

Jesús González Pérez homenaje

Juan Carlos Cassagne director

# *Derecho procesal administrativo*

# 1

*Rodolfo C. Barra; Javier I. Barraza; Alberto B. Bianchi; Juan C. Cassagne  
Julio R. Comadira; Pedro J. J. Coviello; Pablo O. Gallegos Fedriani  
Fernando R. García Pullés; Juan O. Gauna; Tomás Hutchinson  
María Jeanneret de Pérez Cortés; Héctor A. Mairal; Ernesto A. Marcer  
Pedro A. Miguens; Claudia A. M. Milanta; Néstor L. Montezanti  
Alejandro Pérez Hualde; Pablo E. Perrino; Héctor M. Pozo Gowland  
Hugo Prieto; Mario Rejtman Farah; Gerónimo Rocha Pereyra  
Estela B. Sacristán; Daniel F. Soria; Guido S. Tawil*



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

- 2004 -

✍ 10.

Estela B. Sacristán

*La administración legisladora  
(y dos saludables recaudos)*

*It's no sacrifice ... at all.*

ELTON JOHN

§ 1. *INTRODUCCION.*— Todos sabemos que la función legislativa del Estado no se agota con las leyes que sanciona el Congreso. Es en el seno de ese órgano donde tiene su máxima, pero no única, expresión. En realidad, desde un punto de vista cuantitativo, la legislación que produce la Administración —a la que genéricamente se denomina “reglamentos”— es notablemente más abundante que la del Congreso, y, por lo general, incide en forma mucho más directa en la esfera de los derechos individuales que aquélla. Prácticamente, no existe órgano o ente alojado en la “pirámide” organizativa —que se extiende desde el presidente de la República hasta sus más lejanos funcionarios— que no ejerza, en mayor o menor medida, facultades reglamentarias, erigiéndose también en una suerte de “legislador administrativo”.

De allí que esta temática, aun cuando ha sido abordada permanentemente por la doctrina, no deje de ofrecer aristas de elevado interés.

El presente trabajo abarca, específicamente, tres de estas facultades. En primer lugar, nos preguntaremos por la existencia misma de la potestad reglamentaria en la medida en que este aspecto no ha dejado de ser controvertido (§ 2). La segunda cuestión a analizar se refiere a la legitimidad democrática de los órganos y entes que ejercen esa potestad, y el eventual déficit de aquélla (§ 3). Por último, propondremos dos recaudos que tienden a compensar dicho déficit (§§ 4, 5 y 6). Analizaremos, a continuación, estas cuestiones, desde el punto de vista del Derecho comparado y del Derecho nacional, teniendo presente que el fecundo<sup>1</sup> fenómeno bajo examen ha generado desde

<sup>1</sup> Cuando estaba vigente la anterior Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958, González Pérez expresaba que, en relación al dictado de disposiciones de ca-

hace tiempo—y probablemente seguirá generando— reflexiones muchas veces divergentes que no podemos desoír, dotadas de sólidos fundamentos todas ellas, en pos de desentrañar, en última instancia, los alcances últimos del principio de separación de poderes.

§ 2. *LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACION.*— Exponer acerca de la potestad reglamentaria de la Administración podría implicar, bajo cierta perspectiva, volver sobre una cuestión que está fuera de discusión, en la creencia de que, reglamentada que se halla esa potestad en el texto de la Constitución Nacional —con respecto a las cuatro clases de reglamentos sobre los que se nos enseña— su ejercicio no se debe colocar en tela de juicio<sup>2</sup>.

Empero, la cuestión del acápite podría ofrecer reservas en cuanto a su existencia misma; en efecto, dada la diversa opinión doctrinaria al respecto, y de cara a la actual prescripción del art. 99, inc. 3° de la Const. Nacional, que establece que el Poder Ejecutivo no podrá, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo, se ha llegado a afirmar que tal potestad, desde 1994, no existe. El resultado al que se arriba, entonces, según la postura que se adopte, puede llevar, en un extremo, a negar la potestad reglamentaria de todos los órganos y entes estatales o del Poder Ejecutivo en particular, o bien a admitirla, eventualmente delineándose sus alcances y control.

Las diversas posturas en materia de potestad reglamentaria, en el derecho comparado, y reflejadas en la doctrina nacional, pueden ordenarse, a modo de horquilla de opciones, desde una posición rousseauiana “negativa”, favorecedora del vaciamiento de la esfera de poderes o facultades del ejecutivo para restringirla a la mera ejecución de leyes sancionadas por el órgano deliberativo dotado de facultades legisferantes, v. gr., el Congreso o Parlamento, hasta otras tesis más modernas que reconocen fundamentos de innegable importancia para “admitir” que el Poder Ejecutivo dicte reglamentos, o legisle por medio de leyes no en sentido formal sino material.

rácter general, la ley trataba de “frenar en lo posible el alegre ejercicio de la potestad reglamentaria, imponiendo una serie de trámites que obliguen a nuestro órganos administrativos a meditar hasta qué punto es legal y oportuna la disposición que tratan de dictar” (González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 1181).

<sup>2</sup> “Siempre y en todo momento histórico se ha reconocido a la Administración un poder normativo, es decir, la facultad de emanar normas directamente obligatorias para sus destinatarios” afirma Gómez-Acebo Santos, Ricardo, *El ejercicio de la función legislativa por el gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes*, en “Revista de la Administración Pública”, año II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 6-99 y siguientes.

Liminarmente, es n  
gumentos son dictado  
que la doctrina constit  
legislativos y reglamer  
desde esta tesitura, soi  
cutivo, y, en su esfera,  
ganismos de la Admini

El dictado de reglam  
da— puede enraizar en  
virtud de facultades q  
das, por diversas fuente  
reglamentaria puede s  
un reglamento.

En el primer caso, el  
reglamentarias de los  
binete, las del art. 100,

En relación al segun  
ce las competencias reg  
Nacional Antidoping ej  
j) de la ley 24.819, refor

<sup>3</sup> Así los clasifica Bar  
y siguientes.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Ge  
Aires, 1997, t. III, p. 243; l  
ed., Abeledo - Perrot, Buen

<sup>5</sup> Bidart Campos, *Ma*

<sup>6</sup> Por ejemplo, los cre

<sup>7</sup> Esa expresión —“d  
Hans, *Teoría pura del dereci*  
rrúa, México, 1997, p. 239-  
por lo que cabría inferir —  
los restantes órganos y en  
normas, la competencia reg  
nadas de aquéllos en tanto  
legada en la Norma Fundar  
facultades propias o faculta  
—e inferiores instrumentos  
vez podrían o no ser subdele  
de competencia, de rango co  
da. Tengamos en cuenta qu  
Administración Pública —  
tablecida”— se halla jurispr  
so “Czerniecki”, *CSJN-Fall*

exiones muchas ve-  
os fundamentos to-  
lances últimos del

ACION.— Exponer  
in podría implicar,  
stá fuera de discu-  
potestad en el tex-  
ro clases de regla-  
be colocar en tela

as en cuanto a su  
inaria al respecto,  
nst. Nacional, que  
idad absoluta e in-  
llegado a afirma  
se arriba, enton-  
tremo, a negar la  
tales o del Poder  
delineándose sus

itaria, en el dere-  
ordenarse, a mo-  
niana "negativa",  
tades del ejecuti-  
las por el órgano  
ongreso o Parla-  
mentos de inne-  
cte reglamentos,  
ial.

o de la potestad re-  
o órganos adminis-  
re trañan de dictar"  
istrativo, 4ª ed., Ci-

ministración un po-  
ligatorias para sus  
"función legislativa  
ministración Públi-

Liminarmente, es menester recordar que, en el ámbito nacional, los reglamentos son dictados por los distintos órganos constitucionales<sup>3</sup> —por lo que la doctrina constitucional también acoge la existencia de reglamentos legislativos y reglamentos judiciales<sup>4</sup> según el órgano del cual emanen—; y, desde esta tesitura, son reglamentos los que emiten el titular del Poder Ejecutivo, y, en su esfera, la Jefatura de Gabinete, los ministerios, y demás organismos de la Administración Pública<sup>5</sup>, incluso los entes autárquicos<sup>6</sup>.

El dictado de reglamentos —labor, sin lugar a dudas, notablemente fecunda— puede enraizar en una competencia que los órganos o entes posean en virtud de facultades que les hayan sido asignadas o, simplemente, delegadas, por diversas fuentes, incluso por la Constitución<sup>7</sup>. Así, la competencia reglamentaria puede surgir de la Constitución, de una ley del Congreso o de un reglamento.

En el primer caso, el órgano Presidencia de la Nación ejerce las facultades reglamentarias de los arts. 76, 99, incs. 1º, 2º y 3º; el órgano Jefatura de Gabinete, las del art. 100, inc. 2º.

En relación al segundo caso, por ejemplo, el ente autárquico Enargas ejerce las competencias reglamentarias del art. 52 de la ley 24.076; la Comisión Nacional Antidoping ejerce las competencias reglamentarias del art. 5º, inc. j) de la ley 24.819, reformada por ley 25.387.

<sup>3</sup> Así los clasifica Barra, Rodolfo C., *Reglamentos administrativos*, LL, 1999-F-1034 y siguientes.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 243; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 241.

<sup>5</sup> Bidart Campos, *Manual ...*, op. cit., p. 243.

<sup>6</sup> Por ejemplo, los creados por leyes 24.065 y 24.076.

<sup>7</sup> Esa expresión —"delegada"— es de la terminología kelseniana (véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 9ª ed. —trad. de Roberto J. Vernengo de la 2ª ed. de 1960, Porrúa, México, 1997, p. 239—, quien expresa que la Constitución "delega" esta potestad, por lo que cabría inferir —dentro de los límites del presente trabajo— que, en el caso de los restantes órganos y entes infraconstitucionales, en la ordenación jerárquica de las normas, la competencia reglamentaria surgiría de las normas infraconstitucionales emanadas de aquéllos en tanto válidas, dictadas en ejercicio de la competencia asignada o delegada en la Norma Fundamental, cima de esa ordenación. En esta inteligencia, en vez de facultades propias o facultades delegadas habría facultades delegadas en la Constitución —e inferiores instrumentos legales en sus consecuencias emitidos válidamente—, que a su vez podrían o no ser subdelegadas válidamente según lo estableciera la norma atributiva de competencia, de rango constitucional o inferior, en su consecuencia válidamente dictada. Tengamos en cuenta que la subdelegación del Ejecutivo en otros órganos o entes de la Administración Pública —dentro de los límites de la "política legislativa claramente establecida"— se halla jurisprudencialmente admitida por nuestra Corte Suprema en el caso "Czerniecki", *CSJN-Fallos*, 318:137, *consid. 6, in fine*.

En relación al tercer caso, la realidad ofrece variados supuestos, como ser:

- a) Un acto del superior jerárquico que delega competencias reglamentarias en un órgano inferior preexistente: por ejemplo, el *decr. 430/2000*, por cuyo art. 9° se faculta a la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía a "dictar las normas aclaratorias, interpretativas y complementarias" a aquél.
  - b) Un acto del superior jerárquico que autoriza al inferior a delegar en un inferior a éste la facultad reglamentaria: por ejemplo, el *decr. 2178/86*, por cuyo art. 4° se autoriza al ministro de Obras y Servicios Públicos a delegar en el "responsable" del organismo de su jurisdicción, "el dictado de normas para la fiscalización de los materiales utilizados en la construcción de las obras públicas".
  - c) Una imputación funcional de competencia reglamentaria a un ente autárquico en el acto mismo de creación: por ejemplo, el ente autárquico Administración Federal de Ingresos Públicos ejerce las competencias reglamentarias de los arts. 7° y 8° del *decr. 618/97*; el ente autárquico Conicet ejerce las competencias reglamentarias del art. 26 del *decr. 1661/96*, pudiendo incluso, a través del presidente de su Directorio, dictar medidas de urgencia conforme el art. 17, inc. d) del citado decreto.
  - d) Un acto de un superior jerárquico que delega una competencia reglamentaria a un ente autárquico pre-existente: por ejemplo, la Unidad de Información Financiera creada por el art. 5° de la ley 25.246 está facultada, por el art. 18 del *decr. 169/01*, para "determinar los procedimientos y oportunidad a partir de la cual los obligados cumplirán ante ella el deber de informar", y, por el art. 17 de dicho decreto, para dictar su reglamento interno.
- a) **Inexistencia de potestad.**— Volviendo a las diversas posturas esgrimidas por la doctrina en materia de la admisión o no de potestades reglamentarias de la Administración, podemos señalar que la tesis negativa antes mencionada, en el ámbito nacional, ha sido adoptada por Gordillo<sup>8</sup>, quien se pronuncia francamente en contra de ellas; incluso advierte en contra de ellas pues, a diferencia de la facultad para dictar actos de alcance particular, "la facultad para dictar reglamentos ... es en cambio, comparativamente, restringida ..."<sup>9</sup>, ello, por aplicación del principio de separación de poderes ya

<sup>8</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t.1, Cap. VII, p. 33 y siguientes.

<sup>9</sup> Gordillo, *Tratado...*, *op. cit.*, 5ª ed., 2000, t. 3, Cap. IV, p. 8.

que "el dictado no al Poder Ejecutivo existe una 'po

Tal afirmación del art. 9° cutivo no puede emitir disposiciones la expresión "cual significa o mite que la C. Tales excepciones del art. 42 de ción y de no in Además, las f (en tanto sube de los reglame do, los mismo bición<sup>13</sup>. Se a pensamiento trictivamente tad reglament

b) **Interpre** fila en quienes tivo<sup>15</sup>, las pon reglamentaria. "reglamentaci ginadas en el c

<sup>10</sup> Gordillo,

<sup>11</sup> Gordillo,

<sup>12</sup> Gordillo,

<sup>13</sup> Gordillo,

<sup>14</sup> Explica C dad del Poder Ejecutivo de lo que l Ríos Urruti de la

<sup>15</sup> Ampliar e petre, Fondo de C

<sup>16</sup> Sánchez drid, 1976, p. 441

uestos, como ser:  
cias reglamenta-  
el decr. 430/2000,  
del Ministerio de  
tativas y comple-

or a delegar en un  
el decr. 2178/86,  
vicios Públicos a  
dicción, "el dicta-  
utilizados en la

ntaria a un ente  
el ente autárqui-  
ce las competen-  
7; el ente autár-  
as del art. 26 del  
ite de su Directo-  
inc. d) del citado

mpetencia regla-  
mplo, la Unidad  
a ley 25.246 está  
minar los proce-  
gados cumplirán  
ho decreto, para

s posturas esgri-  
tades reglamen-  
negativa antes  
rdillo<sup>8</sup>, quien se  
n contra de ellas  
e particular, "la  
tivamente, res-  
in de poderes ya

Fundación de Dere-  
es.

que "el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; menos aún a sus órganos dependientes"<sup>10</sup>, tal que "no existe una 'potestad reglamentaria' en la Constitución"<sup>11</sup>.

Tal afirmación hallaría aval —según el mencionado autor— en la prohibición del art. 99, inc. 3° de la Const. Nacional, que establece que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". De lo expresado se inferiría que la expresión "carácter legislativo" empleada en aquella cláusula constitucional significa o equivale a ejercicio de la potestad reglamentaria. Empero, admite que la Constitución misma brinda excepciones a la regla prohibitiva. Tales excepciones estarían dadas por la potestad reglamentaria de los entes del art. 42 de la Carta Fundamental, bajo ciertas condiciones de participación y de no intervención directa o indirecta por parte del poder central<sup>12</sup>. Además, las facultades para dictar reglamentos de ejecución y autónomos (en tanto subespecie de reglamento de ejecución) son limitadas; y, respecto de los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, según el autor citado, los mismos se hallarían constreñidos por un principio general de prohibición<sup>13</sup>. Se advierte, en la opinión que reseñamos, la coincidencia con el pensamiento rousseauiano en cuanto —en general— se interpretan restrictivamente las competencias del Poder Ejecutivo, en particular la potestad reglamentaria<sup>14</sup>.

b) *Interpretaciones restrictivas.*— Una tesis menos negativa se perfila en quienes admiten que el Ejecutivo sólo "ejecuta" las leyes del Legislativo<sup>15</sup>, las pone en ejecución, limitándose a tal actividad la competencia reglamentaria. En forma concordante, Sánchez Agesta<sup>16</sup> avala el desglose de "reglamentación" en la etapa de desarrollo y aplicación de las decisiones originadas en el cuerpo legislativo deliberativo en referencia que podemos en-

<sup>10</sup> Gordillo, *Tratado* ..., *op. cit.*, Cap. VII, p. 37.

<sup>11</sup> Gordillo, *Tratado* ..., *op. cit.*, Cap. VII, p. 35.

<sup>12</sup> Gordillo, *Tratado* ..., *op. cit.*, Cap. VII, p. 36.

<sup>13</sup> Gordillo, *Tratado* ..., *op. cit.*, Cap. VII, ps. 36 y 37.

<sup>14</sup> Explica Georg Jellinek que "la doctrina de Rousseau había sustraído de la actividad del Poder Ejecutivo toda actividad propia, y expresamente lo dejaba limitado a la ejecución de lo que la ley determinaba" (*Teoría general del Estado*—trad. de Fernando de los Ríos Urruti de la 2ª ed. alemana—, Albatros, Buenos Aires, 1943, p. 503).

<sup>15</sup> Ampliar en Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 508 y sus citas.

<sup>16</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 6ª ed., Editorial Nacional, Madrid, 1976, p. 441.

tender como correspondiente a reglamentación de ejecución; pero al mismo tiempo admite concretas "acciones administrativas", con la apreciación de la oportunidad y las circunstancias del caso, como ejercicio de una función distinta del dictado de aquella reglamentación.

c) **Admisión de la potestad.**— La tesis francamente positiva, respecto de la existencia de la potestad reglamentaria, ha sido adoptada por diversos autores<sup>17</sup>, y en diversos ordenamientos jurídicos.

En los Estados Unidos, la cuestión de la facultad de la Administración de dictar reglamentos parecería hallarse fuera de discusión, y ello de cara a una realidad legislativa y jurisprudencial que antes de negar la facultad, la ha encauzado de un modo que incluso la convierte en modelo para otros ordenamientos occidentales; la rica producción doctrinaria ibérica<sup>18</sup> y británica<sup>19</sup> dan suficiente cuenta de ello y reconocen en aquel ordenamiento un verdadero modelo. En términos generales, dado que en el Derecho federal estadounidense normativamente se admite el ejercicio de facultades reglamentarias en el ámbito de la Administración, con participación previa en forma preponderante, las preocupaciones de los estudiosos de dicho país se han centrado en cuestiones tales como: la delegación legislativa y la facultad reglamentaria; el control que ejerce el titular del Poder Ejecutivo en el *rulemaking* de las *agencias*, que podría operar como mecanismo de provisión de legitimidad política para la medida<sup>20</sup>; y el eventual control judicial de los reglamentos, en tanto aplicados, e incluso antes de su aplicación (*preenforcement review*). Algunas de estas cuestiones serán mencionadas tangencialmente en este trabajo.

Desde la óptica de los franceses, se ha defendido la potestad que nos ocupa con fundamentos en que coadyuva a la seguridad jurídica; así, se ha afirmado que asegura que las mismas reglas sean aplicadas a las situaciones individuales<sup>21</sup>.

Desde el sector británico *pouvoir réglementaire*<sup>22</sup>, se rística de la Administración sueñamente, que constituye inevitable" transgresión al te lo cual se ha destacado q cil como intentar justificar mo de ejecución de leyes de emergencia otorgadas al ej como de ejercicio de otros " del dictado de reglamentos: está ante facultades inher *pouvoir réglementaire* de l mo delegación legislativa y por la intervención (anteriorador como regla<sup>31</sup>.

Ya en el ámbito nacional ría se justifica tanto respec entes. Así, explica que los ó dos para reglamentar cues

<sup>22</sup> Wade, William, "Las er ña", *Administración instrum* rez Moreno (coord.), Civitas, M

<sup>23</sup> Wade, H. W. R. - Forsy Press, 2000, p. 839.

<sup>24</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*,

<sup>25</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*,

<sup>26</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*,

<sup>27</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.* ra tornar operativa (*bring into* chas veces se las empleó para : ejecución se emplea para torna

<sup>28</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*,

<sup>29</sup> Wade, *Las entidades ...*, a la regla de que no existe un p que no posee base legal, y que, s tá constituida "en parte por póc de esa forma tanto tiempo com glas que rigen las absorciones !

<sup>30</sup> Wade, *Las entidades ...*,

<sup>31</sup> Idem, nota 29.

<sup>17</sup> Para una sistematización, véase Uslenghi, Alejandro J., "Régimen jurídico de la potestad reglamentaria", en *Acto administrativo y reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 487 y ss., esp. p. 489 y siguientes.

<sup>18</sup> Cfr. Lavilla Rubira, Juan J., *La participación en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991; Carbonell, Eloísa - Muga, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

<sup>19</sup> En especial, Galligan, D. J., *Due process and fair procedures. A study of administrative procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 493 y siguientes.

<sup>20</sup> Davis, Kenneth Culp - Pierce, Richard J., *Administrative law treatise*, 3ª ed., Little, Brown & Co., Boston, 1994, vol. I, ps. 27 y 351.

<sup>21</sup> Debbasch, Charles, *Institutions et droit administratifs*, 4ª ed., Presses Universitaires de France, 1998, t. II, p. 217.

pero al mismo  
precisión de  
una función

iva, respecto  
por diversos

nistración de  
de cara a una  
dad, la ha en-  
otros ordena-  
y británica<sup>19</sup>  
un verdade-  
al estadouni-  
mentarias en  
la preponde-  
ian centrado  
mentaria; el  
de las agen-  
idad política  
tos, en tanto  
w). Algunas  
trabajo.

que nos ocu-  
sí, se ha afir-  
uaciones in-

jurídico de la  
RAP, Buenos

le elaboración  
31; Carbonell,  
dos Unidos de

ly of adminis-

se, 3ª ed., Lit-

ses Universi-

Desde el sector británico, por otro lado, si bien se afirma que no hay un *pouvoir réglementaire*<sup>22</sup>, se admite que no existe una actividad más característica de la Administración que el *rulemaking*<sup>23</sup>, y también se reconoce, risueñamente, que constituye un “mal necesario”, “una desafortunada pero inevitable” transgresión al principio de separación de poderes<sup>24</sup>, no obstante lo cual se ha destacado que prescindir de ella en la práctica es casi tan difícil como intentar justificarla<sup>25</sup>, tanto es su faz de legislación delegada<sup>26</sup>, como de ejecución de leyes del Parlamento<sup>27</sup>, como de ejercicio de facultades de emergencia otorgadas al ejecutivo por el Parlamento o ratificadas por éste<sup>28</sup>, como de ejercicio de otros “poderes no legales informales”<sup>29</sup>. La legitimidad del dictado de reglamentos, de esta manera —dado que, en principio, no se está ante facultades inherentes del ejecutivo, a diferencia del régimen del *pouvoir réglementaire* de los franceses, sino ante lo que puede calificarse como delegación legislativa parlamentaria en sentido genérico<sup>30</sup>— se verifica por la intervención (anterior o posterior al dictado del reglamento) del legislador como regla<sup>31</sup>.

Ya en el ámbito nacional, según expone Cassagne, la potestad reglamentaria se justifica tanto respecto de los órganos administrativos como de ciertos entes. Así, explica que los órganos administrativos se hallan mejor capacitados para reglamentar cuestiones que requieren una preparación técnica y ju-

<sup>22</sup> Wade, William, “Las entidades administrativas instrumentales en Gran Bretaña”, *Administración instrumental. Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, A. Pérez Moreno (coord.), Civitas, Madrid, 1994, t. II, p. 1725 y ss., esp. p. 1732.

<sup>23</sup> Wade, H. W. R. - Forsyth, C. F., *Administrative law*, 8ª ed., Oxford University Press, 2000, p. 839.

<sup>24</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*, p. 839.

<sup>25</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*, p. 839.

<sup>26</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*, p. 842.

<sup>27</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*, p. 843, quienes las describen como reglamentaciones para tornar operativa (*bring into effect*) la ley del Parlamento, destacando, empero, que muchas veces se las empleó para modificar otras leyes existentes. El mismo mecanismo de ejecución se emplea para tornar operativa la legislación comunitaria (p. 844).

<sup>28</sup> Wade - Forsyth, *op. cit.*, p. 846.

<sup>29</sup> Wade, *Las entidades ...*, *op. cit.*, p. 1732; allí señala que *ahora* existe una excepción a la regla de que no existe un *pouvoir réglementaire*: la Junta de Absorciones y Fusiones, que no posee base legal, y que, según se afirmara en un fallo del tribunal de apelación, está constituida “en parte por poderes no legales informales que el gobierno preferiría dejar de esa forma tanto tiempo como funcionasen satisfactoriamente”. Esa junta dicta las reglas que rigen las absorciones y fusiones societarias.

<sup>30</sup> Wade, *Las entidades ...*, *op. cit.*, p. 1732.

<sup>31</sup> Idem, nota 29.



rídica, y que proveen a ello con rapidez, máxime en materias que requieren permanente actualización<sup>32</sup>. También señala que, modernamente, se ha operado el crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo<sup>33</sup> y la aparición de entes reguladores dotados de una rica gama de poderes reglamentarios en materias específicas (seguridad, técnica, medición y facturación de consumos, control y uso de medidores, interrupción y reconexión, calidad, entre otras)<sup>34</sup>. Tomando en cuenta estas circunstancias, la competencia reglamentaria se fundaría en la especialidad del emisor y en la rapidez para actuar; dicho emisor resultaría, bajo esta tesis, beneficiario de una "apertura del legislador a favor del reglamento"<sup>35</sup>. Respecto de la legitimidad del emisor, resulta conveniente tener presente la advertencia de Cassagne en cuanto a que "la actividad no se desnaturaliza por el órgano que la produce"<sup>36</sup>.

Conforme la opinión de Barra, y bajo un criterio que consideramos normativo en su esencia, la validez de la norma reglamentaria está sujeta en cuanto a su forma y contenido a la exigencia de no contradecir lo dispuesto en la norma de mayor jerarquía<sup>37</sup>.

Así, podría deducirse que los reglamentos, más allá de cuál sea el órgano emisor, se encuentran limitados en aquellos dos aspectos, por lo que, al respetarlos, no causarían agravio a la separación de poderes consagrada en la Constitución. Asimismo, y según lo expresa el citado autor, la potestad reglamentaria en la Administración moderna se basa en el dinamismo y agilidad con que se deben cumplir los cometidos estatales<sup>38</sup>. Esta observación puede ser extendida al específico campo de los reglamentos de necesidad y urgencia, como justificación ante la imposibilidad de solución de ciertas situaciones que no pueden ser resueltas eficazmente por los procedimientos

normales, como dest Diez<sup>40</sup> sostiene el ac en razón de la comp rácter cambiante de der administrador, dor, también se just

De los exponentes sideración casi pern obrar; y la especiali son de asentada adn

1) *Rapidez en el* ra justificar el dictac ke y, posteriormente dos realidades: por t de las leyes<sup>43</sup>; pero t de ninguna manera diferidas a la discrec para que ordene com plicaba que el poder "imposible prever ... cesario que se brind ... que las Leyes no p prerrogativa.

En forma concorc más de la posición de nal y en el interno, el tensión de la primaci

<sup>32</sup> Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, 7ª ed., Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 178.

<sup>33</sup> Cassagne, *Derecho ...*, op. cit., 7ª ed., 2002, t. II, p. 54.

<sup>34</sup> Cassagne, *Derecho ...*, op. cit., 7ª ed., 2002, t. I, p. 376.

<sup>35</sup> Monti, Laura M., "El poder reglamentario de los entes reguladores", en *La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*, Asociación de Abogados de la Industria del Gas, Buenos Aires, 2001, p. 15.

<sup>36</sup> Cassagne, *Derecho ...*, op. cit., p. 178.

<sup>37</sup> Barra, *Reglamentos administrativos*, LL, 1999-F-1036; ídem, *Tratado de derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 295: "la norma inferior es inválida e inaplicable —según los casos y los sistemas jurídicos— cuando contradice a la norma superior"; cierto es que, para el citado autor, sólo son reglamentos administrativos los reglamentos autónomos (p. 377).

<sup>38</sup> Barra, Rodolfo C., *La potestad reglamentaria de la Administración Pública*, en "Régimen de la Administración Pública", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1979, n° 1, p. 9 y ss., esp. p. 10.

<sup>39</sup> Comadira, Juliol p. 262.

<sup>40</sup> Diez, Horacio, *Re* Abeledo - Perrot, Buenos

<sup>41</sup> Hauriou, Mauric Carlos Ruiz del Castillo c

<sup>42</sup> Locke, John, *Two* ge, 1997, p. 374 (o *Treatis*

<sup>43</sup> Locke, op. cit., p. 3

<sup>44</sup> Locke, op. cit., p. 3

<sup>45</sup> Locke, op. cit., p. 3

<sup>46</sup> Locke, op. cit., p. 3

se requieren  
se, se ha ope-  
rición de en-  
arios en ma-  
e consumos,  
tre otras)<sup>34</sup>.  
mentaria se  
r; dicho emi-  
el legislador  
resulta con-  
que "la acti-

mos norma-  
tá sujeta en  
lispuesto en

ea el órgano  
, por lo que,  
consagrada  
, la potestad  
nismo y agi-  
observación  
necesidad y  
le ciertas si-  
cedimientos

abeledo-Perrot,

, en *La transi-*  
*ción de Aboga-*

do de derecho  
inválida e ina-  
a norma supe-  
ivos los regla-

in Pública, en  
Buenos Aires,

normales, como destaca Comadira<sup>39</sup>. En una similar línea de pensamiento, Diez<sup>40</sup> sostiene el acotamiento del alcance de la regulación a través de la ley en razón de la complejidad de las situaciones jurídicas a disciplinar y el carácter cambiante de la realidad, además de señalar que la incursión del poder administrador, en materias constitucionalmente reservadas al legislador, también se justifica en la conjuración de situaciones de crisis.

De los exponentes de la tesis positiva antes mencionada, se deduce la consideración casi permanente de dos criterios de justificación: la rapidez en el obrar; y la especialización. Estos dos criterios, en la doctrina constitucional, son de asentada admisión. Veamos.

1) *Rapidez en el obrar.*— El argumento de la rapidez en la decisión, para justificar el dictado de reglamentos ya se había perfilado en la obra de Locke y, posteriormente, en la de Hauriou<sup>41</sup>. En el siglo XVII, Locke<sup>42</sup> reconocía dos realidades: por un lado, que el Ejecutivo era el encargado de la ejecución de las leyes<sup>43</sup>, pero también reconocía que "existen muchas cosas, a las que de ninguna manera puede la Ley proveer, y ellas deben ser necesariamente diferidas a la discrecionalidad del que tiene el Poder Ejecutivo en sus manos, para que ordene como lo requiere el bien común y la conveniencia". Locke, explicaba que el poder de hacer la ley era "excesivamente lento ..." <sup>44</sup> y que era "imposible prever ... todos los accidentes y necesidades" <sup>45</sup>, por lo que era necesario que se brindara al Ejecutivo una latitud para "hacer muchas cosas ... que las Leyes no prescriben" <sup>46</sup>: ese poder era considerado, por Locke, una prerrogativa.

En forma concordante, para la escena francesa, Hauriou señala —además de la posición de primacía del Poder Ejecutivo, en el ámbito internacional y en el interno, el fundamento político, no jurídico, de esa primacía y la extensión de la primacía no sólo al titular del Ejecutivo sino también a sus Mi-

<sup>39</sup> Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 262.

<sup>40</sup> Diez, Horacio, *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 16.

<sup>41</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2ª ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo de 1927, Reus, Madrid, s/f, p. 442.

<sup>42</sup> Locke, John, *Two treatises of government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 374 (o *Treatise II*, § 159).

<sup>43</sup> Locke, *op. cit.*, p. 364 (o *Treatise II*, § 143).

<sup>44</sup> Locke, *op. cit.*, p. 375 (o *Treatise II*, § 160).

<sup>45</sup> Locke, *op. cit.*, p. 375 (o *Treatise II*, § 160).

<sup>46</sup> Locke, *op. cit.*, p. 375 (o *Treatise II*, § 160).

nistros— que dicho Poder —con base en la literalidad de su denominación— es el que “ejecuta la cosa pública”<sup>47</sup>, por lo que es un poder de decisión ejecutoria, a diferencia del legislativo, eminentemente deliberativo<sup>48</sup>. Así, “las materias gubernamentales, esencialmente nuevas porque surgen bajo la presión de los acontecimientos, y siempre urgentes porque interesan a la unidad y a la salvación del Estado, no pueden esperar, para recibir solución, a que se deliberen leyes con el tiempo que esta operación requiere. El funcionamiento político del Estado se presenta con los caracteres de un Gobierno, por la decisión ejecutiva rápida que, transcurrido el momento de urgencia, podrá someterse a la confirmación de la ley pero que, mientras tanto, vale por sí misma”<sup>49</sup>.

2) *Especialidad*.— Respecto del argumento de la especialidad, también cabe recordar que el mismo —así como el de la rapidez, ya explicitado— ha sido más recientemente defendido por Lowenstein, quien ha admitido como fundamento —no ya de la potestad reglamentaria sino directamente del ejercicio de funciones “legislativas”<sup>50</sup> por parte del gobierno, aludiendo al Ejecutivo<sup>51</sup>— el reconocimiento de la falta de conocimientos técnicos en los políticos profesionales integrantes de los cuerpos parlamentarios —que delegan en el Ejecutivo la precisión de los detalles técnicos necesarios para la aplicación práctica de la ley—, y la falta de tiempo para la toma de decisión legislativa<sup>52</sup>.

Este criterio de especialidad, en el marco de una delegación, en algunos casos, se desdibuja, conforme surge de la opinión del autor citado, cuando se posibilita el otorgamiento, al Ejecutivo, de leyes de autorización o plenos poderes para fines determinados o sin una finalidad específica, siempre por un período determinado. Cuando hay delegación legislativa, explica Lowenstein con criterio realista —orientado al análisis de costos y beneficios—, el

<sup>47</sup> Hauriou, *op. cit.*, p. 442.

<sup>48</sup> Ampliar también en Carré de Malberg, *op. cit.* en nota 15, ps. 507 y 508.

<sup>49</sup> Hauriou, *op. cit.*, p. 441. Bajo esta postura, dado que el jefe del Estado es no sólo un funcionario encargado de la ejecución de las leyes sino también un gobernante o “representante”, es un órgano competente para dictar reglamentos, lo cual justificaría su legitimidad a tal fin; véase Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 508.

<sup>50</sup> Así las denomina Gil Domínguez, Andrés, *Potestades legislativas del Poder Ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional*, LL, 1996-D-1651.

<sup>51</sup> Esta posibilidad ya había sido prevista por Kelsen, *op. cit.*, p. 239, al aludir a los reglamentos de aplicación y a los reglamentos con fuerza de ley, que son leyes en sentido material.

<sup>52</sup> Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 274.

ejecutivo “usurpa” de manera funcionalmente al legislador, se opera un beneplácito de poder del ejecutivo a costa del principio de

d) *Propuesta inmediata*.— En esta etapa de la ley, el legislador congresional, tras haber tratado sus quehaceres en una posición suprema —que requiere un enfoque rousseauniano de urgencia—, el ejercicio de facultades existe, fundamentado

De acuerdo a la doctrina que, en el marco de la Ley 99, inc. 3º, ap. 2º de la Constitución restrictiva, esto es, en sentido formal—, es competencia del legislador interpretada en el sentido de la esfera de su interpretación propicia que el Poder Ejecutivo se interpreta en el est

<sup>53</sup> Lowenstein, *op. cit.*

<sup>54</sup> En la causa “Pujadas” las leyes debidamente sancionadas que opera plenamente (con carácter) en materia de inmiscuirse en el ejercicio de la función legislativa por el legislador (consolidación de la doctrina de la omnipotencia legislativa) se el fallo “Horta”, CSJN, Palacio, Figueroa Alcort, 1996-D-1651. Segundo fallo: “La doctrina de la presunta voluntad de la ley de gobierno... Si las más extensas que las que ha impuesto, lo haría en virtud de la Constitución”.

<sup>55</sup> Locke, *op. cit.*, p. 114.

B. Sacristán

ominación—  
ecisión ejecu-  
o<sup>48</sup>. Así, “las  
irgen bajo la  
teresan a la  
ibir solución,  
re. El funcio-  
un Gobierno,  
de urgencia,  
anto, vale por

dad, también  
licitado— ha  
dmitido como  
ctamente del  
aludiendo al  
écnicos en los  
rios —que de-  
sarios para la  
na de decisión

in, en algunos  
ado, cuando se  
ón o plenos po-  
iempre por un  
plica Lowens-  
eneficios—, el

ejecutivo “usurpa” durante cierto tiempo los dominios reservados constitu-  
cionalmente al legislador, y, en el caso de la ley de autorización o plenos pode-  
res, se opera un beneficio o “ganancia” para el gobierno en detrimento del po-  
tencial de poder del legislador, y el papel de líder del ejecutivo es “comprado”  
a costa del principio de distribución del poder<sup>53</sup>, que deviene un costo.

d) *Propuesta interpretativa formal.* — Creemos que hoy en día, supe-  
rada la etapa de lo que podríamos llamar idolatría benthamiana hacia el le-  
gislador congresional o parlamentario del siglo XIX<sup>54</sup> —que ya había mos-  
trado sus quiebres en la obra de Locke, no obstante haberle dado al legislati-  
vo una posición suprema<sup>55</sup>—, y superada también por el devenir de la reali-  
dad —que requiere especialidad y rapidez en las decisiones— la postura  
rousseauiana de un Ejecutivo vaciado de facultades, puede afirmarse que  
el ejercicio de facultades reglamentarias por parte de ese poder del Estado  
existe, fundadamente.

De acuerdo a la doctrina antes reseñada, puede válidamente interpretar-  
se que, en el marco de aquella afirmación, la prescripción prohibitiva del art.  
99, inc. 3º, ap. 2º de la Const. Nacional tiene que ser valorada en un sentido  
restrictivo, esto es, en la inteligencia de prohibir que el Ejecutivo dicte leyes  
en sentido formal—que dicte disposiciones de carácter legislativo—, lo cual  
es competencia del legislador congresional; mas no podría esa cláusula ser  
interpretada en el sentido de vedarle la facultad de dictar reglamentos, den-  
tro de la esfera de sus competencias constitucionales. De acuerdo con la in-  
terpretación propiciada por Bidart Campos, la prohibición del art. 99 por la  
que el Poder Ejecutivo no puede emitir disposiciones de carácter legislativo  
se interpreta en el estricto ámbito de los decretos de necesidad y urgencia, no

<sup>53</sup> Lowenstein, *op. cit.*, p. 279.

<sup>54</sup> En la causa “Pupelis”, *CSJN-Fallos*, 314:424, la Corte Suprema afirmó que las  
leyes debidamente sancionadas y promulgadas gozan de una presunción de legitimidad  
que opera plenamente (*consid.* 4 del voto de la mayoría) y que no corresponde a los tribu-  
nales inmiscuirse en el examen de la conveniencia, acierto o eficacia del criterio adopta-  
do por el legislador (*consid.* 5 del voto de la mayoría). En contra de la admisibilidad de la  
doctrina de la omnipotencia legislativa, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, véa-  
se el fallo “Horta”, *CSJN-Fallos*, 137:47, voto de la mayoría integrada por los ministros  
Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez, citado por Marienhoff, *op. cit.*, p. 254; dice este se-  
gundo fallo: “La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una  
presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema repu-  
blicano de gobierno ... Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones  
más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le  
ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el art.  
30 de la Constitución”.

<sup>55</sup> Locke, *op. cit.*, p. 367 (o *Treatise II*, § 149).

7 y 508.

tado es no sólo un  
ernante o “repre-  
tificaria su legiti-

s del Poder Ejecu-  
1.

39, al aludir a los  
n leyes en sentido

allego Anabitarte,

en relación a la facultad de emitir reglamentos en general: con fundamentos que entendemos asimilables con la metodología empleada por el Constituyente, interpreta que, así como el art. 76 prohíbe, en principio, la delegación legislativa, y luego enumera las excepciones, el art. 99 fija otra prohibición, y luego enumera las excepciones<sup>56</sup>.

Específicamente, estimamos que podría interpretarse la facultad de dictar reglamentos de ejecución como una advertencia del Constituyente al Ejecutivo —no sólo en los arts. 14 y 99, inc. 2° sino también reiterada y limitada en el 28 de la Const. Nacional— para que no torne la labor legislativa fútil o inaplicable omitiendo reglamentar una ley, haciéndola, así, inoperativa o meramente programática, “derogándola” en los hechos. También podría interpretarse la —ahora limitada— posibilidad de dictar reglamentos delegados como una admisión, por parte del Congreso, de su falta de conocimientos técnicos o de habilidad para prever todos los detalles en ciertas materias (de administración y de emergencia pública) comprendidas en su competencia legisferante<sup>57</sup>; y la facultad de dictar reglamentos de necesidad y urgencia (dados ciertos requisitos de fondo y de forma) podría leerse como la admisión de que el Ejecutivo puede tomar —dentro de los específicos supuestos constitucionales— medidas con más celeridad que el Congreso<sup>58</sup>.

En términos generales, puede decirse que el presidente y los demás órganos y entes de la Administración<sup>59</sup>, dentro de los límites de la norma válida

<sup>56</sup> Ello surge de confrontar el tratamiento metodológico propiciado por el citado autor; véase Bidart Campos, *Manual ... op. cit.*, ps. 243 y 249; en similar postura, Comadira, Julio, “Los reglamentos delegados”, en *Acto administrativo y reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 679 y ss., esp. p. 686: “La fijación como regla de la improcedencia de la delegación legislativa es coherente con el sentido de la prohibición contenida en el art. 99, inc. 3°, de la Constitución ...”. Para una interpretación diversa, en la línea de que no puede predicarse “P” y “no -P” —prohibido y no prohibido— con respecto al mismo órgano, véase Gil Domínguez, Andrés, *Potestades legislativas del Poder Ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional*, LL, 1996-D-1653, donde señala la contradicción entre la prohibición de emitir disposiciones legislativas y la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia.

<sup>57</sup> En igual sentido, CSJN, “Prattico”, *CSJN-Fallos*, 247:344, *consid. 9*, donde se alude al “conocimiento de datos o factores acerca de los cuales es natural que la autoridad administrativa posea una más completa información”. El razonamiento, para la época en que se dictó el fallo, es admirable desde el punto de vista de la teoría de la toma de decisión y, en especial, en cuanto a la importancia de la recolección de información previo a la adopción de la decisión de que se trate.

<sup>58</sup> En igual sentido, y si bien en el caso se debatía acerca de una norma delegada, CSJN, “Prattico”, *CSJN-Fallos*, 247:344, *consid. 9*, donde se expresa, genéricamente, que el problema “es de aquellos que demandaban una particular celeridad en la acción”.

<sup>59</sup> En el precedente “Hall”, *CSJN-Fallos*, 323:620, por ejemplo, la Corte Suprema afirmó, incluso, que los límites jurídicos previstos para la actividad reglamentaria del Po-

der Ejecutivo, son aplicables a otros dictámenes del Procurador General si otra jurisprudencia se ha aludido (CSJN-Fallos, 311:1565; 322:278).

- a) Reglamentos de ejecución Nacional.
- b) Reglamentos de necesidad y urgencia, art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional.
- c) Reglamentos delegados, art. 76 de la Constitución Nacional.
- d) Reglamentos autónomos, art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional.

### § 3. EL PROBLEMA DE LA LEGISLACIÓN EMISORA DE REGLAMENTOS

La existencia de una norma aun con posterioridad a la refutación de una propuesta de intervención ahora hacer frente al problema mismo. El planteo, que es de conocimiento como doctrina de la jurisprudencia norteamericana para las fronteras, y consiste en la sig-

der Ejecutivo, son aplicables a otros dictámenes del Procurador General si otra jurisprudencia se ha aludido (CSJN-Fallos, 311:1565; 322:278).

<sup>60</sup> Cassagne, *Derecho ... op. cit.* “serva de la ley”.

<sup>61</sup> Para los requisitos de validez materiales y temporales, en especial Comadira, *Los reglamentos ... op. cit.*

<sup>62</sup> Cassagne, *Derecho ... op. cit.* “necesaria la existencia de la delegación técnica de algunos asuntos, aspe- flexibilidad de ciertas normas ...”.

neral: con fundamento en el principio de separación de poderes, en principio, la delegación de facultades por el art. 99 fija otra prohibición.

En cuanto a la facultad de dictar reglamentos, el art. 28 de la Constitución Nacional reitera y limita la facultad de la rama ejecutiva para intervenir en el ejercicio de la función legislativa fútil o inoperativa o meramente preparatoria. También podría intervenir en el dictado de reglamentos delegados en materias de conocimiento técnico y de urgencia (de carácter de emergencia) en su competencia reservada y urgencia (de carácter de emergencia) como la admisión de recursos de amparo en los supuestos constitucionales.<sup>58</sup>

En consecuencia, los demás órganos de la norma válida

propiciado por el citado autor, en una postura similar a la de Comadira y reglamento, Ediciones del Poder Ejecutivo, no regla de la improcedencia de la prohibición contenida en el art. 99, en la línea de lo que se ha dicho con respecto al mismo artículo. El Poder Ejecutivo en el artículo 99 señala la contradicción y la posibilidad de dictar de

reglamentos, en el artículo 99, donde se alude a la autoridad administrativa, para la época de la toma de decisión y la delegación de facultades.

de una norma delegada, en consecuencia, genéricamente, en consecuencia, en consecuencia.

En consecuencia, la Corte Suprema dicta reglamentaria del Po-

que les otorga competencia, pueden dictar reglamentos en materias que requieran especialidad o rapidez; ello, ya sea en ejercicio de una atribución constitucional o emergente de otra norma de competencia infraconstitucional válida, para el dictado de:

- a) Reglamentos de ejecución con la limitación del art. 28 de la Constitución Nacional.
- b) Reglamentos de necesidad y urgencia bajo las severas exigencias del art. 99, inc. 3° de la Constitución Nacional y con el límite de la reserva de ley<sup>60</sup>.
- c) Reglamentos delegados en tanto se haya efectuado una delegación válida bajo el art. 76 de la Const. Nacional<sup>61</sup>, mediando además razones de especialidad o de rapidez<sup>62</sup>.
- d) Reglamentos autónomos, que son consustanciales con la zona de reserva de la Administración conforme al art. 99, inc. 1° de la Constitución Nacional.

§ 3. **EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS ORGANOS O ENTES EMISORES DEL REGLAMENTO.**— Hallándose, entonces, aclarada la cuestión de la existencia de una potestad reglamentaria de la Administración aun con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, y habiéndose efectuado una propuesta de interpretación formal en relación a aquélla, debemos ahora hacer frente al principal cargo que se le formula al ejercicio de la misma. El planteo, que es de fondo y conmueve las raíces mismas de lo que conocemos como doctrina de la separación de poderes, ha emergido en la doctrina norteamericana para expandirse luego —como veremos— hacia otras fronteras, y consiste en la siguiente idea: se cree que el sistema es profunda-

der Ejecutivo, son aplicables a otros órganos de la Administración (sección VI *in fine* del dictamen del Procurador General, a cuyos fundamentos se remite la Corte Suprema). En otra jurisprudencia se ha aludido, directamente, a poder reglamentario del Estado (CSJN-Fallos, 311:1565; 322:2780).

<sup>60</sup> Cassagne, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 179: "... en la medida de que no avance sobre la reserva de la ley".

<sup>61</sup> Para los requisitos de validez, en relación a las materias, situación y límites materiales y temporales, en especial las "materias determinadas de Administración", véase Comadira, *Los reglamentos...*, *op. cit.*, en nota 57, ps. 686 - 691.

<sup>62</sup> Cassagne, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 185: "Se han señalado algunas razones que tornan necesaria la existencia de la delegación legislativa: falta de tiempo del Congreso, carácter técnico de algunos asuntos, aspectos imprevisibles de algunas materias, exigencias de flexibilidad de ciertas normas...", con cita de Manuel M. Díez.

mente antidemocrático porque muchas reglamentaciones (*policy*) críticas son dictadas por burócratas no votados (*unelected*)<sup>63</sup>.

La objeción puede explicarse así: El concepto de legitimidad suele referirse al problema de por qué el pueblo obedece y apoya el orden legal dentro de un particular sistema, y, en este sentido, se caracteriza por el elemento de consenso o adhesión; en los regímenes democráticos, se suma una característica que les es propia: la adherencia a los procedimientos constitucionalmente establecidos para obtener, ejercer y mantener el poder, dentro del Estado, como enseña Negretto<sup>64</sup>. A su vez, ese acceso al poder se logra por medio de elecciones libres; el principio de la mayoría; y el respeto a los derechos individuales<sup>65</sup>. Dado que la democracia constituye el único principio actual de legitimación política<sup>66</sup>, como los órganos y entes dotados de facultades reglamentarias no son votados ni elegidos democráticamente —salvo, entre nosotros, el titular del Poder Ejecutivo—, no podrían dictar disposiciones de carácter general, y, a todo evento, aun cuando pudieran hacerlo, no existiría una presunción de legitimidad de las reglamentaciones administrativas similar a la presunción de legitimidad de las leyes democráticamente votadas en el Congreso<sup>67</sup>.

Recordemos que, en forma concordante y hace ya varias décadas, en el foro francés, destacaba Hauriou que a diferencia de la ley, el reglamento no es objeto de "aceptación formal" por el pueblo o por sus representantes, y lo definía como una disposición general escrita, dictada por una autoridad que

<sup>63</sup> Ely, John Hart, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980, p. 131; Wellington, Harry H., *Interpreting the constitution. The supreme court and the process of adjudication*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. 70.

<sup>64</sup> Negretto, Gabriel, *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Abaco, Buenos Aires, 1994, p. 41.

<sup>65</sup> Negretto, *op. cit.*, p. 41.

<sup>66</sup> Así lo afirma el juez Fayt, en su disidencia en el precedente "Electores y Apoderados", *CSJN-Fallos*, 314:1915, *consid.* 32.

<sup>67</sup> Krent, Harold, *Turning congress into an agency: the propriety of requiring legislative findings*, en "Case Western Law Review", Spring, 1996, p. 731 y ss., esp. p. 747; Tribe, Laurence H., *American constitutional law*, 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000, vol. I, p. 989, con cita de Stewart, Richard, *The reformation of american administrative law*, en "Harvard Law Review", junio 1975, vol. 88, p. 1667. En igual sentido, Galligan, *op. cit.*, en nota 19, p. 456.

Tengamos en cuenta —aún así— que la doctrina ha señalado que existe una diferencia, asimismo, entre las decisiones consensuadas y unánimes, y las que suelen tomarse dentro de una democracia, por mayoría; ello a llevado al interrogante de si pueden aceptarse, confiadamente, "las decisiones de las mayorías legislativas", como se arguye en Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 100 a 103.

tenga el poder reglamentario de un gobierno cuyo poder es: ciones como demostración de mática casi universal, objeto

Podría argüirse que el ten to, con mayor o menor amplitud jurisprudenciales—, la potes se halla expresamente reglados —art. 76—, como en el de y en el de los reglamentos de jurisprudencia admite<sup>69</sup> los re categoría independiente. De Fundamental, no cabrían ob cicio de la potestad que nos Ejecutivo, y tampoco en rela preexistencia de la norma q

Sin embargo, la cuestión crítica —de procedimiento, ente que dicta el reglament merosos, trascendentes y de ejemplo, los dictados por el e gresos Públicos al ejercer las del decr. 618/97<sup>72</sup>, decreto di art. 99, inc. 3º de la Const. Na cia)<sup>73</sup>. Ahora, el responsable

<sup>68</sup> Hauriou, André, *Derecho* González Casanova de la edición p. 169.

<sup>69</sup> Por ejemplo, en la clasific esp. cons. 14 del voto de la mayor

<sup>70</sup> Acerca de esas tres clases bierno, Fondo de Cultura Económ

<sup>71</sup> El art. 1º del decr. 618/97 blicos (AFIP) es una "entidad a ejerce las competencias otorga 507/93, ratificado por ley 24.447 yes y reglamentos.

<sup>72</sup> BO, 14/7/97.

<sup>73</sup> Dicho decreto, por ejemp 7º, estableciendo que el Admini generales obligatorias para los r

iones (policy) críticas

legitimidad suele referirse al orden legal dentro de la esfera de competencia de cada elemento de la estructura. Si se suma una característica de los poderes constitucionales, el poder, dentro del Estado, no se logra por mera voluntad sino que se respeta a los derechos fundamentales. El único principio actual que limita los poderes de facultades reservadas —salvo, entre otros, el de dictar disposiciones de carácter general—, no existiría si no fuera por las administrativas sistemáticamente votadas

en las últimas décadas, en el fondo, el reglamento no es una representación, y lo define una autoridad que

al review, Harvard University Press, 1977; H. H. Wechsler, *Interpreting the Constitution*, Yale University Press, 1977.

ma constitucional, Aba-

te "Electores y Apodera-

ity of requiring legislative action, esp. p. 747; Tripp, *Administrative Law*, New York, 2000, p. 103; *American administrative law*, Galligan, op.

que existe una diferencia entre las que suelen tomarse en cuenta de si pueden aceptarse, como se arguye en la Ley 1/1996, ps. 100 a 103.

tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo<sup>68</sup>. Valgan estas afirmaciones como demostración de que el tema en cuestión constituye una problemática casi universal, objeto de interpretaciones múltiples.

Podría argüirse que el tema es extraño a nuestro ordenamiento. En efecto, con mayor o menor amplitud —según las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales—, la potestad reglamentaria, en nuestra Constitución, se halla expresamente reglada, tanto en el caso de los reglamentos delegados —art. 76—, como en el de los reglamentos de ejecución —art. 99, inc. 2°— y en el de los reglamentos de necesidad y urgencia —art. 99, inc. 3°—, y la jurisprudencia admite<sup>69</sup> los reglamentos autónomos —art. 99, inc. 1°— como categoría independiente. De conformidad con el texto expreso de la Norma Fundamental, no cabrían objeciones formales al fundamento legal del ejercicio de la potestad que nos ocupa, al menos por parte del titular del Poder Ejecutivo, y tampoco en relación a los restantes órganos en la medida de la preexistencia de la norma que otorga competencia válida.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple de cara a la legitimidad democrática —de procedimiento, de representación, por resultados— del órgano o ente que dicta el reglamento<sup>70</sup>. Basta tener presentes reglamentos tan numerosos, trascendentes y de tan serias consecuencias económicas como, por ejemplo, los dictados por el ente autárquico<sup>71</sup> Administración Federal de Ingresos Públicos al ejercer las competencias reglamentarias de los arts. 7° y 8° del decr. 618/97<sup>72</sup>, decreto dictado, a su vez, en ejercicio de las facultades del art. 99, inc. 3° de la Const. Nacional (esto es, un decreto de necesidad y urgencia)<sup>73</sup>. Ahora, el responsable de un ente de estas características, con esas tras-

<sup>68</sup> Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de José A. González Casanova de la edición de 1970 por Ed. Monthrestien, Ariel, Barcelona, 1971, p. 169.

<sup>69</sup> Por ejemplo, en la clasificación del precedente "Cocchia", *CSJN-Fallos*, 316:2624, esp. cons. 14 del voto de la mayoría; Gordillo, *Tratado...*, op. cit., en nota 8, Cap. VII, p. 37.

<sup>70</sup> Acerca de esas tres clases de legitimidad, puede verse Deutsch, Karl, *Política y gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 28 y siguientes.

<sup>71</sup> El art. 1° del decr. 618/97 establece que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) es una "entidad autárquica" del ámbito del Ministerio de Economía, que ejerce las competencias otorgadas por las leyes 11.683, 22.091, 22.415 y por el decr. 507/93, ratificado por ley 24.447, y sus respectivas modificaciones, así como por otras leyes y reglamentos.

<sup>72</sup> *BO*, 14/7/97.

<sup>73</sup> Dicho decreto, por ejemplo, otorga facultades de reglamentación al ente en su art. 7°, estableciendo que el Administrador Federal estará facultado para impartir "normas generales obligatorias para los responsables y terceros", por ejemplo en materias tan de-



cedentes facultades normativas, no es elegido democráticamente, como tampoco lo son otros legisladores administrativos como el Conicet, que, como vimos, puede dictar medidas de emergencia, o el Banco Central de la República Argentina, que puede, por comunicación, reglar acerca de las cuentas corrientes bancarias<sup>74</sup>, por mencionar dos ejemplos.

a) *La doctrina norteamericana.*— El principal foro de estudio doctrinario acerca del problema de la potestad reglamentaria por parte de la Administración en una escena de “déficit democrático” se ha originado en los Estados Unidos, a propósito del *rulemaking power*<sup>75</sup>, e involucra diversas objeciones<sup>76</sup>.

Como recordaremos, en la ley de procedimientos administrativos norteamericana se halla previsto el ejercicio del dictado de reglas que rigen para el futuro—*rulemaking*—bajo un procedimiento formal—con notificación a las partes interesadas y audiencia previa, 5 USC § 553 c—, o bien informal—con aviso y comentarios, 5 USC § 553 b—, salvo las declaraciones de políticas (*declarations of policy*), exentas de ese procedimiento por no tener efectos vinculantes hacia los administrados o los tribunales<sup>77</sup>. También se halla previsto el dictado de *rulemaking* por razones de emergencia, normas que son de aplicación inmediata—5 USC § 553 b, B y d, 3—.

La principal objeción en relación al déficit democrático de los productores de *rulemaking* destacada por la doctrina norteamericana es la de la “delegación legislativa” (en un medio en el que no se prevén ni constitucional ni pretorianamente los reglamentos del art. 99, inc. 2° de nuestra Constitución).

licadas como creación, actuación y supresión de información (inc. 6°), suspensión o modificación, fundada y con carácter general, de aquellos requisitos legales o reglamentarios de naturaleza meramente formal (inc. 9°), con posibilidad de ejercicio de facultades reglamentarias implícitas (inc. 11); y también establece las facultades—reglamentarias, entendemos—de interpretación de dicho ente en su art. 8°, estableciendo que aquel Administrador Federal tendrá la función de interpretar con carácter general las disposiciones del decreto, siempre que el pronunciamiento a dictarse ofrezca interés general.

<sup>74</sup> Comunicación “A” 3274 del BCRA, vigente al 1/6/01, texto ordenado en [www.bkra.gov.ar](http://www.bkra.gov.ar)

<sup>75</sup> El debate, ciertamente, parece corresponderse con una concepción realista del derecho. En efecto, desde el punto de vista normativista—véase Kelsen, *op. cit.*, p. 233—la producción de normas jurídicas generales tiene el carácter de legislación, y su regulación implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas reglamentarias.

<sup>76</sup> Seguimos, en general, a Baldwin, Robert, *Rules and government*, “Clarendon Press”, Oxford, 1996, p. 41 y siguientes.

<sup>77</sup> Davis - Pierce, *op. cit.*, en nota 20, vol. I, p. 228.

En un país cuya Constitución lo que goza de consagración—al presente, la doctrina de lidiar delegaciones congresales aludido sosteniendo que “be en relación a su dictado”<sup>79</sup>. I delegaciones de *policymaking* titucional original<sup>80</sup> de sep por medio de la doctrina de podría volverse atrás mediante ductores de reglamentos<sup>82</sup>.

También se señala como mentación y desborde del I des regulatorias posteriores las capacidades legislativas nera políticamente responsables administrativos” dentro de responsabilidad por las r trina, más recientemente s mentado. En este sentido, : un mundo complejo, es ine agravio a la legitimidad; en ministración reglaba deter. requerida, luego pasó a emi

<sup>78</sup> Tribe, *op. cit.*, p. 980.

<sup>79</sup> Ely, *op. cit.*, p. 131.

<sup>80</sup> Farina, Cynthia, *The co world*, en “Chicago-Kent Law R

<sup>81</sup> Farina, *op. cit.*, p. 987 y s

<sup>82</sup> Lowi, Theodore, *A Sympt nal Status of the Administrative ministrative agencies: principa and administrative power*, en “t p. 295 y siguientes.

<sup>83</sup> Stewart, Richard, *Madis Spring*, 1990, vol. 57, p. 335 y ss tes reguladores, véase, asimisr entes de regulación y control, en la Capital Federal”, septiembre

<sup>84</sup> Strauss, Peter L., *From making*, en “Wake Forest Law F

democráticamente, como como el Conicet, que, como Banco Central de la República Argentina, e involucra diversas

pal foro de estudio doctrinaria por parte de la Adm. se ha originado en los 75, e involucra diversas

s administrativos norteamericanos que rigen para el al—con notificación a las o, o bien informal—con raciones de políticas (de or no tener efectos vincu ambién se halla previsto , normas que son de apli-

rático de los productores icana es la de la “delega ni constitucional ni pre nuestra Constitución).

(inc. 6°), suspensión o modif icos legales o reglamentarios jercicio de facultades regla ades —reglamentarias, en ableciendo que aquel Admi- er general las disposiciones a interés general.

xto ordenado en www.bcr.

concepción realista del de- Kelsen, *op. cit.*, p. 233—la legislación, y su regulación oducción de normas jurídi-

*l government*, “Clarendon

En un país cuya Constitución no consagra explícitamente ese instituto, por lo que goza de consagración casi ininterrumpida sólo por vía jurisprudencial—al presente, la doctrina de la no delegación no ha sido empleada para invalidar delegaciones congresionales desde 1936<sup>78</sup>—, Ely sintetiza el debate aludido sosteniendo que “bastantes normas (*much of the law*) son deferidas” en relación a su dictado<sup>79</sup>. En igual sentido, Farina destaca la existencia de delegaciones de *policymaking power* que habrían alterado el esquema constitucional original<sup>80</sup> de separación de poderes, y sólo podría volverse atrás por medio de la doctrina de la no delegación<sup>81</sup>, mientras que para Lowi sólo podría volverse atrás mediante la reducción de la discrecionalidad de los productores de reglamentos<sup>82</sup>.

También se señala como agravio a la legitimidad democrática la “fragmentación y desborde del Poder Legislativo”: según Stewart, las necesidades regulatorias posteriores al *new deal* norteamericano habrían superado las capacidades legislativas del Congreso—el cual opera y da cuentas de manera políticamente responsable— para generar un laberinto de “legisladores administrativos” dentro del gobierno, los cuales, generalmente, carecen de responsabilidad por las normas que producen<sup>83</sup>. Para otro sector de la doctrina, más recientemente se habría, además, “ampliado” el horizonte reglamentado. En este sentido, apunta Strauss que la delegación legislativa, en un mundo complejo, es inevitable<sup>84</sup>, y no causaría, bajo esta inteligencia, agravio a la legitimidad; empero, destaca que, si bien originariamente la Administración reglaba determinadas materias por razones de la especialidad requerida, luego pasó a emitir reglamentos de aplicación nacional con conte-

<sup>78</sup> Tribe, *op. cit.*, p. 980.

<sup>79</sup> Ely, *op. cit.*, p. 131.

<sup>80</sup> Farina, Cynthia, *The consent of the governed: against simple rules for a complex world*, en “Chicago-Kent Law Review”, 1997, vol. 72, p. 987 y ss., esp. p. 996.

<sup>81</sup> Farina, *op. cit.*, p. 987 y ss., esp. p. 1019.

<sup>82</sup> Lowi, Theodore, *A Symposium on Administrative Law: “The Uneasy Constitutional Status of the Administrative Agencies*, April 4, 1986: *Part I: Delegation of powers to administrative agencies: principal paper: two roads to serfdom: liberalism, conservatism and administrative power*, en “American University Law Review”, vol. 36, Winter, 1987, p. 295 y siguientes.

<sup>83</sup> Stewart, Richard, *Madison’s nightmare*, en “University of Chicago Law Review”, Spring, 1990, vol. 57, p. 335 y ss., esp. p. 342. Acerca de este fenómeno respecto de los entes reguladores, véase, asimismo, entre nosotros, Reiriz, María G., *La autonomía de los entes de regulación y control*, en “Abogados”, “Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, septiembre 2001, n° 49, p. 32 y ss., esp. p. 34.

<sup>84</sup> Strauss, Peter L., *From expertise to politics: the transformation of american rule-making*, en “Wake Forest Law Review”, Fall, 1996, vol. 31, p. 745 y ss., esp. p. 776.

nidos relativos a la salud, la seguridad y el medio ambiente, generando situaciones de confrontación (*adversariness*) con el sector privado regulado —por ejemplo, por involucrar importantes consecuencias económicas para éste— situaciones que no se presentaban cuando las reglamentaciones sólo se dedicaban a señalar detalles técnicos; por ejemplo, qué cualidades tenían que poseer los contenedores de frutas en un mercado<sup>85</sup>. Una respuesta a esta clase de objeciones se hallaría en que el Congreso —más allá de la materia a regular— no tiene ni el tiempo ni la especialidad necesaria para reglar ciertos detalles, y podría incluso declinar tal cometido, otorgándole al órgano o ente especializado la función de reglamentar esos detalles, dentro del ámbito de su discrecionalidad<sup>86</sup>.

Otro enfoque del problema de la legitimidad hace a los “controles” o a la “responsabilidad” del emisor de los reglamentos: el funcionario que dicta el reglamento no ha sido votado, por lo que no responde desde el punto de vista político ante el electorado, lo que constituiría un óbice al ejercicio de esa competencia.

Ely explica que existen verdaderas “legiones de administradores no elegidos cuya responsabilidad pasa a ser la de dar significado operativo a las amplias delegaciones contenidas en las leyes. La cuestión ... es que ellos no son ni elegidos ni reelegidos, y son controlados sólo espasmódicamente por funcionarios que sí lo son (en el ejecutivo federal, por cierto, los únicos funcionarios elegidos son el presidente y el vicepresidente)”<sup>87</sup>.

A fin de subsanar esta falla, y a modo de imitación del proceso legislativo —en el que el legislador, popularmente elegido, sanciona leyes— podría sugerirse que, a fin de obtenerse el debido “control político” democrático, podrían implementarse “unidades participativas menores” como vehículo de la voz popular, en la escena de, por ejemplo, audiencias públicas previo al dictado del reglamento.

Sin embargo, esta línea de pensamiento podría conducir a una regla según la cual esa participación democrática en las predichas “unidades menores” purgaría al emisor del reglamento de su vicio de falta de representatividad, y el eventual control judicial —ejercido por aquellos que, a su vez, tampoco gozan de elevada representatividad democrática— sería efectuado por quien carece de la especialización o conocimiento técnico del emisor. Hayek<sup>88</sup> analiza aquella cuestión —esto es, la del necesario control político democrá-

tico—<sup>89</sup> destacando para alcanzar cierta fuerte presunción colectiva obvia-  
(*rable*) o no extendidos distintos c

Desde el punto que el dictado de r e ineficaces”<sup>90</sup> cau Si bien las aprecia independencia de ta útil tener prese trata, son arduos. mentación resulta estándares de me distribución de be obliga a fabricar c cios de la segurid: impacto económic

<sup>89</sup> El análisis d crática a tal fin—, ex Estados Unidos, ha g nada “dificultad anti drían ejercer el conti los representantes ( be, *op. cit.*, p. 24 y ss. Aires, 1992, Cap. II.

<sup>90</sup> Baldwin, *op.*

<sup>91</sup> Spota enseña to A., *Lo político, lo j* Aires, 1993, p. 84; en sistema político debe Aires, 1999, p. 49.

<sup>92</sup> Ampliar en C ge, “La regulación co dios sobre la reformu res, 1995, p. 135.

<sup>93</sup> Beker, Víctor Madrid, 1994, p. 64; *gulación de la comp ciente*, Buenos Aires. *Economics*, 15ª ed., I

<sup>85</sup> Strauss, *op. cit.*, p. 773.

<sup>86</sup> Baldwin, *op. cit.*, p. 41 y siguientes.

<sup>87</sup> Ely, *op. cit.*, p. 131.

<sup>88</sup> Hayek, Friedrich A., *The constitution of liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960, p. 103 y siguientes.

generando situa-  
do regulado —por  
nicas para éste—  
iones sólo se dedi-  
les tenían que po-  
puesta a esta cla-  
le la materia a re-  
ara reglar ciertos  
le al órgano o en-  
entro del ámbito

“controles” o a la  
nario que dicta el  
e el punto de vis-  
l ejercicio de esa

radores no elegi-  
erativo a las am-  
s que ellos no son  
amente por fun-  
únicos funciona-

oceso legislativo  
yes— podría su-  
democrático, po-  
mo vehículo de la  
is previo al dicta-

r a una regla se-  
‘unidades meno-  
e representativi-  
e, a su vez, tam-  
ía efectuado por  
emisor. Hayek<sup>88</sup>  
olítico democrá-

tico—<sup>89</sup> destacando que la democracia es, probablemente, “el mejor método para alcanzar ciertos fines, pero no es un fin en sí misma. Si bien existe una fuerte presunción a favor del método democrático de decidir si algún accionar colectivo obviamente se requiere, el problema, de si es conveniente (*desirable*) o no extender el control colectivo, debe ser resuelto con otros fundamentos distintos de la democracia como tal”.

Desde el punto de vista del análisis económico, también se ha afirmado que el dictado de reglamentaciones suele conducir a resultados “ineficientes e ineficaces”<sup>90</sup> causados por funcionarios no legitimados democráticamente. Si bien las apreciaciones de eficacia harían a la provincia de lo político<sup>91</sup> con independencia de los costos<sup>92</sup>, y las de eficiencia, a la de lo económico<sup>93</sup>, resulta útil tener presente que ambas clases de análisis, cuando de reglamentos se trata, son arduos. De por sí, el análisis en relación a la eficiencia de una reglamentación resulta difícil —si no imposible— si no se poseen, previamente, estándares de medición, y esta tarea, a su vez, se dificulta ante los fines de distribución de beneficios esperados. Por ejemplo, una reglamentación que obliga a fabricar coches con sistema de *air bag* tiende a distribuir los beneficios de la seguridad en el tránsito, pero al mismo tiempo conlleva un fuerte impacto económico en los fabricantes de rodados respecto de las unidades fa-

<sup>89</sup> El análisis del segundo aspecto señalado —control judicial y legitimidad democrática a tal fin—, excede francamente los límites de este trabajo. Dicho problema, en los Estados Unidos, ha generado un amplísimo debate doctrinario, que involucra la denominada “dificultad antimayoritaria”, lo cual significa que los jueces, al no ser votados, no podrían ejercer el control de los actos de alcance general (leyes y reglamentos) dictados por los representantes de la mayoría del electorado (Congreso y Presidente). Ampliar en Tribe, *op. cit.*, p. 24 y ss.; Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Abaco, Buenos Aires, 1992, Cap. II.

<sup>90</sup> Baldwin, *op. cit.*, p. 46.

<sup>91</sup> Spota enseña que “la eficacia hace a la esencia del poder político”, en Spota, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1993, p. 84; en similar sentido, Santiago, Alfonso, “El poder estatal que actúa en un sistema político debe ser eficaz”, en *La Corte Suprema y el control político*, Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 49.

<sup>92</sup> Ampliar en Cassagne, *Derecho...*, *op. cit.*, 7ª ed., 2002, t. II, p. 309; Muratorio, Jorge, “La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994”, en *Estudios sobre la reforma constitucional*, Juan Carlos Cassagne (dir.), Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 135.

<sup>93</sup> Beker, Víctor A. - Mochón, Francisco, *Economía*, 1ª ed. en español, Mc Graw Hill, Madrid, 1994, p. 64; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, 1999, ps. 48 y 66, nota 1; Samuelson, Paul A. - Nordhaus, William D., *Economics*, 15ª ed., Mc Graw Hill, New York, 1995, p. 31.

bricadas y destinadas a la venta antes del dictado de la medida, que no poseen ese sistema, y su eficiencia, en tanto aplicada, es imposible de determinar si no se llevan las correspondientes registraciones previas y posteriores a su puesta en vigencia en relación a la disminución en la siniestralidad<sup>94</sup>. En lo que hace a la eficacia de la medida, la determinación de aquélla se opaca, en el caso de las leyes delegantes, cuando el mandato del legislador —o el estándar por él establecido— es obscuro o vago, y se carece de puntos de referencia<sup>95</sup>; y en relación a las medidas de emergencia, su eficacia<sup>96</sup> con fundamentos en la especialidad y celeridad del emisor<sup>97</sup>, puede implicar, de cara al resultado, una maximización de la utilidad esperada con la medida, en tanto se hayan establecido claramente el nivel neutro de utilidad que posibilita la ponderación y —en especial— la verificación de esa maximización<sup>98</sup>.

En cuanto a la “especialidad” del emisor del reglamento—no elegido democráticamente—, el principal agravio formulado es que el administrado observador tiene dificultades para comprender las bases sobre las que se formula la opinión experta y, además, aquél está imposibilitado para determinar si el conocimiento experto ha sido aplicado con éxito o no. Entre los norteamericanos, Frug defiende este fundamento de especialidad con verda-

<sup>94</sup> Al así reflexionar tenemos presente el caso conocido como “State Farm”, “Motor Vehicle Manufacturers Assn. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.”, 463 U.S. 29 (1983), en el que analizaba la arbitrariedad de la derogación, por parte de la *agency*, de una reglamentación que ella había promulgado previamente; la reglamentación original obligaba a los fabricantes a incluir en los vehículos, producidos luego de determinada fecha, cinturones de seguridad automáticos o *airbags*.

<sup>95</sup> Se han propuesto dos preguntas iniciales para analizar toda delegación: a) cuál es el estándar establecido en la ley, si es que lo hay; b) a quién se delega. “Ubicar y resolver el problema del estándar adecuado es una cuestión de buscar en la ley delegante bajo examen las palabras que parecen establecerlo”; ejemplos de estándares son: “conveniencia pública y necesidad” en el ámbito de la *ICC*, “proteger la salud en la medida de lo posible”, en el ámbito de la *OSHA*, proteger la salud humana y el medio ambiente “hasta un grado adecuado de seguridad” en el ámbito de la *EPA*; todo ello, conf. Fox, William F., *Understanding administrative law*, 3ª ed., Matthew Bender, New York, 1997, p. 41.

<sup>96</sup> Ampliar en Comadira, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>97</sup> El argumento de la eficacia, entre nosotros, aparece nitidamente en el precedente “Peralta”, *CSJN-Fallos*, 313:1513, *consid.* 24 de la mayoría; allí se alude a “medidas súbitas... cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”; este argumento, en el fallo citado, es desarrollado en el *cons.* 26, donde se agrega que “la eficacia de la medida adoptada... depende en forma fundamental de la celeridad”. Finalmente, en el *consid.* 29 se expresa que “por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos por cuerpos pluripersonales”.

<sup>98</sup> En *CSJN-Fallos*, 313:1513, la maximización de la utilidad esperada con la medida impugnada podría hallarse reflejada en los objetivos del Banco Central enunciados en el *consid.* 50.

ro énfasis<sup>99</sup>, pero, al mis-  
gitudad de las estructu-  
mentaciones: ni las conce-  
axioma de que todo está  
sadas en la especialidad  
tadas por Landis<sup>100</sup>, por  
de la potestad reglament  
visión judicial de, entre o  
especialistas o expertos,  
del mercado, representa  
judicial—carente de efe-  
miten que los administr-

b) *La doctrina britá-*  
los administradores leg  
Atlántico, en el ámbito  
cuenta la preclara opini  
mo los estudios de autor  
biéndose señalar que un  
tico como límite a las arg  
la Administración para

Ya a mediados del sig  
nes y presiones que acec  
alcance general (*lawma*

<sup>99</sup> Frug, Gerald E., *The Review*, vol. 97, 1984, p. 12

<sup>100</sup> Landis, James M., *Review*, 1938, p. 25: “The demand for the creation of authorities may conclude to under-

<sup>101</sup> Davis - Pierce, *op. cit.*

<sup>102</sup> Stewart, Richard B., *Harvard Law Review*, vol. 88, agency discretion by expansion upon adequate considerations”.

<sup>103</sup> Finer, Herman, *The Art of Public Administration*, Londres, 1960, p. 3.

<sup>104</sup> Galligan, *op. cit.*, p. 1.

<sup>105</sup> Baldwin, *op. cit.*, p. 1.

<sup>106</sup> Finer, *op. cit.*, p. 3.

medida, que no es posible de determinar en las previas y posteriores negociaciones y posteriori inestabilidad<sup>94</sup>. En este aspecto, aquélla se opaca, el legislador —o el estado— de puntos de referencia<sup>96</sup> con fundamento para aplicar, de cara al estado, una medida, en tanto que el estado que posibilita la legitimación<sup>98</sup>.

de—no elegido de parte del administrado sobre las que se forjó el debate para determinar el resultado. Entre los argumentos en favor de la medida con verdadera

State Farm", "Motor Vehicle Insurance Co.", 463 U.S. 499, 1983, en el arte de la *agency*, de la implementación original de determinada fe-

delegación: a) cuál es el deber de ubicar y resolver el problema del delegante bajo ex-cesión: "conveniencia y eficacia de lo posible", hasta un grado de delegación. William F., *Underside of Power*, p. 41.

ante en el precedente de "medidas súbitas" arbitradas; este argumento arguye que "la eficacia de la medida". Finalmente, en la solución que cabe atribuir a las "personas". En la medida en que la medida es enunciada en

ro énfasis<sup>99</sup>, pero, al mismo tiempo, afirma que ningún modelo justifica la legitimidad de las estructuras burocráticas generadoras de numerosas reglamentaciones: ni las concepciones formalistas weberianas, por apoyarse en el axioma de que todo está bajo el control del delegante; ni las concepciones basadas en la especialidad o división del trabajo de inspiración en Mayo, adoptadas por Landis<sup>100</sup>, por admitir un grado de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria "experta"; ni las concepciones basadas en la revisión judicial de, entre otros, Davis<sup>101</sup>, por haber desplazado el control de los especialistas o expertos, a los magistrados; ni las concepciones pluralistas o del mercado, representadas por Stewart<sup>102</sup>, por haber desplazado el control judicial —carente de efectividad y credibilidad— hacia mecanismos que permiten que los administrados se expresen en relación a las medidas.

b) *La doctrina británica*.— El debate sobre el déficit de legitimidad de los administradores legisladores también ha hallado eco del otro lado del Atlántico, en el ámbito británico. En dicha escena, es menester tener en cuenta la preclara opinión de Finer<sup>103</sup> a principios de la década del '60, así como los estudios de autores más modernos como Galligan<sup>104</sup> y Baldwin<sup>105</sup>, debiéndose señalar que una constante en estas posturas es la noción de lo político como límite a las argumentaciones sobre la legitimidad de los órganos de la Administración para dictar reglamentos.

Ya a mediados del siglo, Finer<sup>106</sup> advertía acerca de las distintas tentaciones y presiones que acechaban a los órganos encargados de dictar normas de alcance general (*lawmaking institutions*), con lo que se agudizaba el proble-

<sup>99</sup> Frug, Gerald E., *The ideology of bureaucracy in american law*, en "Harvard Law Review", vol. 97, 1984, p. 1277 y ss., esp. ps. 1318 - 1322 y 1331 - 1334.

<sup>100</sup> Landis, James M., *The administrative process*, Yale University Press, New Haven, 1938, p. 25: "The demand for expertness, for a continuity of concern, naturally leads to the creation of authorities limited in their sphere of action to the new tasks that government may conclude to undertake".

<sup>101</sup> Davis - Pierce, *op. cit.*, en nota 20, p. 27 y siguientes.

<sup>102</sup> Stewart, Richard B., *The reformation of American administrative law*, en "Harvard Law Review", vol. 88, 1975, p. 1790: "The developing judicial role in controlling agency discretion by expanding participation rights at the agency level and insisting upon adequate considerations of all affected interests would, in theory, be severely circumscribed".

<sup>103</sup> Finer, Herman, *The major governments of modern Europe*, Methuen & Co. Ltd., Londres, 1960, p. 3.

<sup>104</sup> Galligan, *op. cit.*, en nota 19, p. 454 y siguientes.

<sup>105</sup> Baldwin, *op. cit.*, p. 41 y siguientes.

<sup>106</sup> Finer, *op. cit.*, p. 3.

ma de su legitimidad, y la solución que proponía para ello era de la provincia de la política, tal que ella legitimara el procedimiento y las normas creadas de conformidad con éste.

Por su parte, Galligan admite que, como no todas las materias pueden ser manejadas por el Parlamento —criterio de especialidad ya señalado *supra*—, la delegación es una práctica común; pero critica el argumento de que, dado que los productores de reglamentos actúan con delegación parlamentaria —en un sistema democrático basado en un Parlamento representativo y responsable— el procedimiento debido de dictado de los reglamentos debería ser limitado a la participación en el proceso macro-político. Aun así, el citado autor<sup>107</sup> reconoce que la noción de participación democrática conlleva la de procedimiento debido, previo al dictado del reglamento<sup>108</sup>.

Con respecto al premencionado argumento de la especialidad del emisor no votado, Baldwin lo grafica con un ejemplo médico: el paciente que no es cirujano no sabe si la operación fue tan exitosa como podría haberlo sido<sup>109</sup>; de igual manera, el nivel de especialidad o *know-how* del funcionario que dicta el reglamento no permite que el administrado vislumbre cuánto más especializado podría aquél haber sido. La situación, además, se agravaría cuando el emisor del reglamento emplea métodos o técnicas que ya no están vigentes para elaborar su decisión, o no brinda las razones para la medida o no la motiva. Dicho autor, asimismo, acoge la idea de que el control democrático en las unidades menores en el ámbito de las cuales se dicta la medida —audiencia pública, por ejemplo— podría afectar la eficiencia con que se la dicta; imaginemos, cual es el caso, una reglamentación que conllevara un farragoso proceso de elaboración en razón de tenerse que dar adecuado tratamiento a múltiples opiniones contrarias a la medida vertidas en la audiencia, máxime cuando la oposición a la medida por parte de los legitimados para participar se presume *ab-initio*.

c) **La doctrina nacional.**— En esta enumeración de las objeciones relativas al problema de la potestad reglamentaria por parte de la Administración en una escena de “déficit democrático” no puede dejar de soslayarse la opinión iusfilosófico-constitucional de Nino<sup>110</sup>, quien analizara la cuestión con innegable realismo, con un sentido de la *Realpolitik*. El reconocía que la

<sup>107</sup> Galligan, *op. cit.*, p. 454 y siguientes.

<sup>108</sup> En similar sentido, entre nosotros, véase Monti, *op. cit.*, en nota 35, p. 15.

<sup>109</sup> Baldwin, *op. cit.*, p. 45.

<sup>110</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional - Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 588 y siguientes.

práctica constitucional y “fácticas” del Poder Ejecutivo “prácticamente plebiscitaria” del Congreso, cuya Cámara de Diputados es “representativa popular”<sup>111</sup>. La crítica del autor, como una “disposición de iniciativa del Congreso del presidente, corporización de los reglamentos delegados y ampliación o ensanche de las facultades complementa con la posición del reglamento.”

d) **Propuesta interdisciplinaria.**— hasta aquí, originadas en la práctica nacional, obligan a introducir fallas descriptas en la práctica de especialidad o de delegación legislativas que el primer uso de la facultad de dictado de leyes legislativas que el emisor no vota.

Sobre la base de la doctrina nacional, podríamos afirmar que los distintos órganos y procedimientos que se relacionan con que ellos se acercan o se alejan de la Administración— integran la fórmula votada por el emisor como el que ostenta la potestad de la voluntad.

Barra ha señalado que la decisión y cuanto mayor será la jerarquía de la decisión, cuanto más se dirija a la potestad reglamentaria y cuanto mayor será la legitimidad.

<sup>111</sup> Nino, *op. cit.*, p. 58.

<sup>112</sup> Ampliar, también.

<sup>113</sup> Barra, *Tratado...*

era de la provincia  
as normas creadas

s materias pueden  
lad ya señalado su-  
a el argumento de  
delegación parla-  
lamento represen-  
lo de los reglamen-  
macro-político. Aun  
ción democrática  
l reglamento<sup>108</sup>.

cialidad del emisor  
ciente que no es ci-  
haberlo sido<sup>109</sup>; de  
cionario que dicta  
cuánto más espe-  
se agravaría cuan-  
ya no están vigen-  
a la medida o no la  
rol democrático en  
medida—audien-  
se se la dicta; ima-  
vara un farragoso  
ado tratamiento a  
audiencia, máxime  
los para participar

las objeciones re-  
de la Administra-  
r de soslayarse la  
lizara la cuestión  
El reconocía que la

nota 35, p. 15.

onal - Análisis filosó-  
uenos Aires, 1992, p.

práctica constitucional expandió enormemente las facultades “normativas” y “fácticas” del Poder Ejecutivo, que goza de una legitimidad subjetiva de origen “prácticamente plebiscitario”, a costa de otros órganos, en especial, el Congreso, cuya Cámara baja “compite con el presidente en su representatividad popular”<sup>111</sup>. La causa de este fenómeno es identificada, por el citado autor, como una “dispersión funcional” de la soberanía. El escaso poder de iniciativa del Congreso, según Nino, contrasta con los “poderes legislativos” del presidente, corporizados en su poder de veto, y la posibilidad de dictar reglamentos delegados y reglamentos de necesidad y urgencia; esta ampliación o ensanche de las facultades es también admitida por Negretto<sup>112</sup>, y se complementa con la postura antes expuesta relativa a la “ampliación” del horizonte reglamentado.

d) *Propuesta interpretativa.*— La pluralidad de opiniones vertidas hasta aquí, originadas en ambos lados del Atlántico, y con eco en la doctrina nacional, obligan a intentar una interpretación armónica, que conjugue las fallas descritas en la relación entre el Legislativo y el Ejecutivo—ausencia de especialidad o de celeridad en aquél—, ya a la luz de las facultades legislativas que el primero le delega o le permite ejercer al hacer mayor o menor uso de la facultad dentro de aquellas limitaciones, ya a la luz de las facultades legislativas que el segundo ejerce sin delegación previa.

Sobre la base de las diversas posturas, y a modo de intento de sistematización, podríamos afirmar que el problema de la legitimidad democrática de los distintos órganos y entes de la Administración para dictar reglamentos se relaciona con que ellos pueden, desde el punto de vista organizativo, hallarse más cerca o más lejos del único órgano—titular del Poder Ejecutivo, jefe de la Administración— que es elegido, al igual que el vicepresidente, que integra la fórmula votada, en forma directa por el cuerpo electoral para ejercer un mandato, y que posee legitimidad democrática de grado no tan democrático como el que ostentan los miembros del Congreso, representantes por autonomía de la voluntad del pueblo de la Nación y de las provincias.

Barra ha señalado que cuanto más representativo sea el cuerpo que toma la decisión y cuanto más ésta surja de un proceso deliberativo y mayoritario, mayor será la jerarquía de la norma<sup>113</sup>; creemos que, paralelamente, puede decirse que, cuanto más representativo sea el cuerpo que toma la decisión reglamentaria y cuanto más ésta surja de un proceso deliberativo y mayoritario, mayor será la legitimidad democrática de la medida.

<sup>111</sup> Nino, *op. cit.*, p. 589.

<sup>112</sup> Ampliar, también, en Negretto, *op. cit.*, ps. 40 y 41.

<sup>113</sup> Barra, *Tratado ...*, *op. cit.*, en nota 37, p. 307.



En el sentido indicado, podría decirse que el titular del Poder Ejecutivo posee un relativo "superávit" de legitimidad, si bien no tan elevado como el del Congreso, puesto que éste es un órgano colegiado en el que las decisiones se toman por mayoría, situación diversa a la del órgano unipersonal. No obstante ello, aun cuando se considerare que poseen similar nivel de legitimación democrática —inteligencia a la que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 coadyuva la elección directa del Presidente—, la característica de órgano colegiado del Congreso determina su genético perfil de órgano deliberativo, desprovisto, en líneas generales, de rapidez.

Específicamente, en el ámbito de la pirámide de organización administrativa que del Ejecutivo depende, con diversos matices, a medida de que la distancia jerárquica se alarga, y la subordinación jerárquica se atenúa o para transformarse en control de Alzada, menor aún será la legitimidad del productor de las normas de alcance general.

De cara a estas reflexiones, podría construirse imaginariamente, en el ámbito de la Administración, una jerarquía de emisores de reglamentos comenzando con el órgano unipersonal Presidencia de la Nación, que posee legitimidad reglamentaria —dentro de los límites constitucionales— de primer grado toda vez que es elegido directamente por el voto popular del cuerpo electoral. Los órganos inferiores jerárquicamente subordinados al órgano Presidencia —jefatura de gabinete<sup>114</sup> y demás ministerios y secretarías que de ellos dependen— no son elegidos por votación, por lo que poseen un grado de legitimidad democrática de grado significativamente menor. Empero, debe efectuarse una distinción: como sabemos, el jefe de gabinete posee facultades reglamentarias conforme lo prescribe la Constitución Nacional<sup>115</sup>. El Constituyente lo investió de la facultad de expedir los reglamentos necesarios para ejercer las facultades que le atribuye el art. 100 de la Const. Nacional y para ejercer aquellas facultades que le delegue el presidente. Estas facultades reglamentarias poseen un componente de legitimidad democrática comparativamente más sustancial que la de los ministros y secretarios —pero menor a la del presidente, al cual se halla subordinado jerárquicamente<sup>116</sup>— puesto que es el Constituyente mismo el que se

las otorgara. Esta situación, si bien luego de la r titucional<sup>117</sup>.

Finalmente, los ent del denominado contro tos de legitimidad dem tos puede hallar funda competencia.

Por su parte, los ent hallarían fundamento mentaria en el hecho d los que las leyes cread demos que, con agudo reglamentarias de dich rio que no regule"<sup>118</sup>.

A modo de conclusió ficit democrático para res de reglamentos ubi dos fuera de la línea je creciente a medida que por la especialidad del ción como estructura n

Pensamos, sin emb pretensión de racional que mejor se conjugue mente, por medio de do de carácter general co

<sup>114</sup> Según Cassagne, *Derecho...*, op. cit., p. 313, "la vinculación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete se encuentra determinada con fórmulas que suponen la existencia de una relación jerárquica entre ambos".

<sup>115</sup> Véase, también, Perrino, Pablo, "Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional", en *Derecho administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Juan Carlos Cassagne (dir.), Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 971 y ss., esp. 971, n° 1.

<sup>116</sup> El jefe de Gabinete recibe "delegaciones" del presidente en el art. 100, incs. 2° y 4° de la Const. Nacional.

<sup>117</sup> Capítulo Cuarto d de la Constitución Nacion

<sup>118</sup> Gordillo, *Las facu tina del Régimen de la Adn tencia de la CNFed. Cont. tina del Régimen de la Adr encuentra el otorgamiento mismo, Tornos Más, Joaqui en el umbral del siglo XXI. co Sosa Wagner (coord.), Ti que "la noción de regulación noción de autoridad indepe a identificar autoridad ad detenta potestad reglamer mentación".*

del Poder Ejecutivo tan elevado como el que las decisiones son unipersonal. No mular nivel de legitimidad a la reforma Presidente—, la ca su genético perfil s, de rapidez.

ización administrativa de que la disca se atenúa o para legitimidad del pro-

ginariamente, en el de reglamentos co Nación, que posee institucionales— de el voto popular del te subordinados al inisterios y secreta a, por lo que poseen ativamente menor. , el jefe de gabinete a Constitución Na expedir los regla ibuye el art. 100 de e le delegue el pre nponente de legiti que la de los minis al se halla subordi te mismo el que se

entre el Presidente y ponen la existencia de

los reglamentos dele naje al profesor Mi Buenos Aires, 1998, p.

el art. 100, incs. 2° y 4°

las otorgara. Esta situación no se da en el caso de los ministros o sus inferiores, si bien luego de la reforma de 1994 han tenido inclusión en el texto constitucional<sup>117</sup>.

Finalmente, los entes que se hallan fuera del control jerárquico y dentro del denominado control de alzada, se hallarían aparentemente desprovistos de legitimidad democrática, pero su competencia para dictar reglamentos puede hallar fundamento suficiente en razones de “especialidad” en su competencia.

Por su parte, los entes reguladores de los servicios públicos privatizados hallarían fundamento suficiente para el ejercicio de la competencia reglamentaria en el hecho de que constituyen entes reguladores o “regulatorios” a los que las leyes creadoras los invisten de tal facultad. Por otra parte, recordemos que, con agudo realismo, Gordillo destaca, al analizar las facultades reglamentarias de dichos entes, que “no puede concebirse un ente regulatorio que no regule”<sup>118</sup>.

A modo de conclusión parcial, entonces, podría decirse que el aparente déficit democrático para dictar reglamentos —presente en los órganos emisores de reglamentos ubicados fuera de la cúspide del Poder Ejecutivo o alojados fuera de la línea jerárquica y dentro del control de alzada— de carácter creciente a medida que aquel alejamiento se concreta, aparecería justificado por la especialidad del emisor y la celeridad comparativa de la Administración como estructura no deliberativa.

Pensamos, sin embargo —y esta es la tesis que proponemos—, que esta pretensión de racionalización del déficit democrático puede hallar un cauce, que mejor se conjugue con el sistema republicano consagrado constitucionalmente, por medio de dos técnicas: la exigibilidad de motivación de la decisión de carácter general corporizada en el reglamento, y la implementación de

<sup>117</sup> Capítulo Cuarto de la Sección Segunda del Título Primero, de la Segunda Parte de la Constitución Nacional.

<sup>118</sup> Gordillo, *Las facultades normativas de los entes reguladores*, en “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública”, n° 212, ps. 120 y 121, comentando la sentencia de la CNFed. Cont. Adm., Sala I, “Edenor c. Estado Nacional”, en “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública”, n° 210, ps. 174 - 176: “Dentro de la ley se encuentra el otorgamiento de facultades reglamentarias al ente regulatorio”. Véase, asimismo, Tornos Más, Joaquín, “La actividad de regulación”, en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor D. Ramón Martín Mateo*, Francisco Sosa Wagner (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. I, p. 1333 y ss., donde señala que “la noción de regulación se equipara a la de reglamentación y esta función se vincula la noción de autoridad independiente ... La consecuencia del influjo anglosajón puede llevar a identificar autoridad administrativa de regulación con autoridad independiente que detenta potestad reglamentaria, lo que supone a su vez identificar regulación con reglamentación”.



... en la elaboración del re-  
... as.

...estión de la necesidad de  
...n última instancia, como  
...trada, puede ser avalada

... punto de vista del pensa-  
...ional como extranjera ha  
... Administración y justifi-  
...io impacto en la sociedad.  
...ción de Aarnio<sup>121</sup> y Res-  
...le la Administración una  
...s decisiones toda vez que  
...siones dotadas de auto-

... el punto de vista del mo-  
...r las razones que la fun-  
...ptar de manera correcta  
... se tomen en cuenta las  
...le la información obteni-  
...bables o hipotéticas<sup>125</sup>.  
...ona la conveniencia de

...onjugados, véase Monti, *op.*

...vor", señala Farrell, Martín  
...8, p. 13.

...ratise on legal justification,  
...no razonable, Centro de Es-  
...ndo, Cristina, *La noción de*  
...dios Constitucionales, Ma-  
...azones para la acción; Bun-  
...ctive, University of Toron-  
...stificación de las decisiones

...ision theory, University of

dar razones por la decisión, generando la necesidad de que, al justificarla, el emisor considere todas aquellas consecuencias.

Ante las decisiones de mayor impacto —por ejemplo, económico— lo dicho, en cuanto a la necesidad de justificación, adquiere mayor entidad, relacionándose con los requerimientos de un Estado de Derecho, en el que debe existir la seguridad o certeza jurídica (*legal certainty*)<sup>126</sup>. Si la justificación implica certeza jurídica, su ausencia implica arbitrariedad; como sostuviera Sánchez Agesta<sup>127</sup>, en una definición que receptara, en la Argentina, Linares Quintana<sup>128</sup>, seguridad jurídica "presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del Derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y, por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad".

En la medida en que la decisión de la Administración se funde en razones tal que no sólo sea correcta sino también racional, será previsible y contribuirá a la seguridad jurídica<sup>129</sup>.

b) *Simetría de información.*— Desde el punto de vista de la información, al momento de hacerse público el reglamento, debe asegurarse la simetría de información entre administrado y Administración. No se trataría, en

<sup>126</sup> Aarnio, *Lo racional ...*, *op. cit.*, p. 28 y ss. Este principio se halla consagrado expresamente en la Constitución española, art. 9.3.

<sup>127</sup> Sánchez Agesta, *op. cit.*, en nota 16, p. 522.

<sup>128</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956, t. V, p. 189 y siguientes.

<sup>129</sup> La expresión "seguridad" podría llegar a rastrearse en Montesquieu, barón de la Brède y de Montesquieu, Carlos de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1971, Libro XII, Cap. I, p. 216: "Es necesario ver (la libertad política) en lo que se refiere al ciudadano ... Consiste en la seguridad o en la opinión que se tenga de la seguridad ...". Desde un punto de vista constitucional, sobre la seguridad jurídica, véase Bianchi, Alberto B., *Dinámica del estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Abaco, Buenos Aires, 1996, p. 151 y ss.: "Seguridad implica poder saber de antemano cuáles son las reglas bajo las que el gobernante actuará. Supone haber objetivado el derecho de manera tal que la conducta de la autoridad pública sea previsible ... supone también haber eliminado, o tener capacidad de corregir, la arbitrariedad en el proceder del Estado ...". Para un estudio de la seguridad jurídica con posterioridad a su consagración constitucional expresa en la Constitución española puede verse Magariños Blanco, Victorio, *La seguridad jurídica y el estado de derecho en España*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª ed., Sevilla, 1993, p. 15 y ss., donde se expresa que "El fin de la seguridad es proporcionar certeza en una cuádruple dimensión: ... que las normas jurídicas no serán arbitrarias ..., ni afectarán a situaciones nacidas con anterioridad ..., que las leyes serán duraderas ..., certeza de que se cumplirán ...".

el caso, de que la información entre ellos sea perfecta<sup>130</sup>, sino de que sea suficiente y oportuna. Ello implica que la oportunidad para brindar las razones o justificación de la medida general es la misma oportunidad en que se la adopta y da a conocer, y no un momento posterior, como, por ejemplo, cuando, ya aplicado el reglamento a un caso particular, se integran las razones para su dictado luego de que en una instancia administrativa o —ya aplicado— judicial se lo ha impugnado por carecer de motivación suficiente. La simetría de información aludida, además, evita que se generen costos de oportunidad indebidos, ya que la integración de la justificación en esa oportunidad posterior a la adopción y publicación generará nuevos planteos procesales y tiempos más prolongados de litigiosidad<sup>131</sup>. Por otro lado, la óptima —suficiente y oportuna— motivación del reglamento desincentiva su eventual impugnación, maximizando la función reglamentaria del emisor y minimizando los costos de oportunidad involucrados en la resolución de la impugnación.

Sin embargo, la simetría de información no siempre es posible; por ejemplo, en el estricto ámbito regulatorio, el *quantum* de información que provee el regulado y el que recolecta el regulador no es el mismo cuando recién comienza el período regulado —por ejemplo, inmediatamente después de la toma de posesión cuando se privatizó un servicio público— que cuando ya se ha avanzado en el plano temporal. A medida de que pasa el tiempo, mayor será la información disponible para motivar los reglamentos que se dicten<sup>132</sup>.

c) *Debido proceso*.— Desde el punto de vista normativo, y de cara a la Norma Fundamental, la exigencia de motivación o justificación de la medida reglamentaria puede ser fundada en la cláusula del debido proceso. Ello

<sup>130</sup> En Ogus, Anthony, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 38, se enseña acerca de dos importantes presunciones: la de que los decisores poseen información adecuada sobre las alternativas disponibles, y la de que son capaces de procesar la información y, racionalmente, comportarse de una manera que maximice la utilidad esperada; agrega que el análisis económico de mercados tradicional asume que la información es "perfecta", lo que no se da en la realidad; como resulta oneroso recolectar la información, lo que interesa es que la información sea "óptima" en relación a un área decisional particular.

<sup>131</sup> Ha señalado Sánchez Agesta que en el proceso de accionar gubernamental existe una etapa de "información", la cual es realizada por los órganos o agencias formales de decisión sobre la situación de hecho, los intereses en presencia, las posibles soluciones alternativas y sus consecuencias. El aludido proceso incluye a la deliberación de los cuerpos deliberantes por antonomasia, y, posteriormente, el desarrollo y aplicación por medio de la reglamentación y la acción administrativa, conf. Sánchez Agesta, *op. cit.*, ps. 441 y 442.

<sup>132</sup> En igual sentido, Foster, Sir Christopher, *Natural justice and the process of natural monopoly regulation*, Discussion Paper 9, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1994, p. 7.

fulminaría con la inconstitucionalidad porque no se puede articular la aplicación del mismo, si no es en el momento de dictado: conociendo las razones de la medida administrativa o judicial de oficio o a pedido de parte de las atribuciones emisoras de las atribuciones ejecutorias, en el sentido de que el reglamento como decreto legislativo, la misma posibilidad de ejecución —a

d) *El Derecho como justicia natural*.— La doctrina pronuncia expresa o implícitamente la inconstitucionalidad de los reglamentos expresamente, de los actos administrativos como Casese<sup>134</sup> —por lo tanto, por voluntad expresa del legislador— de los mismos. En el sector del *common law*, autores como Rawls, en favor de tal requerimiento de justicia natural, propio del debido proceso. Otro sector de la doctrina, como el de Foster<sup>137</sup> en el sector del deber de dar razones, es la doctrina partida por Debbasch<sup>138</sup>

<sup>133</sup> En el precedente "Caso de los médicos" del doctor Boggiano, se afirma que el reglamento es inconstitucional, internacional aprobado por el Consejo de Estado, con rigor, el decr. 1285/99 pese a que el reglamento es válido en los términos del art. 9 del texto constitucional.

<sup>134</sup> Cassese, Sabino, *La giustizia amministrativa*, 1997, p. 330.

<sup>135</sup> Craig, P. P., *Administrative law and procedure*, p. 364, quien ubica el deber de dar razones como un deber de revisión judicial de los actos administrativos; véase, empíricamente, *empirical administrative justice*, en "Cambridge Law Journal", 1997, p. 10.

<sup>136</sup> Galligan, *op. cit.*, ps. 100 y 101.

<sup>137</sup> Foster, *op. cit.*, p. 7.

<sup>138</sup> Debbasch, *op. cit.*, es

), sino de que sea suficiente para brindar las razones de oportunidad en que se la dicta, por ejemplo, cuando se agran las razones pautadas o —ya aplicado— es eficiente. La simetría de costos de oportunidad de oportunidad posteriores procesales y tiempos óptima —suficiente u eventual impugnación y minimizando los costos de la impugnación. Es posible; por ejemplo, la información que provee no cuando recién comienza después de la toma de decisión que cuando ya se ha tomado el tiempo, mayor será el costo que se dicten<sup>132</sup>.

rativo, y de cara a la racionalización de la mediación debido proceso. Ello

*mic theory*, Clarendon Press: las de que los costos posibles, y la de que son de una manera que los mercados tradicionales; como resulta oneroso sea "óptima" en relación

gubernamental existentes o agencias formales de posibles soluciones alternativas de los cuerpos de aplicación por medio de la, *op. cit.*, ps. 441 y 442.

*and the process of naturally of Regulated Industries*, 1994, p. 7.

fulminaría con la inconstitucionalidad la tardía integración de la motivación porque no se puede articular la impugnación del reglamento o, del acto de aplicación del mismo, si no es conociendo las razones que condujeron a su dictado: conociendo las razones se sabe con qué fundamentos impugnar, en sede administrativa o judicial. Ello también obstaría a que en una u otra sede de oficio o a pedido de parte, se reencuadre el reglamento dictado en ejercicio de las atribuciones emergentes de dos o más fuentes constitucionales de atribuciones, en el sentido de que si, por ejemplo, la motivación no justifica el reglamento como decreto de necesidad y urgencia —art. 99, inc. 3º, Const. Nacional—, la misma pueda justificarlo como decreto reglamentario o reglamento de ejecución —art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional—<sup>133</sup>.

d) *El Derecho comparado*.— Un sector de la doctrina extranjera se pronuncia expresa o implícitamente en contra de la exigibilidad de motivación de los reglamentos. Dado que en el ordenamiento italiano se excluyen expresamente, de los actos a motivar, a los de alcance general, autores tales como Casese<sup>134</sup> —por lo que entendemos constituyen razones de respeto a la voluntad expresa del legislador— se pronuncian en contra de la motivación de los mismos. En el sector británico, por razones fundadas básicamente en el *common law*, autores como Craig<sup>135</sup> no formulan un juicio expresamente a favor de tal requerimiento de cara al ámbito de aplicación del principio de justicia natural, propio de los procesos de *adjudication*, no de *rulemaking*. Otro sector de la doctrina británica encabezada por Galligan<sup>136</sup>, acompañada por Foster<sup>137</sup> en el sector regulatorio, se pronuncia francamente a favor del deber de dar razones por el reglamento que se dicte, en sana actitud compartida por Debbasch<sup>138</sup> desde Francia.

<sup>133</sup> En el precedente "Casime", *CSJN-Fallos*, 324, *consid. 12, in fine*, de la disidencia del doctor Boggiano, se afirma que "es propio del presidente reglamentar un tratado internacional aprobado por el Congreso como es la Convención sobre el Derecho del Mar. En rigor, el decr. 1285/99 pese a llamarse de necesidad y urgencia no es tal, sino reglamentario en los términos del art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional".

<sup>134</sup> Cassese, Sabino, *Le basi del diritto amministrativo*, 9ª ed., Garzanti, Torino, 1997, p. 330.

<sup>135</sup> Craig, P. P., *Administrative law*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 429 y p. 364, quien ubica el deber de dar razones en relación a la justicia natural como estándar de revisión judicial de los actos de alcance particular, soslayando la cuestión al analizar los reglamentos; véase, empero, del mismo autor, *The common law, reasons and administrative justice*, en "Cambridge Law Journal", vol. 53, p. 282 y siguientes.

<sup>136</sup> Galligan, *op. cit.*, ps. 460 y 471.

<sup>137</sup> Foster, *op. cit.*, p. 7.

<sup>138</sup> Debbasch, *op. cit.*, en nota 21, p. 265.

A nivel comunitario europeo, cabe tener presente la prescripción del art. 253 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25/3/57<sup>139</sup>, que establece: "Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas conjuntamente por el Parlamento y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado".

A la luz de esta disposición, entonces, queda consagrado el requisito de motivación de los actos enumerados, si bien la doctrina ha señalado que no siempre se cumple con el requisito más que sumariamente<sup>140</sup>, esto es, a nivel formal.

También en los Estados Unidos, a nivel federal y según las prescripciones de la *Administrative Procedure Act*<sup>141</sup> o ley de procedimientos administrativos<sup>142</sup>, se halla consagrado el requisito de motivación de los reglamentos en el § 557 para los dictados en un procedimiento "formal" —procedimiento quasi-judicial que se emplea en contadas ocasiones por ser demasiado farragoso<sup>143</sup>— y en el § 553 para los dictados en un procedimiento "informal".

Para el infrecuente procedimiento "formal", la sección § 557 c, 3, A prescribe que: "todas las decisiones ..., forman parte del expediente e incluirán una declaración de las determinaciones [fácticas] y conclusiones, y las razones o fundamentos para ello, acerca de todas las cuestiones materiales de hecho, derecho, o discrecionalidad presentadas en el expediente".

Para el procedimiento "informal", la § 553 c establece que: "Luego de considerar todas las materias relevantes arrimadas —por los interesados—, la

agencia incorpora sa de su fundamen

En el procedin ofrece una estricte en lo que a extens —por aludirse a u agencia quiera ap medida en que ten "incorporar y fund bras, debe fundam

e) *El Derecho* orden nacional pue jurisprudencia.

Por un lado, cor cance general, exis ne, Comadira y Us do en materia de p dos al principio de: diferenciado obsta mo requisito.

Sin embargo, co de una diferente ca algunas disposicio nulidad, vicios)<sup>144</sup> llo, quien señala q actos administrati las reglas que debe mitiéndose una m

<sup>139</sup> La norma citada corresponde al antiguo 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.

<sup>140</sup> Según Bignami, Francesca E., *The democratic deficit in European community rulemaking: a call for notice and comment in comitology*, en "Harvard International Law Journal", vol. 40, p. 451 y ss., esp. p. 477 y n° 75, "Bajo el art. 253 (ex art. 190) del Tratado de la E.C., la Corte exige que la institución comunitaria responsable demuestre las razones (*show a rationale*), pero no las analiza cuidadosamente".

<sup>141</sup> Se emplea *Selected federal and state administrative and regulatory laws*, West, St. Paul, Minn., 1999, p. 8 y siguientes.

<sup>142</sup> Ampliar en Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 38 y ss.; Tawil, Guido, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 198 y ss.; Lerer, Silvio, *Democracia, participación y regulación negociada (el "negotiated rulemaking" reg-neg en el derecho norteamericano)*, LL, 1997-B-1159 y ss., esp. p. 1166 y siguientes.

<sup>143</sup> Ampliar en Lubbers, Jeffrey S., *A guide to federal agency rulemaking*, 3ª ed., American Bar Association, Chicago, 1998, p. 44.

<sup>144</sup> Cassagne, De integridad el sistema te la configuración de y ss., esp. p. 34: "... co ce general no pueden rídico, actos adminis ver, el régimen jurídi jetos los reglamentos Tomás-Ramón, *Cursu* 183 y siguientes.

<sup>145</sup> Cassagne, De

<sup>146</sup> Gordillo, Tra

de la prescripción del art. 100, firmado en Roma el 1962, que establece directivas y las decisiones del Consejo, así como los reglamentos del Consejo o la Comisión o dictámenes preceptivos.

En el artículo 100, apartado 1, se consagra el requisito de motivación. La doctrina ha señalado que no basta con la motivación, sino que, además, es necesario

que, según las prescripciones de los reglamentos administrativos, se incluya en el expediente e incluirán conclusiones, y las razones materiales de hecho que sustentan el expediente.

En el artículo 100, apartado 1, se establece que: "Luego de concluir el expediente, se debe dar traslado a los interesados, la

consulte *Tratado de Amsterdam y de la Comunidad Europea*

citado en *European community law*, Harvard International Law Journal, vol. 25, p. 253 (ex art. 190) del Tratado de Bruselas, donde se demuestra las razones

de las leyes y reglamentos, West,

*Administración Pública, Derecho Administrativo y justicia*. Alcanfor, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 1166 (el "negotia-1997-B-1159 y ss., esp. p. 1166)

de la *agency rulemaking*, 3ª ed.,

la agencia incorporará en las reglas adoptadas una declaración general concisa de su fundamento y finalidad".

En el procedimiento informal, entonces, el requisito de motivación no ofrece una estrictez tan rigurosa como en el procedimiento formal, al menos en lo que a extensión —por aludirse a una declaración "concisa"— y detalle —por aludirse a una declaración "general"— se refiere. A su vez, cuando la agencia quiera apartarse del procedimiento "informal" podrá hacerlo en la medida en que tenga una buena causa (*good cause*), cuya existencia deberá "incorporar y fundar brevemente", tal la regla del § 553 b, B. En otras palabras, debe fundamentar tal apartamiento.

e) *El Derecho nacional*.— El análisis de la cuestión bajo examen en el orden nacional puede ser enfocado desde el punto de vista de la doctrina y de la jurisprudencia.

Por un lado, con respecto al régimen jurídico aplicable a los actos de alcance general, existe (como recordaremos) un sector, que incluye a Cassagne, Comadira y Uslenghi, que considera que poseen un régimen diferenciado en materia de publicidad, extinción, impugnación, amén de estar sometidos al principio de inderogabilidad singular<sup>144</sup>. La existencia de ese régimen diferenciado obstaría a que se les exija, a los reglamentos, la motivación como requisito.

Sin embargo, como adecuadamente aclara Cassagne, "el reconocimiento de una diferente categoría jurídica para el reglamento no impide extenderle algunas disposiciones del régimen del acto administrativo (v. gr., elementos, nulidad, vicios)"<sup>145</sup>, postura también adoptada en forma parcial por Gordillo, quien señala que "existen otros principios comunes a los reglamentos y actos administrativos, particularmente en materia de nulidades y vicios, de las reglas que debe seguir y respetar la administración en su emisión"<sup>146</sup>, admitiéndose una mayor latitud en el requisito de motivación pues "los actos de

<sup>144</sup> Cassagne, *Derecho...*, op. cit., 7ª ed., 2002, t. II, p. 55 y ss.: "... si se examina en su integridad el sistema de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se advierte la configuración de regímenes jurídicos distintos"; Comadira, *Derecho...*, op. cit., p. 32 y ss., esp. p. 34: "... con independencia de la fuente y la letra de la ley, los actos de alcance general no pueden ser considerados, desde el punto de vista estricto de su régimen jurídico, actos administrativos"; Uslenghi, op. cit., p. 487 y ss., esp. p. 491: "A mi modo de ver, el régimen jurídico del acto administrativo difiere de la normativa a la que están sujetos los reglamentos...". Véase, asimismo, García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 183 y siguientes.

<sup>145</sup> Cassagne, *Derecho...*, op. cit., 7ª ed., 2002, t. II, p. 55, n° 46.

<sup>146</sup> Gordillo, *Tratado...*, op. cit., 5ª ed., 2000, t. 3, Cap. IV, p. 4.



alcance general, por su misma generalidad" son más difíciles de fundar concretamente en cada una de sus disposiciones<sup>147</sup>.

Para otro sector de la doctrina nacional —que incluye entre los iusadministrativistas a Marienhoff<sup>148</sup>, con la adhesión de Bidart Campos<sup>149</sup> entre los constitucionalistas—, los actos de alcance general constituyen una especie del género acto administrativo; así, reglamento equivale a acto administrativo de alcance general.

En tanto actos administrativos, esos actos de alcance general —reglamentos— deberán cumplir con el recaudo del art. 7º, inc. e) de la ley de procedimientos<sup>150</sup>, esto es, tendrán que ser motivados.

En el ámbito de la doctrina iusadministrativista, la aclaración formulada por Cassagne<sup>151</sup>, y la postura de Marienhoff<sup>152</sup> y Barra<sup>153</sup> —cada una, por sus sólidos fundamentos— develan un atractivo que no puede ser soslayado, en especial, por lo sana que resulta de cara a lo que se espera en un sistema republicano: los reglamentos deben estar motivados, al igual que los actos administrativos. Y esta inteligencia parece haber hallado acogida también en el ámbito de la doctrina regulatoria, para el universo de reglamentos que dictan los entes reguladores.

Así, se ha enfatizado la mayor necesidad de motivación en la medida en que impliquen el ejercicio de facultades discrecionales de la Administra-

<sup>147</sup> Gordillo, *Tratado...*, op. cit., 5ª ed., 2000, t. 3, Cap. IV, p. 7.

<sup>148</sup> Marienhoff, op. cit., en nota 4, t. II, ps. 226 y 227: "Con relación al derecho argentino, juzgo evidente la existencia de actos administrativos no sólo 'individuales', sino también 'generales'. Los actos administrativos de contenido 'general' o 'abstracto' hallan expresión en los 'reglamentos'... Los 'reglamentos' no son otra cosa que una especie de actos administrativos".

<sup>149</sup> Bidart Campos, Germán, *El derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 79, n° 9, *in fine*.

<sup>150</sup> Barra, *La potestad reglamentaria de la Administración Pública*, en "Régimen de la Administración Pública", 1979, n° 1, p. 20: "si bien la potestad reglamentaria es parte de la función administrativa, representa una actividad creadora de normas generales que modifican el orden jurídico, estableciendo status generales, impersonales y objetivos. Por pertenecer a la función administrativa el reglamento estará regido por el derecho administrativo. Pero, en cuanto actividad materialmente legislativa su régimen jurídico particular será distinto al que corresponde al acto administrativo. Así, por pertenecer al ámbito del derecho administrativo, los requisitos esenciales para su validez estarán dados por el art. 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos: deberá ser... motivado". En igual sentido, Díez, op. cit., en nota 40, p. 41.

<sup>151</sup> Cassagne, *Derecho...*, op. cit., 7ª ed., 2002, t. II, p. 55, n° 46.

<sup>152</sup> *Idem* nota 148.

<sup>153</sup> Barra, *La potestad reglamentaria de la Administración Pública*, en "Régimen de la Administración Pública", 1979, n° 1, p. 20.

ción<sup>154</sup>; igualmente, mentaria dictados por han señalado la conv ta debe poseer de car

Paralelamente a es precisamente un mentos o de actos de cia terceros<sup>156</sup>. En m el valor de los factor perciba la empresa tan sobre los usuario Ente "fundadament que los reglamento contener "expresa f ble de apartarse de glamento de proced

Más allá de las di rés señalar que exis prema —amén de p Contencioso Admin

<sup>154</sup> Sesin, Doming la administración de la la seguridad jurídica y Gas, Buenos Aires, 200 una mera explicitación tificar la adopción de es

<sup>155</sup> Monti, op. cit., do la participación de l ponder y considerar los tes, con el fin de admit debe consistir entonces de esa forma, no se hal como integrante del de debido proceso adjetivo de aplicación supletori dores (conf. art. 2º, inc.

<sup>156</sup> En general, ac Aguilar Valdez, Oscar, glamento, Ediciones R

<sup>157</sup> Art. 42, inc. 2º

<sup>158</sup> Art. 3º del dec

<sup>159</sup> Véase, de dich por los doctores Garz

dificiles de fundar con-  
luye entre los iusadmini-  
idart Campos<sup>149</sup> entre  
l constituyen una espe-  
quivalente a acto adminis-

cance general —regla-  
nc. e) de la ley de proce-

a aclaración formulada  
rra<sup>153</sup> —cada una, por  
no puede ser soslayado,  
e espera en un sistema  
s, al igual que los actos  
allado acogida también  
rso de reglamentos que

vación en la medida en  
ales de la Administra-

, p. 7.

relación al derecho argen-  
tino 'individuales', sino tam-  
bien 'abstracto' hallan ex-  
presión que una especie de actos

del poder, Ediar, Buenos Ai-

ción Pública, en "Régimen de  
tad reglamentaria es parte  
idadora de normas generales  
s, impersonales y objetivos.  
irá regido por el derecho ad-  
slativa su régimen jurídico  
ativo. Así, por pertenecer al  
para su validez estarán da-  
s: deberá ser ... motivado".

nº 46.

ción Pública, en "Régimen de

ción<sup>154</sup>; igualmente, y para el específico caso de los actos de naturaleza reglamentaria dictados por dichos entes con audiencia pública previa, también se han señalado la conveniencia de su motivación, así como los alcances que ésta debe poseer de cara a dicho requisito<sup>155</sup>.

Paralelamente a las posiciones doctrinarias señaladas, hay casos en que es precisamente un reglamento el que exige la motivación de otros reglamentos o de actos de aparente alcance limitado que irradian sus efectos hacia terceros<sup>156</sup>. En materia regulatoria, puede citarse, para el sector del gas, el valor de los factores "X" y "K" a los efectos del cómputo de las tarifas que perciba la empresa —aprobadas mediante un acto cuyos efectos se proyectan sobre los usuarios que deben sufragarlas—, que será determinado por el Ente "fundadamente"<sup>157</sup>. También se halla establecido normativamente que los reglamentos que establezcan procedimientos especiales deberán contener "expresa fundamentación" de la necesidad jurídica imprescindible de apartarse de los procedimientos establecidos en la ley 19.549 y el reglamento de procedimientos administrativos<sup>158</sup>.

Más allá de las distinciones señaladas precedentemente, resulta de interés señalar que existirían manifestaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema —amén de precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, cuya reseña excede este trabajo<sup>159</sup>—

<sup>154</sup> Sesin, Domingo J., "Rol del estado en la post-privatización. Discrecionalidad en la administración de la transformación regulatoria", en *La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*, Asociación de Abogados de la Industria del Gas, Buenos Aires, 2001, p. 32 y ss., esp. p. 35: "Es decir entonces que no es la motivación una mera explicitación de la causa, de las razones de hecho y derecho, sino también es justificar la adopción de esas medidas ... La reglamentación ... debe ser siempre fundada".

<sup>155</sup> Monti, *op. cit.*, en nota 35, p. 17: "celebrada una audiencia o generada de otro modo la participación de los sectores interesados, se genera para el ente la necesidad de responder y considerar los argumentos conducentes y serios presentados por los participantes, con el fin de admitirlos o desecharlos. La motivación de los actos reglamentarios no debe consistir entonces en un mero relato de antecedentes y posiciones de las partes pues, de esa forma, no se habría generado la participación útil de los interesados, considerada como integrante del derecho al debido proceso adjetivo. *Sigue nota al pie*: "El derecho al debido proceso adjetivo está expresamente consagrado en el art. 1º, inc. f) de la ley 19.549, de aplicación supletoria a los procedimientos de audiencias públicas en los entes reguladores (conf. art. 2º, inc. h del decr. 722/96)".

<sup>156</sup> En general, acerca de los actos regulatorios que afectan a terceros sujetos, véase Aguilar Valdez, Oscar, "El acto administrativo regulatorio", en *Acto administrativo y reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 433 y ss., esp. ps. 469 a 472.

<sup>157</sup> Art. 42, inc. 2º del decr. 1738/92 (BO, 28/9/92).

<sup>158</sup> Art. 3º del decr. 722/96 (BO, 8/7/96).

<sup>159</sup> Véase, de dicha Cámara, el plenario "Alioto", del 15/8/00, con mayoría suscripta por los doctores Garzón de Conte Grand, Buján, Damarco, Mordeglija, Argento, Galli,

que evidencian una evaluación de los reglamentos a la luz del requisito de su motivación, si bien sin hacer expresa mención de la *LPA* o de su art. 7º, inc. e). Repasaremos algunos precedentes jurisprudenciales ilustrativos, recordando que la expresión “motivación” en relación a los reglamentos ha sido empleada en pluralidad de oportunidades por nuestro Alto Tribunal<sup>160</sup>, ubicándosela en los considerandos<sup>161</sup>.

Respecto de la exigibilidad del requisito —si bien sin mediar invocación expresa del recaudo del art. 7º, inc. e) de nuestra Ley de Procedimientos Administrativos— un caso en el que, en forma larval, puede detectarse el control de la expresión de las razones que llevaron a la Administración a dictar determinada reglamentación, es el precedente “Almirón”<sup>162</sup>, en el que se impugnaba la aplicación de un reglamento por el cual se impedía que se postulara como aspirante a un profesorado a una joven que carecía de vista en uno de sus ojos. Habiéndose dictaminado en el sentido de que el ministerio “debió fundar ... las razones tenidas en cuenta al fijar tales pautas” de aptitud psicofísica<sup>163</sup>, la Corte falló en el sentido de que la exigencia de visión en ambos ojos no guardaba “relación de proporción”<sup>164</sup> con el objetivo de estudiar en el profesorado, señalando que las facultades discrecionales deben ser ejercidas

con “razonabilidad”<sup>165</sup> se estaba aludiendo a un vocado —muchos años “Goldemberg”<sup>166</sup> y “C” motivación de los actos c

La postura jurisprudente “Dessy”<sup>168</sup>, en el que permitía la censura se afirmó que el r garantía constitucional aparente alusión a la lizado también, si ha se que “en un Estado (... no puede justificar escrutarse “los hecho

También puede del en los que se evaluó la En un caso se examin da; así, se afirmó que que “resulta imperati ble” ... Estas afirmaci cluir en la invalidez d ha existido ninguna d

<sup>165</sup> CSJN, “Almirón

<sup>166</sup> CSJN, “Goldeml doctores Moliné O’Conn

<sup>167</sup> CSJN, “Gonzale doctores Levene y Moliné

<sup>168</sup> CSJN, “Dessy”, ( *Un fallo ejemplificador de tías constitucionales, LL,*

<sup>169</sup> Boletín Público d modificado por Boletín P

<sup>170</sup> CSJN, “Dessy”, doctores Fayt, Petracchi;

<sup>171</sup> CSJN, “Dessy”, doctores Fayt, Petracchi;

<sup>172</sup> CSJN, “Dessy”, doctores Fayt, Petracchi;

<sup>173</sup> CSJN, “Verrocch consid. 18 *in fine* del voto

Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi, Gallegos Fedriani y Otero; la minoría estuvo integrada por los doctores Licht y Coviello. En dicho plenario —que adopta, en general el criterio esgrimido en la sentencia dictada en “Alioto” el 8/10/98 en la cual la Sala II del fuero había analizado la motivación del acto (sección XII, sentencia citada) concluyendo en que “en tales condiciones, la resolución ha exteriorizado de una manera concreta y precisa la relación entre la causa y la medida adoptada, es decir, la motivación”— se debatía la naturaleza reglamentaria o contractual del régimen complementario móvil de jubilaciones del Banco Hipotecario Nacional, naturaleza sobre la cual mediaban sentencias divergentes. Para analizar la naturaleza, se evaluaron la competencia, los antecedentes fácticos y jurídicos, la motivación, el objeto o contenido y la finalidad de la resolución en cuestión, amén de su razonabilidad, arribándose a la conclusión —parcial— de que “analizados los distintos elementos que integran la resolución, no se encuentra que ellos ostenten defectos que la tornen inválida”. Todo ello, empero, sin invocarse el art. 7º, inc. e) de la *LPA*.

<sup>160</sup> CSJN, “Levy”, *CSJN-Fallos*, 320:1426, sección XI del dictamen del procurador doctor Oscar L. Fappiano, y *consid.* 9 del voto de la mayoría; ídem, “Baca Castex”, *CSJN-Fallos*, 323:1374, *consid.* 27 de la disidencia del doctor Vázquez; ídem, “Guida”, *CSJN-Fallos*, 323:1566, *consid.* 5 y 6 del voto del doctor Belluscio; ídem, “Fernández”, *CSJN-Fallos*, 322:3008, *consid.* 7 de la disidencia del doctor Petracchi, entre otros.

<sup>161</sup> CSJN, “Risolia de Ocampo”, *CSJN-Fallos*, 323:1934, *consid.* 10 del voto del doctor Boggiano.

<sup>162</sup> CSJN, “Almirón”, *CSJN-Fallos*, 305:1489.

<sup>163</sup> CSJN, “Almirón”, *CSJN-Fallos*, 305:1489, dictamen del Procurador doctor Mario Justo López, esp. p. 1493.

<sup>164</sup> CSJN, “Almirón”, *CSJN-Fallos*, 305:1489, *consid.* 6.

el requisito de su art. 7º, inc. e). Los argumentos de los magistrados, en definitiva, no han sido suficientes para que el Tribunal<sup>160</sup>, ubi-

mediar invocación de los precedentes Ad- ministrativos, no se detecta el con- strainto a dictar<sup>2</sup>, en el que se im- pugnaba que se postu- la de vista en uno de los ministerios "debió s" de aptitud psi- cológica en ambos casos de estudiar en el presente bien ser ejercidas

la minoría estuvo inte- ta, en general el cri- terio de la Sala II del fuero no concluyendo en que la cuestión concreta y precisa la "— se debatía la na- gación de jubilaciones y sentencias divergen- tes en los hechos fácticos y solución en cuestión, a que "analizados los hechos ellos ostentan defec- , inc. e) de la LPA.

men del procurador laica Castex", CSJN- em, "Guida", CSJN- rnández", CSJN-Fa- stros.

l. 10 del voto del doc-

ocurador doctor Ma-

con "razonabilidad"<sup>165</sup>. Puede válidamente deducirse que en el fallo citado se estaba aludiendo a la motivación puesto que el mismo precedente fue invocando —muchos años después— en las disidencias producidas en los casos "Goldemberg"<sup>166</sup> y "Gonzalez Vilar"<sup>167</sup>, en los que se alegaba la falta de motivación de los actos de alcance particular allí impugnados.

La postura jurisprudencial reseñada adopta mayor nitidez en el prece- dente "Dessy"<sup>168</sup>, en el que se impugna una reglamentación penitenciaria<sup>169</sup> que permitía la censura de la correspondencia de los reos. En dicha senten- cia se afirmó que el reglamento era inconstitucional por cuanto limitaba la garantía constitucional "sin apoyo en motivos concretos y suficientes"<sup>170</sup>, en aparente alusión a la causa; pero, además, en dicho fallo parece haberse ana- lizado también, si había motivación suficiente en el reglamento, al afirmarse que "en un Estado de Derecho, la sola invocación de razones de seguridad - ... no puede justificar" la limitación del derecho<sup>171</sup>, señalándose que debían escrutarse "los hechos antecedentes" de la norma reglamentaria<sup>172</sup>.

También puede detectarse en control de la motivación en algunos planteos en los que se evaluó la constitucionalidad de decretos de necesidad y urgencia. En un caso se examinó si su motivación era suficiente para justificar la medi- da; así, se afirmó que "los considerandos del decreto ... se limitan a sostener que "resulta imperativa" la [medida], y que [la misma] resulta "indispensa- ble" ... Estas afirmaciones resultan dogmáticas e insuficientes ... Cabe con- cluir en la invalidez de los decretos cuestionados en el *sub lite*, por cuanto no ha existido ninguna de las circunstancias fácticas que la norma describe"<sup>173</sup>.

<sup>165</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 305:1489, *consid. 5*.

<sup>166</sup> CSJN, "Goldemberg", CSJN-Fallos, 322:3066, *consid. 4* de la disidencia de los doctores Moliné O'Connor y Fayt.

<sup>167</sup> CSJN, "Gonzalez Vilar", CSJN-Fallos, 314:625, *consid. 5* de la disidencia de los doctores Levene y Moliné O'Connor.

<sup>168</sup> CSJN, "Dessy", CSJN-Fallos, 318:1894; comentado por Goldenberg, Isidoro H., *Un fallo ejemplificador de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de garan- tías constitucionales*, LL, 1996-C-312 y siguientes.

<sup>169</sup> Boletín Público del Servicio Penitenciario Federal Argentino n° 1266 del 24/1/79, modificado por Boletín Público n° 2076 del 19/8/92.

<sup>170</sup> CSJN, "Dessy", CSJN-Fallos, 318:1894, *consid. 15* del voto concurrente de los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano.

<sup>171</sup> CSJN, "Dessy", CSJN-Fallos, 318:1894, *consid. 15* del voto concurrente de los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano.

<sup>172</sup> CSJN, "Dessy", CSJN-Fallos, 318:1894, *consid. 17* del voto concurrente de los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano.

<sup>173</sup> CSJN, "Verrocchi", CSJN-Fallos, 322:1726, *consid. 10* del voto de la mayoría, *consid. 18 in fine* del voto del doctor Petracchi. En similar sentido, *consid. 7* del voto del

En otro caso, también relativo a un decreto de necesidad y urgencia, se aseveró que “los considerandos del decreto no suministran ninguna explicación, ni de la necesidad ni de la urgencia”<sup>174</sup>.

Finalmente, respecto de los actos de alcance general estrictamente normativos de la especie pliegos de condiciones generales<sup>175</sup>, cuyas previsiones —como recordaremos— constituyen un reglamento<sup>176</sup> sujeto a los principios de “publicidad, competencia e igualdad”<sup>177</sup>, en tanto establecen el modo de selección del contratista, se ha afirmado que deben ser aprobados mediante un acto “debidamente” fundado cuando impliquen un apartamiento de la regla de la licitación pública máxime cuando tal fundamentación se halla prevista en la norma positiva<sup>178</sup>. Lo mismo ocurre cuando se opera un apartamiento de la licitación pública por mediar una situación de emergencia, lo cual requiere “una adecuada motivación de los actos administrativos que determinarán la aplicación del régimen excepcional”<sup>179</sup>.

f) **Conclusión.**— De acuerdo a lo dicho, puede afirmarse que existiría una saludable tendencia jurisprudencial nacional —acorde con la doctrina— a evaluar la existencia y suficiencia de la motivación de los reglamentos al momento del control del mismo, fenómeno frecuente cuando el órgano o ente emisor no es el órgano más legitimado democráticamente por lo que os-

doctor Boggiano: “En los considerandos del decreto 770/96 sólo se hace una escueta referencia a la imperiosa necesidad de “impulsar en forma perentoria una reforma a la Ley de Asignaciones Familiares ...”. Ello resulta insuficiente para justificar una situación de riesgo social que el Congreso no puede remediar por los cauces ordinarios ...”. Con similar temperamento, CSJN, “Risolia de Ocampo”, *CSJN-Fallos*, 323:1934, *consid.* 7 del voto del doctor Boggiano.

<sup>174</sup> CSJN, 20/2/01, “Casime”, *CSJN-Fallos*, 324, *consid.* 8 de la disidencia de los doctores Fayt y Vázquez; a la luz de esa afirmación podría leerse, en CSJN, “Rodríguez”, *CSJN-Fallos*, 320:2851, *consid.* 20 del voto del doctor Fayt: “el Poder Ejecutivo no logra demostrar la necesidad y urgencia”. Véase, asimismo, el *consid.* 7 del precedente CSJN, “Prattico”, *CSJN-Fallos*, 247: 344, en el que se afirma que dada una situación económico-social como la que en el país existía al tiempo de dictarse la norma impugnada, “situación a la que se refieren expresamente los considerandos del decr. 89/58” los actos impugnados suponen un ejercicio válido del poder de policía.

<sup>175</sup> Comadira, Julio R., *La licitación pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 115.

<sup>176</sup> CSJN, “Espacio”, *CSJN-Fallos*, 316:317, *consid.* 7 del voto de la mayoría.

<sup>177</sup> CSJN, “Martín”, *CSJN-Fallos*, 315:2899, *consid.* 12 de la disidencia del doctor Barra.

<sup>178</sup> CSJN, “Servicios Empresarios Wallabies”, *CSJN-Fallos*, 323:1841, *consid.* 7, con referencia a la legislación local salteña.

<sup>179</sup> CSJN, 5/12/00, “Ingeniería Omega S. A.”, *CSJN-Fallos*, 323: 1653, *consid.* 7 del voto de la mayoría; también publicado por *ED*, ejemplar del 30/3/01, ps. 13 y 14.

tentarían un evidente testad reglamentaria aparece como frecuente se trata de reglamante finalidad de efu su justificación, que in todos fácticos constituci

La falta de invocac dable tendencia; ante pendización —del ter ción” o de dar razones consagración del reca

La razón de ser de antes expuesto “défic emanados del Preside obstante haber sido e bilidad de acceso a oq mo se verificaría en r colegiado, su legitimi grado inferior a la del

§ 5. **REGLAMENTO** de motivación del reg —déficit de legitimid: del legislador, de una mentos, o de otros me tiva, también opera c

Con anterioridad : cias públicas en diver noció un modo de par establecía el antiguo trativos<sup>180</sup> al prever, general y proyectos d formación pública cu requerirse el parecer sive de los que ostent Sin embargo, tal n

<sup>180</sup> Decr. 1759/72.

<sup>181</sup> *BO*, 24/9/91. Sob ta 17, ps. 493 y 494.

dad y urgencia, se ase-

trán ninguna explica-  
 ral estrictamente nor-  
 s<sup>175</sup>, cuyas previsiones  
 '6 sujeto a los principios  
 establecen el modo de  
 er aprobados mediante  
 apartamiento de la re-  
 ntación se halla pre-  
 do se opera un aparta-  
 ción de emergencia, lo  
 s administrativos que  
 '179.

firmarse que existiría  
 —acorde con la doctri-  
 ción de los reglamentos  
 nte cuando el órgano o  
 icamente por lo que os-

o se hace una escueta refe-  
 ria a una reforma a la Ley de  
 ustificar una situación de  
 ordinarios...". Con similar  
 23:1934, *consid.* 7 del voto

de la disidencia de los doc-  
 se, en CSJN, "Rodríguez",  
 el Poder Ejecutivo no logra  
 d. 7 del precedente CSJN,  
 a una situación económico-  
 ma impugnada, "situación  
 1/58" los actos impugnados

uenos Aires, 2000, p. 115.  
 voto de la mayoría.  
 le la disidencia del doctor

illos, 323:1841, *consid.* 7,

s, 323: 1653, *consid.* 7 del  
 13/01, ps. 13 y 14.

tentarían un evidente déficit democrático a los efectos del ejercicio de la po-  
 testad reglamentaria ejercitada, como en el caso "Dessy", citado. También  
 aparece como frecuente, y encomiable, la implementación del recaudo cuan-  
 do se trata de reglamentos de necesidad y urgencia puesto que la preponde-  
 rante finalidad de eficacia de la medida no puede desplazar la necesidad de  
 su justificación, que incluirá la verificación de la concurrencia de los requisi-  
 tos fácticos constitucionalmente establecidos (art. 99, inc. 3°).

La falta de invocación expresa del art. 7° de la LPA no empaña esta salu-  
 dable tendencia; antes bien, puede válidamente ser interpretada como inde-  
 pendización —del texto legal— y fortalecimiento, del recaudo de "motiva-  
 ción" o de dar razones para la medida y, elípticamente, como una saludable  
 consagración del recaudo general de "justificar" las decisiones.

La razón de ser de esta tendencia puede hallar quicio en una realidad: el  
 antes expuesto "déficit" del órgano emisor, y, en el caso de los reglamentos  
 emanados del Presidente —dentro de las limitaciones constitucionales—, no  
 obstante haber sido elegido popularmente y no obstante su celeridad y posi-  
 bilidad de acceso a opinión especializada en la materia, la exigencia lo mis-  
 mo se verificaría en razón de que, al no constituir un órgano deliberativo ni  
 colegiado, su legitimidad, aún dentro de los límites constitucionales, es de  
 grado inferior a la del Congreso.

§ 5. **REGLAMENTOS Y AUDIENCIAS PUBLICAS.**— Además de la exigencia  
 de motivación del reglamento como correctivo a la deficiencia que lo agobia  
 —déficit de legitimidad democrática del emisor— la exigencia, por mandato  
 del legislador, de una audiencia pública previa al dictado de ciertos regla-  
 mentos, o de otros medios de participación en la toma de decisión administra-  
 tiva, también opera como correctivo tendiente a subsanar esa carencia.

Con anterioridad a la promulgación de las leyes que establecen audien-  
 cias públicas en diversos sectores regulados, en nuestro ordenamiento se co-  
 noció un modo de participación en la elaboración de reglamentos; tal el que  
 establecía el antiguo art. 107 del Reglamento de Procedimientos Adminis-  
 trativos<sup>180</sup> al prever, en su Título IX sobre actos administrativos de alcance  
 general y proyectos de leyes que: "las iniciativas podrán ser sometidas a in-  
 formación pública cuando su naturaleza así lo justifique. Asimismo, podrá  
 requerirse el parecer de personas o entes ajenos a la Administración, inclu-  
 sive de los que ostenten la representación de intereses sectoriales".

Sin embargo, tal norma fue derogada por el art. 2° del decr. 1883/91<sup>181</sup>.

<sup>180</sup> Decr. 1759/72.

<sup>181</sup> BO, 24/9/91. Sobre los arts. 103 a 107, derogados, véase Uslenghi, *op. cit.*, en no-  
 ta 17, ps. 493 y 494.

a) **Régimen participativo.**— Las audiencias públicas a las que nos referimos, entonces, son las que emergen de los distintos marcos regulatorios de los servicios públicos privatizados —por autonomía, los consagrados en las leyes 24.065 y 24.076— marcos en los que, a su vez, los respectivos entes reguladores<sup>182</sup> se hallan dotados de facultades reglamentarias<sup>183</sup>.

También en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires —art. 63 de la Constitución porteña en lo que hace al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo y a las Comunas— se ha previsto la posibilidad de convocatoria a audiencia pública, hallándose sancionada una ley, que lleva el número 6<sup>184</sup>, de regulación del instituto<sup>185</sup>.

De acuerdo a lo dicho, podría afirmarse que el legislador nacional<sup>186</sup> —posiblemente inspirado en el modelo legislativo norteamericano de *rulema-*

king, que conlleva, e menor grado, se trató mal<sup>187</sup>— optó, para participación previa

En esta inteligencia de reglamentos del gas y de la energía de la Ciudad de

Un sector de la d rado la conveniencia administrados; así, y dar transparencia se provee una flexil coadyuva al consen:

<sup>182</sup> Ampliar en Cassagne, *Derecho...*, *op. cit.*, en nota 32, p. 378 (aludiendo a poderes reglamentarios); Comadira, *Derecho...*, *op. cit.*, en nota 39, p. 225 (aludiendo a facultades de regulación); Bianchi, Alberto B., *La regulación económica*, Abaco, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 269 y ss. (aludiendo a competencia legislativa); Fonrouge, Máximo, "Las audiencias públicas", en *Procedimiento administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 312 y siguientes.

<sup>183</sup> También se han prescripto, normativamente, audiencias públicas en sectores que no constituyen servicios públicos y que involucran el dictado de lo que podría categorizarse como actos de alcance general no normativo. Así, por ejemplo, la ley 25.018 de régimen de gestión de residuos radioactivos prevé en su art. 12 que cuando la Comisión Nacional de Energía Atómica proponga la necesidad de emplazamiento de instalaciones para la disposición final de residuos radiactivos de alta, media o baja actividad, las localizaciones deberán ser aprobadas previamente como requisito esencial por la ley de la provincia o de la ciudad de Buenos Aires, según corresponda con acuerdo de la Autoridad Reguladora Nuclear, y que a tal fin, deberán realizarse los correspondientes estudios de factibilidad ambiental que contendrán una descripción de la propuesta y de los efectos potenciales, directos o indirectos que la misma pueda causar en el ambiente indicando, en su caso, las medidas adecuadas para evitar o minimizar los riesgos y/o consecuencias negativas e informando sobre los alcances, riesgos y beneficios del proyecto, debiéndose convocar "a una audiencia pública con una anticipación no menor a diez (10) días hábiles, en un medio de circulación zonal brindándose la información pertinente vinculada al futuro emplazamiento". Asimismo, la ley 25.156 de defensa de la competencia prescribe en su art. 38 que "el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia decidirá la convocatoria a audiencia pública cuando lo considere oportuno para la marcha de las investigaciones".

<sup>184</sup> Ley 6, del 5/3/98, modificada por ley 229 del 19/8/99 y por ley 533 del 30/11/00.

<sup>185</sup> También se prevén en la Ciudad audiencias públicas para el tratamiento del pliego —remitido por el Consejo de la Magistratura— para la designación de jueces, juezas o miembros del Ministerio Público. Conf. ley 7, art. 54, quienes deseen presentar impugnaciones a los candidatos o candidatas propuestos deben hacerlo conforme a lo previsto en la Ley de Audiencias Públicas.

<sup>186</sup> En el ámbito nacional, se trata de la decisión del legislador congresional; en igual sentido, Cassagne, *La participación pública en el control de los servicios públicos*, en "Re-

vista Argentina del Régimen del 1999, p. 5 y ss., esp. p. 6

Desde el punto de vista Nacional no parece crederiano— a la audiencia ampliar en Hohfeld, W. rrió, Centro Editor de A tesis hohfeldiana de la de los derechos pueden rias de derechos hohfeld *wer; immunity*. A su ve términos (*three term tion*), y otra persona; Press, Oxford, 1980, p. subjetivo se halla en *W rhetoric?*, Westview Pr

<sup>187</sup> Ampliar en M. 198 y siguientes.

<sup>188</sup> Ampliar en C: blicos, en "Revista Arg sario, julio 1999, p. 6.

<sup>189</sup> Cassagne, *cit faria telefónica. Los p 1391.*

<sup>190</sup> Cassagne, *La, vista Argentina del R 1999, p. 6.*

<sup>191</sup> Gordillo, Agus del Régimen de la Adn

las que nos re-  
os regulatorios  
consagrados en  
spectivos entes  
as<sup>183</sup>.

63 de la Consti-  
gislativo y a las  
audiencia públi-  
e regulación del

acional<sup>186</sup>—po-  
ano de *rulema-*

udiendo a poderes  
liendo a facultades  
uenos Aires, 2001,  
10, "Las audiencias  
ración, Buenos Ai-

iblicas en sectores  
que podría catego-  
la ley 25.018 de ré-  
lo la Comisión Na-  
e instalaciones pa-  
vidad, las localiza-  
la ley de la provin-  
a Autoridad Regu-  
s estudios de facti-  
e los efectos poten-  
e indicando, en su  
nsecuencias nega-  
debiéndose convo-  
días hábiles, en un  
inculada al futuro  
cia prescribe en su  
irá la convocatoria  
s investigaciones".

333 del 30/11/00.  
atamiento del plie-  
de jueces, juezas o  
resentar impugna-  
me a lo previsto en

gresional; en igual  
os públicos, en "Re-

king, que conlleva, en términos generales, participación previa de mayor o menor grado, se trate de su variante formal, escasamente empleada, o informal<sup>187</sup>— optó, para los reglamentos emanados de un ente regulador, por la participación previa.

En esta inteligencia, en la norma positiva, incluyó supuestos de elaboración de reglamentos con audiencia pública previa para los sectores regulados del gas y de la energía eléctrica<sup>188</sup>, modalidad luego adoptada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, como vimos.

Un sector de la doctrina nacional —y alguna jurisprudencia— ha encarado la conveniencia de la participación previa desde el punto de vista de los administrados; así, se ha dicho que, por ese medio, se contribuye a mejorar y dar transparencia<sup>189</sup> externa a las decisiones de los entes reguladores, y se provee una flexibilización que desplaza el autoritarismo<sup>190</sup>; además se coadyuva al consenso de la opinión pública<sup>191</sup>.

vista Argentina del Régimen de la Administración Pública", Edición Aniversario, julio de 1999, p. 5 y ss., esp. p. 6.

Desde el punto de vista hermenéutico, a la luz de la letra del art. 42 de la Constitución Nacional no parece crearse un "derecho subjetivo" —o un *claim-right* en sentido hohfeldiano— a la audiencia pública. Acerca de esa acepción de la noción de derecho subjetivo, ampliar en Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, Centro Editor de América, Buenos Aires, 1968, p. 45 y ss., esp. p. 47. Finnis explica la tesis hohfeldiana de la siguiente manera: por un lado, todas las afirmaciones (*assertions*) de los derechos pueden ser reducidas a una, o a una combinación de las siguientes categorías de derechos hohfeldianos: *claim-right* o derecho *strictu sensu*; *liberty* o privilegio; *power*; *immunity*. A su vez, afirmar un derecho hohfeldiano es afirmar una relación de tres términos (*three term relation*) entre una persona, la descripción de un acto (*act description*), y otra persona; conf. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 199. Otra sintética pero clara explicación de lo que es un derecho subjetivo se halla en Wellman, Carl, *The proliferation of rights. Moral progress or empty rhetoric?*, Westview Press, Oxford, 1999, ps. 7 y 8.

<sup>187</sup> Ampliar en Mairal, *op. cit.*, en nota 143, p. 38 y ss.; Tawil, *op. cit.*, en nota 143, p. 198 y siguientes.

<sup>188</sup> Ampliar en Cassagne, *La participación pública en el control de los servicios públicos*, en "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", Edición Aniversario, julio 1999, p. 6.

<sup>189</sup> Cassagne, citado en nota anterior; Gusman, Alfredo S., *La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública*, LL, 1997-C-1391.

<sup>190</sup> Cassagne, *La participación pública en el control de los servicios públicos*, en "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", Edición Aniversario, julio 1999, p. 6.

<sup>191</sup> Gordillo, Agustín, *El procedimiento de audiencia pública*, en "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", n° 214, p. 5 y ss., esp. p. 6.



En el voto del doctor Uslenghi en el caso "Youssefian"<sup>192</sup> es donde se perfila nítidamente la cuestión del papel que desempeña aquella participación previa: "La regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es altamente beneficiosa ... La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración ... la oportunidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, esto es, del agrado u oposición que puede encontrar una futura decisión"<sup>193</sup>.

La aludida participación previa, en tanto expresamente prescripta en la ley<sup>194</sup>, operaría como subsanación a la marca genética de vicio en la legitimidad democrática del órgano emisor regulador, cuya integración no depende del voto popular. Específicamente, en cuanto a la legitimidad democrática de la medida reglamentaria, de cara a su emisor, Gordillo hace hincapié en el rol que posee la audiencia pública en tanto opera como "respaldo ante la sociedad de la legitimidad" de la decisión<sup>195</sup>. Coincide en cuanto ese rol Sa-

<sup>192</sup> CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 23/6/98, causa 22.776/97, "Youssefian, Martín c. Estado Nacional - Secretaría de Comunicaciones s/Amparo ley 16.986". La decisión sobre la cuestión, de la audiencia pública previo a decidir acerca de la prórroga de exclusividad, fue declarada inoficiosa por la Corte Suprema, *CSJN-Fallos*, 323:3083.

<sup>193</sup> En igual sentido, y más enfáticamente, González Pérez, *op. cit.*, en nota 1, p. 1182: el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general tiene por finalidad "conocer en lo posible la opinión de los administrados. ¡Cuántas veces se evitarían disposiciones desafortunadas y contrarias a los fines que se pretende si se oyera al pobre y sufrido administrado!".

<sup>194</sup> Acerca del recaudo de norma expresa que establezca el requisito de audiencia pública, véase CNFed. Cont. Adm., Sala II, 10/8/00, "Celadi", esp. *consid.* 7, donde se afirma que "no se ha alegado tampoco que la audiencia pública esté expresamente prevista en la normativa que rige lo atinente al servicio público de transporte de pasajeros"; ídem, Sala I, 16/5/02, "Asociación Civil Cruzada Cívica", esp. *consid.* 8, donde se afirma que: "... El objetivo es no predeterminar un solo procedimiento por excelencia en el texto constitucional ... Por el contrario, el criterio, por manda constitucional, se dejaría librado al legislador, bajo la pauta básica, claro está, de la 'participación' de los interesados (cfr. Sala II del Fuero 'Defensor del Pueblo de la Nación c. P.E.N.- MEyOSP s/Amparo' del 11/9/98, y 'CELADI y otro c. EN - Secretaría de Transporte - y otros s/Amparo ley 16.986', del 10/8/00. Ver además sobre este tema cfr.: Bloch, Denise, *Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos*, en 'Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública', marzo 2000, n° 258, ps. 71 a 93". En forma concordante, Casagne, *La participación pública en el control de los servicios públicos*, en "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", Edición Aniversario, julio 1999, p. 6.

<sup>195</sup> Gordillo, *Tratado ...*, *op. cit.*, en nota 8, 5ª ed., t. 2, Cap. XI, p. 9; con similar temperamento, ídem, *Participation in Latin America*, Vantage Press, New York, 1982, p. 34. Véase, asimismo, Bugallo Olano, Daniel J. - García Blanco, Mariano, *Audiencia pública*, en "Actualidad en el Derecho Público", sept.-dic. 1998, p. 228. Para la "funcionalidad legitimadora" en el específico campo de las audiencias públicas de la res. 247/00 del Consejo

avía<sup>196</sup> al expcias públicas er gitudinid dem pretende garar minante en la c

Las opiniones España; el cita que, en el caso, fuente especial ble"<sup>199</sup>, tal que que, centrado e consideracione eficacia democ carándose su u

En el ámbito madas las ofici vor del import: públicas u otro: vías al rulemai "legitimidad re respetadas con hecho, produce dentro de ciert es, entonces, el ceptuales y prá rían ser subest

de la Magistratur la justicia, LLAct

<sup>196</sup> Saravia, diencias públicas

<sup>197</sup> Lavilla R

<sup>198</sup> Lavilla R

<sup>199</sup> Lavilla R

<sup>200</sup> Lavilla R

<sup>201</sup> Deben se Galligan, *op. cit.*, tas— observacior

<sup>202</sup> Así la cai 1997, p. 52.

<sup>203</sup> Craig, *op*

an”<sup>192</sup> es donde se perfila aquella participación al dictado de actos de alta jerarquía es altamente benéficos para los intereses de la comunidad de realizar una y sociales de sus actos, una futura decisión”<sup>193</sup>. Normalmente prescripta en la forma de vicio en la legitimación no depende de la legitimidad democrática. El artículo hace hincapié en el rol como “respaldo ante la ley” en cuanto ese rol Sa-

192, “Youssefián, Martín c. Es-6.986”. La decisión sobre la prórroga de exclusividad, 323:3083.

193, *op. cit.*, en nota 1, p. 1182: general tiene por finalidad que a veces se evitarían disposiciones si se oyera al pobre y su-

El requisito de audiencia pública, *consid.* 7, donde se afirma expresamente prevista en la ley de pasajeros”; ídem, Sala I donde se afirma que: “... El artículo en el texto constitucional dejaría librado al legislador a los interesados (cfr. Sala II del Amparo del 11/9/98, y ‘CERRO ley 16.986’, del 10/8/00. *Los de participación de los argentinos del Régimen de la forma concordante, Casos Públicos*, en “Revista Argentinario”, julio 1999, p. 6.

p. XI, p. 9; con similar temáticas, New York, 1982, p. 34. Ariano, *Audiencia pública*, para la “funcionalidad legislativa” la res. 247/00 del Consejo

trabaja<sup>196</sup> al expresar que “la participación pública en general, y las audiencias públicas en particular, en el procedimiento reglamentario, confieren legitimidad democrática a la norma que se dicte. Mediante tal participación se pretende garantizar que la acción administrativa responda a la opinión dominante en la comunidad”.

Las opiniones vertidas convergen, a su vez con la de Lavilla Rubira<sup>197</sup>, en España; el citado autor explica, en el contexto de los reglamentos en general, que, en el caso, se parte de la premisa de que el reglamento requiere de una fuente especial de legitimidad<sup>198</sup>, que lo torne “democráticamente asimilable”<sup>199</sup>, tal que su aplicación se vea “notablemente facilitada”<sup>200</sup>. Este enfoque, centrado en el proceso democrático, parecería, sin embargo, desplazar consideraciones de especialidad en el emisor, para tornar prevaeciente la eficacia democratizadora corporizada en el procedimiento participativo, encarándose su utilidad desde el punto de vista del resultado.

En el ámbito británico, con posterioridad a las privatizaciones y conformadas las oficinas reguladoras, la doctrina se ha pronunciado también a favor del importante rol “legitimante” democráticamente que las audiencias públicas u otros medios de participación juegan en ese medio cuando son previas al *rulemaking*<sup>201</sup>. Empero, aun cuando el debate sobre la denominada “legitimidad regulatoria”<sup>202</sup> se halla instalado en dicho foro, opiniones tan respetadas como la de Craig destacan que “dado que la Administración, de hecho, produce normas que pueden ser de un carácter legislativo, debería, dentro de ciertos límites, considerárselas legítimas. La cuestión inmediata es, entonces, el posible rol de la consulta en esta área... Los problemas conceptuales y prácticos generados por el desarrollo de tales consultas no deberían ser subestimados”<sup>203</sup>.

de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, véase Alvarez, *La democratización de la justicia*, *LLActualidad*, 31/10/00, p. 1.

<sup>196</sup> Saravia, Luis Adolfo - Martínez, Pablo C. - Albergoli de Gusman, Dolly, *Las audiencias públicas en los servicios públicos privatizados*, *LLActualidad*, 19/5/94, p. 3.

<sup>197</sup> Lavilla Rubira, *op. cit.*, en nota 18, p. 103 y siguientes.

<sup>198</sup> Lavilla Rubira, *op. cit.*, p. 103.

<sup>199</sup> Lavilla Rubira, *op. cit.*, p. 104.

<sup>200</sup> Lavilla Rubira, *op. cit.*, p. 109.

<sup>201</sup> Deben señalarse, entre otras, las opiniones de Baldwin, *op. cit.*, en nota 77, p. 76; Galligan, *op. cit.*, en nota 19, ps. 491 y 492. Véanse, sin embargo, las agudas —y realistas— observaciones de Craig, *op. cit.*, en nota 136, p. 382.

<sup>202</sup> Así la califica Prosser, Tony, *Law and the regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 52.

<sup>203</sup> Craig, *op. cit.*, p. 397.

Entre esos problemas señala<sup>204</sup>:

- a) La participación despareja (*uneven*)<sup>205</sup>.
- b) La dominación del procedimiento participativo por parte de grupos particulares.
- c) El hecho de que un grupo puede autoadjudicarse la representación exclusiva de un sector<sup>206</sup>.
- d) El hecho de que existen determinadas áreas en las que la participación no es conveniente<sup>207</sup>.

Estas observaciones, de la provincia de la obtención de la real eficacia del proceso democrático, también coinciden con las oportunamente expresadas por la doctrina nacional, en especial por Cassagne<sup>208</sup>, ello introduce en escena sustanciales interrogantes en cuanto al aparente logro democratizante que se desea alcanzar, en pos de —entre otros objetivos— la obtención de legitimidad democrática en el eventual reglamento, pues la forma no puede desplazar la sustancia, y, a su vez, debe poder ser conjugada con los requerimientos de especialidad —y celeridad— propios de algunas decisiones administrativas.

b) *Reflexiones.*— Creemos que el proceso político participativo —consagrado mediante una audiencia pública u otro mecanismo participativo similar tendiente a aquel fin<sup>209</sup>— que coadyuva a proveer legitimidad democrática a la medida que eventualmente se dicte, no puede desdibujar los requerimientos de especialidad y *tempo* propio de la actuación de la Administración, en especial, del ente regulador. Ello, en virtud de tres circunstancias que no podemos dejar de lado.

Los derechos de participación —en audiencia pública o en otro procedimiento participativo— requieren ser ejercitados con suficiente igualdad de

<sup>204</sup> Craig, *op. cit.*, p. 35.

<sup>205</sup> En igual sentido, Noll, Roger, *The economics and politics of the slowdown in the regulatory reform*, AEL-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington D. C., 1999, p. 26.

<sup>206</sup> Craig, *op. cit.*, ps. 35 y 381. Acerca de diversas clases de "capturas", véase Fonrouge, *op. cit.*, p. 314.

<sup>207</sup> Craig, *op. cit.*, p. 383.

<sup>208</sup> Cassagne, Juan C., *Presente y futuro de la regulación económica, LL*, 1996-C-1122 y ss., esp. p. 1131.

<sup>209</sup> Consideremos los contactos clave, la formación de comisiones asesoras en determinada materia, las encuestas ciudadanas, la negociación y mediación, entre otras, conf. Thomas, John Clayton, *Public participation in public decisions. New skills and strategies for public managers*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1995, p. 12.

oportunidad<sup>210</sup> por parte de los interesados, a juego con las exigencias regulatorias, dotadas de las últimas, la participación es una actividad discursiva democrática que fundamenta el fundamento democrático.

Asimismo, puede aseverarse que el fundamento democrático no sea dictado medianamente, se otorga legitimidad.

Desde el punto de vista casi finales. Por un lado, la participación es como regla revocable, los costos ínsitos en la implementación que pueden sumarse los costos de una vez aplicada a una participación previa legitimante de vista económico<sup>212</sup>.

Por ello, bien podrían prevalecer la visión judicial, toda vez que no debería merecer un esbozo, podría merecer un reglamento *facie*, de una presunción de validez. Esta conclusión precede en el párrafo preceder.

Por otra parte, la seguridad jurídica: si la postura propiamente por parte de la adoptada no resulta ineficiente someterse al participativo y a la posterior aprobación de resultados disímiles.

<sup>210</sup> Afirma el iusfilósofo A. que los derechos políticos son ejercitados en la *Teoría del discurso y derechos* 1995, p. 130).

<sup>211</sup> Dowd, Kevin, "Participatory democracy", *Promoting participatory democracy*, esp. p. 40.

<sup>212</sup> A todo evento, bien podrían ser acarreados son los clásicos costos.

oportunidad<sup>210</sup> por parte de los concurrentes, y ésta no siempre se encuentra a juego con las exigencias de especialidad de ciertas decisiones, en particular regulatorias, dotadas de elevada complejidad técnica. En el campo de estas últimas, la participación "aproximaría" la decisión a la provincia de la racionalidad discursiva democrática, pero no podría acarrear automáticamente el fundamento democrático dada aquella desigualdad.

Asimismo, puede aseverarse que resulta ineficaz, en punto al objetivo legitimante democráticamente, y disvalioso en extremo, el hecho que el reglamento sea dictado mediando captura del emisor o de los participantes. De tal suerte, se otorga legitimidad a una decisión que no la merece<sup>211</sup>.

Desde el punto de vista de la eficiencia, podemos efectuar dos reflexiones casi finales. Por un lado, dado que la medida legitimada a través de la participación es como regla revisable judicialmente en tanto aplicada, y dados los costos ínsitos en la implementación del procedimiento participativo, a los que pueden sumarse los costos de obtención de la revisión judicial de la medida una vez aplicada a un caso en concreto, cabe preguntarse si la participación previa legitimante no brinda un resultado ineficiente desde el punto de vista económico<sup>212</sup>.

Por ello, bien podrían proponerse diversas modulaciones en punto a la revisión judicial, toda vez que el reglamento dictado con participación previa no debería merecer un escrutinio judicial de grado tan elevado como el que podría merecer un reglamento dictado sin ella: el primero gozaría, *prima facie*, de una presunción de legitimidad democrática de grado superior al segundo. Esta conclusión parcial torna más cruciales las reflexiones formuladas en el párrafo precedente respecto de la posibilidad de captura.

Por otra parte, la segunda reflexión también es una consideración de eficiencia: si la postura propiciada —adquisición de legitimidad democrática por parte de la adoptada mediando participación— es admitida como válida, resulta ineficiente someter una misma decisión a un procedimiento participativo y a la posterior aprobación parlamentaria; ello, amén del riesgo de resultados disímiles.

<sup>210</sup> Afirma el iusfilósofo Alexy que una democracia sólo es posible si, entre otros, los derechos políticos son ejercitados con suficiente igualdad de oportunidad (Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 130).

<sup>211</sup> Dowd, Kevin, "Participation in civil society", en Campbell, David - Douglas Lewis, N., *Promoting participation: law or politics?*, Cavendish, Londres, 1999, p. 31 y ss., esp. p. 40.

<sup>212</sup> A todo evento, bien podría justificarse la mecánica descrita en tanto los costos acarreados son los clásicos costos involucrados en todo proceso democrático.

§ 6. **JURISPRUDENCIA RELEVANTE.**— Ahora podemos efectuar un breve repaso de la jurisprudencia en aquellos casos en los que se halla involucrada, en forma conjunta, la temática antes expuesta: reglamentos, motivación, audiencia pública.

La jurisprudencia norteamericana, considerando que la norma positiva misma prevé:

- a) El recaudo de motivación (*duty to give reasons*) del reglamento en las variantes "formal" e "informal", (5 USC § 557 c, 3, A y § 553 c, respectivamente).
- b) La participación previa en esos dos procedimientos (5 USC § 553 c y 5 USC § 553 b), ha establecido, además, y entre otros, dos requisitos mínimos adicionales<sup>213</sup>.
- c) Adecuación del razonamiento empleado en la declaración de fundamentos y finalidad de la regla.
- d) Consideración expresa de los comentarios recibidos en la etapa participativa. Estas exigencias se potencian, a su vez, con la posibilidad abierta en el caso *Abbott*<sup>214</sup> fallado por la Corte norteamericana en 1967, en cuanto a que se permite la revisión judicial casi generalizada de los reglamentos antes de su aplicación (*preenforcement review*).

En el ámbito comunitario europeo, en cambio, se efectúa una distinción en relación al recaudo de motivación del art. 253 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>215</sup>, que mencionamos *supra* en el § 4. En efecto, estaría emergiendo una regla conforme la cual la "participación intensa" en el proceso de elaboración de la decisión "releva" a la Administración de su deber de brindar un "detalle" de las cuestiones de hecho y derecho involucradas en el procedimiento administrativo<sup>216</sup>. Nehl<sup>217</sup> afirma que la filosofía que anida en esta interpretación hace a que, por haber mediado una etapa participativa, los administrados poseen suficientes conocimientos de las particularida-

<sup>213</sup> Davis - Pierce, *op. cit.*, en nota 20, p. 312, y jurisprudencia allí citada, ps. 308 - 320.

<sup>214</sup> "Abbott Laboratories v. Gardner", 387 U.S. 158 (1967).

<sup>215</sup> Antiguo art. 190; conf. *Tratado de Amsterdam ...*, *op. cit.*, en nota 140, p. 350.

<sup>216</sup> Tribunal Europeo de Primera Instancia o CFI, Caso T-166/94, "Koyo Seiko v. Council", [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 Makinbyggerier i Danmark and Others v. Commission", [1996] ECR II-1399, párr. 239, entre otros, conf. Nehl, Hanns Peter, *Principles of administrative procedure in EC law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 123.

<sup>217</sup> Nehl, *op. cit.*, p. 123.

des de hecho y de derecho tutela de sus derechos ante la interpretación judicial de esa interpretación judicial —o si ella se contrae a la observancia del principio de "razones" adquiere mayor tutela efectiva de los derechos interpretativos que excluye el "principio democrático" o de "otras" en la aludida tutela.

En cuanto a la jurisprudencia no patrimonial, ha mentado de eventual anulación hallándose impugnada la resolución del Colegio, el Dictamen del Consejo de Estado, aseveró que los argumentos para demostrar vicio alguno en la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones había sido dictada "con sus fundamentos y el derecho aplicados" <sup>221</sup>; además, los "todos los miembros de la Sala" en todas las expresiones p...

En casos en los que se trata de resoluciones no patrimonial y reglamentarias, son precedentes los que atribuyen especial importancia a la cuestión de fondo...

<sup>218</sup> Nehl, *op. cit.*, p. 124.

<sup>219</sup> CSJN, "Cristina García", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>220</sup> CSJN, "Cristina García", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>221</sup> CSJN, "Cristina García", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>222</sup> CSJN, "Cristina García", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>223</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>224</sup> CSJN, "Dessy", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>225</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>226</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>227</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>228</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>229</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>230</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>231</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>232</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>233</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>234</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>235</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>236</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

<sup>237</sup> CSJN, "Almirón", CSJN-Fallos, 323:2659.

fectuar un breve  
alla involucrada,  
s, motivación, au-

a norma positiva

eglamento en las  
§ 553 c, respecti-

5 USC § 553 c y 5  
los requisitos mí-

ración de funda-

n la etapa parti-  
on la posibilidad  
teamericana en  
asi generalizada  
ment review).

ma distinción en  
onstitutivo de la  
ln efecto, estaría  
nsa" en el proce-  
n de su deber de  
volucradas en el  
osofía que anida  
tapa participati-  
is particularida-

itada, ps. 308-320.

ota 140, p. 350.

94, "Koyo Seiko v.  
tbal Association v.  
an af Jernskibs - og  
II-1399, párr. 239,  
cedure in EC law,

des de hecho y de derecho del caso tal que pueden efectivamente obtener la tutela de sus derechos ante los tribunales. El citado autor infiere que, a partir de esa interpretación jurisprudencial comunitaria, si *no* ha mediado participación —o si ella se concretó con un menor grado de intensidad— "la estricta observancia del principio de diligencia así como el deber de brindar las razones" adquiere mayor relevancia en orden a la compensación 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<sup>218</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, en materia de derechos de contenido no patrimonial, hallándose involucrados actos de naturaleza reglamentaria de eventual amplio alcance, en el caso del "Colegio Montserrat"<sup>219</sup>, hallándose impugnada la ordenanza 2/97 que otorgaba carácter mixto a ese Colegio, el Dictamen del Procurador General, al que la Corte Suprema se remite, aseveró que los argumentos traídos por los apelantes "no bastan para demostrar vicio alguno en los elementos del acto atacado"<sup>220</sup>, siendo que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba había sostenido que aquella había sido dictada "con sustento en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y el derecho aplicable, según los fundamentos expuestos en los considerandos"<sup>221</sup>, además, la ordenanza 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"<sup>222</sup>.

En casos en los que se hallaban involucrados derechos de contenido no patrimonial y reglamentaciones de restringido alcance —a título de ejemplo, son precedentes los casos "Almirón"<sup>223</sup> y "Dessy"<sup>224</sup>, — se otorgó especial importancia a la cuestión de la motivación de la medida, en uno<sup>225</sup> y otro

<sup>218</sup> Nehl, *op. cit.*, p. 124.

<sup>219</sup> CSJN, "Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", *CSJN-Fallos*, 323:2659.

<sup>220</sup> CSJN, "Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", *CSJN-Fallos*, 323:2659, esp. p. 2671.

<sup>221</sup> CSJN, "Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", *CSJN-Fallos*, 323:2659, esp. p. 2668.

<sup>222</sup> CSJN, "Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba", *CSJN-Fallos*, 323:2659, esp. p. 2667.

<sup>223</sup> CSJN, "Almirón", *CSJN-Fallos*, 305:1489.

<sup>224</sup> CSJN, "Dessy", *CSJN-Fallos*, 318:1894.

<sup>225</sup> CSJN, "Almirón", *CSJN-Fallos*, 305:1489, dictamen del Procurador doctor Mario Justo López, esp. p. 1493.

caso<sup>226</sup>, tal como vimos, pero no se aludió a la participación en la elaboración de dichas medidas; de hecho, en el primero, se trataba de una resolución ministerial de 1981, y en el segundo, de una medida penitenciaria.

En materia de derechos de contenido patrimonial, hallándose involucrados actos de amplio alcance, en el caso "Prodelco"<sup>227</sup>, en el que los actores alegaban que debía celebrarse una audiencia pública previo al dictado del acto, la Corte Suprema, luego de hacer mención expresa de las dos audiencias públicas celebradas señaló, sólo en relación a esta última, que en el decreto impugnado "se hizo mérito, en forma pormenorizada, del resultado de dicha audiencia"<sup>228</sup>, agregando que "se efectuó en los considerandos del decreto citado un examen de las objeciones de orden jurídico para la procedencia" de la medida<sup>229</sup>. No obstante ello, luego de efectuar estas consideraciones, consignó que en los considerandos del decreto impugnado se había precisado 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"<sup>230</sup>, concluyendo en que "el decreto contiene ... expresa justificación de la decisión que adopta, que atribuye a la necesidad de dar cumplimiento a fines de interés general"<sup>231</sup>. Finalmente, respecto a los derechos de contenido patrimonial, hallándose en juego reglamentaciones de alcance restringido, en el caso "Alioto"<sup>232</sup> se hizo especial hincapié en la existencia de motivación para la medida, no hallándose involucradas en los límites de esa litis alegaciones relativas a la participación en la elaboración de la medida.

§ 7. **CONCLUSIONES.** — Admitida que es la existencia de las facultades reglamentarias en el titular del Poder Ejecutivo y en los distintos órganos y entes de la Administración —dentro de la esfera de su competencia—, el problema del déficit democrático de dichos órganos y entes emerge desafiando los

<sup>226</sup> CSJN, "Dessy", *CSJN-Fallos*, 318:1894, *consid.* 15 del voto concurrente de los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano.

<sup>227</sup> CSJN, "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional", *CSJN-Fallos*, 321:1252.

<sup>228</sup> Cfr. CSJN, "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional", *CSJN-Fallos*, 321:1252, *esp. consid.* 13.

<sup>229</sup> Cfr. CSJN, "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional", *CSJN-Fallos*, 321:1252, *esp. consid.* 14.

<sup>230</sup> Cfr. CSJN, "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional", *CSJN-Fallos*, 321:1252, *esp. consid.* 14.

<sup>231</sup> Cfr. CSJN, "Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional", *CSJN-Fallos*, 321:1252, *esp. consid.* 16.

<sup>232</sup> CNFed. Cont. Adm., *en pleno*, 15/8/00, "Alioto".

cimientos democráticos del Estado.

En dicha escena, la forma de decisión de los actores que poseen dichos ideales consagrados, fin de subsanar esa carencia reglamentaria (*supra*, § prevista— por medio a ese fin en la etapa c

Una interpretación que propicia la detención y su control judicial

- a) Si bien se halla de audiencias de ciertos tipos, en la medida con las normas, en el caso
- b) En relación a la misma, se su aquélla se opera especialidad y bito así determinar igual nivel no ha tenido lugar de aquellos casos ante la ausencia resulta inaplicable —en la etapa p
- c) La verificación cuando así lo es su deber de brindar zonadamente, en la etapa par

ación en la elaboración de una resolución ministerial.

hallándose involucrada en el que los actores alegan al dictado del acto, las dos audiencias públicas, que en el decreto impondrán el resultado de dichas audiencias en el decreto. En las consideraciones, consiguientemente se había precisado que el Poder Judicial debía emitir previamente sus consideraciones administrativas, puesto que el artículo 230, concluyendo en la decisión que adopta, en los fines de interés general y patrimonio, ha sido rigido, en el caso "Aliotivación para la meditación de alegaciones relativas a la facultades de los distintos órganos y competencias", el problema surge desafiando los

del voto concurrente de los

Fallos, 321:1252.

JN-Fallos, 321:1252, esp.

JN-Fallos, 321:1252, esp.

JN-Fallos, 321:1252, esp.

JN-Fallos, 321:1252, esp.

cimientos democráticos sobre los que se apoya la organización de los poderes del Estado.

En dicha escena, los requerimientos de especialidad y celeridad en la toma de decisión de alcance general se identifican con órganos y entes legisladores que poseen diverso grado de déficit democrático. Las herramientas ideales consagradas, una por vía jurisprudencial y otra por vía legislativa, a fin de subsanar esa carencia, son: por un lado, la exigencia de motivación del reglamento (*supra*, § 4), y, por otro lado, la participación —legislativamente prevista— por medio de audiencias públicas u otros mecanismos tendientes a ese fin en la etapa de elaboración (*supra*, § 5).

Una interpretación razonable y eficiente de la admisión de esas dos técnicas propicia la determinación de diversas modulaciones de cara al reglamento y su control judicial, y ellas son:

- a) Si bien se halla prevista legislativamente la participación —por medio de audiencias públicas u otros modos participativos— en la elaboración de ciertos reglamentos, la exigencia de tal recaudo debe ser armonizada con las nociones de especialidad y celeridad ínsitas, históricamente, en el concepto de potestad reglamentaria.
- b) En relación a la presunción de legitimidad democrática de la medida, cuando se ha verificado la participación en la etapa de elaboración de la misma, se subsana la falla de legitimidad democrática del emisor si aquélla se opera dentro de ámbitos no gobernados por los principios de especialidad y celeridad. Frente a aquella verificación, dentro del ámbito así determinado, la severidad del escrutinio judicial no puede adquirir igual nivel a la propia de aquellos casos en que esa participación no ha tenido lugar por no hallarse legislativamente prevista: dentro de aquellos confines, ante la previa participación, menor severidad, y ante la ausencia de participación, mayor severidad. Tal distinción resulta inaplicable si medió captura o dominación de los participantes —en la etapa participativa— o del emisor del reglamento.
- c) La verificación de participación previo al dictado del reglamento, cuando así lo establece la ley, no releva o exime a la Administración de su deber de brindar las razones, de motivar, el reglamento. Además, debe cumplir con el deber de hacerse cargo, suficiente, oportuna y razonadamente, de las objeciones formuladas y alternativas propuestas en la etapa participativa.