

CUESTIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE (Director)



LexisNexis®
Abeledo-Perrot

CUESTIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE (Director)



LexisNexis®
Abelardo-Perrot



CUESTIONES DE REVISIÓN JUDICIAL EN LOS ACTOS DE ALCANCE GENERAL EMITIDOS CON PREVIA PARTICIPACIÓN

Por ESTELIA B. SACRISTÁN

I. PLANTEO

En un contexto en el cual no puede concebirse que los ciudadanos son meros sujetos votantes ¹, la participación previa a la emisión de actos de alcance general se erige en una herramienta hábil para dotar de legitimidad democrática a la eventual medida, sana orientación que ha recobrado bríos a partir de iniciativas oficiales en materias de importancia. Considérese tan sólo que, en la renegociación de los contratos y licencias de servicios públicos, el dec. 311/2003 implementó un sistema de participación de los administrados sobre los cuales incidirá eventualmente la decisión ², y que el dec. 1172/2003 consagra pluralidad de técnicas a fin de obtener dicho fin, desde las más pasivas—reuniones públicas—hasta las que más pasiones despiertan—audiencias públicas—.

Asimismo, debe tenerse presente que los entes reguladores y demás organismos de control cuentan con facultades para dictar actos de

¹ Ampliar en BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 223.

² Por dicho decreto, los Ministerios de Economía y Producción, y de Planificación, Inversión Pública y Servicios, dispondrán los regímenes de audiencia pública, de consulta pública y participación ciudadana que resulten pertinentes y apropiados en relación con los distintos procedimientos y a los respectivos contratos o licencias de servicios públicos involucrados (art. 6°, inc. c). A su vez, concretadas las audiencias públicas o consultas públicas que posibiliten la participación ciudadana, los acuerdos se girarán a dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, previo a su firma por los ministros (art. 8°). Asimismo, dado que el art. 9° permite los acuerdos parciales, se prevé que la suscripción de los acuerdos deberá hallarse precedida por el desarrollo de una instancia de consulta pública que posibilita la participación de los usuarios en el proceso decisorio, correspondiendo a la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos determinar los procedimientos y mecanismos que resulten adecuados para implementar dicha consulta pública (art. 9°, inc. b)).

alcance general, dentro del ámbito de su competencia—que, por lo demás, suele aparecer como altamente especializada dado el basamento técnico sobre la cual reposa³—y en el ejercicio de aquéllas también acudirán a técnicas participativas.

Así, en relación con el dictado de actos de alcance general en sede administrativo-regulatoria—esto es, actos sancionados por el organismo competente cuyos efectos abarcarán a un universo más o menos amplio de administrados—, existen diversas herramientas procedimentales por medio de las cuales se invita a la ciudadanía a tomar parte en la toma de decisión. Este procedimiento previo al dictado de la medida posee al menos dos vertientes: vela por los intereses de quienes serán ulteriormente afectados, esto es, el interés privado⁴, y coadyuva a un fin público primordial en todo Estado de Derecho: dotar de legitimidad a los actos que emite la Administración en su rol de legisladora.

En esta perspectiva, y a tenor de lo decidido en el ya célebre "Youssefian"⁵, debe hablarse no ya de un solo modo de participación previo, sino de "diversos modos de participación"⁶ que propenden a aquellas dos finalidades. Asimismo, la lectura de las leyes 24.065 y 24.076—a título de ejemplo—y la cantidad de eventos participativos desarrollados en sede del ENRE y del Enargas dan suficiente cuenta de la multiplicidad de ocasiones en que aquéllas se han visto—y se verán—concretadas.

A partir de estas apreciaciones, este trabajo abarcará—a modo de balance retrospectivo—diversas cuestiones de interés en torno a la participación previa al dictado de actos de alcance general en punto a la revisión judicial. El plan de exposición adoptado es el siguiente:

³ Aspecto de conocimientos e información especializada que se vincula con el objetivo de dejar fuera de la contienda política partidista determinadas funciones administrativas. Sobre este último aspecto, nos remitimos a REIRIZ, María G., "Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de los servicios públicos", en *Temas de derecho administrativo. En honor al Prof. Dr. Agustín Gordillo*, Platense, La Plata, 2003, ps. 265-284, esp. p. 268.

⁴ COMADIRA, Julio R. - MONTT, Laura (colab.), *Procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 63.

⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 23/7/1998, "Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones", LL 1998-D-710.

⁶ "[L]a participación podrá articularse a través de la realización de una audiencia pública o a través de la implementación de otro mecanismo que permita en forma adecuada el conocimiento por parte de los aludidos sujetos de los antecedentes fácticos y documentales que hacen a la resolución que habrá de adoptarse, permitiéndose—asimismo—el ofrecimiento y producción de la prueba que estimen pertinente" (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 23/7/1998, "Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones", LL 1998-D-710).

te: luego de repasarse las diversas técnicas y los fundamentos que las rodean, se hará hincapié en aspectos de interés práctico que se suscitán cuando, en sede judicial, se revisa lo actuado—o no actuado—en sede administrativa a propósito de la etapa participativa y resolutoria. Ello, desde la experiencia comparada que echa luz sobre lo normado en el dec. 1172/2003 (esp. seccs. II, III y IV) y argentina (secc. V). Finalmente, se proponen las conclusiones pertinentes (secc. VI).

II. DIVERSAS TÉCNICAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS

Si se efectúa un repaso del derecho norteamericano⁷, se advierte un amplio abanico de técnicas⁸ mediante las cuales puede dispo-nerse normativamente la participación de la ciudadanía en el procedimiento previo al dictado de un acto de alcance general. Así⁹:

a) La implementación de *open meetings*—reuniones públicas o, en sentido estricto, sesiones públicas—, modalidad que implica abrir a la observación del público determinados tramos de la actividad que se lleva a cabo en el seno del órgano o ente de que se trate¹⁰. Ella se halla, en el ordenamiento norteamericano, en la GSA o Government in the Sunshine Act, suerte de Ley de Transparencia Gubernamental.

⁷ Sobre ello, es clave la remisión a TAWLL, Guido S., *Administración y Justicia*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 198.

⁸ También pueden verse los detallados estudios: ALIANAK, Raquel C., "Sobre la participación pública en la elaboración de reglamentos y proyectos de ley. A propósito del dec. 1172/2003, y su comparación con el régimen vigente en el sistema legal de Estados Unidos de Norteamérica", EDA 2004-504; BASTERRA, Marceia I., "La reglamentación del lobby en la Argentina. Análisis del decreto 1172/2003", LL 2004-E-1338/1353; y el análisis de BOULLAUDE, Gustavo, "El decreto 1172/2003 y los servicios públicos", REDA, nro. 51, Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 133 y ss., de enfoque integral—abarcando audiencias públicas, actividad de gestión de intereses, elaboración participativa de normas, acceso a la información pública y sesiones públicas de los directores de los antes reguladores—.

⁹ En nuestro país también ocurre lo mismo: acerca de la pluralidad de técnicas participativas, véase CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre la justicia contencioso administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI", REDA, nro. 46, Depalma, Buenos Aires, 2003, ps. 847 y ss.; esp. p. 866, y su cita del voto del Dr. Pedro J. J. Coviello en la causa "Celadi", del 10/8/2000, LL 2001-B-186 y ss.

¹⁰ Ampliar en BLOCH, Denise, "Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos", en RAP, nro. 258, RAP, Buenos Aires, 2000, ps. 71-93.

¹¹ Ampliar en SACRISTÁN, Estela B., "Las sesiones públicas (*open meetings*) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", REDA, vol. 10, LexisNexis, Buenos Aires, 1998, ps. 389-434.

Como se afirmara, "(e) argumento básico de las sesiones públicas consiste en que el conocimiento público de las motivaciones que fundan la actuación del gobierno resulta esencial para el proceso democrático. El pueblo debe poder 'ir más allá y por detrás' de las decisiones tomadas y conocer los 'pros y contras' del caso si de juzgar sabiamente las cuestiones de política y de elegir inteligentemente a los representantes se trata. La presencia de observadores externos constituye una ayuda insustituible en el proceso de hacer que esa información esté disponible, ya que los informes oficiales, si es que son emitidos, pocas veces proveerán un resumen completo del debate que llevara a un curso de acción en particular. Aun cuando sólo unos pocos periodistas y ciudadanos interesados estén presentes, el beneficio de conceder acceso a las sesiones se expandirá a un segmento aún más amplio de la población, porque los presentes transmitirán la información obtenida" 11.

Esta modalidad aparece, entre nosotros, prevista en el dec. 1172/2003, Anexo VIII, para las reuniones convocadas por los órganos de dirección de los entes reguladores de los servicios públicos en la medida en que medie quórum.

b) Las *audiencias públicas* se hallan consagradas en la APA o *Administrative Procedure Act* 12. En pos de la claridad, tenemos que recordar que dicha ley contempla dos supuestos de participación: recepción de comentarios en el marco de un procedimiento informal (5 USC § 553) o audiencia o *hearing* en el marco de un procedimiento formal (5 USC §§ 556 y 557) 13. En este acápite repasaremos la primera de las hipótesis, esto es, la audiencia en el marco de un procedimiento formal; en el siguiente acápite nos detendremos en la técnica de recepción comentarios.

La audiencia que una ley específica puede exigir 14 es de índole naturalmente contradictoria; además, se da sólo en los casos legislativamente previstos, y depara un procedimiento formal con los mismos requerimientos del procedimiento de resolución de casos particulares (*adjudicatory proceeding*) 15.

11 Nota sin autor, "Open Meeting Statutes: The Press Fights for the Right to Know", *Harvard Law Review*, vol. 75, p. 1199, esp. p. 1200, 1962, transcripto en BREYER, Stephen G., *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown & Co., Boston, 1992, p. 963.

12 Ley de Procedimiento Administrativo, del orden federal.

13 "United States v. Florida East Coast Railway Co.", 410 US 224 (1973).

14 Según § 553(c) de la APA, el procedimiento formal se emplea "cuando legislativamente se establece que los reglamentos deben dictarse con una audiencia previa ante la agencia".

15 Por ejemplo, la Food, Drug and Cosmetic Act, de 1938, Tit. 21 del USCA, secc.

Se ha señalado que el procedimiento de elaboración de reglamentos con participación pública de índole formal con esta clase de audiencia previa—que resulta ser semejante a la que se celebra ante un juez—puede "apresar al proceso normativo dentro de un estrecho traje que puede producir la parálisis del proceso administrativo" 16.

Ante esta reflexión, no aparecen sino como razonables las reglas generales que surgen de dos precedentes de la Corte Suprema norteamericana: por un lado, "American Trucking Association" 17, conforme al cual en el procedimiento de dictado de medidas de alcance general no se requiere *hearing*, salvo cuando la ley que rige al organismo establece tal recaudo; y, por el otro, el conocido precedente de 1978, "Vermont Yankee" 18, en el cual aquel tribunal afirmó que ningún magistrado podría exigir una modalidad procedimental participativa más exigente que la adoptada por el organismo administrativo, pues tal opción es de la discrecionalidad de este último.

Para un sector de la doctrina, la audiencia que nos ocupa es aplicable al dictado de reglamentos en el ámbito de las comisiones (*Commissions*) de Servicios Públicos 19, y, de acuerdo con lo dicho, tal afirmación estará condicionada a la ley previa que disponga la participación en audiencia. Asimismo, se entiende que no ameritan *hearing* formal previa las cuestiones técnicas 20, ni tampoco los procedimientos de fijación de tarifas cuando éstas vayan a registrarse en el futuro 21. Volvemos sobre este aspecto en el acápite siguiente.

En lo que hace a nuestro país, hace ya varias décadas—exactamente en 1958—se implementó un sistema de audiencias públicas para consultar a la ciudadanía acerca de su parecer respecto del establecimiento de servicios de líneas de transporte intercomunal de 371(e)(3). Allí se establece que antes de que la Administración de Alimentos y Drogas dicte un reglamento, ella (1) convocar a audiencia pública para que los interesados sean oídos, (2) basar su decisión en la evidencia sustancial recogida en el expediente, (3) estructurar el reglamento tal que incluya las evidencias volcadas en la audiencia formalizada en el expediente, (4) proveer a la revisión de lo actuado antes de que esas probanzas, que fundamentan el reglamento, puedan ser consideradas concluyentes.

16 Conf. SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law. A Casebook*, 3ª ed., Little-Brown and Co., Boston-Toronto, 1988, p. 162.

17 "American Trucking Association, Inv. v. United States", 344 US 298 (1953), esp. ps. 310-320.

18 "Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRD", 435 US 519 (1978).

19 PHILLIPS, Charles F., *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Public Utilities Reports Inc., Arlington, Virginia, 1993, p. 188.

20 "Trocouis Gas Transmission System", LP, 53 FERC §194 (1990).

21 GOODMAN, Leonard S., *The Process of Rulemaking*, t. I, Public Utilities Reports, Vienna, 1998, p. 58.

pasajeros en la provincia de Buenos Aires a través del dec. 6864 ²², reglamentario de la ley orgánica del transporte de pasajeros, dec. ley 16.378/1957 ²³. De la existencia misma de dicho decreto puede válidamente inferirse la preocupación —en el caso, en el nivel provincial— por incluir en el procedimiento —de establecimiento de líneas de transporte— la mentada participación. Todo ello con anterioridad incluso a que se instaurara el sistema de audiencias públicas del art. 102, ley 17.285, en materia aeronáutica ²⁴. Asimismo, conocemos las audiencias públicas ²⁵ establecidas en nuestro país por las leyes 24.065 y 24.076, por ejemplo, las previstas en el art. 46 de una y de la otra. Por último, las audiencias públicas se hallan consagradas en los Anexos I y II del dec. 1172/2003.

Nótese que las *open meetings* se diferencian de las audiencias públicas, pues aquéllas brindan la oportunidad para estar presentes, y las segundas —al igual que la técnica del acápite siguiente—, la oportunidad de ser oído ²⁶.

²² Dictado el 29/4/1958 (BO del 9/6/1958), cuyo art. 7º dice: "Los estatutos para el establecimiento de nuevos servicios o modificación de los existentes, serán realizados por la Dirección general del transporte, formulando todas las consultas que estime necesarias para determinar la necesidad de los mismos. Podrá considerarse a tales efectos cualquier sugerencia privada al respecto, sin que ello importe derecho alguno para quien la formule y si lo estimare conveniente promoverá una *audiencia pública* para la solución y discusión de los puntos cuestionados. Los informes deberán considerar fundadamente la conveniencia del nuevo servicio, modificación o extensión, con relación a cada inciso del art. 9º de la ley" (la *bastardilla* es nuestra).

²³ ADLA XVII-B-1376, esp. p. 1376, cuyo art. 10 establecía: "Proyectado el establecimiento de un nuevo servicio de línea o de sus ramales, modificaciones y extensiones, deberá concertarse traslado a las municipalidades y empresas privadas y estatales afectadas, y anunciarse por tres veces consecutivas en un diario de la capital de la provincia y un periódico o diario de las zonas afectadas, fijándose copia en un tablero ubicado al efecto en la sede de la Dirección. Las municipalidades o empresas afectadas, sus entidades representativas, las sociedades vecinales y quienes justifiquen un interés en hacerlo, podrán observar o impugnar el proyecto dentro de los 15 días de la última publicación o traslado conferido, en su caso. La Dirección deberá dictaminar fundadamente examinando las *observaciones formuladas* y las posibilidades de corrección y reajuste, proponiendo al Poder Ejecutivo lo que corresponda" (la *bastardilla* nos pertenece).

²⁴ Código Aeronáutico, sancionado por ley 17.285, BO del 17/5/1967. Véase GUSMAN, Alfredo S., "La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública", LL 1997-C-1390 y ss., esp. p. 1391.

²⁵ Ampliar en GÓMEZ SANCHÍS, Daniel, "El procedimiento de audiencia pública", en AA.VV., *Estatutos de derecho administrativo IX*, Dike, Mendoza, 2003.

²⁶ Así, "Gernatt Asphalt Products Inc. v. Town of Sardinia" (1996 N.Y.Int. 58), del 28/3/1996, ilustra sobre ambas funciones. En él se debatía, entre otras cuestiones, si el municipio había violado las respectivas disposiciones de la Ley de Sesiones Públicas local al sancionar modificaciones a unas ordenanzas vigentes durante una sesión ejecutiva secreta celebrada con posterioridad a la audiencia pública. La Ley de Sesiones Públicas local establecía que el gobierno municipal no debatiría ni decidiría en privado lo que debía debatir y decir en público. Lo destacable es que la ley local respectiva establecía que de-

(c) La modalidad participativa de *recepción de comentarios* u *observaciones*, como vimos, emerge de 5 USC § 553, y también aparece como gobernable por las reglas emergentes de "American Trucking Association" ²⁷ y "Vermont Yankee" ²⁸, ya reseñados.

El respectivo procedimiento incluirá, a modo de recaudos mínimos ²⁹, la publicación de un aviso ³⁰ en el Federal Register informando que se dictará un reglamento ³¹ y la oportunidad para que los interesados participen haciendo llegar sus opiniones ³²; se podrá o no brindar oportunidad para efectuar una presentación oral, se considerarán los aspectos pertinentes que se hayan planteado ³³, se efectuará una declaración concisa del propósito de dictar el reglamento ³⁴, y finalmente se efectuará la publicidad del reglamento al menos 30 días antes de su entrada en vigencia ³⁵.

La doctrina ordena todos estos recaudos en un *iter* procedimental que sigue este orden ³⁶: (i) se proyecta el reglamento con o sin participación previa de los interesados; (ii) se publica la norma propuesta; (iii) todos los interesados se hallan habilitados para remitir

bería celebrarse una audiencia pública en la cual el público tendría la "oportunidad de ser oído" (*opportunity to be heard*). En cambio, en otros casos, la ley local de sesiones abiertas o públicas únicamente establece que el público tendrá la "oportunidad de estar presente" (*opportunity to be present*) en palabras de la pieza citada —en pasiva o muda actitud de observación— durante los debates y toma de decisión correspondiente, sin tener la oportunidad de ser oído; de allí las diferencias entre ambos conceptos.

²⁷ "American Trucking Association Inc. v. United States", 344 US 298 (1953), esp. ps. 310-320.

²⁸ "Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC", 435 US 519 (1978).

²⁹ Ampliar en TAWL, Guido S., *Administración y justicia*, cit., t. I, ps. 198 y ss.; CARBONELL, Eloísa - MUGA, José L., *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 70 y ss.

³⁰ 5 USC § 553(b)(1)(3). El aviso incluirá la hora, lugar y naturaleza del procedimiento de emisión de reglamentos mencionada en la esfera de la cual se propone la norma; y los términos o la sustancia de la norma propuesta o una descripción de las materias y temas involucrados.

³¹ Qué no podrá ser ni un reglamento interpretativo o de procedimiento, o una declaración general de políticas; tampoco habrá participación pública cuando la entidad emisora decida fundadamente que ello es impracticable, innecesario o contrario al interés público; 5 USC 553 § (b)(A)(B). Véase, en este trabajo, las salvedades consecuentes formuladas en la secc. II, último párrafo, y en la secc. III, último párrafo.

³² Que podrán ser remitidas por escrito, existiendo o no la oportunidad para efectuar presentaciones orales; 5 USC 553 (c).

³³ 5 USC 553 (c).

³⁴ 5 USC 553 (c).

³⁵ 5 USC 553 (d).

³⁶ WARREN, Kenneth, *Administrative Law in the Political System*, 3ª ed., Prentice Hall, New Jersey, 1996, p. 252.

información escrita u opiniones acerca de aquélla; (iv) la agencia evaluará los comentarios cosechados o *feedback* y puede reformar el proyecto de conformidad con la información suministrada y también puede requerir comentarios orales de los interesados; (v) se publica el reglamento con su nueva redacción; (vi) se repiten los pasos (iii) y (iv); (vii) el proyecto final se publica al menos 30 días antes de tener vigencia, acompañado de una declaración concisa de sus fundamentos y fines.

Es dable destacar que en el fallo "Florida East Coast", la Corte norteamericana sostuvo que la "audiencia (*hearing*) debida" podría ser considerada "equivalente" a los comentarios escritos remitidos en el procedimiento de informal recién reseñado.³⁷ A partir del caso citado, son pocas las oportunidades en que judicialmente se ha obligado a un agencia a emplear el procedimiento participativo formal de audiencia del acápite precedente de este trabajo. Tal principio tiene, sin embargo, las excepciones antes avizoradas: (a) que la ley prescribe expresamente el procedimiento formal; (b) que la ley expresamente requiera la audiencia contradictoria oral, o (c) que se hallen en juego intereses relativos a la propiedad o a la libertad, en cuyo caso la audiencia debe ser formal.³⁸

A modo de ejemplo, si lo que se halla en debate es una tarifa, que se aplicará hacia el futuro, la participación se concreta con muchos menos que una audiencia, bastando la publicación y recepción de comentarios o la modalidad que, dentro de su discrecionalidad, adopte el ente.³⁹ En cambio, si esa tarifa será aplicada retroactivamente, y se entiende que se afecta el derecho constitucional de propiedad, deberá llevarse adelante la audiencia del procedimiento formal a la que antes nos referíamos.

En Argentina conocemos este procedimiento a partir de lo reglado en el cap. XI del dec. 1738/1992, reglamentario de la ley 24.076, cuyos arts. 65/70 establecen: "La sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la

concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito"; dicha reglamentación agrega que "[e]xcepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique". Y hoy se halla también consagrado en el Anexo V del dec. 1172/2003, de elaboración participativa de normas, cuyo inicio podrá o no tener un administrador invitante⁴⁰, y que consiste en una invitación a la ciudadanía a expresar, por escrito, su opinión y propuestas respecto de un proyecto de norma.

d) La experiencia norteamericana también enseña acerca de la utilización de otras técnicas participativas. Así, podemos considerar brevemente las que siguen.

Los *contactos clave* constituyen una modalidad que, según la doctrina, aparece como tal vez la forma más simple de involucrar al público: el organismo consulta a líderes del ámbito de la economía o dirigentes de otros grupos organizados. Parecería que este recurso de larga data en cuanto a su utilización—sigue siendo popular en los Estados Unidos en lo que hace a controlar la opinión de la comunidad.⁴¹

Bajo el recurso de acudir a las *comisiones asesoras* se solicita que los representantes de diversos grupos relevantes de la comunidad presten servicios en una comisión que asesora sobre una determinada política o un determinado asunto. A diferencia de lo que ocurría antaño, las comisiones asesoras en la actualidad representan a una variedad más amplia de agrupaciones, incluyendo a asociaciones de consumidores, de personas con capacidades diferentes, etc.⁴²

La técnica de *encuestas ciudadanas* se comenzó a emplear en las décadas del 60 y 70 en los Estados Unidos, y consiste en cuestionarios para obtener la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés público o sobre servicios que presta el Estado.⁴³ Se sostiene que si se las efectúa en sectores relevantes de la población tomados al azar, estas encuestas prometen proveer opiniones muy representativas que, de emplearse otra técnica, resultarían inciertas.⁴⁴

⁴⁰ Arg. art. 12, inc. c), Anexo V, dec. 1172/2003.

⁴¹ THOMAS, John C., *Public Participation in Public Decisions. New Skills and Strategies for Public Managers*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1995, p. 12.

⁴² THOMAS, John C., *Public Participation...*, cit., p. 12.

⁴³ WEBB, Kenneth, *Obtaining Citizen Feedback. The Application of Citizen Surveys to Local Governments*, The Urban Institute, Washington DC, 1973.

⁴⁴ THOMAS, John C., *Public Participation...*, cit., ps. 13 y ss.

³⁷ "United States v. Florida East Coast Railway", 410 US 224 (1973): "[L]a comisión promulgó un proyecto tentativo de orden, y acordó a todas las partes interesadas 60 días para efectuar presentaciones, remitir pruebas, y hacer observaciones relevantes. Las partes tuvieron adecuado aviso de qué, exactamente, proponía la Comisión, y se les concedió oportunidad para hacer comentarios, formular objeciones, o para hacer alguna otra declaración las presentaciones de ambos apelantes".

³⁸ DAVIS, Kenneth Culp - PIERCE, Richard J., "Administrative Law Treatise", 3ded., Little, Brown & Co., Boston, 1994, vol. I, p. 294.

³⁹ GOODMAN, Leonard S., *The Process of Rulemaking*, cit., t. I, p. 58.

Con carácter más restrictivo, los *contactos con la ciudadanía* permiten la participación de un modo altamente idóneo. Y, por lo general, se emplean para el tratamiento de cuestiones específicas, tal como anomalías en la recolección de residuos o agujeros o pozos en las aceras que no han sido reparados. La tendencia del empleo de esta técnica parecería hallarse en franco ascenso en los Estados Unidos.⁴⁵

Finalmente, la *negociación y mediación* depara que algunos asuntos de escaso atractivo como para merecer alguna de las anteriores técnicas se encaren mediante esta técnica, en la cual intercede un tercero para poner fin a una disputa. Se la ha empleado para resolver conflictos relativos al medio ambiente entre el gobierno, los ejecutores de un proyecto y los defensores del medio ambiente; actualmente tanto la negociación como la mediación han sido adaptadas para cubrir una amplia gama de temas.⁴⁶

Para finalizar esta secc. II, debe formularse una salvedad de importancia: en forma paralela a las modalidades participativas —prepecial en forma paralela a la existencia de actos de alcance general dictados con audiencia previa y de actos de alcance general dictados con recepción de comentarios, existe un tercer género de actos de alcance general, denominados “de emergencia”⁴⁷, que deben ser motivados, y que, al tener vigencia inmediata⁴⁸, son de carácter provisional; estos actos se emiten sin participación previa por mediar lo que se denomina una buena razón (*good cause*).

III. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN PREVIA A LA ELABORACIÓN DE ACTOS DE ALCANCE GENERAL

Con alto sentido crítico, y de cara a las modernas exigencias de la democracia, se ha sostenido que el dictado de actos de alcance general, por parte de los órganos y entes de la Administración, es profundamente antidemocrático porque muchos de los dictados en torno a cuestiones críticas emanan de “burócratas no votados”, esto es, no elegidos popularmente.⁴⁹

⁴⁵ THOMAS, John C., *Public Participation*..., cit., ps. 13 y ss.

⁴⁶ THOMAS, John C., *Public Participation*..., cit., ps. 13 y ss.

⁴⁷ Ampliar en KANNAN, Phillip M., “The Logical Outgrowth Doctrine in Rulemaking”, *Administrative Law Review*, ABA, Chicago, 1996, vol. 48, nro. 2, ps. 213-225, esp. p. 214; y en TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia*, cit., t. I, ps. 210 y ss.

⁴⁸ 5 USC § 553(b)(B) y (d)(3).

⁴⁹ Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard Uni-

En otras palabras, admitiendo que la democracia constituye el principio actual de legitimación política⁵⁰ —o al menos el estado avanzado de dicha legitimación—, como los órganos y entes de facultades reglamentarias no son votados ni elegidos directamente —salvo, entre nosotros, el titular del Poder Ejecutivo— podrían dictar disposiciones de carácter general, y, a todo lo, aun cuando pudieran hacerlo, no existiría una presunción de validez de las reglamentaciones administrativas similar a la función de legitimidad de las leyes democráticamente votadas en el Congreso⁵¹. El problema, así enfocado, sería uno de “déficit democrático”⁵².

En el foro francés ha destacado Hauriou que, a diferencia de la regulación no es objeto de “aceptación formal” por el pueblo o sus representantes; así, dicho acto de alcance general deviene en disposición general escrita, dictada por una autoridad que tenga poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo⁵³.

El principal ámbito de estudio doctrinario acerca del problema de la potestad reglamentaria por parte de la Administración en una línea de “déficit democrático” se ha originado en los Estados Unidos, a propósito de la posibilidad de que en el seno de la Administración se dicten actos de alcance general —*rulmaking power*—⁵⁴, e in-

⁵⁰ Así lo afirma el Dr. Fayt en su disidencia en el precedente “Electores y Apoderados”, Fallos 314:1915 (1991), consid. 32.

⁵¹ KRENT, Harold, “Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings”, *Case Western Law Review*, 1996, ps. 731 y ss., esp. p. 747; TRIBE, Lawrence H., *American Constitutional Law*, vol. I, 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000, p. 989, con cita de STEWART, Richard, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, p. 1667. En igual sentido, GALLIGAN, D., *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 456.

⁵² Aun así, tengamos en cuenta que la doctrina ha señalado que existe una diferencia entre las decisiones consensuadas y unánimes, y las que suelen tomarse dentro de una democracia, por mayoría; ello ha llevado al interrogante de si pueden aceptarse a ciegas las decisiones de las mayorías legislativas”, como se arguye en GARGARRILLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 100-103.

⁵³ HAURIUO, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de José A. González Casanovi, de la edición de 1970, Ariel, Barcelona, 1971, p. 169.

⁵⁴ El debate, ciertamente, parece corresponderse con una concepción realista del derecho. En efecto, desde el punto de vista normativista —véase KEISEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 9ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo de la 2ª ed., 1960, Porrúa, México, 1997, p. 233—, la producción de normas jurídicas generales tiene el carácter de legisla-

volucra múltiples objeciones⁵⁵. Sin ánimo de incursionar en un tema que ya he tratado⁵⁶, tengamos presente, a los efectos de estas líneas, que en el ámbito norteamericano se prevé el procedimiento participativo de elaboración de actos de alcance general, mas tal temperamento tiene excepciones. Por un lado, las señaladas en el último párrafo de la sección precedente (medidas de emergencia). Por el otro, exentas de participación previa por no tener efectos vinculantes hacia los administrados o los tribunales.

IV. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN PREVIA A LA ELABORACIÓN DEL ACTO DE ALCANCE GENERAL

Bajo la Constitución de los Estados Unidos, no existe previsión alguna que contemple la participación pasiva o activa de la ciudadanía en la actividad legislativa de la Administración.

En este sentido, sostuvo la Corte Suprema federal en un fallo de 1915, *Bi-Metallic*⁵⁷, que "(c)uando una norma de conducta se aplica a más de unas pocas personas, es impracticable que todas ellas tengan una voz directa en su adopción (...) (L)a Constitución no exige que todos los actos públicos se dicten previa (...) asamblea pública⁵⁸. Se sancionan leyes en general que, dentro de los poderes que poseen los estados, afectan a las personas o a su propiedad, a veces llevándolas casi a la ruina, sin que se les dé una oportunidad de ser oídas. Se protegen los derechos a través de la única forma en que se los puede proteger dentro de una sociedad compleja, por medio de su poder, inmediato o remoto, sobre aquellos que hacen las leyes".

ción, y su regulación implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas reglamentarias.

⁵⁵ Ampliar en BALDWIN, Robert, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 41 y ss.

⁵⁶ En "La Administración Legislativa (y dos saludables recaudos)", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 391-437.

⁵⁷ *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*, 239 US 441, esp. p. 445 (1915). Se trataba de un caso en el que se cuestionaba la validez de la decisión, emanada de determinados organismos administrativos del Estado de Colorado, de elevar un 40% el valor de la propiedad a los efectos tributarios sin haberse dado participación de ninguna índole a los afectados. La opinión fue redactada por el *Justice Holmes*.

⁵⁸ Se sigue la traducción de LAVILLA RUBRA, Juan J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991, p. 115.

CUESTIONES DE REVISIÓN JUDICIAL EN LOS ACTOS....

La severa pero tal vez realista doctrina de este fallo fue reiterada en posteriores pronunciamientos⁵⁹.

A la estrictez de *Bi-Metallic* debe, asimismo, sumarse el hecho de que diversos superiores tribunales estaduales han rechazado la tesis de que exista un derecho implícito de raigambre constitucional al acceso del público a las sesiones o reuniones de los organismos administrativos o a sus documentos. En este sentido se ha afirmado que "(e)xiste una indudable conexión entre las libertades de la Primera Enmienda —que consagra la libertad de expresión— y el acceso a la información del gobierno, especialmente aquella que registra la actuación estatal (*official action*). Sin embargo, las sentencias judiciales aún no han establecido el fundamento constitucional de ese derecho de acceso"⁶⁰.

En el ámbito británico⁶¹ también se sostiene que no existe bajo el *common law* o bajo la ley, una obligación general de consultar en forma previa a dictado del acto. En este sentido se ha pronunciado Craig⁶², quien asevera que, bajo el *common law*, no existe obligación de convocar a audiencia previa cuando el acto impugnado es de naturaleza normativa⁶³; además, no existiría el derecho a un pronunciamiento razonado (*reasoned decision*) o motivado cuando el acto es de tal naturaleza⁶⁴. Supperstone y Goudie se suman a esta interpretación restrictiva apuntando igual inexistencia respecto de toda la legislación delegada (*delegated or subordinate legislation*)⁶⁵, pues su sanción se tornaría inoperable⁶⁶. No neutralizan esta interpretación ni la teoría del mandato legal implícito ni el principio cardinal de

⁵⁹ Por ejemplo, en "City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission", 429 US 167, esp. p. 178 (1976).

⁶⁰ "Black Panther Party v. Kehoe", 117 California Reporter 106, ps. 111/112 (1974). También puede verse "Dayton Newspaper Inc. v. City of Dayton", 259 N.E. 2d 522 (1970), confirmado en 274 N.E. 2d 766 (1971). Véase también, para nuestro país, nota 62.

⁶¹ Ampliar en BUDASSI, Iván F., "Participación ciudadana y regulación de servicios públicos: la experiencia inglesa", LL 2000-E-508 y ss.

⁶² CRAIG, P. P., *Administrative Law*, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1994, ps. 266 y ss. Este argumento parecería también, en nuestro medio, como fundamento del que establece la no vinculatoriedad de la consulta.

⁶³ CRAIG, P. P., *Administrative Law*, cit., p. 256, con cita de "Bates v. Lord Halsnam" [1972] 1 WLR 1373, 1378.

⁶⁴ CRAIG, P. P., *Administrative Law*, cit., con cita de la "Tribunals and Inquiries Act 1992, S.10(5)(b)".

⁶⁵ SUPPERSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review*, Butterworths, Londres, Bruselas, Dublín y Edimburgo, 1992, p. 143.

⁶⁶ SUPPERSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review*, cit., p. 186.

La justicia natural ⁶⁷ ni la invocación de una legítima expectativa a participar ⁶⁸. Desde la perspectiva institucional, la Hansard Society ⁶⁹ su parte, ha calificado a la participación previa en forma realista: "Ejeda; puede ser formal (...) o informal, consistiendo sólo en unos pocos llamados telefónicos (...); puede consistir en un genuino pedido de contribución o meramente en un intento de legitimar propuestos que gobierno ya ha decidido convertir en norma obligatoria (...). Esto lleva una combinación de buenas y malas prácticas de consulta y más funcionalmente a una distorsión de todo el procedimiento de consulta".

De este modo, es claro que se ha adoptado, respecto de los procedimientos de consulta o procedimientos participativos, una postura pragmática. Ello en el marco de la inexistencia de una norma positiva específica que consagre genéricamente la participación de la ciudadanía, como regla, en la elaboración de actos de alcance general. Empero, existen regímenes de participación específicos, en instrumentos legislativos aislados, como por ejemplo, la ley que regula sobre planificación urbana y rural ⁷¹, de 1990, que prevé un sistema en áreas no metropolitanas, del tenor de la técnica de recepción de comentarios previsto en la APA norteamericana. También ha ocurrido lo propio en los marcos regulatorios sectoriales, publicados en la web.

En este escenario, es natural que se haya interpretado que cuando la ley expresamente establece la audiencia, en forma mandatoria, su omisión genera en principio la nulidad del acto, pero si la consulta, que es el objetivo principal, se ha cumplimentado por otros medios, no interesa que no se hayan cumplido en forma estricta ciertas formalidades específicas destinadas a asegurar ese objetivo ⁷². Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina ⁷³ distinguen audiencia mandato-

⁶⁷ SUPPERSSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review*, cit., ps. 143-144, con cita del mismo fallo mencionado en nota 63.

⁶⁸ "Re Westminster City Council" [1986] AC 688. La expresión *legitimate expectation* aparece como equivalente a "confianza legítima", concepto sobre el cual debemos remitirnos a COVERLLO, Pedro, "La confianza legítima", ED 177-894 y ss.

⁶⁹ Informe de la Comisión de la Hansard Society, 1993, p. 226.

⁷⁰ Opinión citada en WEIR, Stuart - BERTHAM, David, *Political Power and Democratic Control in Britain. The Democratic Audit of the United Kingdom*, Routledge, Londres-New York, 1999, p. 292.

⁷¹ "Town and Country Planning Act", en MOORE, Victor - HUGHES, David (eds.), *Statutes on Planning Law*, 2ª ed., Blackstone Press, Londres, 1995.

⁷² "Coney v. Choyce" [1975] 1 WLR 422.

⁷³ Establecen esta diferenciación, entre otros, CRAIG, P. P., *Administrative Law*, cit., p. 255; FENWICK, Helen - PHILLIPSON, Gavin, *Sourcebook on Public Law*, Cavendish,

obligatoria ⁷⁴, y audiencia meramente indicativa ⁷⁵, pudiéndose variar la participación por esta segunda vía.

EXPERIENCIA EN NUESTRO PAÍS. CUESTIONES DE INTERÉS EN LA ETAPA DE REVISIÓN JUDICIAL

En nuestro país se han suscitado diversos interrogantes alrededor de la participación previa al dictado de actos de eventual alcance general o indeterminado. Esos interrogantes pueden ordenarse en diversos grupos: (a) por un lado, su carácter mandatorio a la luz de los marcos regulatorios, en especial con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 y el texto del actual art. 42, CN; (b) por el otro, la acción del dec. 1172/2003 en el marco de los regímenes participativos existentes; (c) por último, los lineamientos de la revisión judicial.

Carácter

El primer interrogante ha obtenido interpretación jurisprudencial y al respecto cabe remitirse al célebre precedente de la sala 4ª de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, "Youssefian", caso que conlleva el análisis de la participación de los consumidores y usuarios en relación con la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional, en el que el pronunciamiento fue por la afirmativa con sustanciales fundamentos constitucionales ⁷⁶.

También cabe remitirse al precedente de la sala de ferria de aquella Cámara en materia tarifaria de transporte, en el que se hizo hincapié en que la norma específica no exigía la participación, previa para el específico supuesto allí estudiado ⁷⁷.

⁷⁴ Por ejemplo, en la secc. 8(3)(4) de la *Local Government Act* de 1992; se cita la edición de Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1994.

⁷⁵ Por ejemplo, en la secc. 1 de la *Competition and Service (Utilities) Act* de 1992; se cita la edición de Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1994.

⁷⁶ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 23/7/1998, "Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones", LL 1998-D-710. Similar basamento constitucional se advierte en la misma interpretación propiciada por el Dr. Licht en C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 9/6/2001, "Asociación Civil Cruzada Defensa CyU SP v. Estado nacional - Ministerio de Infraestructura y Vivienda - res. 65/2001 s/medida cautelar (autónoma)", causa 3747/2001. En igual sentido, para la modificación de las tarifas de los servicios públicos, está prevista en la ley o no, GORRILLIO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 2, 2ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998, p. VI-21, interpretación que recoge GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 374, nro. 1079.

⁷⁷ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala de ferria, 5/1/2001, "Defensor del Pueblo de la Nación

De tal suerte, en torno a la cuestión del acápite han emergido dos interpretaciones en dos casos diversos; hallando la primera fundamento constitucional en la técnica participativa, dadas las particulares circunstancias reseñadas, hallando la segunda sustento en la normativa específica aplicable.⁷⁸

Por lo demás, ha afirmado la doctrina que “en ninguna parte de art. 42, CN, se menciona, ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos. Antes bien, la referida norma constitucional circunscribe el alcance de la participación en dos sentidos: en el plano subjetivo, en cuanto acota el derecho a las asociaciones que representan los intereses de los usuarios de los servicios públicos y en forma objetiva, al precisar que tal participación se encauza en los organismos de control de los servicios públicos (o de otros órganos de control de los intereses de los consumidores)”⁷⁹. La jurisprudencia norteamericana reseñada en la secc. II de este trabajo inclinaria la balanza a favor de esta interpretación, que en tal perspectiva comparáramos.

2. Incidencia

El segundo interrogante bien puede ser ponderado a la luz de la experiencia de la práctica llevada adelante por los entes reguladores nacionales, ya que surge de la información puesta a disposición en las respectivas páginas *web*.

Dada la decisión del organismo de proceder a dictar una norma—acto de alcance general—de su competencia—por iniciativa propia o por mediar resolución judicial—o dada la solicitud de un particular acogida favorablemente⁸⁰, el ente resuelve, fundadamente,

v. Poder Ejecutivo nacional - Ministerio de Economía - res. 1006/2000 - Ministerio de Infraestructura y Vivienda - res. 17/2000 *stampero* ley 16.986, causa 35424/00. En lo que interesa, el consid. V expresa: “[E]xaminando el argumento central del Defensor del Pueblo de la Nación, consistente en que la audiencia pública para adoptar una decisión sobre la reforma de tarifas resulta un requisito derivado del propio texto del art. 42 de la Constitución Nacional—apoyándose en autorización doctrina—, se advierte que ello no impedirá su reglamentación. En el caso, esa normativa existente (...) no parece prever (...) que la mentada reunión pública sea necesaria...”

⁷⁸ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 30/10/2003, “Distribuidora de Gas” causa 29034/01. Recordemos que similar solución se adopta en el antes mencionado United States v. Florida East Coast Railway, 410 US 224 (1973).

⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *El control administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 148.

⁸⁰ Mediando solicitud particular acogida, art. 11, Anexo V, dec. 1172/2003; mediando decisión del ente, arg. art. 12, inc. c), dec. 1172/2003, Anexo V (“solicitante [...] si lo hubiere”). A modo de ejemplo, pueden verse la disposición del 3/2/2004 o la res. 2973/2004 Enargas, en *www.enargas.gov.ar*.

del art. 14 del Anexo V del dec. 1172/2003, dar inicio a las actuaciones tendientes a la consecución de la elaboración participativa de normas. Ello, respecto de un determinado proyecto de norma. Condena así el procedimiento de consulta.

Dicha resolución de inicio o auto de apertura, y la norma propuesta, son publicados de conformidad con lo previsto en el art. 13 del Anexo V del dec. 1172/2003, por lo que aparecen en el Boletín Oficial por dos días, y en la página *web* del ente al menos durante 15 días, invitándose a la ciudadanía a expresar su opinión y formular propuestas. En el mismo acto de inicio, se identifica por número el respectivo expediente de participación, que queda a disposición del público para consulta en sede del ente.

Entendemos que, dado que el plazo de 15 días es mínimo, a mayor repercusión de la medida que se propone, mayor sería la extensión de la publicación en la página *web*, y viceversa, salvo por los mínimos legales. A su vez, la mayor participación que la más extendida publicación deparará bien puede ser neutralizada mediante la remisión de opiniones y propuestas por vía electrónica con asignación de usuario y clave, así como mediante la instrucción de urgir a que opiniones o comentarios similares sean concretados mediante una sola presentación, de una extensión máxima⁸¹.

3. Cuestiones de revisión judicial

En cuanto a los lineamientos que devela la jurisprudencia—especial, la de la Corte Suprema, sin perjuicio de que se aludirá también a decisiones del fuero—en punto a la revisión judicial de los actos de alcance general que nos ocupan, cabe hacer hincapié en algunos aspectos de interés, que se exponen a continuación.

a) Apagado control

La posibilidad de apagado control judicial si medió participación en la elaboración del acto de alcance general no surge en forma directa de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal. Empero, puede detectarse, en forma embrionaria, una interpretación de tal tenor si se tiene en cuenta que en el caso del “Colegio Montserrat” el dictamen del Procurador General, al que la Corte Suprema se remite, con-

⁸¹ Tales recaudos formales, que amplían la participación, mas dentro de límites administrables eficientemente por el regulador, pueden verse en las convocatorias a recibir comentarios publicadas en *www.ferc.gov*, organismo federal regulador de la energía en los Estados Unidos.

sideró no sólo la adecuada motivación del acto sino también que la ordenanza impugnada había sido dictada previa invitación a todos los miembros de la comunidad educativa a opinar, con el objeto de que todas las expresiones pudieran ser consideradas ⁸².

Similar apagado control se advierte en "Prodelco", ya que la Corte Suprema, luego de expresar que en el ordenamiento vigente no existe obligación de someter previamente a consideración de los administrados los actos administrativos, puesto que ello implicaría la paralización de la actividad de esa índole, y luego de evaluar el procedimiento previo, atribuyó a la conclusión de que el decreto impugnado contenía expresa justificación de la decisión que adoptaba ⁸³.

Se detecta, en ambos fallos, una interpretación que permitiría vislumbrar que el control de la adecuada motivación, sumado a la verificación de la regularidad del procedimiento previo —esto es, la previa participación—, conduciría a la convalidación de la medida.

b) Imposibilidad de sustitución

En el ámbito comunitario europeo se efectúa una distinción en relación con el recaudo del art. 253 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ⁸⁴; así, estaría emergiendo una regla interpretativa conforme a la cual la "participación intensa" en el proceso de elaboración de la decisión releva o exime a la Administración de su deber de brindar un "detalle" de las cuestiones de hecho y derecho involucradas en el procedimiento administrativo ⁸⁵. En otras palabras, se propone que, a mayor participación, menor motivación, como si un recaudo y otro fueran intercambiables.

Se afirma que la filosofía que anida en esta interpretación —que parece privilegiar la eficiencia— hace a que, por haber mediado una etapa participativa, los administrados poseen suficientes conocimientos de las particularidades de hecho y de derecho del caso tal

⁸² "González de Delgado y otros v. UNC", Fallos 323:2659 (2000), esp. ps. 2668-2667.
⁸³ "Prodelco v. Poder Ejecutivo nacional", Fallos 321:1252 (1998), esp. consids. 14 y 16.

⁸⁴ Antigua art. 190; se consulta *Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 350.

⁸⁵ Tribunal Europeo de Primera Instancia o CFI, caso T-166/94, "Koyo Seiko v. Comisión" [1995] ECR II-2129, párr. 105; caso T-46/92, "Scottish Football Association v. Commission" [1994] ECR II-1039, párr. 20; caso T-266/94, "Foreningen af Jernskibs-og Maskinfabrikker i Danmark and others v. Commission" [1996] ECR II-1399, párr. 239, entre otros; conf. NEHL, Hanns P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 123.

pueden efectivamente obtener la tutela de sus derechos ante los tribunales ⁸⁶. En esta línea argumental, la opinión a la que nos referimos propone inferir que, si *no* ha mediado participación —o si ella se creó con un menor grado de intensidad—, "la estricta observancia principio de diligencia, así como el deber de brindar las razones", admite mayor relevancia en orden a la compensación de la falta de tutela efectiva de los derechos e intereses individuales; ello, en un marco interpretativo que excluye consideraciones de un pretendido requisito de "diálogo democrático" o de obtención de "transparencia externa", para concentrarse en la aludida tutela o protección ⁸⁷. En síntesis, a menor participación, mayor deber de expresar las razones. Ello aparece sino como manifestación de la presunción de legitimidad democrática a la cual nos referimos en la secc. III de este trabajo.

Sin embargo, de acuerdo con los precedentes mencionados en el párrafo anterior, la solución inferible en nuestro medio sería diversa, desalentándose la exención de motivación cuando medió participación previa.

Cuestiones de representación y de oportunidad

Desde la óptica de la doctrina británica, en especial en el ámbito regulatorio, se han destacado diversos problemas conceptuales y prácticos generados por el desarrollo de las consultas a los usuarios, que no deben ser subestimados ⁸⁸. Algunos de esos planteos aparecen, también, reproducidos en nuestro país, propiciándose las correspondientes decisiones judiciales, y a ellos nos referiremos a continuación:

En primer lugar, puede considerarse la cuestión de la denominada participación despareja ⁸⁹. Encuadraría en este supuesto la posibilidad de que, en la etapa participativa, una asociación representante de la mayoría de usuarios que no sea numéricamente representarse en sede judicial si la medida eventualmente fuera adversa a los intereses de sus representados.

Si se entiende que la participación en sede administrativa se da con un carácter de igualdad entre "usuarios, consumidores y asocia-

⁸⁶ NEHL, Hanns P., *Principles...*, cit., p. 123.

⁸⁷ NEHL, Hanns P., *Principles...*, cit., p. 124.

⁸⁸ CRAIG, P. P., *Administrative Law*, cit., p. 397.

⁸⁹ En igual sentido, NOEL, Roger, *The Economics and Politics of the Slowdown in the Regulatory Reform*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington DC, 1999, p. 26.

acarrea viene a obliterar—es claro—la fundamentación de legitimidad democrática de la medida, que sólo en el plano formal aparecería como dotada de racionalidad discursiva democrática.

En segundo lugar, puede operarse, en la etapa participativa de una convalidación previa del acto de alcance general emitido con participación previa, ya sea por parte de otro de los participantes, o por parte de quien busca obtener tutela judicial.

La hipótesis de convalidación por otros participantes emerge del precedente de la sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al que ya nos referimos ¹⁰⁰. En él se consideró, específicamente, que resultaba destacable “que la propia actora haya dado cuenta en su demanda (...) que algunas de las asociaciones hayan presentado sus informes, con lo cual, desde mi punto de vista, se confirma lo opinable de la materia como para habilitar sencillamente el dictado de una medida cautelar sustentada en un criterio interpretativo como el pretendido por la actora”. En tales circunstancias, la intromisión judicial favorable a la pretensión hubiera deparado alherar—a favor de un solo participante—el procedimiento participativo ya consentido por los restantes.

La restante hipótesis—convalidación por quien impugna judicialmente—puede verse un precedente de la sala 3ª del fuero ¹⁰¹, en el cual se consideró en forma expresa no sólo el extremo de que la resolución impugnada por la asociación había sido aplicada a lo largo de 6 años, sino también—y tal como alegaba el ente regulador con el cual se había integrado la litis—que el planteo de la asociación actora no develaba buena fe; en el caso, se hizo especial hincapié en que la asociación impugnante había participado “en el procedimiento previo al dictado de la resolución que reproducía la resolución impugnada en autos, sin oponerse a ella”, esto es, sin oponerse a lo que resolvía.

Por último, en el momento de la revisión judicial puede verificarse el supuesto de inoficiosidad del pronunciamiento en razón del derrotero en que quedara encauzado el tema a decidir. Este supuesto ha sido analizado por la Corte Suprema en el fallo dictado en la causa “Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado nacional - Poder Ejecutivo nacional - deces. 149/1997 y 1167/1997 s/proceso de conocimiento”.

¹⁰⁰ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 16/5/2002, “Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP (Inc. Med.) v. Estado nacional - Ministerio de Infraestructura y Vivienda - res. 66/2001”, causa 25466/01.

¹⁰¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 21/10/2003, “Cruzada Cívica”, causa 13153/01.

¹⁰². En lo que interesa, el dictamen del Procurador General señaló que el planteo de fondo había pasado a estar comprendido en la renovación de la ley 25.561, y sujeto a la convocatoria a procedimiento de consulta en ella comprendido. Por ello, entendió el documento de consulta en la convocatoria del Alto Tribunal, toda vez que resultaba inoficioso un pronunciamiento del Alto Tribunal, toda vez que las objeciones del actor “podrían encontrar respuesta” mediante el procedimiento participativo reglado en el reglamento aplicable ¹⁰³.

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con el desarrollo efectuado, los lineamientos aplicables, a la revisión judicial, serían los siguientes:

Existe en el derecho comparado un amplio abanico de técnicas que, mediante norma expresa, posibilitan la participación de los usuarios, de las asociaciones de usuarios o demás representantes colectivos en el procedimiento previo al dictado de un acto de alcance general; mas también se prevén causales para evadir aquel recaudo (secc. II).

El déficit democrático—fundamento del derecho comparado—basta para justificar la necesidad de participación, sin perjuicio de las excepciones existentes (secc. III). Empero, desde la perspectiva constitucional, ni la jurisprudencia norteamericana, ni la británica, reconocen un derecho a la participación, por lo que existe un natural apego a la exigencia de norma previa que establezca el procedimiento participativo (secc. IV).

En nuestro país, si bien la jurisprudencia de los tribunales inferiores interpreta el carácter mandatorio de la participación previa cuando se halla en debate la extensión de una licencia en condiciones de monopolio, también exige el recaudo de norma específica previa que consagre la consulta pública (secc. V a), postura también propiciada por la doctrina ¹⁰⁴.

La sana iniciativa contenida en el dec. 1172/2003 brinda espacio para que, con discrecionalidad técnica, los organismos en cuyo seno

¹⁰² D. 492 XXXVII. “Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado nacional - Poder Ejecutivo nacional - deces. 149/1997 y 1167/1997 s/proceso de conocimiento”, del 11/5/2004.

¹⁰³ D. 492 XXXVII. “Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado nacional - Poder Ejecutivo nacional - deces. 149/1997 y 1167/1997 s/proceso de conocimiento”, del 11/5/2004, dictamen de la Procuración General, cap. III. Si bien hubo unanimidad de los miembros del Alto Tribunal en punto a la inadmisibilidad del recurso extraordinario del actor, las consideraciones de dicho cap. III fueron acogidas sólo en el voto Dr. Maqueda.

¹⁰⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, cit.

se produce la etapa participativa efectúan las adaptaciones tendientes a ser más eficaces y eficientes cumplimiento de dicha etapa (secc. V.b).

La jurisprudencia devela, en materia de revisión judicial, que

La regla del apagado control judicial si medió participación en la elaboración del acto de alcance general sólo surge implícitamente, e interactúa con los recaudos de verificación de la regularidad procedimental y de motivación (secc. V.c.i), por lo que, en principio, se descarta la posibilidad de sustitución de la etapa participativa por la motivación (secc. V.c.ii).

Se han producido, en las diversas instancias, resoluciones y sentencias que analizan cuestiones de representación y de oportunidad de la intervención judicial. Así, la experiencia jurisprudencial echa luz sobre hipótesis de implícita representación exclusiva a la luz de la conducta no impugnatoria de las otras asociaciones y entidades interesadas; de convalidación de la norma impugnada por parte de los otros participantes o por parte del impugnante, incluso a la luz del principio de la buena fe; y de inoficiosidad del pronunciamiento si las objeciones del impugnante encontrarán respuesta en un cauce participativo (secc. V.c.iii).

A modo de conclusión, con la participación previa al dictado de actos de alcance general, nos hallamos ante un tópico ya familiar, integrante de la diaria vida cívica, que nos deja el ejemplo del accionar de una "buena Administración" que privilegia el procedimiento previsto¹⁰⁵, y que continúa siendo analizado por la jurisprudencia ante nuevos planteos.

PROCESOS COLECTIVOS

Por IGNACIO DE LA RIVA

Tengo que confesarles que mi primera reacción cuando los organizadores de estas jornadas me propusieron hablar sobre "procesos colectivos" fue preguntarme: pero, ¿qué procesos colectivos? Esta duda me hizo sentir cierta vergüenza, porque la atribuya exclusivamente a mi ignorancia. Pero a poco de empezar a reflexionar y a esbozar el tema pude comprobar que, en rigor, nuestro derecho nacional no prevé ningún proceso judicial que pueda calificarse como "colectivo". Fue entonces cuando pasé de la vergüenza al horror, porque temí que me fuera a quedar sin tema para mi exposición.

En un esfuerzo desesperado por salvar mi participación en las jornadas me vino a la memoria aquello de que el derecho no se circunscribe a las normas, sino que lo integran también el plano de la realidad social y de los valores. Y, desde este enfoque más amplio, sin duda que nos encontramos en nuestro mundo jurídico con procesos judiciales cuyo interés y efectos rebasan de la esfera estricta de los sujetos involucrados.

CRECIENTE INTERÉS POR EL TEMA

La cuestión de la protección de los derechos e intereses de incidencia colectiva es, en nuestro derecho, un tema en el que las instituciones se encuentran, en el mejor de los casos, en estado embrionario. Se ha hablado y se ha escrito mucho sobre esta materia en los últimos años, pero pese a ello son más los interrogantes que las propuestas de solución. Los rudimentos procesales de nuestro derecho están hoy lejos de ofrecer cauces adecuados para abordar los complejos problemas que suscita el hecho de que existan controversias que exceden el estrecho círculo de los derechos e intereses de las partes que los plantean. Los moldes del proceso judicial, en sus distintas variantes, no han previsto aún cómo dar intervención —si fuere el caso— a todos los posibles interesados en tales debates, así como

¹⁰⁵ Ampliar en COMADIRA, Julio R., "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al Enargas, ENHR, CNT y Etoss)", en *Derecho administrativo*, 2ª ed. act. y ampl., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 637-672, esp. ps. 669-670, donde explica que, específicamente, las audiencias públicas revelan un "redimensionamiento de la significación de la vertiente dinámica de la función administrativa, en su relación con la importancia del acto en tanto manifestación estática de aquélla".