrática de gobierno.

Privatization of Inherently Governmental Functions

Abstract

Interbranch delegation of powers has been an issue of deep and recurrent analysis in our field; particularly, the exercise of legislative powers by the Executive branch. Conversely, the delegation of inherently governmental functions to private parties has received less attention. This essay tries to determine what should be understood by such, and consequently, if the transfer of certain quintessential state matters to private hands is tolerated by our legal system –and if so, under what circumstances– in light of the non-delegation doctrine, due process of law and the democratic form of government.

Key words: inherently governmental functions, privatization, non-delegation doctrine, due process of law, democratic form of government.

1. Introducción

Existe en el marco de cualquier sociedad organizada una serie de funciones reconocibles como elementales para su normal desenvolvimiento. En el imaginario común, tan relevantes son estas atribuciones que únicamente el Estado, en sentido lato, debe llevarlas a cabo, pues solo a través de una autoridad pública vinculada directamente con el orden constitucional es posible que su ejecución sea democráticamente legítima y ofrezca a la ciudadanía garantías básicas para sus derechos y libertades. Sin embargo, la historia y el presente están repletos de ejemplos –aquí, en otros países e incluso en la órbita internacional– de entidades privadas ejerciendo funciones que cabe reputar como inherentemente estatales. Desde corsarios a la orden de las fuerzas navales de alguna nación, pasando por policías privadas y cazadores de recompensas, para más cerca en el tiempo encontrar sujetos particulares legislando, administrando cárceles, gerenciando correos centrales, licenciando actividades profesionales o deportivas y regulando mercados o industrias. En nuestro ámbito, el fenómeno ha sido referido de varias maneras. En el campo de la ciencia política, muchas veces bajo la rúbrica de la “gobernanza”; en el mundo del derecho administrativo, indistintamente como “delegación transestructural”, “sustitución”, “descentralización impropia” u “órganos indirectos”, por mencionar solo algunas de las expresiones técnicas más usadas (Gauna, 1990).

En sustancia, la privatización en el contexto de actividades estrechamente ligadas a lo gubernamental implica el traspaso de responsabilidades esencialmente públicas a manos privadas (Metzger, 2003, p. 1377). Y esto, como podrá presumirse, trae consigo serios interrogantes en punto a la validez constitucional de semejantes delegaciones. Determinar si el orden supralegal las permite y, de hacerlo, bajo qué condiciones procedimentales han de ejecutarse es el objeto principal de este trabajo. Hasta hoy, la doctrina nacional, con expresiones pasadas y recientes, ha abordado con todo rigor las transmisiones de poder entre distintas autoridades públicas; concretamente, la delegación legislativa al presidente o, más genéricamente, al Poder Ejecutivo.¹ La privatización de funciones típicamente estatales a particulares, por su lado, ha recibido menos atención.

En la primera parte trato de dar respuesta a una engorrosa cuestión preliminar, que es la determinación de aquellas funciones que cabe reputar como inherentes al Estado. A fin de dar con ellas, habré de reposar en la jurisprudencia comparada, en la teoría política clásica y en el texto constitucional. A esa altura,

1 Cfr. Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018); Santiago y Thury Cornejo (2003); Santiago, Vera-mendi y Castro Videla (2019), entre otros.

ya habré concluido parcialmente dos cosas: que este último es la fuente más certera para hallarlas; y que del hecho de que una función quepa ser reputada como inherentemente estatal, de ello no se sigue automáticamente que aquella no pueda ser delegada a un sujeto privado; todo dependerá de cómo tales cometidos hayan sido consagrados en la ley suprema.

Por esa razón, una vez identificadas y delimitadas esas funciones tan singulares, será preciso establecer si existen límites estructurales para su transferencia a particulares –aspecto sobre el cual cobrará relevancia la doctrina de la no delegación– y, en caso negativo, si de todas formas la garantía al debido proceso y nuestra forma democrática de gobierno han de actuar como límites colaterales frente a tales manifestaciones de autoridad delegada. A esto dedicaré la segunda parte del trabajo.

Sentado todo lo anterior, en la tercera parte describiré y analizaré cuatro casos de delegaciones de funciones que considero intrínsecamente estatales a particulares existentes en nuestro país: el Stud Book del Jockey Club Argentino, las normas de estandarización del IRAM, el gobierno de la matrícula del Centro de Ingenieros de Catamarca y los permisos y certificados internacionales emitidos por el Automóvil Club Argentino. Mi propósito es demostrar cómo operan en la práctica y brindar herramientas para su eventual control judicial.

Concluyo que solo el primer supuesto es problemático, mientras que las restantes delegaciones, si bien perfectibles, cuentan con una serie de elementos que las harían tolerables desde el punto de vista constitucional.

2. Determinación de las funciones inherentemente estatales

La construcción del presente estudio requiere, como cuestión preliminar, determinar qué tipo de funciones han de ser reputadas inherentes al gobierno de un Estado, de modo tal que su ejercicio por sujetos privados haya de ser visto con desconfianza o escepticismo, como una delegación anómala o no convencional. Tal tarea, en principio, no es fácil.

Como se ha puesto de manifiesto, “cualquier discusión acerca del ejercicio de poderes gubernamentales, o su delegación, hacia actores privados, de inmediato choca con la dificultad de definir con precisión aquellos poderes que son gubernamentales” (Lawrence, 1986, p. 468). Sin embargo, al cabo de un detenido análisis de la jurisprudencia comparada, algunos ensayos basales en materia de teoría política y, finalmente, de la Constitución Nacional, prometo reducir la lista a un catálogo bastante circunscripto para así demostrar y analizar cómo

es que en nuestro país el ejercicio de ciertas funciones estatales tradicionales, integrales o necesarias ha sido, en la práctica, delegado a personas privadas.

2.1. La jurisprudencia comparada

Encuentro sumamente útil comenzar el abordaje del tema desde el derecho comparado. Ello es así dado que han sido pocas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de caracterizar la naturaleza de una cierta actividad de forma tal de determinar su estatalidad.² Mientras que, por el contrario, en los tribunales federales de los Estados Unidos se ha plasmado una variada amalgama de criterios y nociones para desentrañar cuándo se está en presencia de una “función inherentemente estatal”, algo que, a su vez, da cuenta de la magnitud del problema. Tan grande es la dificultad, que la Corte Suprema de ese país, tras una avanzada a la postre difícil de administrar, hace ya varios años emprendió la retirada en ese campo. Las áreas que en el derecho norteamericano han presentado la necesidad de trazar delgadas líneas de separación entre lo intrínsecamente estatal y lo privado o comercial son abundantes y todas revelan los embarazos que eso genera.

Una de ellas es en materia de inmunidades fiscales aplicables a las instrumentalidades estatales, en las que se ha tenido que establecer si ciertas actividades socioeconómicas desarrolladas por los Gobiernos locales debían abonar impuestos federales.³ A fin de no generar distorsiones en el mercado, al comienzo la jurisprudencia limitó la inmunidad a aquellas actividades que respondían a “funciones gubernamentales *históricamente* reconocidas”, por oposición a los “negocios llevados a cabo por un Estado de aquellos que hasta el momento han sido entablados por empresas privadas”.⁴ Bajo esa fórmula, se concluyó, por ejemplo, que una empresa estatal que tenía el monopolio de la distribución de bebidas alcohólicas no gozaba de inmunidad tributaria, dado que “cuando

2 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schirato, Gino c/Estado Nacional y Cooperativa Escolar de la Escuela N°14*, 15/04/1982, Fallos: 304:490, considerando 8° (aludiendo a la educación primaria como un fin específico del Estado); *Mexicana de Aviación SA de CV c/Estado Nacional s/amparo*, 26/8/2008, Fallos: 331:1942, considerando 18° (estimando que la seguridad de las personas y de los bienes involucrados en la aeronavegación trata de una función esencial del Estado); *Banco de la Provincia de Córdoba c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos*, 14/08/2013, considerando 5° (refiriéndose a ciertas actividades financieras de un banco provincial como típicamente estatales).

3 Para un análisis comparativo entre la jurisprudencia nacional y la norteamericana sobre la materia, ver Naveira de Casanova y Revilla (2009).

4 Suprema Corte de los Estados Unidos, *State of New York v. United States*, 326 U.S. 572, 579 (1946).

un Estado ingresa al mercado en búsqueda de clientes, éste se desprende de su cuasi soberanía hasta cierto punto, y adopta el carácter de un comerciante, al menos en lo que concierne al poder impositivo del gobierno federal”.⁵

La rigidez de la concepción histórica llevó más adelante a adoptar un test distinto, con el foco puesto en actividades *normalmente* emprendidas por el Estado. Pero, nuevamente, el estándar devino ingobernable y la doctrina judicial se replegó: solo se controlaría que los impuestos no fueran discriminatorios –esto es, dirigidos únicamente contra los estados–, dejando la solución del problema al Congreso, donde estos últimos, a fin de cuenta, estaban representados igualitariamente en el Senado (Lessig, 2019, pp. 173-175).

Siguiendo en la línea del federalismo y ahora en un tema que atañe a la separación vertical de competencias, bajo la premisa de que el Gobierno nacional solo goza de poderes definidos y expresos, se concluyó que igual de acotada debía ser su potestad para regular a los estados locales en su calidad de tales (*states qua states*) bajo la cláusula del comercio interjurisdiccional.⁶ Es decir, en aspectos que hacían estrictamente a su autonomía.

En *National League of Cities v. Usery* (1976),⁷ la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Fair Labor Standards Act (FLSA) –ley laboral que, entre otras cosas, consagra actualmente salarios mínimos y el pago extra de horas de trabajo suplementarias– en su aplicación a los empleados públicos estatales. Si bien reconoció que el Congreso podía regular las jornadas y los sueldos de los trabajadores en general, por virtud del principio de soberanía ese poder hallaba un justo límite en “áreas de funciones gubernamentales tradicionales”, como se reputó era la reglamentación de las relaciones de empleo público en los distintos estados que integraban la unión nacional.

Pero esta doctrina rápidamente probó ser inmanejable y, menos de diez años después frente a igual situación, fue expresamente abandonada en *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985),⁸ en el que se discutía si el sistema de tránsito municipal constituía una “función tradicionalmente gubernamental” inmune a la injerencia del Congreso bajo la cláusula comercial y la legislación laboral dictada en su consecuencia. Dijo el juez Blackmun:

5 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Ohio v. Helvering*, 292 U.S. 360, 369 (1934).

6 Artículo 1, § 8, cl. 3, Constitución de los Estados Unidos.

7 Suprema Corte de los Estados Unidos, 426 U.S. 833 (1976).

8 Suprema Corte de los Estados Unidos, 469 U.S. 528 (1985).

La corte de distrito ha manifestado una preocupación común: “No obstante la abundancia de adjetivos, identificar qué tipo de funciones estatales particulares son inmunes sigue siendo problemático”. Que tan inconveniente resulta esa tarea ha sido revelada por los resultados a los que se llegó en otros casos federales. Así, hay tribunales que han determinado que regular los servicios de ambulancias, licenciar a conductores de automóviles, gerenciar un aeropuerto municipal, disponer de residuos sólidos y operar una autopista, son funciones protegidas bajo *National League of Cities*. Al mismo tiempo, han dicho que emitir bonos de desarrollo industrial, regular la venta local de gas natural, ordenar el tráfico sobre las carreteras, controlar el transporte aéreo, operar un servicio de telefonía, arrendar y vender gas natural, administrar un hospital neuropsiquiátrico y proveer servicios domésticos a los ancianos y discapacitados, no les cabe inmunidad.⁹

Basarse en la historia, remarcó, tampoco era algo útil. Ello necesariamente se traduce “en el trazo de líneas de lo más arbitrarias”, ya que

la génesis de las funciones gubernamentales abarca un *continuum* histórico que va desde la Revolución hasta el presente, y los tribunales tendrían que decidir por decreto qué tan duradero el patrón de involucración estatal ha de ser para que la autoridad federal pueda ser derrotada.¹⁰

Pero tampoco los estándares no históricos eran asequibles. Recordando los problemas surgidos en el ámbito de las controversias sobre inmunidades fiscales, Blackmun afirmó que

Cualquier regla de inmunidad estatal que busque en lo “tradicional”, “integral” o “necesario” de la función gubernamental inevitablemente invita a un poder judicial federal no elegido por el pueblo a tomar decisiones acerca de qué políticas estatales favorece y cuáles desfavorece.¹¹

Así las cosas, nuevamente se concluyó que correspondía que esta clase de cuestiones fueran resueltas a través de los procesos políticos que tenían lugar en el Congreso y no mediante la creación de “espacios sagrados de autonomía estatal” por parte de los jueces.¹²

Otras controversias que continuamente han despertado la necesidad de

9 Ídem pp. 538-539 (citas internas omitidas).

10 Ídem p. 544.

11 Ídem p. 546.

12 Ídem p. 554.

precisar el alcance de las funciones inherentemente estatales se suscitaron en materia de contrataciones públicas (determinar qué actividades no son ineludiblemente gubernamentales y pueden ser prestadas por contratistas privados)¹³ o en la privatización de ciertos servicios, como la defensa nacional o el sistema correccional (si les corresponde a los particulares observar ciertas garantías fundamentales, dado que la mayoría de ellas –entiende la doctrina constitucional norteamericana– solo vinculan al Estado).¹⁴ De acuerdo con una compilación del Congressional Research Service, distintos tribunales federales han considerado que las siguientes actividades son “inherentemente estatales”, a saber: (a) legislar y reglamentar normas; (b) llevar a cabo elecciones; (c) expropiar; (d) proveer servicios policiales; (e) ejercer la potestad tributaria; (f) investigar delitos y conducir la acción fiscal; (g) diseñar regímenes tarifarios; (h) supervisar y regular empresas privadas; (i) contratar personal diplomático o empleados públicos; (j) crear monopolios; (k) retener bienes de propiedad de detenidos en causas penales y limitar sus derechos constitucionales; (l) llevar a cabo acciones que significativamente afecten la vida, libertad y propiedad de las personas, entre otras (Congressional Research Service, 2014).

Como podrá apreciarse, el aporte de la jurisprudencia comparada es aproximativo en el mejor de los casos. Tan vasta y heterogénea es su descripción de aquellas funciones intrínsecas al funcionamiento de un gobierno que difícilmente pueda aprehenderse una noción básica de ellas a partir de su estudio. Por eso, a continuación, invito a indagar en la teoría política clásica en busca de un núcleo esencial de funciones inherentemente gubernamentales.

13 Principalmente bajo la Federal Activities Inventory Reform Act (FAIR) de 1998 y la Circular A-76 de la Office of Management and Budget, que determinan las actividades que necesariamente deben ser llevadas a cabo por agentes estatales, impidiendo que contratistas privados ofrezcan sus servicios en tales áreas.

14 Es la llamada *state action doctrine* o “efecto vertical” plasmado en los *Civil Right Cases*, 109 U.S. 3 (1883) y que sobrevive hasta el presente; ver Gardbaum (2003). Contrariamente, la doctrina del “efecto horizontal” de los derechos fundamentales propugna, en palabras de nuestra Corte nacional, que “nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”. Añadiendo que “dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros*, 20/05/2014, Fallos: 337:611, considerando 3°).

2.2. La teoría política clásica

Si la pluralidad de funciones estrechamente ligadas a las operaciones del Estado sugerida por la jurisprudencia comparada resulta excesiva y casuística, es posible volcarse a la teoría política clásica desarrollada a partir del siglo XVII, cuya filosofía liberal tiene una tendencia a limitarlas. De allí surge lo vital de las funciones de legislación, juzgamiento, ejecución de las normas o mandatos judiciales, seguridad, defensa y administración de las relaciones internacionales.

En *Leviatán*, publicado en 1651, Thomas Hobbes (2017) se refiere a la formación del Estado por institución, acto del cual derivan “[...] todos los derechos y facultades de aquel o aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido” (p. 154), derechos que, en sumatoria, representan “la esencia de la soberanía”.

Así, entre los doce que enumera, en quinto lugar recuerda que:

Como el fin de esta institución es la paz y la defensa de todos, y como quien tiene derecho al fin lo tiene también a los medios, corresponde de derecho a cualquier hombre o asamblea que tiene la soberanía ser juez, a un mismo tiempo, de los medios de paz y de defensa, y juzgar también acerca de los obstáculos e impedimentos que se oponen a los mismos, así como hacer cualquier cosa que considere necesario, ya sea por anticipado, para conservar la paz y la seguridad, evitando la discordia en el propio país y la hostilidad del extranjero [...]. (Hobbes, 2017, p. 156)

En séptimo lugar, dice que:

[...] es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman propiedad [...] Esas normas de propiedad y de lo bueno y lo malo, de lo legítimo e ilegítimo en las acciones de los súbditos, son leyes civiles [...]. (Hobbes, 2017, p. 157)

En octavo lugar, afirma que “[...] es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos” (Hobbes, 2017, p. 157). “En noveno lugar, es inherente a la soberanía el derecho de hacer guerra y paz con otras naciones y Estados” (Hobbes, 2017, p. 158).

Finalmente, “en undécimo lugar se asigna al soberano el poder de recompensar con riquezas u honores, y de castigar con penas corporales o pecuniarias

[...]” (Hobbes, 2017, p. 158). Y en lo que aquí pudiera interesar, concluye que “los derechos y consecuencias de la soberanía [...] no puede[n] ser transferido[s], sin su consentimiento, a otra persona” (Hobbes, 2017, p. 173).

Algunos años más tarde, en su *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, publicado en 1689, John Locke (2012) se refería a los caracteres que distinguían a la sociedad civil del estado de naturaleza, notando que:

[...] la comunidad pasa a ser el árbitro que decide según las normas y reglas establecidas e imparciales, aplicables a todos, y administradas por hombres autorizados por la comunidad para que las ejecuten. Así, decide todas las diferencias que puedan surgir entre los miembros de esa sociedad en cuestiones de derecho, y castiga aquellas ofensas que cualquier miembro haya cometido contra la sociedad, con las penas que la ley ha establecido [...] Aquellos que están unidos en un cuerpo y tienen una ley común establecida y una judicatura a la cual apelar, con autoridad para decidir las controversias entre ellos y castigar a los ofensores, forman entre sí una sociedad civil. (p. 64)

A lo anterior debía sumarse “el poder de hacer la guerra y la paz” o la “administración de la seguridad y el interés de los asuntos exteriores”, algo que definía como la función “federativa” de un Estado (Locke, 2012, p. 109).

La centralidad de las funciones legislativa y ejecutiva surge también patente en *El contrato social*, de Jean-Jacques Rousseau, publicado en 1762:

Toda acción libre tiene dos causas que concurren a producirla: una moral, a saber, la voluntad que determina el acto, y otra física, a saber, el poder que la ejecuta [...] El cuerpo político tiene los mismos móviles; se distinguen también, en él, la fuerza y la voluntad; ésta, bajo el nombre de poder legislativo; la otra, bajo el nombre de poder ejecutivo. Nada se hace ni debe hacerse sin su concurso. (Rousseau, 2017, pp. 67-68)

Asimismo, en la parte más célebre de la obra *Del espíritu de las leyes*, publicada en 1748, Montesquieu (2007) destaca que “en cada Estado existen tres clases de poderes; el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de las que dependen del derecho civil”. Y precisando estos últimos, dice que

Por el primero, el príncipe o el magistrado dictan leyes por un tiempo o para siempre, y corrige o abroga las existentes. Por el segundo, pacta la paz o declara la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga en los diferendos de los particulares.

Llamaremos a este último el poder de juzgar, y al otro, simplemente el poder ejecutivo del Estado. (p. 205)

Al margen de los recordados ensayos clásicos de base contractualista, encuentro útil en este punto referirme a las conclusiones de Robert Nozick (1974, p. 26) en *Anarquía, Estado y utopía*. Ello es así en la medida en la que este pensador libertario imagina la formación del Estado no estrictamente en términos de un acuerdo originario más o menos abstracto (en el cual las funciones inherentemente estatales pueden ser libremente escogidas), sino como el producto del inevitable surgimiento y transformación en algo más ambicioso de una agencia de protección privada que ejerce el monopolio de la fuerza, al verse llevada por razones morales a extender sus servicios a todas las personas dentro de un mismo territorio y no solo a quienes pagan tributo por aquellos. De ese proceso invisible nace, para Nozick (1974), el “Estado mínimo” –el único justo–, cuyas funciones se confunden con las del Estado gendarme de la teoría política clásica en lo tocante a la provisión de seguridad interior y exterior, la protección de la propiedad privada y la ejecución de los contratos. Pero nada más.

2.3. La Constitución Nacional

Ya sea por exceso o defecto de las descripciones anteriores, acudir al texto constitucional ha de servir para aclarar el panorama acerca de las funciones que cabe reputar como inherentemente estatales. Y es aquí donde, a mi criterio, se debe definir la cuestión.

Comenzando por el Preámbulo, al cual se le ha reconocido “una función orientadora de todas las normas del texto máximo”,¹⁵ en lo medular reza que el establecimiento de una Constitución para la Nación argentina se hace “[...] con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad [...]”. Tras haber leído la jurisprudencia comparada y la teoría política clásica –que, desde ya, informó este pasaje preliminar de nuestra ley suprema– es posible aislar una serie de funciones que cabe considerar básicas, entre ellas: la administración del servicio de justicia, la seguridad tanto interior como exterior y la potestad de legislar para el bien común. Pero estas declaraciones genéricas son luego precisadas y expandidas a lo largo del articulado.

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, 14/06/2005, Fallos: 328:2056, voto del juez Zaffaroni, considerando 35°.

Así, de los términos empleados en las cláusulas respectivas o su ubicación sistémica, se deduce o infiere que, para nuestro constituyente, las siguientes son funciones inherentemente estatales: fijar, recaudar e invertir impuestos (artículos 4, 17, 75 incisos 1 y 2, artículo 99 inciso 10, artículo 100 inciso 7); expropiar (artículo 17); defender la patria de ataques exteriores (artículos 6, 21, 23, 75 incisos 16, 27 y 28); bregar por la seguridad interior (artículos 6, 23, 75 inciso 29); garantizar la educación primaria (artículo 5); dictar planes de educación general y universitaria (artículo 75 incisos 18 y 19); proveer el servicio de justicia (artículos 5, 17, 18, 43, 75 incisos 12 y 20, artículos 116, 117); prestar el servicio penitenciario (artículo 18); legislar (artículos 14, 17, 18, 19, 22, 24, 31, 39, 40, 44, 75 incisos 12, 13, 18, 19, 30 y 32, artículos 76, 77, 99 inciso 3, artículos 122, 125); gestionar las relaciones internacionales (artículos 27, 75 incisos 22 y 24, artículo 99 inciso 11); licenciar a personas para realizar ciertas actividades (artículo 14); otorgar los beneficios de la seguridad social (artículo 14 bis); enajenar tierras estatales (artículo 75 inciso 5); emitir moneda (artículo 75 inciso 6); adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas (artículo 75 inciso 11); arreglar y establecer los correos generales (artículo 75 inciso 14); controlar al sector público nacional (artículo 85); y reglamentar y ejecutar las leyes (artículo 99 inciso 2).

Se podrán mencionar más o menos funciones, pero he tratado de mantenerme dentro de lo que considero son las principales y que surgen de una lectura de tapa a contratapa de la Constitución Nacional reformada en el año 1994. Este listado, de consuno con lo desarrollado anteriormente, nos permite tener una idea general de aquellas que resultan menester para el funcionamiento del aparato estatal.

3. Delegación de funciones inherentemente estatales a particulares: la no delegación, el debido proceso y la forma democrática de gobierno como limitaciones

He aquí una primera afirmación central de este trabajo: del hecho de que una determinada función quepa ser catalogada como “inherentemente estatal” no se sigue como regla que ella no pueda ser delegada a sujetos extraestatales, para el caso, privados. Tal posibilidad estará siempre determinada por el ordenamiento constitucional en el cual semejante delegación tenga o haya de tener lugar, el que habrá de actuar limitándola, permitiéndola o permaneciendo neutral al respecto, punto en el cual cobra especial relevancia la doctrina de la no delegación. Y aun cuando desde el plano estrictamente formal se pudiese con-

cluir que el ejercicio de una autoridad típicamente estatal es posible en cabeza de un particular, tal cosa no obsta a la observancia de elementales garantías de debido proceso y el respeto por la forma democrática que informa e inspira a toda nuestra estructura social.

3.1. No delegación

El lenguaje de la Constitución puede suministrar claros indicios acerca de la posibilidad de delegar o no ciertas funciones inherentemente estatales a privados.

Voy a comenzar por la función más importante. He notado más arriba que la potestad legislativa es, a no dudarlo, un cometido tradicionalmente gubernamental. Sin leyes sería imposible avanzar el plan de vida consensuado por la comunidad política al forjar su unidad bajo un Gobierno organizado. Son, por tal razón, el principal instrumento jurídico dentro de una sociedad democrática. Ahora bien, este dato –carente de otro complemento y sin perjuicio de la tesis *rousseauiana* sobre los peligros de plasmar la voluntad particular en las leyes (Rousseau, 2017, pp. 31-32, 39, 74-75)– de suyo no implica la imposibilidad de encomendarle a un particular el diseño de una política legislativa, ya sea por su experiencia, proximidad o conocimiento de cierta materia. Todo dependerá, como dije, del arreglo constitucional de cada Estado.

La discusión ha tenido un intenso desarrollo en los Estados Unidos, la que me permito brevemente referenciar para luego conectar con nuestra legislación nacional.

La Vesting Clause del Artículo 1, § 1 de la Constitución norteamericana establece que “todo el poder legislativo” se encuentra en cabeza del Congreso, lo que ha llevado a mirar con desconfianza su delegación al presidente o a las agencias administrativas. Esta parte de la historia es bastante conocida. La llamada *public non-delegation doctrine*, que en rigor abarca los tres poderes constitucionalmente conferidos, lo que en teoría impide es su transferencia desde sus beneficiarios hacia otros actores públicos. Veda el traspaso del poder judicial al presidente, a las agencias o al Congreso, inhibe la asignación del poder ejecutivo a los legisladores o a los jueces y prohíbe transmisiones de poder legislativo a las ramas ejecutiva o judicial (Aranson, Gellhorn y Robinson, 1982, pp. 3-4).¹⁶ Con todo, en lo que atañe a la delegación legislativa interdepartamental, la máxima *delegatas potestas non potest delegare*, en su versión más rígida, ha sido

16 La Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819 lo ponía en términos categóricos. En el capítulo primero de la sección quinta, sobre “Derechos de la Nación”, el artículo 105

prácticamente desoída, al menos desde el año 1813.¹⁷ La moderna inteligencia entiende que el Congreso puede válidamente delegar en el Ejecutivo o en otro brazo del Gobierno la autoridad para implementar el mandato legislativo, siempre que lo provea de un “principio inteligible”.¹⁸ Sobre esa base, nunca desde el año 1935 la Corte Suprema estadounidense invalidó una delegación legislativa,¹⁹ interpretando de modo sumamente condescendiente dicho parámetro aun frente a términos vagos e imprecisos.²⁰ O directamente disponiendo del problema asumiendo que la potestad regulatoria por delegación es función administrativa y no legislativa.²¹

En lo que acá interesa, casi paralelamente a esos sucesos surgió la denominada *private non-delegation doctrine*, en la que varía sensiblemente el destinatario de la delegación legislativa: esta recae en una persona privada.

Para muchos académicos, el lenguaje de la cláusula que atribuye “todo el poder legislativo” al Congreso es neutral y, de admitirse su delegación bajo ciertas condiciones, no es posible distinguir entre destinatarios públicos y privados. En esa línea, la indagación constitucional no pasa por analizar a quién se le ha delegado el poder, sino si se le ha delegado demasiado, para lo cual cabe aplicar el ya conocido test del “principio inteligible” (Abramson, 1989, p. 193; Volokh,

establecía que “La Nación, en quien originariamente reside la Soberanía, delega el ejercicio de los Altos Poderes que la representan, a cargo de que se ejerzan en la forma que ordena la Constitución; de manera que ni el Legislativo puede avocarse el Ejecutivo o Judicial, ni el Ejecutivo, perturbar o mezclarse en este o el Legislativo; ni el Judicial tomar parte en los otros dos, contra lo dispuesto en esta Constitución”.

- 17 Suprema Corte de los Estados Unidos, *The Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 383, 388 (1813).
- 18 Suprema Corte de los Estados Unidos, *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928) (“[s]i el Congreso dispone por mandato legislativo un principio inteligible, tal acción legislativa no es una delegación prohibida de poder legislativo”).
- 19 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935); *A.L.A. Schechter Poultry Corp v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).
- 20 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Whitman v. American Trucking Assns., Inc.*, 531 U.S. 474, 475 (2001) (“En la historia de la Corte hemos encontrado que el recaudo del ‘principio inteligible’ estaba ausente en solo dos leyes, una la cual literalmente no proveía ninguna guía para el ejercicio de la discrecionalidad, y otra la cual confería autoridad para regular la totalidad de la economía sobre la base de un estándar no más preciso que la estimulación de la economía asegurando ‘justa competencia’ [...] En suma, ‘casi nunca nos hemos sentido calificados para subrogar al Congreso en lo concerniente al grado permisible de juicio político que puede ser dejado a aquellos ejecutándolo o aplicándolo”). Ver Noh (2016, p. 89) diciendo que: “La moderna formulación de la doctrina de la no-delegación, al menos según la Corte, consistentemente ha sostenido delegaciones sobre una teoría chata según la cual virtualmente cualquier cosa constituye un principio inteligible a partir del cual una agencia administrativa puede válidamente dictar normas”.
- 21 Suprema Corte de los Estados Unidos, *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 953 n. 16 (1983).

2014, pp. 41-42). Otros, sin embargo, no conciben que la potestad legislativa pueda ser delegada a actores no estatales. Aun reconociendo que el lenguaje del Artículo 1, § 1 de la Constitución norteamericana contenga cierta neutralidad de destinatario de admitirse la delegación de funciones legislativas, la estructura y el diseño implícito en la norma fundamental, que limita el poder federal a tres ramas, impide la transferencia de potestades regulatorias a personas que no puedan identificarse con ninguna de ellas (Merrill, 2004, p. 2168).

Cabe destacar que, a nivel jurisprudencial, la posibilidad de delegar en sujetos privados la redacción de contenidos normativos ha presentado suma resistencia.

En *Carter v. Carter Coal Co.* (1935),²² la Corte Suprema invalidó las previsiones de la Bituminous Coal Conservation Act que permitían que un grupo de productores de carbón establecieran regulaciones obligatorias para el resto de la industria. De acuerdo con esa ley, dentro de cada distrito minero a aquellos productores que extrajesen más de dos tercios del carbón y empleasen a más de la mitad de los mineros se les confería la potestad de establecer salarios mínimos, los que serían aplicables al resto de los productores mineros dentro del mismo distrito. A la vez, aquellos productores que cumpliesen con las mismas condiciones, pero a escala nacional, podían además fijar horas máximas de trabajo, que irían a incorporarse a un código obligatorio para todo el mercado (Massey, 2014, p. 161). A través de la opinión del juez Sutherland, el Tribunal fue tajante:

El poder conferido a la mayoría es, en efecto, el poder de regular los asuntos de una minoría reacia. Esto es delegación legislativa en su forma más repugnante, ya que ni siquiera es delegación a un agente o cuerpo oficial, presuntamente desinteresado, sino a personas privadas cuyos intereses pueden –y usualmente son– adversos a los intereses de otros en el mismo negocio.²³

En doctrina se encuentra discutido si aquí la Corte fulminó la ley bajo un estándar de no delegación o de debido proceso, o de ambos a la vez; indeterminación que –como pronto se verá– permanece irresuelta hasta el día de hoy (Volkh, 2014, p. 45).

Luego de *Carter*, la Corte tuvo solo dos encuentros más con las delegaciones de funciones legislativas a privados, aunque esta vez sosteniendo su constitu-

22 Suprema Corte de los Estados Unidos, 298 U.S. 238 (1936).

23 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), p. 311.

cionalidad por no implicar, lisa y llanamente, el diseño troncal de la política pública para ser aplicada con fuerza legal a otros sujetos. Así, en *Currin v. Wallace* (1939)²⁴ distinguió el caso afirmando que la delegación allí impugnada no trataba de una situación en la cual la mayoría dentro de un grupo económico podía hacer la ley, sino simplemente decidir cuándo una ley escrita por el Congreso habría de tener efectos, mientras que en *Sunshine Anthracite Coal Company v. Adkins* (1940)²⁵ remarcó que los grupos privados solamente colaboraban con el diseño de la política legislativa, en función consultiva, mas no redactando la ley.

Así fue cómo entre 1940 y 2013 la doctrina de la no delegación privada se mantuvo dormida, hasta que la Corte Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia la revivió a los fines de invalidar la § 207 de la Passenger Rail Investment and Improvement Act de 2008 que ponía en cabeza de Amtrak (una empresa ferroviaria con involucración estatal que el tribunal, por varias razones, reputó de naturaleza privada) la potestad de regular conjuntamente con una agencia federal los estándares relativos al control de calidad y performance horaria del servicio de trenes, dotando a la firma de un poder de veto en caso de desacuerdo (Rice, 2017, p. 548). En efecto, en *Association of American Railroads v. Department of Transportation* (2013)²⁶ el panel de tres jueces subrayó que “los legisladores federales no pueden delegar autoridad regulatoria a una entidad privada”, dado que “la Constitución no las inviste de poder ejecutivo”.²⁷ Para ilustrar el problema, notaron que el caso se asemejaba “a un escenario en el cual el Congreso le diese a General Motors el poder de proyectar, junto al Departamento de Transporte, regulaciones que gobernasen a toda la industria automotriz”.²⁸ Así, concluyeron que el control cedido a Amtrak era “cercano al esquema palmariamente inconstitucional de *Carter Coal*” y por ello debía ser invalidado.

Si bien la Corte Suprema, al conceder el *certiorari*, revocó y reenvió al reputar que Amtrak era una persona pública a los fines de la Constitución,²⁹ hubo tres jueces que en concurrencia con el resultado aprovecharon para remarcar

24 Suprema Corte de los Estados Unidos, 306 U.S. 1 (1939).

25 Suprema Corte de los Estados Unidos, 310 U.S. 381 (1940).

26 Corte Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia, *Ass'n of Am. R.Rs. v. U.S. Dep't of Transp.*, 721 F.3d 666 (D.C. Cir. 2013).

27 Ídem p. 670.

28 Ibidem.

29 En *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U.S. 374 (1995), la Suprema Corte de los Estados Unidos había entendido que Amtrak era una agencia a los fines de los derechos garantizados por la Primera Enmienda.

la imposibilidad de delegar autoridad legislativa a sujetos privados.³⁰ En tal dirección, el juez Thomas advirtió que “a pesar de que ninguna previsión constitucional expresamente prohíbe el ejercicio de poder gubernamental por parte de una entidad privada, la llamada ‘doctrina de la no-delegación privada’ fluye lógicamente de las tres cláusulas atributivas del poder federal”. De modo semejante, el juez Alito dijo que

Cuando se trata de entidades privadas, sin embargo, no hay justificación constitucional alguna. Las entidades privadas no han sido conferidas con “poderes legislativos” [...] Ni tampoco con el “poder ejecutivo”, que pertenece al presidente [...] Del modo que sea, entregarle poder regulatorio a una entidad privada es “delegación legislativa en su forma más repugnante”.

Podrá apreciarse que el estado normativo y doctrinario en los Estados Unidos tiene parangón con el esquema de nuestra Constitución Nacional antes de la reforma de 1994, de cuyo texto bien se podía predicar la neutralidad de destinatario (de admitirse la subdelegación) en la cláusula atributiva del Poder Legislativo.³¹ Y con ello, si se quisiese, una posible delegación de esa función a sujetos particulares bajo un “principio inteligible” o, para usar un término más autóctono, respetando la “política legislativa claramente establecida”.³²

Pero es innegable que ese panorama cambió sensiblemente y, por virtud de lo actualmente contemplado en el artículo 76, 99 inciso 3 y en el 100 inciso 12 del texto reformado que regularon específicamente la delegación legislativa en materias determinadas al Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones materialmente legislativas en situaciones extremas por parte del presidente, una enorme mayoría de autores nacionales prolijamente identificados por Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 115-120) –quienes, en minoría y como de inmediato se verá, sostienen la postura contraria– han considerado que difícilmente pueda sostenerse que el derecho público argentino hoy permita delegar la potestad legisferante a órganos administrativos distintos al primer mandatario o, con mayor razón aún, a sujetos no vinculados directamente con él. En esta línea de pensamiento, si el constituyente abordó el instituto de la delegación específicamente, reivindicó el poder legislativo para el Congreso y solo

30 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. R.Rs.*, 135 S. Ct. 1225 (2015).

31 Cfr. artículo 36, Constitución Nacional 1853/60.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Prattico, Carmelo y otros c/Basso y Cia.*, 20/05/1960, Fallos: 246:345, considerando 8°; *Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otros s/acción de amparo*, 2/12/1993, Fallos: 316:2624, considerando 14°.

autorizó su ejercicio a instancias del departamento Ejecutivo en circunstancias concretas y bajo estrictos recaudos, parecería seguirse *a fortiori* que la delegación legislativa no tiene lugar en la esfera privada.

Un reparo de ese tenor parecería haber sido deslizado por la Corte Suprema ya antes de la reforma constitucional del año 1994 en el caso *Ferrari* (1986), en el que en parte justificó la delegación legislativa a un colegio de abogados, entre otras cosas, notando que este último no era una simple asociación integrada con la adhesión libre y espontánea de cada uno de sus componentes, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente corresponden al Estado quien ha decidido transferirlos.³³

Con argumentos también plausibles, hay quienes aseguran que las referidas innovaciones constitucionales no alteraron la posibilidad de que el Congreso efectúe delegaciones legislativas de segundo grado a órganos sin vinculación inmediata con el Poder Ejecutivo, dado que aquellas únicamente habrían regulado la delegación al presidente y los órganos y entes subordinados a él, previniendo los peligros de agrandamiento derivados del “hiperpresidencialismo”. En esa lógica, y tratando de justificar la fragmentación del Estado regulatorio hoy vigente, aseguran que las delegaciones a entidades “extra poder (ejecutivo)” –lo que, admiten, potencialmente incluye a sujetos privados– no están alcanzadas por la interdicción de los artículos 76 y 100 inciso 12 de la Constitución Nacional, sino permitidas bajo un “principio inteligible” y al amparo del artículo 75 inciso 32 en cuanto faculta al Congreso a “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes” (Castro Videla y Maqueda Fourcade, 2018, pp. 78, 182-213). Si el auge irrefrenable del Estado administrativo responde a una ineludible necesidad pragmática, la tesis avanzada por este par de autores ciertamente ha de contribuir a justificar constitucionalmente un estado de cosas que bien podría ya tener “la consagración de los hechos”³⁴ y que, de lo contrario, carecería de todo sostén jurídico.³⁵

Óbices formales también basados en la no delegación, que dan cuenta de restricciones textualmente demostrables dentro de la ley básica que imposibilitarían su transferencia a particulares, se observan asimismo respecto a algu-

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.)*, 26/06/1986, Fallos: 308:987, considerando 11°.

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sociedad Anónima Simón Mataldi Ltda. c/Provincia de Buenos Aires s/repetición de pago de impuestos*, 28/09/1927, Fallos: 149:160.

35 Sobre los intentos de justificar el Estado administrativo y reconciliarlo con el derecho constitucional, se recomienda la lectura de Vermeule (2016).

nas funciones soberanas, como las de establecer impuestos –que solo lo puede hacer el Congreso– (artículos 4, 17, 52, 75 incisos 1 y 2, artículo 99 inciso 3, Constitución Nacional); ejercer la administración de justicia –que solo lo hacen la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la nación– (artículos 108, 116 y 117, Constitución Nacional); o gestionar las relaciones internacionales –que solo lo hace el presidente con la anuencia del Congreso– (artículo 27, artículo 75 incisos 22 y 24, artículo 99 inciso 11). A este catálogo se le suman, como regla, todas las disposiciones que encomiendan ciertas tareas a funcionarios u órganos específicos.³⁶ Así, verbigracia, no podría el presidente delegar en el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, o el Auditor General de la Nación traspasar su misión a una organización no gubernamental destinada a la lucha contra la corrupción. De este tipo de limitaciones la Constitución provee más ejemplos. Me limito a mencionar los más relevantes.

Pero esas restricciones no parecen aplicar a toda otra serie de funciones que he identificado como inherentemente gubernamentales, para las cuales, a primera vista, no se presentarían obstáculos formales expresos o implícitos, sino silencio o autorizaciones concretas.

Partiendo desde lo último, pensemos por ejemplo en la defensa exterior de la nación, atribución desde los orígenes reputada necesariamente estatal. Atendiendo a ese carácter, se trata de una tarea que comedidamente ha sido confiada a las fuerzas armadas y de seguridad nacionales, actualmente, por la Ley 23554. Pero ¿sería posible, según el régimen constitucional, su delegación a ejércitos privados, de aquellos cuya existencia nos hemos enterado en las guerras de Afganistán e Irak? (Nastri, 2014; Michaels, 2017, pp. 113-114). Pues bien, a diferencia de lo que podría ocurrir con la delegación de potestades legislativas, nada hay en la Constitución Nacional que taxativamente impida esto último. Antes bien, el artículo 67 inciso 22 de la versión histórica, recordemos, facultaba al Congreso a “conceder patentes de corso y represalias, y establecer reglamentos para las presas”, esto es, autorizar que marinos privados (por algo llamados *privateers*), individuos notables como Hipólito Bouchard durante la guerra de la Independencia, conduzcan actividades bélicas navales al servicio de la patria.

Lo anterior pareciera ser el único vestigio en nuestra tradición constitucional de una expresa autorización para la delegación de funciones intrínsecamen-

36 Cfr. artículos 85, 86, 99, 100, 113, 114, 120, entre otros.

te estatales a sujetos privados. En lo restante, la ley suprema se muestra neutral y la historia revela cómo en otros países, dotados de un arreglo constitucional similar al nuestro en términos estructurales, algunas funciones de aquella naturaleza fueron trasvasadas sin mayores reparos a actores no gubernamentales.

Volviendo a los Estados Unidos, Jon D. Michaels (2017) recuerda la delegación de funciones ligadas a la seguridad interior durante los primeros tiempos de la República, mediante el otorgamiento de potestades policiales o cuasi policiales a individuos o grupos privados. Así aconteció con los cazadores de recompensas que capturaban criminales o fugitivos para entregarlos a la justicia “vivos o muertos”, como leían los carteles en el Lejano Oeste; con la Agencia Pinkerton de detectives, a la cual además se le confiaron tareas de investigación y protección presidencial antes de la creación del Servicio Secreto; y con las policías privadas de empresas ferroviarias, del carbón y del acero, investidas por las legislaturas locales de potestades de interrogación, detención y arresto (Michaels, 2017, pp. 24-27). En la historia protoconstitucional bonaerense³⁷ es posible mencionar la formación alrededor del año 1820 de la milicia conocida como “Los Colorados del Monte” al mando de Juan Manuel de Rosas, que no era sino un grupo armado organizado integrado por peones de varias estancias privadas puestos al servicio de intereses de seguridad o defensa de la recién formada provincia de Buenos Aires.

El mismo autor también hace referencia a la función estatal de establecer los correos generales, con numerosos casos de cumplimiento de misiones postales por parte de transportistas privados ajenos al U.S. Postal Service (Michaels, 2017, pp. 24-27), la segunda agencia –hoy corporación estatal– más antigua luego del Ejército (O’Connell, 2014, p. 844). En el caso de la Argentina, rápido viene a la mente la privatización del Correo Argentino en el año 1997,³⁸ siendo uno de los pocos países en tercerizar tan medular servicio. Asimismo, recuerda la facultad de recaudar impuestos o iniciar juicios en nombre del Estado para el recupero de activos tomados fraudulentamente a cambio de un porcentaje de su producido: las llamadas acciones *qui tam* (Michaels, 2017, pp. 24-27). Adviértase que algo muy similar a lo primero ocurre actualmente en nuestro régimen fiscal, en el cual el legislador ha confiado a particulares tareas de retención y percepción de tributos.³⁹

37 Ver, en general, Montero (2019, pp. 91-118).

38 Cfr. Decreto 265/1997.

39 Cfr. Ley 11683, artículo 22.

En cuanto al servicio penitenciario, independientemente de lo que quepa extraer del lenguaje del artículo 18 del texto fundamental, entiendo que su posibilidad de delegación a entidades privadas dependerá de qué tan intrínsecamente ligado al servicio de justicia penal –función inherentemente estatal no delegable– lo consideremos. Por la extensión que el tema demanda, no pretendo abordarlo aquí. Sencillamente me limito a señalar que la cuestión se encuentra discutida en otros lugares, habiéndose avalado en países como Estados Unidos y prohibido en otros como Israel (Barak, 2010; Dolovich, 2005; Wecht, 1987).

Por otro lado, el ejercicio de la potestad reglamentaria presenta un interrogante sumamente interesante, dado que por su naturaleza complementaria y accesoria de la potestad legislativa podría reputarse, según la tesis que se siga, que se trata de una zona vedada para las delegaciones privadas, o nada de eso. Como sea, por mi lado considero que no cabe aquí predicar una prohibición con igual intensidad. Si bien el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional dice que el presidente de la nación “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes [...]”, tal consagración habla de una facultad asignada al titular del departamento ejecutivo sin claras pretensiones de exclusividad, lo que no podría decirse de otros incisos de esa misma norma. En efecto, los antecedentes parlamentarios ponen de manifiesto que el Congreso se ha mostrado relativamente libre a la hora de designar qué sujeto mejor habrá de llenar los detalles de su plan legislativo, siendo muy numerosos los casos en los cuales encargó semejante tarea en personas distintas al presidente, aunque siempre en la esfera de la organización estatal centralizada o descentralizada.⁴⁰ En esto hay coincidencia con un sector de la doctrina nacional, que encuentra justificación en lo normado en el artículo 75 inciso 32 del texto fundamental (Castro Videla y Maqueda Fourcade, 2018, pp. 75-76).

Muy relevante también, la Constitución Nacional no parece instaurar interdicciones formales al ejercicio de potestades de licenciamiento para ciertas

40 Cfr. Ley 24241, artículos 93 inciso “b”, artículos 108 y 118 inciso “p” (delegando potestades reglamentarias en la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y en la Superintendencia de Seguros de la Nación); Ley 24156, artículo 74 inciso “j” (delegando potestades reglamentarias en la Secretaría de Hacienda y en la Secretaría de Finanzas); Ley 25938 artículo 8 (delegando potestades reglamentarias en la Dirección del Registro Nacional de Armas perteneciente al Ministerio de Defensa y en la Secretaría de Seguridad Interior del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos); Ley 26970 artículo 12 (delegando potestades reglamentarias en la Administración Nacional de la Seguridad Social y en la Administración Federal de Ingresos Públicos); Ley 26046 artículo 8 (delegando potestades reglamentarias en la Inspección General de Justicia y en la Administración Federal de Ingresos Públicos).

actividades industriales, comerciales, profesionales o ligadas al tránsito y al libre movimiento,⁴¹ presumiéndose la posibilidad de su delegación al sector privado.

3.2. Debido proceso

Que no apliquen restricciones fundadas en la doctrina de la no delegación a muchas funciones identificadas como inherentemente estatales no significa que los sujetos privados beneficiarios de aquellas tengan “carta blanca” para actuar en los ámbitos en los cuales su intervención haya sido legalmente autorizada. La observancia de la garantía del debido proceso (artículo 18, Constitución Nacional) ha sido una gran preocupación en el marco de la delegación de cometidos estatales a actores no públicos. Una de esas inquietudes tiene que ver con el interés particular: la idea según la cual un regulador privado habrá de ejercer sus poderes delegados de un modo egoísta, incompatible con el interés colectivo.

Como explica David Lawrence (1986),

[c]uando a un funcionario le es permitido ejercer una potestad pública, es esperable que éste lo haga de un modo desinteresado. La comunidad confía que actuará teniendo en cuenta lo que es bueno para ella o de conformidad con estándares que busquen alcanzar sus intereses, por oposición a sus intereses privados. (pp. 659-661)

Esta “expectativa de desinterés” es lo que justifica la tendencia natural a conferir el poder coercitivo solo a agentes estatales, cuyo juicio cabe presumir siempre imparcial.

En sentido similar, subrayando las diferencias entre lo “público” y lo privado”, Abal Medina y Cao (2012, pp. 143-144) resaltan las notas características de la “administración privada”, advirtiendo distintos objetivos (“mientras que las empresas buscan maximizar sus ganancias, la lógica de la acción estatal se basa fundamentalmente en la consecución del bienestar social”), modos de funcionamiento (“mientras que en el sector privado es asimilable la idea de que prime lo técnico por sobre lo político, dentro del Estado estos dos elementos resultan difícilmente dissociables”) y conjunto de beneficiarios (“el sector privado orienta sus acciones a satisfacer las necesidades de sus clientes, valorados primordialmente por su poder de compra. El sector público, en cambio, debe destinar sus

41 Cfr. artículo 14, Constitución Nacional.

esfuerzos a garantizar la provisión de bienes y servicios de manera universal para todos sus habitantes, en virtud de que todos son ciudadanos con derechos”).

Asimismo, el ejercicio de prerrogativas por parte de personas privadas requiere asegurar un piso de remedios procesales. Aquellos sujetos a su autoridad delegada deben tener a disposición los mismos mecanismos de participación y audiencia que tendrían si el regulador fuese el Gobierno. También, la habilitación de un recurso de revisión ante un órgano de la administración; y, ante la potencial lesión de un derecho individual fundamental,⁴² una acción plena ante un tribunal de justicia para que ejerza un control judicial amplio y suficiente.⁴³

Se le ha atribuido a la Suprema Corte de Texas la enunciación del test judicial más detallado para comprobar la legalidad de una delegación de funciones inherentemente estatales a un actor privado (Jorgensen, 1998; Reeder, 2004; Volokh, 2014, pp. 42-44). En la inteligencia de que la constitución política de ese Estado no contiene una prohibición estructural a las delegaciones a particulares, el examen se basa enteramente en el respeto por el debido proceso adjetivo, combinando elementos que emanan de la forma democrática de gobierno. Y así son ocho factores los que deben ponderarse a los fines de concluir si el arreglo es constitucionalmente tolerable, a saber:⁴⁴

1. Si las acciones del delegado privado están sujetas a revisión por una agencia estatal u otra rama del Gobierno.
2. (Si aquellos afectados por las acciones del delegado privado están adecuadamente representados en los procesos de decisión.
3. Si el poder del delegado privado está limitado a establecer reglas o además tiene el poder de aplicarlas a individuos particulares.
4. La presencia de algún interés pecuniario o de otro tipo que pueda afectar la función del delegado privado.
5. El poder del delegado privado de definir conductas criminales y sancionarlas.
6. La duración, alcance y materia de la delegación.
7. Las calificaciones especiales que requiere la tarea delegada al actor privado.
8. La existencia de bases establecidas por la Legislatura para guiar su actividad.

42 Cfr. Young (1986).

43 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias, Elena, y otros c/Poggio, José sucesión*, 19/09/1969, Fallos: 247:646; *Ángel Estrada y Cia. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos*, 5/04/2005, Fallos: 328:651.

44 Suprema Corte de Texas, *Texas Boll Weevil Eradication Foundation, Inc. v. Lewellen*, 952 S.W.2d 454 (Tex. 1997); *Proctor v. Andrews*, 972 S.W.2d 729 (Tex. 1998); *FM Properties Operating Co. v. City of Austin*, 22 S.W.3d 868 (Tex. 2000); *Texas Workers' Compensation Com'n v. Patient Advocates of Texas*, 136 S.W.3d 643 (Tex. 2004).

Si bien cabe reconocer que bajo estos parámetros sigue siendo dificultoso determinar cuándo la delegación de una función gubernamental a un privado viola el debido proceso, aquellos factores al menos proveen una útil pauta de orientación para los tribunales que deban revisar tales transferencias de poder. Y es claro que una preponderancia de factores desfavorables para la delegación habrán de presumir su invalidez constitucional.

3.3. Forma democrática de gobierno

La forma democrática inmanente a nuestra organización constitucional (artículos 1, 36, 38 y concordantes, Constitución Nacional) se alza como un tercer reparo al ejercicio de funciones tradicionalmente soberanas por parte de particulares.

El vínculo entre el electorado y sus gobernantes se desvanece a medida que se crean sucesivas cadenas de delegaciones que terminan concediéndole autoridad regulatoria a entidades ajenas al Estado. Esto, como podrá detectarse, tiene pésimas consecuencias en términos de responsabilidad política (*accountability*), puesto que el confinamiento del poder gubernamental en manos de personas ajenas a los procesos políticos hace que el uso del derecho al voto resulte inefectivo para expulsar a los malos representantes si se desvían demasiado de la voluntad popular (Lawrence, 1986, p. 688). En tal sentido, responsabilidad política implica estar obligado frente a la autoridad capaz de disponer la conducta deseable y sancionar aquella que no observe las obligaciones pautadas (Minow, 2003, pp. 1259-1260). Como señaló el juez Alito en el caso *Amtrak*,

La libertad requiere responsabilidad política. Cuando los ciudadanos no pueden identificar rápidamente la fuente de la legislación o regulación que afecta sus vidas, los funcionarios estatales pueden ejercer su poder sin tener que pagar las consecuencias por ello. Una forma con la que el gobierno puede regular sin tener que rendir cuentas es haciendo pasar una responsabilidad gubernamental como un asunto privado independiente.⁴⁵

El problema se agranda incluso más cuando ese privado resulta ser una entidad internacional (algo de lo que hablaré más adelante al referirme a las normas de estandarización), dado que “distinto a las delegaciones dentro del gobierno federal, a los estados o a organizaciones privadas, las delegaciones

45 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. R.Rs.*, 135 S. Ct. 1225 (2015), p. 1234, concurrencia del juez Alito.

internacionales se efectúan a organizaciones generalmente exentas de mecanismos de control” (Ku, 2006, p. 59). De modo tal que mientras las primeras no generan un “espectro de resultados enteramente antidemocráticos”, las delegaciones a entidades privadas en el extranjero directamente sustraen el órgano regulador de la sociedad regulada (Zaring, 2013, p. 86).

Pero a pesar de todo ese criticismo, hay quienes no están tan preocupados por las consecuencias supuestamente antidemocráticas de las delegaciones privadas. Aun cuando naturalmente ven con buenos ojos cualquier mecanismo que ayude a arrimar los procesos de decisión al electorado, no encuentran una justificación más que dogmática para la afirmación de que la satisfacción de los deseos populares requiere que todas las decisiones provengan de funcionarios electos. Para estos escépticos, basta con tener algún grado de control sobre aquellos que establecieron el sistema antidemocrático en primer lugar (v.gr., sobre los legisladores que confirieron autoridad regulatoria a un tercero) para que la delegación a privados sea admisible (Lawrence, 1986, p. 671; Volokh, 2014, p. 44).

4. Estudio de casos

Habiéndome referido a la teoría y a los problemas que rodean a la delegación de funciones inherentemente estatales a sujetos particulares, quiero ahora aplicarlos a cuatro casos de estudio que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de ejemplos en los cuales el Congreso, el Poder Ejecutivo o una legislatura provincial han confiado expresamente a un agente privado no gubernamental el ejercicio de prerrogativas identificadas como tradicionalmente estatales (entre ellas, las de legislar, reglamentar, licenciar y limitar o ejercer coacción sobre la libertad y la propiedad de las personas).

Con lo cual omitiré abordar otras situaciones que no tratan propiamente de ejercicios de autoridad formalmente conferidos de modo unilateral, de modo tal que no es objeto de interés aquí el llamado “gobierno por contrato” o tercerización de obras, servicios o suministros –todos asuntos estudiados bajo la rúbrica de las “contrataciones públicas”–,⁴⁶ ni tampoco las situaciones en las que dicho ejercicio no es más que *de facto* (v.gr., el intenso control que ejerce la Asociación del Fútbol Argentino sobre los profesionales de esa disciplina deportiva). Asimismo, las que importen prácticas para nada desconocidas y que han sido abordadas en profundidad por la doctrina especializada (v.gr., la función notarial).

46 Cfr. Minow y Freeman (2009). Por su lado, Gauna (1990) aborda el asunto desde esta perspectiva al comentar el fallo *Schirato* (Fallos: 304:490) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que involucraba un contrato de obra pública dirigido por una cooperativa escolar.

Por último, no son pocos los autores que han incluido dentro del rubro a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC) u otras entidades que cumplen fines semejantes,⁴⁷ en el entendimiento de que al poder establecer aranceles para el uso de las obras musicales que les pertenecen intelectualmente a los autores que nuclean –además de perseguir su cobro judicial– se estaría en presencia del ejercicio de una función típicamente estatal por parte de asociaciones civiles (Cortese, 2019; Rey Vázquez, 2016, p. 164). Por mi lado, considero que tal situación no se configura plenamente. Ciertamente es que, por razones pragmáticas, la Ley 17648 previó que la referida organización se constituyera monopólicamente como sociedad de gestión colectiva de los derechos patrimoniales relativos a la propiedad intelectual de artistas o compositores para una mejor tutela de sus intereses. Pero en tal tarea no ejerce funciones públicas, sino privadas, y la fijación de aranceles generales dependiendo del uso que se haga de la música no trata de una prerrogativa impositiva⁴⁸ ni hay sanciones de naturaleza penal involucradas, sino que viene a sustituir el arreglo contractual que, de lo contrario, habría de ocurrir individualmente entre las partes cada vez que una quisiera reproducir una obra sonora que le pertenece a la otra. Tan es así que otras asociaciones similares, como el Centro de Administración de Derechos Reprográficos (CADRA), que reúne a las editoriales y percibe aranceles de centros de fotocopiado, se desenvuelve de igual manera sin marco legal que lo sustente.

Con estas aclaraciones preliminares, avanzamos.

4.1. El Stud Book del Jockey Club Argentino

El primer caso de delegación privada que voy a analizar es posiblemente el más problemático de todos.

47 Cfr. Ley 20115 y decretos 1671/1974, 1914/2006 y 124/2009, que han reconocido a la Sociedad General de Autores de la Argentina (ARGENTORES), a la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI), a la Cámara Argentina de Productores e Industriales de Fonogramas (CAPIF), a la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes (SAGAI) y a Directores Argentinos Cinematográficos (DAC) como “sociedades de gestión colectiva” para la representación exclusiva de autores e intérpretes en resguardo de sus derechos.

48 En efecto, el pago requerido por SADAIC no es sino la regalía o derecho patrimonial que la sociedad de gestión colectiva habrá de repartir entre todos los autores y compositores que nuclea. No es un impuesto porque no grava una manifestación de capacidad contributiva ni es una tasa ya que no retribuye la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio por parte del Estado. Por la misma razón de que falta una actividad estatal, no se trata de una contribución de mejoras que retribuya un beneficio especial. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Swiss Medical SA c/ Estado Nacional s/amparo*, 18/02/2020, considerando 9°, voto del juez Rosenkrantz.

Tras un régimen provisorio gobernado por el decreto-ley 6699/1963, en 1973 se dictó la Ley 20378, que en su artículo 1 estableció que “la inscripción de animales equinos de sangre pura de carrera en los registros genealógicos reconocidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería acredita su origen, calidad como ejemplares de *pedigree* y la propiedad a favor del titular”. Dicha norma agregó que

Se considerarán como tales registros genealógicos los actualmente existentes, los cuales deberán ajustar su organización y funcionamiento a las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo nacional, que los controlará a través del Ministerio de Agricultura y Ganadería así como a los que, de acuerdo con dichas condiciones se reconozcan en el futuro.

Asimismo, en su artículo 2 dispuso que “la transmisión del dominio de los animales a que se refiere el artículo anterior sólo se perfeccionará entre las partes y respecto de terceros mediante la inscripción de los respectivos actos en los registros genealógicos”. Todas estas disposiciones, aclaró en su artículo 4, entrarían a regir a partir de su reglamentación.

Reafirmando lo anterior, la Ley 2239 sobre marcas y señales de ganado sentó en su artículo 11 que “la propiedad de los ejemplares de pura raza se probará por el respectivo certificado de inscripción en los registros genealógicos y selectivos reconocidos, que concuerde con los signos individuales que lleven los animales”; y en su artículo 14, que “la transmisión de dominio de los animales de pura raza, podrá perfeccionarse mediante acuerdo de partes por la inscripción del acto en los registros genealógicos y selectivos, a que se refiere el artículo 11”.

Por cuarenta años este esquema normativo quedó inacabado hasta que en 2013 el Ministerio de Agricultura, ejerciendo la delegación plasmada en La ley 20378, dictó la resolución 325/2013 reconociendo retroactivamente al Stud Book del Jockey Club Argentino como registro genealógico de animales equinos de sangre pura de carrera, acreditando así su origen, calidad y propiedad a favor de su titular con fuerza de instrumento público.

La delegada es una organización privada fundada en 1882 con el fin de organizar y promover las carreras de caballos, que hasta ese entonces solo se practicaban en el país de manera informal y amateur. El acto destacó que el Jockey Club había sido el custodio por más de un siglo de los registros genealógicos de los caballos purasangre de carrera, que han sido de carácter abierto sin necesidad de previa asociación al club y que este tenía una larga tradición en su administración contando con una estructura adecuada para organizar el servicio.

En vista de la singular misión que cumplen dichos registros,⁴⁹ cabe afirmar sin rodeos que se está en presencia de la delegación a una asociación civil de una de las funciones estatales más sagradas:⁵⁰ la regulación de aspectos esenciales de la propiedad privada, como es la perfección del derecho de dominio y su oposición a terceros (Moisset de Espanés et al., 1984). Reforzado por el dato de tratarse de un esquema normativo de origen *de facto*, en el cual el principio de legalidad se ha visto severamente desdibujado frente al ejercicio promiscuo y concentrado del poder público, fácil es concluir en esta parcela que el Reglamento del Stud Book Argentino se traduce en la ejecución material de potestades legislativas que, ya sea por su objeto o ausencia de bases que las orienten, se exhibe como algo censurado por el ordenamiento constitucional y la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha hecho de él.⁵¹

Pero aun distrayéndose de lo anterior y aplicando una aproximación funcionalista o antiformalista, una que en vez de mirar las barreras estructurales se preocupe porque el diseño no altere sustancialmente el arreglo básico –en la especie, que el poder delegado a un particular esté debidamente compensado o controlado por el poder público– (Redish y Cisar, 1991, p. 491; Strauss, 1987, p. 489), la delegación confiada al Jockey Club es insostenible en todo sentido, objetable además desde la óptica del debido proceso y la forma democrática de gobierno.

La última versión del reglamento fue actualizada en marzo de 2016.⁵² En su artículo 1 enuncia, con bastante amplitud, su misión:

[...] custodiar el Registro Genealógico, de Identidad y Propiedad de los caballos Sangre Pura de Carrera, con amplias facultades de organizar con ese fin, la fiscalización de la procreación, gestación, nacimiento, identificación, inscripción, transferencia, estadística y todo cuanto con ello se relacione.

49 Cfr. Sacristán (2012). Esta autora advierte que en el caso del Stud Book del Jockey Club se presenta “[...] una suerte de monopolio al menos de hecho, pues cualquier criador que necesite una constancia oponible a terceros, emanada de ese registro, deberá acudir al mismo para obtenerla” (Sacristán, 2012, p. 54).

50 Cfr. Hobbes (2017, pp. 208-210), diciendo que: “Si advertimos, por consiguiente, que la institución de la propiedad es un efecto del Estado, el cual no puede hacer nada sino por mediación de la persona que lo representa, advertiremos que es acto exclusivo del soberano, y consiste en las leyes que nadie puede hacer si no tiene ese soberano poder [...] Corresponde, por consiguiente, al Estado, es decir, al soberano, determinar de qué modo deben llevarse a cabo todas las especies de contratos entre súbditos (como los actos de comprar, vender, cambiar, prestar, tomar prestado, arrendar y tomar en arrendamiento), y por qué palabras y signos deben ser considerados como válidos”.

51 Cfr. artículos 17, 76 y 99 inciso 3, Constitución Nacional; Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 117-118).

52 Ver: <https://www.studbook.org.ar/sb/reglamento-spc>.

Según su artículo 2,

Su dirección y administración será ejercida por una Comisión designada por la Comisión Directiva del Jockey Club, compuesta por hasta nueve (9) de sus socios, bajo la presidencia de la persona que designe la Comisión Directiva, quien deberá pertenecer o haber pertenecido a la Comisión de Carreras.

Duran en sus cargos dos años, renovándose parcialmente por mitades y pudiendo ser reelectos. Entre las atribuciones mencionadas en el artículo 5, se destacan las de proyectar modificaciones al reglamento (que deberán ser aprobadas por la comisión directiva del club), fijar derechos o aranceles por los trámites y establecer sanciones y multas por infracciones a sus normas. También se incluye la de “resolver los asuntos o gestiones que se le presenten”. A su turno, el artículo 6 dispone que sus resoluciones “son definitivas e inapelables”, condición que se reputa consentida por la presentación de solicitudes de transferencia.

En el capítulo XI se regula lo atinente a la propiedad de los caballos sangre pura de carrera y sus transferencias. El artículo 55 reitera que “la propiedad de un caballo pura sangre de carrera resulta exclusivamente de la constancia de su inscripción en el Registro respectivo”. Los siguientes tres artículos aclaran que “la transferencia de la propiedad debe ser solicitada mediante los formularios que proporciona el Stud Book Argentino”; que “efectuadas las comprobaciones del caso, se ordenará, si corresponde, la inscripción de la transferencia de propiedad”; y que “la Comisión del Stud Book, en el caso de mediar imperfección en la solicitud de transferencia, o no constar el estado de la propiedad en debida forma, denegará la inscripción”.

Finalmente, en lo que acá interesa, el capítulo XIII instaura el régimen sancionatorio. De acuerdo con el artículo 73,

la comprobación de cualquier irregularidad en el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento, será sancionada por la Comisión del Stud Book, con la aplicación de apercibimientos, multas, descalificaciones y eliminaciones, constituyendo un agravante la reiteración de faltas cometidas. La modificación del genoma hereditario de un ejemplar Sangre Pura de Carrera inscripto provisoriamente o de uno ya registrado, haya sido durante su concepción, gestación o en cualquier etapa posterior de su existencia, resultará en la pérdida de su condición de Pura Sangre de Carrera.

El artículo 74 prevé que las multas deberán abonarse dentro de los diez días y que de no hacerlo habrá lugar a nuevas sanciones; y el artículo 75 castiga a quien fuera descalificado por haber incurrido en “grave irregularidad” con la

imposibilidad de ser admitido como “haras, estación de monta o criador”. Pero lo que es más preocupante, teniendo en cuenta que la inscripción en el registro hace título, es que el mismo precepto estatuye que “cancelada la inscripción de un animal, la misma no podrá volver a solicitarse”.

Como puede apreciarse, independientemente de los obstáculos que puedan surgir en virtud de la doctrina de la no delegación, los que no encuentro salvados por la referencia en el artículo 2 inciso “a” del Decreto 4827/1973 a la aprobación previa que supuestamente hará el Ministerio de Agricultura y Ganadería del reglamento (mecanismo que no debe confundirse con la incorporación *iure proprio* del proyecto privado en forma de acto estatal, como en el caso *Adkins* visto en el apartado 3.1.; o lo que se dirá del reglamento del Centro de Ingenieros de Catamarca, visto en el apartado 4.3.) –y si eso efectivamente ocurrió, deja bastante que desear–, el del Stud Book es una pesadilla en términos de debido proceso.

Si bien los clubes de *jockeys* históricamente han presentado problemas judiciales en otros países como los Estados Unidos⁵³ o el Reino Unido,⁵⁴ tales inconvenientes se han suscitado únicamente respecto a su potestad de otorgar o retener licencias para la respectiva actividad competitiva profesional. Mas no parecen haber sido dotados, como en el caso argentino, del poder de regular todo lo relacionado al dominio de la propiedad de los caballos purasangre a través de resoluciones inapelables y un régimen sancionatorio.⁵⁵

53 Cfr. Lawrence (1986, p. 656), notando que: “[U]na delegación puede en algunos casos ser vista como un estadio intermedio entre las fallas del mercado privado y la responsabilidad estatal plena, de modo tal que permita una respuesta temprana, a veces de mayor calidad, que de otro modo no sería posible. Tal vez la delegación del Estado de Nueva York al *Jockey Club* de la facultad de licenciar pueda ser entendida bajo esta luz. El *Jockey Club* fue establecido a finales del siglo diecinueve como un grupo voluntario para la regulación de las carreras. Desde sus comienzos buscó mantener la integridad del deporte licenciando a propietarios, entrenadores y *jockeys*. Para 1930, cuando Nueva York buscó revigorizar la regulación estatal de las carreras, la organización administrativa estaba deteriorada. De tal manera, aprovechando las tradiciones y experiencia del *Jockey Club*, Nueva York le transfirió el poder de licenciar la actividad deportiva ecuestre, con recurso ante la comisión de carreras”. Cfr. Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Matter of Fink v. Cole*, 302 N.Y. 216, 97 N.E.2d 873 (1951) (invalidando la delegación de la potestad de licenciar al *Jockey Club* con cita a *Carter Coal* y, subsidiariamente, la falta de estándares inteligibles, entendiendo que la potestad de licenciar una actividad es ejercer función legislativa no delegable a entidades privadas). La asimilación es discutible y no parece haber sido seguida por otros tribunales más adelante.

54 Corte de Apelaciones (División Civil) del Reino Unido, *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909. El tribunal inglés desestimó la apelación contra una sanción impuesta por el *Jockey Club*, argumentando que sus poderes y deberes, a pesar de su posición dominante en el deporte nacional, no eran de naturaleza estatal sino derivados de un arreglo contractual entre privados. En todo caso, sostuvo, correspondía instar una acción civil fundada en el *common law*, mas no una acción de revisión de actos administrativos (*judicial review*).

55 Cfr. *American Stud Book*, § 5, Rule 7: “Transfer and Report of Ownership, Ownership Disputes”.

De confrontar la delegación al Jockey Club Argentino con los factores propuestos por la jurisprudencia vistos en la parte anterior, vemos cómo aquella fracasa en casi todos: (i) el reglamento del Stud Book prohíbe expresamente la revisión de las decisiones de su comisión; (ii) solo quienes, a su vez, sean miembros del Jockey Club están representados en el órgano de decisión; (iii) además de establecer las normas regulatorias, la comisión del Stud Book cuenta con poder para aplicarlas ella misma coactivamente a otros sujetos; (iv) sus integrantes, al ser también propietarios de caballos y/o competidores, pueden tener un interés individual en el resultado de las decisiones; (v) a través del poder delegado, se tipifican conductas sancionables; y (vi) es una delegación sin bases. El único factor que parece jugar a favor de esta última es la relativa experiencia del Jockey Club en materia equina, pero nada más.

En suma, la delegación puesta en cabeza de esta histórica institución, en lo que atañe a sus facultades para reglamentar aspectos medulares del derecho constitucional a la propiedad de un caballo de carrera, trata del ejercicio de una atribución materialmente legislativa que se muestra seriamente reñida con la ley suprema. Por otro lado, la potestad de licenciar a los actores de la actividad ecuestre, si bien no viene impedida por barrera estructural alguna, genera muy serios reparos desde el plano del debido proceso, en especial la imposibilidad de revisión de las determinaciones de la comisión del Stud Book, incluyendo sus actos sancionatorios.

Por la relevancia del asunto, estimo que el Congreso debería dictar legislación apropiada en algún momento, brindando seguridad jurídica al cúmulo de relaciones involucradas.

4.2. Las normas de estandarización del IRAM

Un ámbito en el que tradicionalmente la participación privada en materia co-regulatoria ha sido requerida es el de las normas de estandarización de productos para su comercialización en los mercados locales y globales.

A finales del siglo XIX, la creación de sociedades electrotécnicas en varios países llevó a que sus representantes, entre ellos el Ing. Jorge Newbery por la Asociación Electrotécnica Argentina (AEA), se reuniesen en congresos internacionales para discutir y acordar cuestiones ligadas a la estandarización en

El Jockey Club estadounidense, entidad incorporada bajo las leyes del estado de Nueva York, solo actúa asentando las transferencias de propiedad de los equinos purasangre. Pero sus actos no constituyen el título jurídico para la traslación de su dominio.

materia de seguridad de determinados equipos, de modo tal de favorecer su fabricación en economías de escala. En efecto, de estas primeras reuniones surgieron el ampere, el volt y el ohm como unidades de medida estandarizadas. Pero las demás diferencias que existían entre los productos fabricados en distintos países, sobre todo en temas eléctricos, representaba un serio problema mundial que debía ser resuelto con acuerdos transnacionales.

Para ello, en el año 1906 se fundó la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI) como ente de carácter no gubernamental (Büthe y Mattli, 2013, pp. 128-129). Asimismo, los inconvenientes surgidos durante la Segunda Guerra Mundial con el uso de repuestos de maquinaria bélica entre los aliados (v.gr., las diferentes medidas de tuercas y tornillos) llevaron a las potencias occidentales a la creación, en el año 1944, de un comité internacional de estandarización en la órbita de las Naciones Unidas. Pero muy rápidamente, tras reconocerse que no podía dejarse fuera a los países del sistema métrico decimal que en ese momento ya eran la mayoría, en el año 1946 nació la Organización Internacional de Normalización (más conocida como ISO, por sus siglas en inglés) con competencia en todo aquello no absorbido por la CEI (Büthe y Mattli, 2013, pp. 130-132).

En lo que respecta a nuestro país, el Decreto 1474/1994 instauró el Sistema Nacional de Normas, Calidad y Certificación, con el objeto de “brindar instrumentos confiables a nivel local e internacional para las empresas que voluntariamente deseen certificar sus sistemas de calidad, productos, servicios y procesos” (artículo 1). Por su intermedio se creó, de un lado, el organismo de normalización con funciones de elaboración de normas de estandarización y, de otro, el organismo de acreditación con la misión de acreditar organismos de certificación (artículos 9 y 13).

El artículo 12 delegó en la Secretaría de Industria la designación, mediante un convenio, de la entidad que asumiría las funciones de organismo de normalización, siendo escogido por su trayectoria el Instituto Argentino de Normalización y Certificación (ex Instituto Argentino de Racionalización de Materiales, IRAM). En cuanto al órgano de acreditación, se le encomendó a la autoridad de aplicación la constitución de una entidad apta para cumplir con esa función (artículo 16), para lo que en el año 1996 se fundó el Organismo Argentino de Acreditación (OAA) bajo la forma de una asociación civil sin fines de lucro.

Por encima de ambos actores privados, en carácter de “órgano superior de gobierno y administración en materia de normalización, calidad y certificación voluntaria” se erige el Consejo Nacional de Normas, Calidad y Certificación

(artículo 3 inciso “a”). Se trata de un cuerpo vinculado al Ministerio de Economía que está integrado por nueve miembros de distintos sectores: cuatro por el Poder Ejecutivo, dos por la banca nacional, uno por el IRAM, otro por el OAA y uno por el Comité Asesor (artículo 6). Entre sus funciones están las de supervisar el sistema nacional de estandarización, instando la emisión de normas, su adecuación o derogación por parte del órgano de normalización (artículo 5).

Ahora bien, en lo que atañe al ejercicio de funciones inherentemente estatales, cabe señalar que, en principio, la divulgación de normas de estandarización por parte del IRAM no implica *per se* el ejercicio de una función legislativa o reglamentaria por delegación. Ello es así dado que se trata de estándares para ser adoptados voluntariamente por los actores comerciales, sin perjuicio de que el apartamiento de sus previsiones –sobre todo cuando están basadas en una norma internacional– pueda implicar para el productor o prestador la exclusión de un mercado determinado por no reunir sus artículos o servicios la calidad esperable para cierta industria. En eso es claro el Decreto 1474/1994 cuando reza que “las normas que deriven del sistema creado serán de cumplimiento voluntario” (artículo 1), en línea con otros sistemas como el británico (Strauss, 2013, pp. 2-4, 67).

La cuestión tampoco es problemática cuando es el legislador quien incluye en una ley la remisión a una norma de estandarización determinada y la identifica pormenorizadamente con letras y números. Como notan Tim Büthe y Walter Mattli (2013),

Hacia 1981, en los Estados Unidos alrededor del 80 por ciento de los estándares desarrollados por el sector privado [...] habían sido incluidos en la legislación o regulaciones locales, estatales o federales [...] Más recientemente, esta práctica se ha desparrramado a otros países, y bajo la ley comercial internacional (como el acuerdo TBT de la OMC), en general los gobiernos están comprometidos a usar estándares internacionales y, por tanto, privados, como “base técnica” de las medidas regulatorias domésticas. (p. 203)

Un claro ejemplo de esa tendencia es la Ley 25643 de Protección Integral de Personas con Discapacidad, que en su artículo 4 –al referirse a los prestadores de servicios turísticos– establece que aquellos que cumplan con ciertas condiciones de accesibilidad deberán identificarse con los símbolos adoptados por la Ley 19279 y las normas IRAM 3722, 3723 y 3724. Como puede apreciarse, la “incorporación por referencia” o “endoso *ex post*” no es estrictamente una delegación legislativa, sino la pragmática apropiación de un estándar ya

elaborado y probado por un tercero, redundando en un ahorro económico y técnico sumamente eficiente para el Estado, sin perjuicio de la osificación que genera plasmar por ley o decreto una norma de estandarización determinada que puede cambiar en virtud de los constantes avances tecnológicos (Strauss, 2013, pp. 5-6).

El panorama es radicalmente distinto cuando, para evitar esto último, el legislador directamente decide firmar un cheque en blanco a favor de las entidades privadas de estandarización nacionales o internacionales en la forma de reenvíos genéricos (v.gr., “lo que establezca el IRAM”) o fórmulas prospectivas (v.gr., “o la norma que en el futuro la reemplace”). Señalan los citados autores que:

La tendencia hacia reglas privadas ha sido reforzada por un desplazamiento desde el endoso *ex post* a la delegación *ex ante* de autoridad regulatoria a entes privados. Cada vez con más frecuencia, legisladores y funcionarios ya no transcriben el estándar privado en las leyes y reglamentos, sino que incluyen una referencia general a aquél. Si éste subsecuentemente cambia, pues entonces la obligación regulatoria es automáticamente transferida al estándar revisado. (Bütthe y Mattli, 2013, p. 204)

Lo anterior naturalmente genera serios problemas desde el punto de vista de la no delegación. Por eso, en el marco de la Unión Europea se ha evitado a toda costa adoptar un mecanismo semejante y, bajo la llamada “nueva aproximación”, el cumplimiento con las normas de estandarización europeas o internacionales ha pasado de ser una obligación legal a una mera presunción de conformidad que autoriza a comerciar los productos en todos los Estados miembros sin tener que recurrir a decenas de acreditaciones individuales (Hoffman, Rowe y Turk, 2012, pp. 589-592).

En nuestro país son varias las leyes que remiten con flexibilidad a normas de estandarización, delegando así en el IRAM –a nivel local– o usualmente en ISO –a nivel internacional– el ejercicio de la función soberana de legislar o reglamentar la ley.

Como ejemplos de reenvío genérico se encuentra la Ley 24921 de Transporte Multimodal de Mercaderías, que en concordancia con el artículo 485 inciso “b” del Código Aduanero dice que se considerará contenedor a aquel equipo de transporte que “haya sido fabricado según las exigencias técnico-constructivas, de conformidad con las normas IRAM o recomendaciones COPANT o ISO u otras similares” (artículo 45 inciso “b”). Asimismo, la Ley 26184 de Energía Eléctrica Portátil que regula la fabricación y comercialización de pilas fija que

Las pilas y baterías deberán cumplir con los requisitos de duración mínima promedio en los ensayos de descarga, según normas IRAM, o según normas internacionales: International Electrotechnical Commission (IEC) o American National Standards Institute (ANSI) cuando no se dispusiera de normas IRAM actualizadas. (Artículo 3 inciso “c”)

Por otro lado, un exponente de delegaciones prospectivas es la Ley 26687 sobre tabaco, la cual establece que “los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos y cigarritos se medirán según las normas ISO 4387, ISO 10315 e ISO 8454, respectivamente o las que en el futuro se dicten” (artículo 15 inciso “c”). Lo mismo la Ley 27279 de Productos Fitosanitarios, la que dispone que

Se establece como procedimiento obligatorio para reducir los residuos de fitosanitarios en los envases vacíos en todo el territorio nacional, el procedimiento para el lavado de envases rígidos de plaguicidas miscibles o dispersables en agua, según la norma IRAM 12069 o la norma que oportunamente la reemplace. (Artículo 22)

En las condiciones reseñadas, de reputarse manifestaciones de autoridad legislativa, semejante clase de transferencias *ex ante* al IRAM o a ISO por parte del Congreso no superaría la doctrina de la no delegación privada, al menos desde el plano estrictamente formal y de acuerdo con la tesis mayoritaria que no admite delegaciones de ese tipo por fuera de la esfera del Poder Ejecutivo en sentido amplio del término.⁵⁶ Alternativamente, cuando lo anterior sea mejor visto como ejercicios de una función meramente reglamentaria, como sugerí en el apartado 3.1., las barreras estructurales podrían no ser tan severas.

Pero aquí sí resulta interesante conducir un análisis en términos funcionales, ya que –distinto del caso del Stud Book previamente estudiado– el arreglo normativo para la estandarización ha incluido en su diseño varios mecanismos compensatorios, de modo tal que, en definitiva, el balance entre lo público y lo privado no parece alterado (Krent, 1990, p. 94).

En esa línea, todo el sistema se encuentra supervisado por un organismo en la órbita de la administración centralizada (el Consejo Nacional de Normas, Calidad y Certificación), en el que seis de sus nueve miembros son funcionarios estatales (artículo 6), el cual cuenta con poderes de veto, dirección y arbitraje respecto a las decisiones del IRAM (artículo 5 incisos “f” y “g”, Decreto

56 Cfr. artículos 44, 76 y 99 inciso 3, Constitución Nacional; Castro Videla y Maqueda Fourcade

1474/1994). Además, en la etapa de elaboración normativa, este último debe garantizar la representación de todos los sectores interesados, incluyendo productores, consumidores y entidades de interés general (artículo 10), a través de uno de los pocos mecanismos de *notice and comment* existentes en nuestro ordenamiento legal (artículo 11).

Pero aun cuando podamos considerar que la delegación aquí estudiada es viable siguiendo una aproximación funcionalista o escéptica en cuanto a las posibles barreras existentes a la no delegación,⁵⁷ tal circunstancia no exime al esquema de resultar compatible con la garantía constitucional al debido proceso y la forma democrática de gobierno. Aplicando los factores propuestos con anterioridad, aparentaría que la mayoría de ellos juega a favor de la validez de la delegación.

En tal sentido, se aprecia que: (i) se contempló la revisión de las normas del IRAM por parte de la administración centralizada; (ii) los potenciales afectados están debidamente representados en los procesos de decisión, especialmente a través del mecanismo de elaboración participativa de normas; (iii) el IRAM solo aprueba los estándares, no persigue su cumplimiento por la fuerza, siendo estos de acatamiento voluntario; (iv) tampoco es un competidor dentro del mercado, por lo cual carece de interés individual en su diseño; (v) no ejerce potestades sancionatorias; (vi) cuenta con calificaciones especiales que lo convierten en un delegado técnicamente idóneo; y (vii) el Decreto 1474/1994 provee bases suficientes para guiar el trabajo del IRAM.

Como puede apreciarse, la situación de este último es la perfecta contracara de la descrita en el caso del Stud Book del Jockey Club, por lo que puede servirle de útil modelo en algunos aspectos susceptibles de compatibilización, de revisarse el marco legal del segundo.

4.3. El gobierno de la matrícula del Centro de Ingenieros de Catamarca

La potestad de licenciar y ejercer el control de las profesiones liberales –incluso dictando reglamentos– trata de una materia local que, en nuestro ámbito, tradi-

(2018, pp. 117-118).

57 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988). En ambos casos, adoptando una aproximación funcionalista al principio de separación de poderes y sosteniendo la constitucionalidad de leyes que, a pesar de representar una invasión del ámbito de competencias reservado al Poder Ejecutivo, no le impedía a su titular cumplir con su función constitucionalmente asignada.

cionalmente ha sido delegada por el legislador a entidades de carácter público no estatales organizadas en la forma de colegios o consejos.⁵⁸ Es por esa primera característica que, posiblemente, semejantes transferencias de poder público no hayan generado hasta el día de hoy mayores preocupaciones en términos constitucionales.⁵⁹ Por lo demás, señalé que la potestad de autorizar mediante el licenciamiento la práctica de ciertas actividades de lo contrario libres⁶⁰ en principio no choca con barreras estructurales como la doctrina de la no delegación, con prohibiciones evidentes en el texto fundamental. La posibilidad de que entidades privadas tengan alguna injerencia en la matriculación de ciertos profesionales ha sido aceptada en otros sistemas legales sin grandes reproches.⁶¹

Para ilustrar con toda intensidad el tema bajo estudio, he escogido como objeto de análisis al Centro de Ingenieros de Catamarca, pues se trata de una de las pocas instituciones de naturaleza puramente privada que en la Argentina ha sido confiada con el control de una matrícula profesional a nivel local. Los demás casos, como advertí, de ordinario tratan de entes paraestatales de origen público.

La Ley provincial 4996, de 2000, reguladora de la profesión de ingeniero en la provincia de Catamarca, establece en sus artículos 8 y 32 que la administración y control de la respectiva matrícula estará a cargo del mencionado centro, una asociación civil con personería jurídica conferida por el Decreto 272/1951. Lo hace bajo una serie de condiciones, entre ellas, la de “constituir una comisión de Fiscalización de la actividad profesional integrada por al menos tres miembros titulares y tres suplentes, quienes no podrán formar parte de la Comisión Directiva, ni de la Comisión Revisora de Cuentas”, los que deberán tener un mínimo de diez años en el ejercicio profesional. También, las de “establecer y determinar las causas de recusación de sus miembros y el trámite para su juzgamiento”; “elaborar un régimen electoral para cubrir esos cargos, que contemple el derecho de elegir y ser elegido para quienes conformen el Registro de Matriculados”; y “regular el procedimiento que deberá seguir la

58 Cfr. Hutchinson (1982, pp. 56 y ss).

59 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.)*, 26/06/1986, Fallos: 308:987.

60 Cfr. artículo 14, Constitución Nacional.

61 Cfr. Lawrence (1986, p. 649), afirmando que: “Otro asunto de frecuente litigiosidad, con resultados mezclados, ha sido la participación de corporaciones profesionales privadas en actividades estatales de licenciamiento, particularmente en la determinación de qué graduados pueden rendir examen de aptitud profesional para acceder a la matrícula respectiva. Una gran cantidad de impugnaciones contra ese tipo de intervención, especialmente las dirigidas a aquella delegación que es usual a la American Bar Association (ABA) para acreditar escuelas de derecho, han sido llevadas a los tribunales federales y todas ellas han fracasado uniformemente”.

Comisión para imponer las sanciones previstas en la presente Ley con fijación de los distintos plazos procesales y modo de impugnación de las resoluciones” (artículo 7).

En materia disciplinaria, es el legislador quien estableció el catálogo de infracciones que deberá administrar el Centro: advertencia, amonestación, multa que no podrá superar treinta veces la matrícula anual y suspensión en el ejercicio de esta última inferior a dos años. Se aclara que tales sanciones se aplicarán “previa notificación fehaciente y descargo presentado por el matriculado”, quien a su turno “podrá interponer recurso de reconsideración dentro del término de treinta días” presumiéndose la denegatoria tácita por silencio y quedando expedita la vía judicial ante el fuero civil y comercial (artículo 24). En el marco del trámite sumarial, se garantiza al profesional el derecho de audiencia y se le brinda amplia posibilidad de ofrecer y producir prueba (artículo 25). Cuando lo que fuese investigado sea el ejercicio ilegal de la profesión, tras recabar la información necesaria, el Centro deberá acudir a la justicia ordinaria en lo que fuera de su competencia (artículo 36).

En cuanto a los recursos del ente, su grueso está formado por ingresos provenientes de la colegiatura que antes tenía el gobierno de la matrícula (el Consejo Profesional de Agrimensores, Arquitectos e Ingenieros), de los aportes de sus matriculados y de las multas aplicadas (artículo 37).

Finalmente, cabe destacar que, en materia de producción normativa, el artículo 33 faculta al Centro únicamente a “Proponer al Poder Ejecutivo el proyecto de reglamento para la aplicación de la presente ley”, para luego conferirle la posibilidad de dictar normas secundarias que resulten adecuadas para el ejercicio profesional.

Sobre la base de ese esquema, que en lo que atañe a la potestad de licenciamiento y gobierno cuadra ser analizada bajo la óptica del debido proceso y la forma democrática (pues asumo que no hay barreras estructurales como consecuencia de la doctrina de la no delegación), me permito replicar una vez más el test avanzado en el apartado 3.2. De esta forma, entiendo que en la especie la mayoría de los factores juegan a favor de la validez de la delegación formulada por la Legislatura catamarqueña en cabeza de la asociación civil. A saber: (i) los actos de gravamen del Centro de Ingenieros están sujetos a control judicial; (ii) los potenciales afectados por sus acciones están representados en el órgano de decisión; (iii) el reglamento de la ley solamente es “propuesto” por el delegado, su proyecto debe ser luego sancionado por el Poder Ejecutivo; (iv) la posible influencia de intereses pecuniarios en los miembros de la comisión fiscalizadora

es magra considerando la amplitud y diversidad del mercado laboral para los ingenieros; (v) el legislador configuró de antemano el universo de sanciones aplicables y los procedimientos para su determinación; (vi) indudablemente, el Centro de Ingenieros es experto en la materia delegada; y (vii) la Ley 4996 cuenta con bases sólidas para guiar la actividad del delegado.

Solo se podría argumentar en contra de la delegación la posibilidad del Centro de dictar normas secundarias accesorias de su reglamento, que aun cuando pueda ser visto simplemente como el ejercicio de función administrativa residual o reglamentaria no automáticamente vedada por la doctrina de la no delegación legislativa, no se me escapa que la Constitución catamarqueña contiene una serie de previsiones que, según cómo hayan de ser construidas por sus tribunales de justicia, pueden traducirse en obstáculos para esta posibilidad.⁶² Pero lo descarto.

4.4. Los certificados y permisos internacionales del Automóvil Club Argentino

Creado en el año 1904, el Automóvil Club Argentino (ACA) fue establecido como una asociación civil con el objeto de promover el automovilismo deportivo en la Argentina. Rápidamente, esta entidad pasó a colaborar activamente con el Gobierno nacional en el desarrollo de políticas públicas ligadas a la seguridad automovilística.

La Ley 12316, a la luz de las previsiones del Convenio Internacional para la Circulación de Automóviles firmado en París el 24 de abril de 1926, “autorizó” al Poder Ejecutivo Nacional a “encomendarle” al ACA “[...] la emisión del Certificado Internacional del Automóvil y del Permiso Internacional del Conductor” (artículo 1). De conformidad con dicho instrumento, para que un vehículo pudiera ser admitido para circular más allá de las fronteras de su nación de origen, este debía cumplir con una serie de requisitos técnicos cuya acreditación se haría mediante la emisión de certificados internacionales (artículos 3 y 4). Asimismo, el convenio rezaba que el conductor debía poseer “cualidades que ofrezcan garantía suficiente para la seguridad pública”, razón por la cual dispuso para la circulación internacional que “nadie puede conducir un automóvil

62 Cfr. Constitución de la Provincia de Catamarca (1988), artículo 3: “El poder de Gobierno de la Provincia estará dividido en tres Departamentos: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial y ninguno de ellos podrá arrogarse facultades que no le hayan sido conferidas por esta Constitución, ni delegar las que la misma les acuerda, so pena de insanable nulidad que debe ser declarada de oficio por los tribunales de la Provincia”; artículo 170: “Ningún empleado público puede delegar sus funciones en otra persona, permanente ni transitoriamente, salvo los casos previstos por la Constitución o la ley”.

sin tener, al efecto, la autorización correspondiente, expedida por la autoridad competente o por una Asociación habilitada por dicha autoridad, después de haber probado su aptitud” (artículo 6).

La norma nacional aclaró que el ACA no podría percibir más de diez pesos moneda nacional para la emisión de cada uno de los referidos documentos (artículo 2), además de encargarle la creación de un registro de los turistas provenientes del extranjero con dicha documentación para proceder a su certificación (artículo 3). Casi en paralelo, la Ley 12385 encomendó idénticas funciones y en iguales condiciones al disuelto Touring Club Argentino (TCA), al que además le asignó la emisión de los *carnets de passages en donane* (carnets de paso y aduana).

En el año 1949, la Convención de Ginebra sobre la Circulación Vial, que vino a reemplazar a la de París, creó dos instrumentos para el manejo internacional análogos a los anteriores: el certificado de matrícula y el permiso internacional para conducir (artículos 18 a 25). Mientras el primero servía para dar fe de varios datos del vehículo (matrícula, patente, número de serie, fecha de primer patentamiento, etc.), el segundo daba cuenta de las habilidades de conducción de su portador. De ese modo, se previó en ambos casos que la autoridad competente o una asociación habilitada a tal efecto podía otorgarlos.

En función de lo anterior, en el año 1967, el Gobierno *de facto* dictó la Ley 17232 autorizando al ACA y al TCA a emitir ambos documentos (artículo 1). Se aclaró que las dos entidades habrían de hacerlo en un todo de acuerdo con la convención internacional (artículo 2), se ratificaron las delegaciones de las leyes 12316 y 12385 (artículo 3) y finalmente se fijó que ninguno podría establecer como contraprestación por la elaboración de la documentación una suma mayor a la que fijara la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por la expedición de licencias de conducir de categoría “particular” (artículo 4).

Advierto que en la especie se está ante un caso limitado a la transferencia de la potestad licenciataria, cuya delegación a particulares en principio no viene vedada por ninguna previsión estructural del ordenamiento y la doctrina de la no delegación. Pero, como ya señalé con anterioridad, tal circunstancia no la releva de satisfacer garantías mínimas de debido proceso y legitimidad democrática.

Aplicando nuevamente la matriz de factores útiles para evaluar esto último, tenemos a favor que: (i) el ACA no posee intereses pecuniarios de aquellos típicos de una situación de mercado frente a competidores a quienes perjudicar (solo tiene ingresos por sus servicios administrativos, cuyo monto está limitado por ley); (ii) carece de potestades normativas (se limita a precisar, por ejemplo, que deberá presentarse una foto carnet y fotocopias de la licencia nacional de

manejo y del pasaporte); (iii) no define ni aplica sanciones; (iv) es una institución única y tradicionalmente reconocida en materia automovilística; y (v) la delegación cuenta con bases suficientes fundadas en un convenio internacional.

En contra se puede criticar que no se previó una instancia de revisión administrativa o judicial ante una potencial denegatoria del ACA a la hora de expedir los documentos (lo que no implica que no exista acción a través de una genérica pretensión anulatoria), como así también que aquí los potenciales afectados por un acto de gravamen no necesariamente están representados en el órgano decisor (a menos que sean socios de la asociación).

En balance, tratándose de una serie de instrumentos no necesariamente esenciales y que modernamente han perdido gran parte de su utilidad práctica (v.gr., la tendencia a alquilar automóviles directamente en el exterior, la libre circulación dentro del Mercosur o el creciente número de países o estados que no exigen su presentación) me inclina a orientarme a favor de la validez de la delegación de funciones puestas en cabeza del ACA, reforzadas por el prestigio y la historia de esta institución en nuestro país.

5. Conclusión

La privatización de funciones inherentemente estatales es un fenómeno pasado y presente que no puede ignorarse. Teniendo en cuenta las inquietudes que generan las delegaciones de poder público a sujetos particulares, mi trabajo ha tratado de explicar el origen y razones de esas preocupaciones para así proporcionar un marco teórico capaz de entenderlas y, llegado el caso, gobernarlas. He suministrado cuatro ejemplos de ese tipo, todos existentes en nuestro país, que solo esporádicamente habían sido objeto de detenido análisis. Salvo el primero, los demás supuestos estudiados cuentan con una preponderancia de elementos que los tornan compatibles con el ordenamiento supralegal, sin perjuicio de resultar perfectibles.

En síntesis, independientemente de la guía que pueda proveer la jurisprudencia comparada o la teoría política clásica, el catálogo de funciones inherentemente estatales debe ser desentrañado de la ley suprema con la que cada comunidad política se haya dotado a sí misma. Además, de la circunstancia de que una determinada atribución quepa ser reputada como inescindiblemente ligada al gobierno de un Estado no debe llevar automáticamente a la conclusión de que aquella no pueda ser transferida al sector privado. Todo dependerá del lenguaje y del diseño del texto constitucional.

Algunos contendrán prohibiciones o permisiones expresas o implícitas, mientras que otros arreglos básicos se mostrarán neutrales respecto a semejante posibilidad. Esto es lo que he llamado un análisis basado en la doctrina de la “no delegación” privada. Pero aun frente a escenarios en los cuales sea plausible concluir que tales delegaciones se encuentran autorizadas –desde el plano formal o estructural– o están debidamente compensadas por el poder público –desde el punto de vista funcional–, ello no releva al intérprete de un análisis focalizado en la garantía al debido proceso y la forma democrática de gobierno.

Son esos tres elementos los que jueces y legisladores habrán de tener presentes a la hora de controlar o diseñar los marcos normativos que, de un modo u otro, pretendan asignarles a entidades privadas el manejo de algunos de los asuntos públicos más incardinados con el gobierno de la ciudadanía toda.

Bibliografía

- Abal Medina, J. M. y Cao, H. (2012). *Manual de la Nueva Administración Pública Argentina*. Buenos Aires: Ariel.
- Abramson, H. I. (1989). A Fifth Branch of Government: The Private Regulators and Their Constitutionality. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 16, 165-220.
- Aranson, P. H., Gellhorn, E. y Robinson, G. O. (1982). A Theory of Legislative Delegation. *Cornell Law Review*, 68(1), 1-67.
- Barak, M. (2010). Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization. *Oxford International Journal of Constitutional Law*, 8(4), 690-713.
- Bürthe, T. y Mattli, W. (2013). *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*. Princeton: Princeton University Press.
- Castro Videla, S. y Maqueda Fourcade, S. (2018). *La Delegación Legislativa y el Estado Regulatorio*. Buenos Aires: Ábaco.
- Congressional Research Service. (2014). *Definitions of “Inherently Governmental Function” in Federal Procurement Law and Guidance*. R42325.
- Cortese, M. (2019). Límites al accionar de la gestión colectiva desde el derecho de la competencia. *La Ley*, 2019-E, 130.
- Dolovich, S. (2005). State Punishment and Private Prisons. *Duke Law Journal*, 55, 437-536.
- Gardbaum, S. (2003). The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights. *Michigan Law Review*, 102(3), 387-459.
- Gauna, J. O. (h) (1990). Ejercicio privado de funciones públicas. *La Ley*, 1990-D, 1205.
- Hobbes, T. (2017). *Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Trad. de Manuel Sánchez Sarto.). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

- Hoffman, H. C. H., Rowe, G. C. y Turk, A. H. (2012). *Administrative Law and Policy in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Hutchinson, T. (1982). *Las corporaciones profesionales*. Buenos Aires: FDA.
- Jorgensen, B. M. (1998). Delegations in Danger: The Texas Supreme Court Reinvigorates the Non-Delegation Doctrine. *Texas Tech Law Review*, 29, 213-249.
- Krent, H. J. (1990). Fragmenting the Unitary Executive: Congressional Delegations of Administrative Authority Outside the Federal Government. *Northwestern University Law Review*, 85(1), 62-112.
- Ku, J. G. (2006). International Delegations and the New World Order. *Washington University Law Review*, 81(1), 1-70.
- Lawrence, D. M. (1986). Private exercise of governmental power. *Indiana Law Journal*, 61(4), 647-695.
- Lessig, L. (2019). *Fidelity & Constraint: How the Supreme Court has Read the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Locke, J. (2012). *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Losada.
- Massey, C. R. (2014). The non-delegation doctrine and private parties. *Green Bag 2d*, 17, 157-171.
- Merrill, T. W. (2004). Rethinking Article I, Section 1: From nondelegation to exclusive delegation. *Columbia Law Review*, 104(8), 2097-2181.
- Metzger, G. E. (2003). Privatization as Delegation. *Columbia Law Review*, 103, 1367-1502.
- Michaels, J. D. (2017). *Constitutional Coup: Privatization's Threat to the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press.
- Minow, M. (2003). Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion. *Harvard Law Review*, 116(5), 1229-1270.
- Minow, M. y Freeman, J. (2009). *Government by Contract*. Cambridge: Harvard University Press.
- Montero, G. R. (2019). Breve Historia Constitucional de la Provincia de Buenos Aires. Análisis de las Cartas Bonaerenses (1820-1994). *Revista Derechos en Acción*, 4(11), 91-118.
- Montesquieu (2007). *Del Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Losada.
- Moisset de Espanés, L., Cima, L. B. (h), Martínez, V. H. y Ventura, G. (1984). *Propiedad de los Semovientes*. Trabajo presentado en el Seminario Interdisciplinario de la Propiedad y Empresa Agraria, San Francisco.
- Nastri, J. P. F. (2014). *Contratistas y otros actores privados durante el conflicto de Irak: (2003-2011)* (Tesis de Maestría en Estudios Internacionales). Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires. <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/2213>.
- Naveira de Casanova, G. J. y Revilla, P. J. M. (2009). Inmunidad de los instrumentos de gobierno. *Revista de Derecho Fiscal*, (4). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Noh, N. K. (2016). Non-delegation as non-deliberation. *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, (19), 379-415.
- Nozick, R. (2013). *Anarchy, State, and Utopia*. Nueva York: Basic Books.
- O'Connell, A. J. (2014). Bureaucracy at the Boundary. *University of Pennsylvania Law Review*, 162, 841-927.
- Redish, M. H. y Cisar, E. J. (1991). "If Angels Were to Govern": The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory. *Duke Law Journal*, 41(3), 449-506.

- Reeder, C. (2004). Regulation by Contractors: Delegation of Legislative Power to Private Entities in Texas. *Texas Tech Administrative Law Journal*, 5, 191-230.
- Rey Vázquez, L. E. (2016). Estado, Administración y Realidad: La participación del ciudadano en la gestión pública. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, (1), 119-171.
- Rice, J. M. (2017). The private nondelegation doctrine: preventing the delegation of regulatory authority to private parties and international organizations. *California Law Review*, 105, 539-572.
- Rousseau, J. J. (2017). *El contrato social*. Buenos Aires: Colihue.
- Sacristán, E. B. (2012). Las personas no estatales como instrumentos de gobierno. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (408), 45-56.
- Santiago, A. (h) y Thury Cornejo, V. (2003). *Tratado sobre la Delegación Legislativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Santiago, A. (h), Veramendi, E. V. y Castro Videla, S. M. (2019). *El Control del Congreso sobre la Actividad Normativa del Poder Ejecutivo*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Strauss, P. L. (1987). Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions. A Foolish Inconsistency? *Cornell Law Review*, 72(3), 488-526.
- Strauss, P. L. (2013). Private Standards Organizations and Public Law. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 22, 497.
- Vermeule, A. (2016). *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Volokh, A. (2014). The new private-regulation skepticism: Due process, non-delegation, and antitrust challenges. *Federalist Society Practice Groups*, 15, 35-53.
- Wecht, D. (1987). Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons. *The Yale Law Journal*, 96(4), 815-837.
- Young, G. G. (1986). Public Rights and the Federal Judicial Power: From Murray's Lessee Through Crowell to Schor. *Buffalo Law Review*, 35(3), 765-869.
- Zaring, D. (2013). Sovereign mismatch and the new Administrative Law. *Washington University Law Review*, 91(1), 59-112.

Jurisprudencia citada

República Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Ángel Estrada y Cía. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos, 5/04/2005, Fallos: 328:651.
- Banco de la Provincia de Córdoba c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos, 14/08/2013.
- Cocchia, Jorge Daniel v. Estado Nacional y otros s/acción de amparo, 2/12/1993, Fallos: 316:2624.
- Fernández Arias, Elena, y otros c/Poggio, José sucesión, 19/09/1969, Fallos: 247:646.
- Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.), 26/06/1986, Fallos: 308:987.
- Mexicana de Aviación SA de CV c/Estado Nacional s/amparo, 26/08/2008, Fallos: 331:1942.
- Prattico, Carmelo, y otros c/Basso y Cía., 20/05/1960, Fallos: 246:345.
- Schirato, Gino c/Estado Nacional y Cooperativa Escolar de la Escuela N°14, 15/04/1982, Fallos: 304:490.

Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelwa SRL y otros, 20/05/2014, Fallos: 337:611.

Estados Unidos

Suprema Corte de los Estados Unidos

A.L.A. Schechter Poultry Corp v. United States, 295 U.S. 495 (1935).
Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936).
Currin v. Wallace, 306 U.S. 1 (1939).
Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. R.Rs., 135 S. Ct. 1225 (2015).
García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528 (1985).
INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).
J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States, 276 U.S. 394 (1928).
Lebron v. National Railroad Passenger Corporation, 513 U.S. 374 (1995).
Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988).
National League of Cities v. Usery, 426 U.S. 833 (1976).
Nixon v. Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).
Ohio v. Helvering, 292 U.S. 360 (1934).
Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).
State of New York v. United States, 326 U.S. 572 (1946).
Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins, 310 U.S. 381 (1940).
The Cargo of the Brig Aurora v. United States, 11 U.S. (7 Cranch) 383 (1813).
Whitman v. American Trucking Assns., Inc., 531 U.S. 474 (2001).

Otros tribunales

Corte Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia, *Ass'n of Am. R.Rs. v. U.S. Dep't of Transp.*, 721 F.3d 666 (D.C. Cir. 2013).
Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Matter of Fink v. Cole*, 302 N.Y. 216, 97 N.E.2d 873 (1951).
Suprema Corte de Texas, *FM Properties Operating Co. v. City of Austin*, 22 S.W.3d 868 (Tex. 2000).
Suprema Corte de Texas, *Proctor v. Andrews*, 972 S.W.2d 729 (Tex. 1998).
Suprema Corte de Texas, *Texas Boll Weevil Eradication Foundation, Inc. v. Lewellen*, 952 S.W.2d 454 (Tex. 1997).
Suprema Corte de Texas, *Texas Workers' Compensation Com'n v. Patient Advocates of Texas*, 136 S.W.3d 643 (Tex. 2004).

Reino Unido

Corte de Apelaciones (División Civil) del Reino Unido, *R. v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909.