



INSTITUTO DE ESTUDIOS DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO  
(I.E.D.A.)



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
ARGENTINA  
FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIOS  
DE  
DERECHO  
ADMINISTRATIVO  
X**

**EL PROCESO  
ADMINISTRATIVO  
EN LA  
REPÚBLICA ARGENTINA**



2004

partes a través  
plicables. Pero  
su convicción  
que la falta de  
disipar.

la bondad de  
ollado algunos  
administrativo.  
a prueba, pero  
amablemente,  
os mi sincero  
ne demasiado  
s harán gala en

## APUNTES PARA LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS REGLAMENTOS

Por ESTELA B. SACRISTÁN

*Sumario: I. Planteo. II. La Administración y su potestad reglamentaria. III. El problema de la legitimidad democrática de los órganos o entes emisores del reglamento a los efectos de la posterior revisión judicial. IV. El reglamento y su motivación. V. Reglamentos y audiencias públicas. VI. La interpretación de la jurisprudencia. VII. Adecuado alcance de la revisión judicial. VIII. Conclusiones.*

### I. Planteo.

Los actos mediante los cuales se hace realidad el ejercicio de la función legislativa no abarca solamente los actos del legislador traducidos en leyes; todos sabemos que dicha función del Estado no se agota solamente 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-, y a la cual se hallan sometidos los ciudadanos, es notablemente más abundante que la del Congreso, y, además, por lo general, incide en forma mucho más directa en la esfera de los derechos individuales que aquélla. De tal suerte, puede afirmarse que, 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.

De allí que esta temática, aun cuando ha sido abordada permanentemente por la doctrina, no deje de ofrecer aristas de elevado interés, especialmente cuando arriba el momento de la revisión judicial.

El presente trabajo abarca, específicamente, tres de ellas, de directa incidencia cuando el magistrado revisa en sede judicial un reglamento. En primer lugar, nos preguntaremos por la existencia misma de la potestad reglamentaria (sección II); luego analizaremos la legitimidad democrática de los órganos y entes que ejercen esa potestad, y el eventual déficit de aquélla, especialmente a los efectos de la ulterior revisión judicial (sección III). Después estudiaremos dos recaudos que tienden a compensar dicho déficit, y que inciden en la revisión judicial de los reglamentos (secciones IV, V y VI). Finalmente, formularemos las pertinentes reflexiones sobre tal incidencia (sección VII), y las conclusiones generales. (sección VIII).

Es menester aclarar que abordaremos estas cuestiones desde el punto de vista del derecho comparado y del derecho nacional, teniendo presente que el fecundo fenómeno bajo examen ha generado desde hace tiempo -y probablemente seguirá generando- reflexiones muchas veces divergentes que no podemos desoir, dotadas de sólidos fundamentos todas ellas, en pos de desentrañar, en última instancia, cuáles son los alcances de la revisión judicial cuando de los reglamentos se trata.

## II. La Administración y su potestad reglamentaria.

Adentrarse en la temática de la potestad reglamentaria de la Administración y su ejercicio puede implicar, bajo cierta perspectiva, volver sobre una temática indiscutible<sup>1</sup>, 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 halla en tela de juicio. Aun así, la cuestión podría suscitar reservas en cuanto a su existencia misma; en efecto, de cara a la actual prescripción del art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional, se podría argüir que tal potestad, desde 1994, no existe. En este plural escenario, 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

<sup>1</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, N° 6 (sept.-dic. 1951), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 99 y ss., esp. p. 99.

deliber  
Parlam  
de inn  
reglam  
materiz

Li  
reglame  
lo que l  
legislati  
desde c  
Ejecuti  
organiz  
Vemos  
de la pe

Inc  
-en el á  
facultad  
reglame  
aplicaci  
normas  
Ejecuti  
una "po  
aval-seg  
Constitu  
en ning  
disposic  
expresió  
significa

<sup>2</sup> As  
1034 y ss.  
<sup>3</sup> BIE  
1997, t. III  
Abeledo P  
<sup>4</sup> BIE  
<sup>5</sup> Por  
<sup>6</sup> GC  
Administrat  
<sup>7</sup> GO  
<sup>8</sup> GO  
<sup>9</sup> GO

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.

Liminarmente, es menester recordar que, en el ámbito nacional, los reglamentos son dictados por los distintos órganos constitucionales<sup>2</sup> -por lo que la doctrina constitucional también acoge la existencia de reglamentos legislativos y reglamentos judiciales<sup>3</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>4</sup>, incluso los entes autárquicos<sup>5</sup>. Vemos ahora, sucintamente, qué doctrinas se han construido en derredor de la posibilidad de ejercicio de la potestad reglamentaria.

Inexistencia: Sobre esta postura, resulta inevitable la cita de la opinión -en el ámbito nacional- de Gordillo<sup>6</sup>, quien advierte que, a diferencia de la facultad para dictar actos de alcance particular, "la facultad para dictar reglamentos... es en cambio, comparativamente, restringida..."<sup>7</sup>, ello, por aplicación del principio de separación de poderes ya que "el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; menos aún a sus órganos dependientes"<sup>8</sup>, tal que "no existe una "potestad reglamentaria" en la Constitución"<sup>9</sup>. Tal afirmación hallaría aval -según el mencionado autor- en la prohibición del art. 99 inc. 3° de la Constitución 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

<sup>2</sup> Así los clasifica BARRA, Rodolfo C., *Reglamentos Administrativos*, en L.L. 1999-F, p. 1034 y ss., esp. p. 1034.

<sup>3</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. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 241.

<sup>4</sup> BIDART CAMPOS, *Manual...* cit., t. III, p. 243.

<sup>5</sup> Por ejemplo, los creados por ley 24.065 y por ley 24.076.

<sup>6</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5a. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. VII-33 y ss.

<sup>7</sup> GORDILLO, *Tratado...* cit., t. 3, p. IV-8.

<sup>8</sup> GORDILLO, *Tratado...* cit., t. 1, p. VII-37.

<sup>9</sup> GORDILLO, *Tratado...* cit., t. 1, p. VII-35.

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>10</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>11</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>12</sup>.

**Interpretaciones restrictivas:** Una tesis menos negativa se perfila en quienes admiten que el Ejecutivo sólo "ejecuta" las leyes del Legislativo<sup>13</sup>, las pone en ejecución, limitándose a tal actividad la competencia reglamentaria. En forma concordante, Sánchez Agesta<sup>14</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 entender 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.

**Postura francamente favorables:** La tesis francamente positiva, respecto de la existencia de la potestad reglamentaria, ha sido adoptada por diversos autores<sup>15</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

<sup>10</sup> GORDILLO, *Tratado...* cit., t. 1, p. VII-36.

<sup>11</sup> GORDILLO, *Tratado...* cit., t. 1, p. VII-36/37.

<sup>12</sup> Explica 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", conf. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado* (trad. de la 2a ed. alemana de FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI), Albatros, Buenos Aires, 1943, p. 503.

<sup>13</sup> Ampliar en CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado* (trad. de JOSÉ LION DEPETRE), Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 508, y sus citas.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de Teoría Política*, 6a ed. rev., Editorial Nacional, Madrid, 1976, p. 441.

<sup>15</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 sgte.

una realidad legislativa ha encauzado de u ordenamientos o británica<sup>17</sup> sobre a en aquel ordenami que en el Derecho el ejercicio de facu con participación los estudiosos de delegación legislat el titular del Poder operar como medida<sup>18</sup>; c) el e aplicados, e incluso ment review). Alg mente en este tra

Desde la ópt ocupa con fundar afirmado que aseg individuales<sup>19</sup>.

Desde el se existe un poder r característica de reconoce, risueña pero inevitable" obstante lo cual

<sup>16</sup> LAVILLA RUE *Reglamentos en los E*  
MUGA, José Luis, Ag  
Marcial Pons, Madrid,  
<sup>17</sup> En especial,  
*Administrative Proced*  
<sup>18</sup> DAVIS, KENN  
Brown & Co., Boston,  
<sup>19</sup> DEBBASCH,  
Universitaires de Fran  
<sup>20</sup> WADE, William  
PÉREZ MORENO, Al  
Francisco Clavero Aré  
<sup>21</sup> WADE, H. W  
2000, p. 839.

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>16</sup> y británica<sup>17</sup> sobre aquél fenómeno da suficiente cuenta de ello y reconoce en aquel ordenamiento un verdadero modelo. En términos generales, dado que en el Derecho federal estadounidense se admite, en el nivel normativo, 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 cuestiones tales como: a) la delegación legislativa y la facultad reglamentaria; b) 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>18</sup>; c) el eventual control judicial de los reglamentos, en tanto aplicados, e incluso antes de su puesta en vigencia y 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>19</sup>.

Desde el sector británico, por otro lado, si bien se afirma que no existe un poder reglamentario<sup>20</sup>, se admite que no hay una actividad más característica de la Administración que el rulemaking<sup>21</sup>, y también se reconoce, risueñamente, que éste es un "mal necesario", "una desafortunada pero inevitable" transgresión al principio de separación de poderes, no obstante lo cual se ha destacado que prescindir de ella en la práctica es

<sup>16</sup> 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 Y MUGA, José Luis, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

<sup>17</sup> En especial, GALLIGAN, D.J., *Due Process and Fair Procedures - A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 493 y ss.

<sup>18</sup> DAVIS, KENNETH CULP Y PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, 3<sup>rd</sup> ed., Little, Brown & Co., Boston, 1994, vol I, ps. 27 y 351.

<sup>19</sup> DEBBASCH, Charles, *Institutions et Droit Administratifs*, 4<sup>e</sup> éd. refondue, Presses Universitaires de France, 1998, t. 2, p. 217.

<sup>20</sup> WADE, William, *Las Entidades Administrativas Instrumentales en Gran Bretaña*, en PÉREZ MORENO, Alfonso (Coord.), *Administración Instrumental - Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, t. II, p. 1725 y ss., esp. p. 1732.

<sup>21</sup> WADE, H. W. R. y Forsyth, C. F., *Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2000, p. 839.

casi tan difícil como intentar justificarla, tanto es su faz de legislación delegada, como de ejecución de leyes del Parlamento<sup>22</sup>, como de ejercicio de facultades de emergencia otorgadas al ejecutivo por el Parlamento o ratificadas por éste<sup>23</sup>, como de ejercicio de otros "poderes no legales informales"<sup>24</sup>. La legitimidad del dictado de reglamentos, originados en una suerte de delegación legislativa parlamentaria en sentido genérico<sup>25</sup>, se une a la intervención (anterior o posterior al dictado del reglamento) del legislador como regla<sup>26</sup>.

Ya en el ámbito nacional, según enseña 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 jurídica, y que proveen a ello con rapidez, máxime en materias que requieren permanente actualización<sup>27</sup>. También señala que, modernamente, se ha operado el crecimiento de las funciones del Poder Ejecutivo<sup>28</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>29</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 la denominada "apertura del legislador a favor del reglamento"<sup>30</sup>. Respecto de la legitimidad del emisor, resulta conveniente

<sup>22</sup> WADE, H. W. R. y Forsyth, C. F., *Administrative...*, cit., p. 839/843, quien las describe 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>23</sup> WADE, H. W. R. y Forsyth, C. F., *Administrative...*, cit., p. 846.

<sup>24</sup> WADE, *Las Entidades...*, 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>25</sup> WADE, *Las Entidades...*, cit., p. 1732.

<sup>26</sup> Véanse las dos notas precedentes.

<sup>27</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 178.

<sup>28</sup> CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. II, p. 54.

<sup>29</sup> CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. I, p. 376.

<sup>30</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.

tener presente la a  
no se desnaturaliza

Conforme la  
normativista en su  
en cuanto a su fo  
dispuesto en la n  
reglamentaria en l  
agilidad con que  
observación puede  
de necesidad y u  
solución de cierta  
por los procedimie  
línea de pensamie  
regulación a través  
jurídicas a discipli  
señalar que la i  
constitucionalmer  
conjuración de sit

De los expor  
la consideración c  
rapidez en el obra  
constitucional, soi

a) Rapidez e  
para justificar el di  
Locke y, posterior

<sup>31</sup> CASSAGNE, L

<sup>32</sup> BARRA, *Regla  
Derecho Administrativo  
inaplicable -según los  
cierto que es que, par  
autónomos, BARRA, T,  
men de la Administració  
y ss., esp. p. 10.*

<sup>33</sup> BARRA, Rodo

<sup>34</sup> COMADIRA, J

<sup>35</sup> DIEZ, Horacio

<sup>36</sup> HAURIOU, M

<sup>37</sup> RUIZ DEL CASTILLO c

1997, p. 374 (ó *Treatis*

tener presente la advertencia de Cassagne en cuanto a que "la actividad no se desnaturaliza por el órgano que la produce"<sup>31</sup>.

Conforme la opinión de Barra, y bajo un criterio que consideramos normativista 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>32</sup>; agrega que la potestad reglamentaria en la Administración moderna se basa en el dinamismo y agilidad con que se deben cumplir los cometidos estatales<sup>33</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 destaca Comadira<sup>34</sup>. En una similar línea de pensamiento, Diez<sup>35</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 conjunción de situaciones de crisis.

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

a) 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>36</sup>. En el siglo XVII, Locke<sup>37</sup>

<sup>31</sup> CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. I, p. 178.

<sup>32</sup> BARRA, *Reglamentos...* cit., p. 1036; igualmente, en BARRA, RODOLFO C., *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 que es que, para el citado autor, sólo son reglamentos administrativos los reglamentos autónomos, BARRA, *Tratado...* cit., p. 377.

<sup>33</sup> BARRA, Rodolfo C., *La Potestad Reglamentaria de la Administración Pública*, en Régimen de la Administración Pública, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1979, N° 1, p. 9 y ss., esp. p. 10.

<sup>34</sup> COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 262.

<sup>35</sup> DIEZ, Horacio, *Reglamentos - Su Impugnación en el Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 16.

<sup>36</sup> HAURIU, MAURICE, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, (trad. de Carlos RUIZ DEL CASTILLO de 1927), 2a ed., Reus, Madrid, s/f, p. 442. T

<sup>37</sup> LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 374 (ó *Treatise II*, § 159).

reconocía dos realidades: por un lado, que el Ejecutivo era el encargado de la ejecución de las leyes<sup>38</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>39</sup> y que era "imposible prever... todos los accidentes y necesidades"<sup>40</sup>, por lo que era necesario que se brindara al Ejecutivo una latitud para "hacer muchas cosas... que las Leyes no prescriben"<sup>41</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 Ministros- que dicho Poder -con base en la literalidad de su denominación- es el que "ejecuta la cosa pública"<sup>42</sup>, por lo que es un poder de decisión ejecutoria, a diferencia del legislativo, eminentemente deliberativo<sup>43</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, porque requieren 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>44-45</sup>.

b) 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

<sup>38</sup> LOCKE, *Two Treatises...* cit., p. 364, ó *Treatise II*, § 143.

<sup>39</sup> LOCKE, *Two Treatises...* cit., p. 375, ó *Treatise II*, § 160.

<sup>40</sup> LOCKE, *Two Treatises...* cit., p. 375, ó *Treatise II*, § 160.

<sup>41</sup> LOCKE, *Two Treatises...* cit., p. 375, ó *Treatise II*, § 160.

<sup>42</sup> HAURIU, *Principios...* cit., p. 442.

<sup>43</sup> Ampliar también en CARRÉ DE MALBERG, *Teoría...* cit., ps. 507/508.

<sup>44</sup> HAURIU, *Principios...* cit., p. 441.

<sup>45</sup> 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, *Teoría...* cit., p. 508

fundamento -no ejercicio de función Ejecutivo<sup>47</sup> - el re en los políticos p que delegan en el para la aplicación decisión legislativ

Este criterio casos, se desdibuj se posibilita el otr poderes para fine por un período c Lowenstein con ci , el ejecutivo "us constitucionalmer plenos poderes, s detrimento del pe ejecutivo es "com que deviene un co

Propuesta ini la etapa de lo que p congresional o pa

<sup>46</sup> Así las denomin en búsqueda de una in <sup>47</sup> Esta posibilidad reglamentos de aplicac material.

<sup>48</sup> LOWENSTEIN, Ariel, Barcelona, 1976, I

<sup>49</sup> LOWENSTEIN, I

<sup>50</sup> En la causa "Pu mente sancionadas y prc te (cons. 4º del voto de examen de la convenien voto de la mayoría). En c la jurisprudencia de la C integrada por los ministr cit., t. I, p. 254; dice este : fundar en una presunta republicano de gobierno extensas que las que ya lo haría en la única form

fundamento -no ya de la potestad reglamentaria sino directamente del ejercicio de funciones "legislativas"<sup>46</sup> por parte del gobierno, aludiendo al Ejecutivo<sup>47</sup> - el reconocimiento de: a) 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 b) la falta de tiempo para la toma de decisión legislativa<sup>48</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 ejecutivo "usurpa" durante cierto tiempo los dominios reservados constitucionalmente al legislador, y, en el caso de la ley de autorización o plenos poderes, se opera un beneficio o "ganancia" para el gobierno en detrimento del potencial de poder del legislador, y el papel de líder del ejecutivo es "comprado" a costa del principio de distribución del poder<sup>49</sup>, que deviene un costo.

Propuesta interpretativa formal: Creemos que hoy en día, superada la etapa de lo que podríamos llamar idolatría benthamiana hacia el legislador congresional o parlamentario del siglo XIX<sup>50</sup> -que ya había ofrecido sus

<sup>46</sup> Así las denomina GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Potestades Legislativas del Poder Ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional*, en L.L. 1996-D, p. 1651.

<sup>47</sup> Esta posibilidad ya había sido prevista por KELSEN, *Teoría...* 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>48</sup> LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de La Constitución* (trad. de Alfredo GALLEGU ANABITARTE), Ariel, Barcelona, 1976, p. 274.

<sup>49</sup> LOWENSTEIN, *Teoría...* cit., p. 279.

<sup>50</sup> En la causa "Pupelis", Fallos: 314: 424, La Corte Suprema afirmó que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente (cons. 4º del voto de la mayoría) y que no corresponde a los tribunales inmiscuirse en el examen de la conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador (cons. 5º del voto de la mayoría). En contra de la admisibilidad de la doctrina de la omnipotencia legislativa, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, véase el fallo "Horta", Fallos: 137:47, voto de la mayoría integrada por los ministros Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez, cit. por MARIENHOFF, *Trafado...* cit., t. I, p. 254; dice este segundo 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 republicano 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".

quiebres en la obra de Locke, no obstante haberle dado al legislativo una posición suprema<sup>51</sup>, y superada también por el devenir de la realidad -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 interpretarse que, en el marco de aquella afirmación, la prescripción prohibitiva del art. 99 inc. 3°, apartado 2 de la Constitución 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, dentro de la esfera de sus competencias constitucionales. De acuerdo con la postura de Bidart Campos, la prohibición del art. 99 de 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 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>52</sup>.

Específicamente, estimamos que podría interpretarse la facultad de dictar reglamentos de ejecución como una advertencia del Constituyente al Ejecutivo -no sólo en el art. 14 y 99 2° sino también reiterada y limitada en el art. 28 CN- 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

<sup>51</sup> LOCKE, *Two Treatises...* cit., p. 367, ó *Treatise II*, § 149.

<sup>52</sup> Ello surge de confrontar el tratamiento metodológico propiciado por el citado autor; véase BIDART CAMPOS, *Manual...* cit., t. III, 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 artículo 99, inciso 3, de la Constitución...". Para una interpretación diversa, en el sentido de que no puede predicarse P y no-P -prohibido y no prohibido- con respecto al mismo órgano, véase GIL DOMÍNGUEZ, *Potestades...* cit., p. 1653, donde señala la contradicción entre la prohibición de emitir disposiciones legislativas y la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia.

la -ahora limitada- admisión, por parte de habilidad para administración y de legislante<sup>53</sup>; y la f dados ciertos requisitos de que el Ejecutivo constitucionales- n

En términos de la Administración<sup>54</sup> competencia, pue especialidad o ra constitucional o em válida, para el dict del art. 28 de la CN, exigencias del art. 9 c) reglamentos dele bajo el art. 76 de especialidad o de 1 son consustanciales al art. 99 inc. 1° de

<sup>53</sup> En igual sentido, datos o factores acerca de completa información". El punto de vista de la tec la recolección de informa

<sup>54</sup> En igual sentido, Fallos: 247: 344, cons. 9 que demandaban una pa

<sup>55</sup> En el precedente que los límites jurídicos p bles a otros órganos de la a cuyos fundamentos se i mente, a poder reglamente

<sup>56</sup> CASSAGNE, *De reserva de la ley*".

<sup>57</sup> Para los requisitos temporales, en especial la "Los Reglamentos Deleg

<sup>58</sup> CASSAGNE, *De necesaria la existencia de de algunos asuntos, aspe ciertas normas...*, con cit

legislativo una  
la realidad -que  
rousseauiana  
e el ejercicio de  
Estado existe,

e válidamente  
la prescripción  
ación Nacional  
a la inteligencia  
mal -que dicte  
ia del legislador  
en el sentido de  
a esfera de sus  
stura de Bidart  
utivo no puede  
el estricto ámbito  
a la facultad de  
re entendemos  
yente, interpreta  
ión legislativa, y  
ibición, y luego

se la facultad de  
el Constituyente  
terada y limitada  
útil o inaplicable  
va o meramente  
ría 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>53</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>54</sup>.

En términos generales, el Presidente y los demás órganos y entes de la Administración<sup>55</sup>, dentro de los límites de la norma válida 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 competencial infraconstitucional válida, para el dictado de: a) reglamentos de ejecución con la limitación del art. 28 de la CN, b) reglamentos de necesidad y urgencia bajo las severas exigencias del art. 99 inc. 3° de la CN y con el límite de la reserva de ley<sup>56</sup>; c) reglamentos delegados en tanto se haya efectuado una delegación válida bajo el art. 76 de la Constitución<sup>57</sup>, mediando además razones de especialidad o de rapidez<sup>58</sup>; además de d) reglamentos autónomos, que son consustanciales con la zona de reserva de la Administración conforme al art. 99 inc. 1° de la CN.

<sup>53</sup> En igual sentido, "Prattico", Fallos: 247: 344, cons. 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>54</sup> En igual sentido, y si bien en el caso se debatía acerca de una norma delegada, "Prattico", Fallos: 247: 344, cons. 9°, donde se expresa, genéricamente, que el problema "es de aquellos que demandaban una particular celeridad en la acción".

<sup>55</sup> En el precedente "Hall", Fallos: 323:620, por ejemplo, la Corte Suprema afirmó, incluso, que los límites jurídicos previstos para la actividad reglamentaria del Poder 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 (Fallos: 311:1565; 322:2780).

<sup>56</sup> CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. I, p. 179: "...en la medida de que no avance sobre la reserva de la ley".

<sup>57</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, Julio, *Los Reglamentos Delegados...* cit., ps. 686/691.

<sup>58</sup> CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. I, 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 DIEZ, Manuel María.

### III. El problema de la legitimidad democrática de los órganos o entes emisores del reglamento a los efectos de la posterior revisión judicial.

Hallándose, entonces, aclarada la cuestión de la existencia de una potestad reglamentaria de la Administración aún con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, y habiéndose efectuado una propuesta de interpretación formal en relación a aquélla al final de la sección precedente, 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 objeción: se cree que el sistema es profundamente antidemocrático porque muchas reglamentaciones (policy) críticas son dictadas por burócratas no votados (unelected)<sup>59</sup>. Entonces, ¿qué actitud debería adoptar el magistrado al momento de revisar judicialmente el reglamento respectivo?

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>60</sup>. A su vez, ese acceso al poder se logra por medio de: a) elecciones libres, b) el principio de la mayoría y c) el respeto a los derechos individuales<sup>61</sup>. Dado que la democracia constituye el único principio actual de legitimación política<sup>62</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

<sup>59</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>60</sup> NEGRETTO, Gabriel, *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*, Abaco, Buenos Aires, 1994, p. 41.

<sup>61</sup> NEGRETTO, *El Problema...* cit., p. 41.

<sup>62</sup> Así lo afirma el juez Fayt en su disidencia en el precedente "Electores y Apoderados", Fallos: 314: 1915, cons. 32.

evento, aún cuando la legitimidad de las resoluciones de legitimidad de la

Recordemos que el foro francés, desde el no es objeto de "acción" y lo definía como un poder que tenga el poder que emana de un gobierno. Estas afirmaciones constituyen una problemática

Podría argüirse que, con mayor efecto, con mayor claridad y jurisprudencias se halla expresamente -art. 76-, como en el caso de los reglamentos de jurisprudencia administrativa categoría independiente Fundamental, no ejercicio de la potestad del Poder Ejecutivo, y de la preexistencia

Sin embargo, la democracia -de jure

<sup>63</sup> KRENT, Harold, *Findings*, en Case West H., *American Constitution* de STEWART, Richard, *Review*, (1975), vol 88 *Procedures - A Study*

Tengamos en cuenta el asimismo, entre las de una democracia, por parte, "las decisiones de la Justicia frente al Gobierno"

<sup>64</sup> HAURIU, Ar GONZÁLEZ CASANOV

<sup>65</sup> Por ej., en la cuestión de voto de la mayoría; cfr.

evento, aún 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>63</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 tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo<sup>64</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. 2º- y en el de los reglamentos de necesidad y urgencia -art. 99, inc. 3º-, y la jurisprudencia admite<sup>65</sup> los reglamentos autónomos -art. 99 inc. 1º- 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 competencial válida.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple de cara a la legitimidad democrática -de procedimiento, de representación, por resultados- del

<sup>63</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*, (1975), vol 88, p. 1667. En igual sentido, GALLIGAN, D.J., *Due Process and Fair Procedures - A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 456.

Tengamos en cuenta -aun 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. 100/103.

<sup>64</sup> HAURIU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (trad. de JOSÉ A. GONZÁLEZ CASANOVA de la edición de 1970 por Ed. Monthcrestien), Ariel, Barcelona, 1971, p. 169.

<sup>65</sup> Por ej., en la clasificación del precedente "Cocchia", Fallos: 316: 2624, esp. cons. 14 del voto de la mayoría; cfr. GORDILLO, *Tratado... cit.*, t. I, p. VII-37.

Como recordaremos, en la ley de procedimientos administrativos federal 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>74</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. 2º de nuestra Constitución). 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>75</sup>-, Ely sintetiza el debate aludido sosteniendo que "bastantes normas (much of the law) son deferidas" en relación a su dictado<sup>76</sup>. En igual sentido, Farina destaca la existencia de delegaciones de policymaking power que habrían alterado el esquema constitucional original<sup>77</sup> de separación de poderes, y sólo podría volverse atrás por medio de la doctrina de la no-delegación<sup>78</sup>, mientras que para Lowi sólo podría volverse atrás mediante la reducción de la discrecionalidad de los productores de reglamentos<sup>79</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

<sup>74</sup> DAVIS Y PIERCE, *Administrative...* cit., vol I, p. 228.

<sup>75</sup> TRIBE, *American...* cit., p. 980.

<sup>76</sup> ELY, *Democracy...* cit., p. 131.

<sup>77</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>78</sup> FARINA, "The Consent..." cit., p. 1019.

<sup>79</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 ss.

órgano o ente q  
tan numerosos,  
como, por ejem  
Federal de Ingre  
los arts. 7º y 8º c  
de las facultades  
de necesidad y  
características, c  
democráticamente  
como el Conice  
Central de la R  
acerca de las cu

La doctrina  
acerca del pro  
Administración  
los Estados Unie  
objeciones<sup>73</sup>.

<sup>65</sup> Acerca de *Gobierno*, Fondo de

<sup>67</sup> El art. 1º del (AFIP) es una "entidad tencias otorgadas por 24.447, y sus respo

<sup>68</sup> B.O. 14/7/97.

<sup>69</sup> Dicho decreto estableciendo que e obligatorias para los creación, actuación con carácter general formal (inc. 9º), con también establece la en su art. 8º, estable carácter general las ca interés general.

<sup>70</sup> El ente autónomo 1661/96, pudiendo ir conforme el art. 17 i

<sup>71</sup> Comunicación

<sup>72</sup> El debate, c cho. En efecto, des producción de norma la determinación de sean leyes u ordena

<sup>73</sup> Seguimos, c Oxford, 1996, p. 41

administrativos  
dictado de reglas  
ento formal -con  
USC §553(c)-, o  
53(b), salvo las  
exentas de esa  
administrados o  
rulemaking por  
mediata -5 USC §

ocrático de los  
eamericana es la  
no se prevén ni  
rt. 99 inc. 2° de  
n no consagra  
nsagración casi  
la doctrina de la  
r delegaciones  
lido sosteniendo  
en relación a su  
delegaciones de  
constitucional  
atrás por medio  
owi sólo podría  
nalidad de los

democrática la  
rún Stewart, las  
mericano habrían

Rules for a Complex  
1996.

Ineasly Constitutional  
vers to Administrative  
m and Administrative  
y ss.

órgano o ente que dicta el reglamento<sup>66</sup>. Basta tener presente reglamentos tan numerosos, trascendentes y de tan serias consecuencias económicas como, por ejemplo, los dictados por el ente autárquico<sup>67</sup> Administración Federal de Ingresos Públicos al ejercer las competencias reglamentarias de los arts. 7° y 8° del decreto 618/97<sup>68</sup>, decreto dictado, a su vez, en ejercicio de las facultades del art. 99 inc. 3° de la Constitución (esto es, un decreto de necesidad y urgencia)<sup>69</sup>. Ahora, el responsable de un ente de estas características, con esas trascendentes facultades normativas, no es elegido democráticamente, como tampoco lo son otros legisladores administrativos como el Conicet, que puede dictar medidas de emergencia<sup>70</sup>, o el Banco Central de la República Argentina, que puede, por comunicación, reglar acerca de las cuentas corrientes bancarias<sup>71</sup>, por mencionar dos ejemplos.

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>72</sup>, e involucra diversas objeciones<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> Acerca de esas tres clases de legitimidad, puede verse DEUTSCH, Karl, *Política y Gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 28 y ss.

<sup>67</sup> El art. 1° del decreto 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 decreto 507/93, ratificado por ley 24.447, y sus respectivas modificaciones, así como por otras leyes y reglamentos.

<sup>68</sup> B.O.14/7/97.

<sup>69</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 delicadas 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>70</sup> El ente autárquico Conicet ejerce las competencias reglamentarias del art. 26 del decreto 1667/96, pudiendo incluso, a través del presidente de su Directorio, dictar medidas de urgencia conforme el art. 17 inc. d) del citado decreto.

<sup>71</sup> Comunicación "A" 3274 del BCRA, vigente al 1/6/01, texto ordenado en [www.bcra.gov.ar](http://www.bcra.gov.ar)

<sup>72</sup> El debate, ciertamente, parece corresponderse con una concepción realista del derecho. En efecto, desde el punto de vista normativista -véase KELSEN, *Teoría...* 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>73</sup> Seguimos, en general, a BALDWIN, Robert, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 41 y ss.

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>80</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>81</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 contenidos 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>82</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>83</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 controla-

<sup>80</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 Graciela, *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>81</sup> STRAUSS, Peter L., *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, en *Wake Forest Law Review* (Fall, 1996), vol. 31, p. 745 y ss., esp. p. 776.

<sup>82</sup> STRAUSS, Peter L., *From Expertise...* cit., p. 773.

<sup>83</sup> BALDWIN, Rules... cit., p. 41 y ss.

dos sólo esparmió federal, por cierto Vicepresidente)"

A fin de sul legislativo -en el podría sugerirse democrático, pod como vehículo de públicas previo a pensamiento podi democrática en la reglamento de su judicial -ejercido p representatividad especialización o c cuestión -esto es, la que la democracia ciertos fines, pero presunción a favor colectivo obviam (desirable) o no ex fundamentos distir

Desde el punto que el dictado de re; e ineficaces"<sup>87</sup> causa Si bien las apreciacion

<sup>86</sup> ELY, *Democracy*.

<sup>85</sup> HAYEK, Friedrich, *Chicago*, 1960, p. 103 y s

<sup>88</sup> El análisis del ser fin-, excede francamente

generado un amplísimo de lo cual significa que los ju

alcance general (leyes y r

rado (Congreso y Preside

Alberto B., *Control de Cor*

<sup>87</sup> BALDWIN, *Rules*

<sup>88</sup> Spota enseña que *Lo Político, lo Jurídico, el* 1993, p. 84; en similar sent

conf. SANTIAGO, Alfonso p. 49.

el cual opera y da  
 enerar un laberinto  
 ierno, los cuales,  
 as que producen<sup>80</sup>  
 se habría, además,  
 do, apunta Strauss  
 s inevitable<sup>81</sup>, y no  
 d; empero, destaca  
 aba determinadas  
 ego pasó a emitir  
 ativos a la salud, la  
 de confrontación  
 plo, por involucrar  
 aciones que no se  
 edicaban a señalar  
 in que poseer los  
 sta a esta clase de  
 a materia a regular-  
 ular ciertos detalles,  
 al órgano o ente  
 dentro del ámbito

a los "controles" o  
 el funcionario que  
 responde desde el  
 tituiría un óbice al  
 rdaderas "legiones  
 asa a ser la de dar  
 nidas en las leyes.  
 os, y son controla-

ago Law Review (Spring,  
 respecto de los entes  
 a, *La Autonomía de los*  
 ico de Abogados de la

formation of American  
 / ss., esp. p. 776.

dos 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>84</sup>.

A fin de subsanarse 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>85</sup> analiza aquella cuestión -esto es, la del necesario control político democrático-<sup>86</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 (deseable) 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>87</sup> causados por funcionarios no legitimados democráticamente. Si bien las apreciaciones de eficacia harían a la provincia de lo político<sup>88</sup>

<sup>84</sup> ELY, *Democracy...* cit., p. 131.

<sup>85</sup> HAYEK, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960, p. 103 y ss.

<sup>86</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, *American...* cit., p. 24 y ss.; y en BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, 2da ed., Abaco, Buenos Aires, 2002, t. I, cap. II.

<sup>87</sup> BALDWIN, *Rules...* cit., p. 46.

<sup>88</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, "El poder estatal que actúa en un sistema político debe ser eficaz", conf. SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el Control Político*, Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 49.

con independencia de los costos<sup>89</sup>, y las de eficiencia, a la de lo económico<sup>90</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 fabricadas 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>91</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 oscuro o vago, y se carece de puntos de referencia<sup>92</sup>; y en relación a las medidas de emergencia, su eficacia<sup>93</sup> con fundamentos en la especialidad y celeridad del emisor<sup>94</sup>, puede implicar, de cara al resultado,

una maximización d  
establecido claram  
ponderación y -en e

En cuanto a l  
ticamente- del regla  
administrado observ  
las que se formula la  
para determinar si e  
no. Entre los nort  
especialidad con ver  
ningún modelo jus  
generadoras de nu  
formalistas weberian  
control del delegan  
división del trabajo  
admitir un grado c  
reglamentaria "exper  
de, entre otros, Davi  
o expertos, a los mag  
representadas por S  
carente de efectivida  
los administrados se

La doctrina brit  
administradores legi  
Atlántico, en el ámb

en forma fundamental de la  
los problemas y el tipo de  
resueltos por cuerpos plur  
<sup>85</sup> En Fallos: 313: 151  
da podría hallarse reflejada  
<sup>86</sup> FRUG, Gerald E., 7  
vol 97, (April 1984) p. 1277  
<sup>87</sup> LANDIS, James IV  
1938, esp. p.25: "The dem  
creation of authorities limiti  
conclude to undertake".  
<sup>88</sup> DAVIS Y PIERCE, .  
<sup>89</sup> STEWART, Richar  
Law Review, vol. 88 (June  
discretion by expanding pe  
considerations of all affect

<sup>89</sup> Ampliar en CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. II, p. 309; MURATORIO, Jorge, *La Regulación Constitucional de los Servicios Públicos en la Reforma de 1994*, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 135.

<sup>90</sup> BEKER, Víctor A. Y MOCHÓN, Francisco, *Economía*, 1a ed. en español, McGraw 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, p. 48 y p. 66, nota 1; SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economics*, 15<sup>th</sup> ed., Mc Graw Hill, New York, 1995, p. 31.

<sup>91</sup> Al así reflexionar tenemos presente el caso conocido como "State Farm", caratulado 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 *air-bags*.

<sup>92</sup> Se han propuesto dos preguntas iniciales para analizar toda delegación: 1. cuál es el estándar establecido en la ley, si es que lo hay; 2. 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*, 3<sup>rd</sup> ed., Matthew Bender, New York, 1997, p. 41.

<sup>93</sup> Ampliar en COMADIRA, *Derecho...* cit., p. 262.

<sup>94</sup> El argumento de la eficacia, entre nosotros, aparece nítidamente en el precedente "Peralta", Fallos: 313: 1513, cons. 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

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>95</sup>.

En cuanto a la "especialidad" del emisor -no elegido democráticamente- del reglamento, el principal agravio formulado es que: a) el administrado observador tiene dificultades para comprender las bases sobre las que se formula la opinión experta; además b) 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 verdadero énfasis<sup>96</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>97</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>98</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>99</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.

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

en forma fundamental de la celeridad". Finalmente, en el cons. 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>95</sup> En Fallos: 313: 1513, cit., la maximización de la utilidad esperada con la medida impugnada podría hallarse reflejada en los objetivos del Banco Central enunciados en el cons. 50.

<sup>96</sup> FRUG, Gerald E., *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, en *Harvard Law Review*, vol. 97, (April 1984) p. 1277 y ss., esp. ps 1318/1322 y 1331/1334.

<sup>97</sup> LANDIS, James M., *The Administrative Process*, Yale University Press, New Haven, 1938, esp. 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>98</sup> DAVIS Y PIERCE, *Administrative...* cit., vol. I, p. 27 y ss.

<sup>99</sup> STEWART, Richard B., *The Reformation of American Administrative Law*, en *Harvard Law Review*, vol. 88 (June 1975), p.1790: "[T]he 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".

cuenta la preclara opinión de Finer<sup>100</sup> a principios de la década del '60, así como los estudios de autores más modernos como Galligan<sup>101</sup> y Baldwin<sup>102</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 veinte, Finer<sup>103</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 problema 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>104</sup> reconoce que la noción de participación democrática conlleva la de procedimiento debido, previo al dictado del reglamento<sup>105</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 haber sido<sup>106</sup>; de igual manera, el nivel de especialidad o know-how del funcionario que dicta el reglamento no permite que el administrado vislumbre cuanto 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

<sup>100</sup> FINER, Herman, *The Major Governments of Modern Europe*, Methuen & Co. Ltd., Londres, 1960, p. 3.

<sup>101</sup> GALLIGAN, D. J., *Due Process and Fair Procedures - A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 454 y ss.

<sup>102</sup> BALDWIN, *Rules...* cit., p. 41 y ss.

<sup>103</sup> FINER, *The Major...* cit., p. 3.

<sup>104</sup> GALLIGAN, *Due Process...* cit., p. 454 y ss.

<sup>105</sup> En similar sentido, entre nosotros, véase MONTI, *El Poder...* cit., p. 15.

<sup>106</sup> BALDWIN, *Rules...* cit., p. 45.

razones para la medida; idea de que el control de las cuales se dicta la medida afectar la eficiencia de la reglamentación que con razón de tenerse que contrarias a la medida y a la medida por parte de ab-initio.

**La doctrina nac** relativas al problema Administración en una soslayarse la opinión ius la cuestión con innega reconocía que la prác facultades "normativas una legitimidad subjetiv de otros órganos, en e con el Presidente en si fenómeno es identific funcional" de la soberz según Nino, contrasta corporizados en su poc delegados y reglamentos de las facultades es tam con la postura antes e reglamentado.

**Nuestra opinión:** originadas en ambos lad obligan a intentar una descriptas en la relación especialidad o de celerid: que el primero le delega

<sup>107</sup> NINO, Carlos Santiagu *Jurídico y Politológico de la Pr*

<sup>108</sup> NINO, *Fundamentos...*

<sup>109</sup> Ampliar, también, en NI

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 halla descontada ab-initio.

**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>107</sup>, quien analizara la cuestión con innegable realismo, con un sentido de la Realpolitik. Él reconocía que la 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>108</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 admitido por Negretto<sup>109</sup>, y se complementa con la postura antes expuesta relativa a la "ampliación" del horizonte reglamentado.

**Nuestra opinión:** 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 descriptas 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

<sup>107</sup> NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional - Análisis Filosófico, Jurídico y Político de la Práctica Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 588 y ss.

<sup>108</sup> NINO, *Fundamentos...* cit., p. 589.

<sup>109</sup> Ampliar, también, en NEGRETTO, *El Problema...* cit., ps. 40/41.

de la facultad dentro de aquellas limitaciones, ya a la luz de las facultades legislativas que el segundo ejerce por sí, sin delegación previa.

Con base en 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 autonomasia 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>110</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.

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, aún 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 alargua, y la subordinación jerárquica se atenúa o para transformarse en control de alzada, menor aun será la legitimidad del productor de las normas de alcance general.

<sup>110</sup> BARRA, "Tratado..." cit., p. 307.

De cara a estas :  
 ámbito de la Admin  
 comenzando con el ó  
 legitimidad reglamen  
 grado toda vez que e  
 electoral. Los órganc  
 Presidencia -Jefatura  
 de ellos dependen- r  
 grado de legitimidad  
 Empero, debe efectua  
 posee facultades reg  
 Nacional<sup>112</sup>. El Cons  
 reglamentos necesari  
 100 C.N.; y b) [para eje  
 Estas facultades regl  
 democrática compara  
 Secretarios -pero mer  
 jerárquicamente<sup>113</sup>- pu  
 otorgara. Esta situació  
 si bien luego de la r  
 constitucional<sup>114</sup>. Fin  
 jerárquico y dentro  
 aparentemente desp  
 competencia para dict  
 en razones de "especi  
 reguladores de los ser  
 suficiente para el ejerci  
 que constituyen entes  
 creadoras los invisten  
 agudo realismo, Gordi

<sup>111</sup> Según CASSAGNE, Jefe de Gabinete se encuentra en una relación jerárquica entre ambos.

<sup>112</sup> Véase el análisis de I. Delegados en la Reforma Constitucional - Obra Colectiva en Buenos Aires, 1998, p. 971 y

<sup>113</sup> El Jefe de Gabinete es un órgano de la Constitución Nacional.

<sup>114</sup> Capítulo Cuarto de la Constitución Nacional.

de las facultades  
previa.

de intento de  
de la legitimidad  
ministración para  
desde el punto de  
o órgano -titular  
gido -al igual que  
ma directa por el  
osee legitimidad  
que ostentan los  
ia de la voluntad

ea el cuerpo que  
so deliberativo y  
; creemos que  
tivo sea el cuerpo  
ja de un proceso  
emocrática de la

el Poder Ejecutivo  
an elevado como  
do en el que las  
a la del órgano  
que poseen similar  
con posterioridad  
ción directa del  
ngreso determina  
líneas generales,

de organización  
natices, a medida  
ción jerárquica se  
enor aun será la  
eral.

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>111</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>112</sup>. El Constituyente lo investió de la facultad de expedir los reglamentos necesarios: a) para ejercer las facultades que le atribuye el art. 100 C.N.; y b) [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>113</sup>- puesto que es el Constituyente mismo el que se 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>114</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

<sup>111</sup> Según CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. I, 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>112</sup> Véase el análisis de PERRINO, PABLO E., *Algunas Reflexiones sobre los Reglamentos Delegados en la Reforma Constitucional*, en CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Administrativo - Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 971 y ss., esp. 971, n. 1.

<sup>113</sup> El Jefe de Gabinete recibe "delegaciones" del Presidente en el art. 100 incs. 2 y 4 de la Constitución Nacional.

<sup>114</sup> Capítulo Cuarto de la Sección Segunda del Título Primero, de la Segunda Parte de la Constitución Nacional.

de dichos entes, que "no puede concebirse un ente regulatorio que no regule"<sup>115</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 de 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: a) la exigibilidad de motivación de la decisión de carácter general corporizada en el reglamento; b) la implementación de modos de participación ciudadana, activa o pasiva, en la elaboración del reglamento<sup>116</sup>.

Son estas dos técnicas que pueden contribuir ulteriormente a una mejor calibración de la revisión judicial, en el marco de las modulaciones propias de cada supuesto: en el primero, especialmente de cara a la información que el cumplimiento de aquel recaudo asegurará al juzgador a los fines de la revisión; en el segundo supuesto, en relación al grado de enmienda, del déficit de legitimidad democrática de la medida, que se concrete mediante alguna clase de participación previa en los supuestos que la ley específica aplicable prevea. Repasaremos ahora las dos técnicas señaladas.

<sup>115</sup> GORDILLO, Agustín, *Las Facultades Normativas de los Entes Reguladores*, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 212, p. 120/121, comentando la sentencia de la CNACAF, Sala I, "Edenor c/ Estado Nacional", publicada en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 210, p. 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 SOSA WAGNER, Francisco (COORD.), *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI - Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 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 a la noción de autoridad independiente (...) La consecuencia de [l] 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".

<sup>116</sup> Sobre el tratamiento de ambos aspectos, en tanto conjugados, véase MONTI, *El Poder...* cit., p. 17.

#### IV. El reglam

La cuestión entendidos éstos, comunidad admir de justificación; b la eventual revisi sumarse d) la exist y nacional que pr requisito. Veamos

#### *Decisión, re*

pensamiento rac extranjera ha se Administración y j impacto en la soci de Aarnio<sup>118</sup> y Res Administración u decisiones toda ve decisiones dotada de índole retrosp adopta la decisí segundo, las decis bien en forma 1 consecuencias co obtenida, o se t hipotéticas<sup>122</sup>. Est conveniencia de que, al justificarla

<sup>117</sup> "Justificar alg La Democracia Liberal

<sup>118</sup> AARNIO, Auli Publishing Co., Kanga Estudios Constituciona Razón para la Acción e p. 215 y ss., acerca d Social Science Under l 1998, p. 331 y ss., esp

<sup>119</sup> RESNIK, Mich Press, Minneapolis, 19

<sup>120</sup> AARNIO, Lo l

<sup>121</sup> RESNIK, Cho

<sup>122</sup> RESNIK, Cho

#### IV. El reglamento y su motivación.

La cuestión de la necesidad de motivación de los reglamentos entendidos éstos, en última instancia, como decisiones que impactan en la comunidad administrada, puede ser avalada por razones de: a) necesidad de justificación; b) necesidad de simetría de información a los efectos de la eventual revisión judicial; c) debido proceso; a estos factores puede sumarse d) la existencia de legislación, doctrina y jurisprudencia extranjera y nacional que propicia la procedencia de la exigibilidad del mencionado requisito. Veamos.

**Decisión, racionalidad, justificación.** Desde el punto de vista del pensamiento racional, la doctrina iusfilosófica tanto nacional como extranjera ha señalado la relación entre decisión emanada de la Administración y justificación<sup>117</sup>, máxime cuando se trata de actos de amplio impacto en la sociedad. En este sentido es inevitable la remisión a la opinión de Aarnio<sup>118</sup> y Resnik<sup>119</sup>. Para el primero, hoy en día existe en cabeza de la Administración una responsabilidad: la de brindar la justificación de las decisiones toda vez que "en una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones"<sup>120</sup>. Esta afirmación, de índole retrospectiva desde el punto de vista del momento en que se adopta la decisión, implica brindar las razones que la fundan. Para el segundo, las decisiones se pueden adoptar de manera correcta (right), o bien en forma racional (rational)<sup>121</sup>, según se tomen en cuenta las consecuencias conocidas o cognoscibles en función de la información obtenida, o se tomen en cuenta aún las consecuencias probables o hipotéticas<sup>122</sup>. Esta afirmación, de índole prospectiva, también abona la conveniencia de dar razones por la decisión, generando la necesidad de que, al justificarla, el emisor considere todas aquellas consecuencias.

<sup>117</sup> "Justificar algo se relaciona con dar razones en su favor", señala FARRELL, Martín D., *La Democracia Liberal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 13.

<sup>118</sup> AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable - A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Co., Kangerasala, 1987; del mismo autor, *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1971. Véase, asimismo, REDONDO, Cristina, *La Noción de Razón para la Acción en el Análisis Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 215 y ss., acerca de la justificación jurídica y las razones para la acción; y BUNGE, Mario, *Social Science Under Debate: A Philosophical Perspective*, University of Toronto Press, Toronto, 1998, p. 331 y ss., esp. p. 332 y ss. para la justificación de las decisiones generales.

<sup>119</sup> RESNIK, Michael, *Choices - An Introduction to Decision Theory*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

<sup>120</sup> AARNIO, *Lo Racional...*, cit., p. 28 y sgte.

<sup>121</sup> RESNIK, *Choices...*, cit., p. 12.

<sup>122</sup> RESNIK, *Choices...*, cit., p. 12.

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>123</sup>. Si la justificación implica certeza jurídica, su ausencia implica arbitrariedad; como sostuviera Sánchez Agesta<sup>124</sup>, en una definición que receptara en Argentina Linares Quintana<sup>125</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>126</sup>.

En pos de una simetría en la 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 el caso, de que la información entre ellos sea perfecta<sup>127</sup>,

<sup>123</sup> AARNIO, *Lo Racional...* cit., p. 28 y sgte. Este principio se halla consagrado expresamente en la Constitución española, art. 9.3.

<sup>124</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de Teoría Política*, 6a ed. rev., Editorial Nacional, Madrid, 1976, p. 522.

<sup>125</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956, t. V, p. 189 y ss.

<sup>126</sup> La expresión "seguridad" podría llegar a rastrearse en MONTESQUIEU, BARÓN DE LA BRÉDE Y DE MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XII, cap. I, Claridad, Buenos Aires, 1971, 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: "(S)eguridad 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 (...)".

<sup>127</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

sino de que sea su para brindar las raz oportunidad en que como, por ejemplo, se integran las raz administrativa o -y- motivación suficien que se generen cos la justificación en e generará nuevos pl Por otro lado, la óp desincentiva su c reglamentaria del involucrados en la

Sin embargo, ejemplo, en el estric provee el regulado recién comienza el p de la toma de poses: ya se ha avanzado e mayor será la infor dicten<sup>129</sup>.

Asimismo, la in facilitará la revisión ilustrará al magistu condujeron a su di

procesar la información y esperada; agrega que el es "perfecta", lo que no s que interesa es que la ini

<sup>128</sup> Ha señalado Sá etapa de "información", l sobre la situación de hec sus consecuencias. El al autonomía, y, posterior acción administrativa, cor

<sup>129</sup> En igual sentido *Monopoly Regulation*, Dis Institute of Public Financi

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 mayores tiempos de litigiosidad<sup>128</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>129</sup>.

Asimismo, la información canalizada en la motivación del reglamento facilitará la revisión judicial del mismo en el caso que se plantee, pues ilustrará al magistrado sobre las razones de hecho y de derecho que condujeron a su dictado.

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>128</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 autonomía, y, posteriormente, el desarrollo y aplicación por medio de la reglamentación y la acción administrativa, conf. SÁNCHEZ AGESTA, *Principios...* cit., p. 441/442.

<sup>129</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.

La incidencia de la cláusula del 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 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 sede administrativa o judicial, de oficio o a pedido de parte, se reencuadrara 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. 3° C.N.-, la misma pueda justificarlo como decreto reglamentario o reglamento de ejecución -art. 99, inc. 2° C.N.<sup>130</sup>. La práctica irregular de dictado de reglamentos en ejercicio de las facultades que emanan de distintas normas habilitantes, vedada por el numeral 4.2.2. del Dto. 333/85<sup>131</sup>, parece sin embargo no poder ser vencida; tal el caso del Dto. 1570/01, que estableciera el corralito bancario, dictado con invocación de las facultades que emanan del art. 99, incs. 1°, 2° y 3°, C.N. Tal múltiple invocación, por otro lado, dificulta la revisión judicial de la medida.

La cuestión en 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>132</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

<sup>130</sup> En el precedente "Casime", Fallos: 324: 333, cons. 12 *in fine* de la disidencia del Dr. 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 decreto 1285/99 pese a llamarse de necesidad y urgencia no es tal, sino reglamentario en los términos del art. 99, inc. 2° de la Constitución".

<sup>131</sup> Dicho numeral establece: "Encuadre legal: En el último considerando se iniciará la norma jurídica por la cual el Poder Ejecutivo Nacional se encuentre facultado para adoptar la medida que se proponga".

<sup>132</sup> CASSESE, Sabino, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 9 ed., Garzanti, Torino, 1997, p. 330.

básicamente en el juicio expresamente aplicación del principio de adjudicación, no encabezada por el reglamento, se promulga el reglamento que desde Francia.

A nivel común: art. 253 del Tratado de Roma el 25 de marzo.

"Los reglamentos conjuntamente por las directivas y las decisiones deberán ser motivados de manera preceptivamente re-

A la luz de esta doctrina de motivación de los actos que no siempre se exige, a nivel formal.

También en materia de prescripciones de la

<sup>133</sup> CRAIG, P. P., *Actos de alcance particular: deber de dar razones e* respectivamente; véase, *European Justice*, en Cambridge L.

<sup>134</sup> GALLIGAN, *Due*

<sup>135</sup> FOSTER, *Natur*

<sup>136</sup> DEBBASCH, *Ins*

<sup>137</sup> La norma citada

y versiones consolidadas

ed., Civitas, Madrid, 1998,

<sup>138</sup> Según BIGNAN

*Rulemaking: A Call for Not*

vol 40, p. 451 y ss., esp. p.

E.C., la Corte exige que (i

*rationale*), pero no las anti

<sup>139</sup> Se emplea *Selec*

Paul, Minn., 1999, p. 8 y s:

Desde el punto de vista de la exigencia de que la medida puede ser fundada

la integración de la norma en el reglamento o, al menos, de las razones que justifican la medida. Se sabe con qué frecuencia se recurre a este tipo de justificación. Ello también puede ser motivo de impugnación de las atribuciones de los órganos que emiten el reglamento. En el ordenamiento jurídico de España, el artículo 133.3º C.N., la misma exigencia de motivación de los actos de ejecución de los reglamentos en materia de normas habilitantes, aunque sin embargo no se aplicara el corralito establecido en el artículo 99, por otro lado, dificulta la

labor de la doctrina jurídica de la exigibilidad de la medida. El planteamiento italiano de alcance general, que constituye razones justificadas en contra de las razones fundadas

de la disidencia del Dr. G. de la S. o internacional aprobado en rigor, el decreto 1285/99 y los términos del art. 99,

cuando se iniciará la norma para adoptar la medida que

anti, Torino, 1997, p. 330.

básicamente en el common law, autores como Craig<sup>133</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 adjudicación, no de rulemaking. Otro sector de la doctrina británica encabezada por Galligan<sup>134</sup>, acompañada por Foster<sup>135</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>136</sup> desde Francia.

A nivel comunitario europeo, cabe tener presente la prescripción del art. 253 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957<sup>137</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>138</sup>, esto es, a nivel formal.

También en los Estados Unidos, a nivel federal y según las prescripciones de la Administrative Procedure Act<sup>139</sup> o ley de procedimien-

<sup>133</sup> CRAIG, P. P., *Administrative Law*, 4th ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, 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, p. 429 y p. 364 respectivamente; véase, empero, del mismo autor, "The Common Law, Reasons and Administrative Justice", en *Cambridge Law Journal*, Cambridge (1994), vol. 53, p. 282 y ss.

<sup>134</sup> GALLIGAN, *Due Process...* cit., p. 460 y 471.

<sup>135</sup> FOSTER, "Natural Justice..." cit., p. 7.

<sup>136</sup> DEBBASCH, *Institutions...*, cit., t. 2, p. 265.

<sup>137</sup> La norma citada corresponde al antiguo artículo 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>138</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 Artículo 253 (ex Artículo 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>139</sup> Se emplea *Selected Federal and State Administrative and Regulatory Laws*, West, St. Paul, Minn., 1999, p. 8 y ss.

tos administrativos<sup>140</sup>, se halla consagrado el requisito de motivación de los reglamentos en la § 557 para los dictados en un procedimiento "formal" -procedimiento quasi-judicial que se emplea en contadas ocasiones por ser demasiado farragoso<sup>141</sup>- y en la § 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 (A) 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 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 a los fines de la ulterior revisión judicial.

El Derecho nacional: El análisis de la cuestión bajo examen, en el orden nacional puede ser enfocada desde el punto de vista de la doctrina y de 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

<sup>140</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.; y LERER, Silvio, "Democracia, Participación y Regulación Negociada (El "negotiated rulemaking" reg-neg en el derecho norteamericano)" en L.L. 1997-B, p. 1159 y ss., esp. p. 1166 y ss.

<sup>141</sup> Ampliar en LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3<sup>ra</sup> ed., American Bar Association, Chicago, 1998, p. 44.

diferenciado en estar sometidos al de ese régimen difiere la motivación com

Sin embargo, el reconocimiento de impide extenderle a (v.gr., elementos, n parcial por Gordillo los reglamentos y nulidades y vicios, c en su emisión"<sup>144</sup>, motivación pues "l son más difíciles disposiciones"<sup>145</sup>.

Para otro sector, el uso administrativo entre los constituci especie del género administrativo de : actos de alcance ge art. 7º, inc. e) de : motivados.

<sup>142</sup> CASSAGNE, D sistema de la Ley Nacion regímenes jurídicos distir pendencia de la fuente y rados, desde el punto de "Régimen Jurídico..." cit., administrativo difiere de la GARCÍA DE ENTERRÍA, vo, 10a. ed., Civitas, Mad

<sup>143</sup> CASSAGNE, De

<sup>144</sup> GORDILLO, Tra

<sup>145</sup> GORDILLO, Tra

<sup>146</sup> MARIENHOFF,

evidente la existencia de Los actos administrativos "reglamentos"(...) Los "reglame

<sup>147</sup> BIDART CAMPO

1967, t. II, p. 79, n. 9 in fi

<sup>148</sup> BARRA, La Poi

función administrativa, rej

diferenciado en materia de publicidad, extinción, impugnación, amén de estar sometidos al principio de inderogabilidad singular<sup>142</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>143</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>144</sup>, admitiéndose una mayor latitud en el requisito de motivación pues "los actos de alcance general, por su misma generalidad" son más difíciles de fundar concretamente en cada una de sus disposiciones<sup>145</sup>.

Para otro sector de la doctrina nacional -que incluye entre los iusadministrativistas a Marienhoff<sup>146</sup>, con la adhesión de Bidart Campos<sup>147</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>148</sup>, esto es, tendrán que ser motivados.

<sup>142</sup> CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, p. 55 y sgte.: "...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...*, 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, "Régimen Jurídico..." 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 y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10a. ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 183 y ss.

<sup>143</sup> CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, p. 55, n. 46.

<sup>144</sup> GORDILLO, *Tratado...*, cit., t. 3, p. IV-4.

<sup>145</sup> GORDILLO, *Tratado...*, cit., t. 3, p. IV-7.

<sup>146</sup> MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., t. II, p. 226/227: "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>147</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 79, n. 9 *in fine*.

<sup>148</sup> BARRA, *La Potestad...*, cit., p. 20: "si bien la potestad reglamentaria es parte de la función administrativa, representa una actividad creadora de normas generales que modifican el

En el ámbito de la doctrina iusadministrativista, la aclaración formulada por Cassagne<sup>149</sup>, y la postura de Marienhoff<sup>150</sup> y Barra<sup>151</sup> -cada una, por sus sólidos fundamentos- revelan un atractivo 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 Administración<sup>152</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>153</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

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. 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos: deberá ser (...) motivado". En igual sentido, DIEZ, *Reglamentos...* cit., p. 41.

<sup>149</sup> CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. II, p. 55, n. 46.

<sup>150</sup> MARIENHOFF, *Tratado...* cit., t. II, p. 226/227: "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>151</sup> BARRA, *La Potestad...* cit., p. 20.

<sup>152</sup> SESÍN, 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>153</sup> MONTI, *El Poder...* cit., 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. 1° inc f) de la ley 19.549, de aplicación supletoria a los procedimientos de audiencias públicas en los entes reguladores (conf. art. 2° inc. h del decreto 722/96)."]

hacia terceros<sup>154</sup>. En n gas, el valor de los fac que perciba la empre proyectan sobre los usu por el Ente "fund: normativamente que especiales deberán co jurídica imprescindible la LPA y el reglamento

Más allá de las di resulta de interés señal de la Corte Suprema . Apelaciones en lo Con este trabajo<sup>157</sup> - que evic del requisito de su mo LPA o de su art. 7° jurisprudenciales ilustr: en relación a los reg oportunitades por n considerandos<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> En general, acerca c AGUILAR VALDEZ, Oscar, *El mento...* cit., p. 433 y ss., esp.

<sup>155</sup> Art. 42, inc. 2) del Dto

<sup>156</sup> Art. 3° del Dto. 722/96

<sup>157</sup> Véase, de dicha Cám:

Dres. Garzón de Conte Grand, Cortés, Uslenghi, Gallegos Fer Coviello. En dicho plenario -que re "Alioto" el 8/10/98 en la cual f XII, sentencia cit.) concluyend: una manera concreta y precis: motivación"- se debatía la natu móvil de jubilaciones del Banco cías divergentes. Para analizat fácticos y jurídicos, la motivació amén de su razonabilidad, arrib elementos que integran la resol inválida". Todo ello, empero, sin

<sup>158</sup> "Levy", Fallos: 320:142 y cons. 9° del voto de la mayoría.

Dr. Vázquez; "Guída", Fallos: 3 Fallos: 322:3008, cons. 7° de la

<sup>159</sup> "Risolia de Ocampo", F

ativista, la aclaración roff<sup>150</sup> y Barra<sup>151</sup> -cada tractivo no puede ser a a lo que se espera en tar motivados, al igual parece haber hallado toria, para el universo así, se ha enfatizado la e impliquen el ejercicio ; igualmente, y para el ría dictados por dichos ñalado la conveniencia debe poscer de cara a

ñaladas, hay casos en a motivación de otros que irradian sus efectos

objetivos. Por pertenecer a la Administrativo. Pero, en cuanto rá distinto al que corresponde administrativo, los requisitos e Procedimientos Administratos... cit., p. 41.

in al derecho argentino, juzgo s", sino también "generales". illan expresión en los "regla de de actos administrativos".

ación. *Discrecionalidad en la nación Regulatoria, la Segu- la Industria del Gas, Buenos es la motivación una mera sino también es justificar la iempre fundada".*

o generada de otro modo la la necesidad de responder y os participantes, con el fin de s no debe consistir entonces ; de esa forma, no se habría no integrante del derecho al oceso adjetivo está expresa- supletoria a los procedimien- nc. h del decreto 722/96.)"]

hacia terceros<sup>154</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 "fundamente"<sup>155</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 LPA y el reglamento de procedimientos administrativos<sup>156</sup>.

Más allá de las distinciones doctrinarias 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>157</sup>- 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. 7° 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>158</sup>, ubicándosela en los considerandos<sup>159</sup>.

<sup>154</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...* cit., p. 433 y ss., esp. p. 469/472.

<sup>155</sup> Art. 42, inc. 2) del Dto. 1738/92 (B.O. 28/9/92).

<sup>156</sup> Art. 3° del Dto. 722/96 (B.O. 8/7/96).

<sup>157</sup> Véase, de dicha Cámara, el plenario "Alioto", del 15/8/00, con mayoría suscripta por los Dres. Garzón de Conte Grand, Buján, Damarco, Mordegliá, Argento, Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi, Gallegos Fedriani y Otero; la minoría estuvo integrada por los Dres. Licht y Coviello. En dicho plenario -que adopta, en general el criterio esgrimido en la sentencia dictada in re "Alioto" el 8/10/98 en la cual la Sala II del fuero había analizado la motivación del acto (sección XII, sentencia cit.) 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. 7° inc. e) de la LPA.

<sup>158</sup> "Levy", Fallos: 320:1426, sección XI del dictamen del Procurador Dr. Oscar L. Fappiano, y cons. 9° del voto de la mayoría; "Baca Castex", Fallos: 323:1374, cons. 27 de la disidencia del Dr. Vázquez; "Guida", Fallos: 323:1566, cons. 5° y 6° del voto del Dr. Belluscio; "Fernández", Fallos: 322:3008, cons. 7° de la disidencia del Dr. Petracchi; entre otros.

<sup>159</sup> "Risolia de Ocampo", Fallos: 323: 1934, cons. 10 del voto del Dr. Boggiano.

Respecto de la exigibilidad del requisito -si bien sin mediar invocación expresa del recaudo del art. 7º, inc. e) de nuestra ley de procedimientos- 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>160</sup>, en el que se impugnaba la aplicación de un reglamento por el cual se impedía que se postulara, como aspirante a un profesorado, 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>161</sup>, la Corte falló en el sentido de que la exigencia de visión en ambos ojos no guardaba "relación de proporción"<sup>162</sup> con el objetivo de estudiar en el profesorado, señalando que las facultades discrecionales deben ser ejercidas con "razonabilidad"<sup>163</sup>. Puede válidamente deducirse que en el fallo citado se estaba aludiendo a la motivación puesto que el mismo precedente fue invocado -muchos años después- en las disidencias producidas en los casos "Goldemberg"<sup>164</sup> y "González Vilar"<sup>165</sup>, en los que se alegaba la falta de motivación de los actos de alcance particular allí impugnados.

La sana postura jurisprudencial reseñada adopta mayor nitidez en el precedente "Dessy"<sup>166</sup>, en el que se impugnaba una reglamentación penitenciaria<sup>167</sup> que permitía la censura de la correspondencia de los reos. En dicha sentencia se afirmó que el reglamento era inconstitucional por cuanto limitaba la garantía constitucional "sin apoyo en motivos concretos y suficientes"<sup>168</sup>, en aparente alusión a la causa; pero, además, en dicho fallo parece haberse analizado también si había motivación suficiente en

<sup>160</sup> "Almirón", Fallos: 305: 1489.

<sup>161</sup> "Almirón", Fallos: 305: 1489, dictamen del Procurador Dr. Mario Justo López, esp. p. 1493.

<sup>162</sup> "Almirón", Fallos: 305: 1489, cons. 6º.

<sup>163</sup> "Almirón", Fallos: 305: 1489, cons. 5º.

<sup>164</sup> "Goldemberg", Fallos: 322:3066, cons. 4º de la disidencia de los Dres. Moliné O'Connor y Fayt.

<sup>165</sup> "González Vilar", Fallos: 314:625, cons. 5º de la disidencia de los Dres. Levene y Moliné O'Connor.

<sup>166</sup> "Dessy", Fallos: 318:1894; comentado por GOLDENBERG, Isidoro H., *Un Fallo Ejemplificador de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Materia de Garantías Constitucionales*, en L.L. 1996-C, p. 312 y ss.

<sup>167</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>168</sup> "Dessy", Fallos: 318:1894, cons. 15 del voto concurrente de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano.

el reglamento, al afirmar de razones de seguridad señalándose que debí reglamentaria<sup>170</sup>.

También puede algunos planteos en l necesidad y urgencia. para justificar la medi (...) se limitan a sos misma] resulta "indis e insuficientes (...) cuestionados en el e circunstancias fácticas relativo a un decret considerandos del d necesidad ni de la ur

Finalmente, resj normativos de la e previsiones -como r los principios de " establecen el modo d ser aprobados mediar

<sup>169</sup> "Dessy", Fallos: 3 Boggiano.

<sup>170</sup> "Dessy", Fallos: 3 Boggiano

<sup>171</sup> "Verrocchi", Fallos del Dr. Petracchi. En similar decreto 770/96 sólo se ha forma perentoria una reform para justificar una situación ordinarios (...). Con similar voto del Dr. Boggiano.

<sup>172</sup> "Casime", Fallos: Vázquez; a la luz de esa af voto del Dr. Fayt: "el Pod asimismo, el cons. 7º del pr situación económico-social da, "situación a la que se r impugnados suponen un ej

<sup>173</sup> COMADIRA, Juri

<sup>174</sup> "Espacio", Fallos:

<sup>175</sup> "Martín", Fallos: 3

sin mediar invocación y de procedimientos-tarse el control de la ministración a dictar airón"<sup>161</sup>, en el que se ual se impedía que se en que carecía de vista el sentido de que el 1 cuenta al fijar tales el sentido de que la ción de proporción"<sup>162</sup> ndo que las facultades nabilidad"<sup>163</sup>. Puede estaba aludiendo a la vocado -muchos años os "Goldemberg"<sup>164</sup> y de motivación de los

ta mayor nitidez en el una reglamentación pondencia de los reos. a inconstitucional por en motivos concretos ero, además, en dicho otivación suficiente en

: Mario Justo López, esp. p.

de los Dres. Moliné O'Connor

de los Dres. Levene y Moliné

BERG, Isidoro H., *Un Fallo Materia de Garantías Consti-*

o N° 1266 del 24/1/79, modifi-

de los Dres. Fayt, Petracchi y

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>169</sup>, señalándose que debían escrutarse "los hechos antecedentes" de la norma reglamentaria<sup>170</sup>.

También puede detectarse el control judicial 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 medida; así, se afirmó que "[l]os considerandos del decreto (...) se limitan a sostener que "resulta imperativa" la [medida], y que [la misma] resulta "indispensable" (...) Estas afirmaciones resultan dogmáticas e insuficientes (...) Cabe concluir 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>171</sup>. En otro caso, también relativo a un decreto de necesidad y urgencia, se aseveró que "[l]os considerandos del decreto no suministran ninguna explicación, ni de la necesidad ni de la urgencia"<sup>172</sup>.

Finalmente, respecto de los actos de alcance general estrictamente normativos de la especie pliegos de condiciones generales<sup>173</sup>, cuyas previsiones -como recordaremos- constituyen un reglamento<sup>174</sup> sujeto a los principios de "publicidad, competencia e igualdad"<sup>175</sup>, en tanto establecen el modo de selección del contratista, se ha afirmado que deben ser aprobados mediante un acto "debidamente" fundado cuando impliquen

<sup>169</sup> "Dessy", Fallos: 318:1894, cons. 15 del voto concurrente de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano.

<sup>170</sup> "Dessy", Fallos: 318:1894, cons. 17 del voto concurrente de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano.

<sup>171</sup> "Verrocchi", Fallos: 322: 1726, cons. 10 del voto de la mayoría, cons. 18 *in fine* del voto del Dr. Petracchi. En similar sentido, cons. 7° del voto del Dr. Boggiano: "[E]n 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, "Risolia de Ocampo", Fallos: 323: 1934, cons. 7° del voto del Dr. Boggiano.

<sup>172</sup> "Casime", Fallos: 324: \_\_\_\_, del 20/2/01, cons. 8° de la disidencia de los Dres. Fayt y Vázquez; a la luz de esa afirmación podría leerse, en "Rodríguez", Fallos: 320:2851, cons. 20 del voto del Dr. Fayt: "el Poder Ejecutivo no logra demostrar la necesidad y urgencia". Véase, asimismo, el cons. 7° del precedente "Prattico", 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 decreto 89/58" los actos impugnados suponen un ejercicio válido del poder de policía.

<sup>173</sup> COMADIRA, Julio R., *La Licitación Pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 115 y ss.

<sup>174</sup> "Espacio", Fallos: 316:317, cons. 7° del voto de la mayoría.

<sup>175</sup> "Martín", Fallos: 315:2899, cons. 12 de la disidencia del Dr. Barra.

un apartamiento de la regla de la licitación pública máxime cuando tal fundamentación se halla prevista en la norma positiva<sup>176</sup>. Lo mismo ocurre cuando se opera un apartamiento de la licitación pública por mediar una situación de emergencia, lo cual requiere -a fin de aprobar la revisión judicial- "una adecuada motivación de los actos administrativos que determinaran la aplicación del régimen excepcional"<sup>177</sup>.

Conclusión parcial: De acuerdo a lo dicho, puede afirmarse que existiría una saludable tendencia jurisprudencial nacional -acorde con la doctrina- a controlar judicialmente 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 ostentarían un evidente déficit democrático a los efectos del ejercicio de la potestad reglamentaria ejercitada, como en el caso Dessy, citado. También aparece como frecuente, y encomiable, el control de la implementación del recaudo cuando se trata de reglamentos de necesidad y urgencia puesto que la preponderante finalidad de eficacia de la medida no puede desplazar la necesidad de su justificación, que incluirá la verificación de la concurrencia de los requisitos fácticos constitucionalmente establecidos (art. 99, inc. 3°).

La falta de invocación expresa del art. 7° de la ley de procedimientos no empaña esta saludable tendencia; antes bien, puede válidamente ser interpretada como independización -del texto legal- y fortalecimiento, del recaudo de "motivación" o de dar razones para la medida y, elípticamente, como una saludable consagración del recaudo general de "justificar" las decisiones, justificación que, a su vez, facilitará la revisión judicial de la medida.

La razón de ser de esta tendencia de la revisión en sede judicial 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 posibilidad de acceso a opinión especializada en la materia, la exigencia lo mismo se verificaría en razón

<sup>176</sup> "Servicios Empresarios Wallabies", Fallos: 323:1841, cons. 7°, con referencia a la legislación local salteña.

<sup>177</sup> "Ingeniería Omega S.A.", Fallos: 323: 1653, del 5/12/00, cons. 7° del voto de la mayoría, también publicada en E.D., 30/3/2001, ps. 13/14.

de que, al no constituirse aun dentro de los límites del Congreso.

## V. Reglamentos

Además de la existencia de la deficiencia que lo motivó a los fines de la adecuación por mandato del legislador, ciertos reglamentos, al tomar una decisión administrativa que subsana esa carencia, en casos que la ley prevea, en el momento en que la c...

Con anterioridad a la realización de audiencias públicas y de un ordenamiento se con respecto a los reglamentos; tal el que se prevé en el Procedimiento Administrativo de al...

"las iniciativas por su naturaleza así lo justifican a las personas o entes ajenos a la representación de...

Sin embargo, tal como se prevé en el art. 91<sup>179</sup>.

Régimen particular de referimos, entonces, en el caso de los reglamentos regulatorios de los sectores, que han sido consagrados en las leyes respectivas de entes r...

<sup>178</sup> Decreto 1759/72.

<sup>179</sup> B.O. 24/9/1991. *Sc Juridico...*, cit., p. 493/4.

<sup>180</sup> Ampliar en CASSAG, COMADIRA, *Derecho...* cit., p. 13/14. *Regulación Económica*, Abat...

pública máxime cuando tal positiva<sup>176</sup>. Lo mismo ocurre con la revisión pública por mediar una finalidad de aprobar la revisión de los actos administrativos que son "nacional"<sup>177</sup>.

En este sentido, puede afirmarse que el control nacional -acorde con la finalidad y suficiencia de la función del control del mismo, o del control del mismo, el emisor no es el órgano más adecuado para garantizar un evidente déficit de la potestad reglamentaria. Este déficit aparece como frecuente, especialmente cuando se trata del recaudo cuando se trata de un caso que la preponderante razón es desplazar la necesidad de su concurrencia de los requisitos del art. 99, inc. 3°).

En la ley de procedimientos administrativos, puede válidamente ser el fundamento legal y fortalecimiento, del control de la medida y, elípticamente, el fundamento general de "justificar" las acciones de la revisión judicial de la

revisión en sede judicial puede ser el "déficit" del órgano emisor, el Presidente -dentro de las facultades de haber sido elegido para la finalidad de acceso a opinión pública que se verificaría en razón

de que, al no constituir un órgano deliberativo ni colegiado, su legitimidad, aun dentro de los límites constitucionales, es de grado inferior a la del Congreso.

#### V. Reglamentos y audiencias públicas.

Además de la exigencia de motivación del reglamento como correctivo a la deficiencia que lo agobia -déficit de legitimidad democrática del emisor- a los fines de la adecuada calibración de la revisión judicial, la exigencia, por mandato del legislador, de una audiencia pública previa al dictado de ciertos reglamentos, o de otros medios de participación en la toma de decisión administrativa, también opera como correctivo tendiente a subsanar esa carencia. El cumplimiento de tal recaudo, a su vez, en los casos que la ley prevé expresamente, recrea modulaciones diversas al momento en que la decisión general es revisada por el magistrado.

Con anterioridad a la promulgación de las leyes que establecen audiencias públicas en diversos sectores regulados, en nuestro ordenamiento se conoció un modo de participación en la elaboración de reglamentos; tal el que establecía el antiguo art. 107 del Reglamento de Procedimientos Administrativos<sup>178</sup> al prever, en su Título IX sobre actos administrativos de alcance general y proyectos de leyes que:

"las iniciativas podrán ser sometidas a información pública cuando su naturaleza así lo justifique. Asimismo, podrá requerirse el parecer de personas o entes ajenos a la Administración, inclusive de los que ostenten la representación de intereses sectoriales".

Sin embargo, tal norma fue derogada por el art. 2° del decreto 1883/91<sup>179</sup>.

**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 autonomasía, los consagrados en las leyes 24.065 y 24.076- marcos en los que, a su vez, los respectivos entes reguladores<sup>180</sup> se hallan dotados de facultades

<sup>178</sup> Decreto 1759/72.

<sup>179</sup> B.O. 24/9/1991.

Sobre los arts. 103 a 107, derogados, véase USLENGHI, *Régimen Jurídico...*, cit., p. 493/4.

<sup>180</sup> Ampliar en CASSAGNE, *Derecho...* cit., t. I, p. 378 (aludiendo a poderes reglamentarios); COMADIRA, *Derecho...* cit., 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

341, cons. 7°, con referencia a la

100, cons. 7° del voto de la mayoría,

reglamentarias<sup>181</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>182</sup>, de regulación del instituto<sup>183</sup>.

De acuerdo a lo dicho, podría afirmarse que el legislador nacional<sup>184</sup> -

legislativa); FONROUGE, Máximo, *Las Audiencias Públicas, en Procedimiento Administrativo*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 312 y ss.

<sup>181</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 Regulatoria 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 indicado, 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>182</sup> Ley 6, el 5/3/98, modificada por ley 229 del 19/8/99 y por ley 533 del 30/11/00.

<sup>183</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 N° 6.

<sup>184</sup> En el ámbito nacional, se trata de la decisión del legislador congresional. en igual sentido, CASSAGNE, Juan Carlos, *La Participación Pública en el Control de los Servicios Públicos*, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Serie Edición Aniversario, Julio 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 HOFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, (trad. de GENARO CARRIO), 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 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. 7/8.

asablemente inspira  
making, que conll  
no menor grado,  
formal<sup>185</sup> - optó, p  
la participación  
incluyó supuestos de  
para en los se  
lidad luego ado  
como vimos.

Nuevamente se  
nacional -y  
la participación p  
se ha dicho que  
transparencia<sup>187</sup> exteri  
flexibilización qu  
consenso de la opini

En el voto del l  
nítidamente  
participación previa:  
de actos de alcance  
beneficio  
portadores de interes  
oportunidad de reali  
políticas y sociales de  
construir una futura

<sup>185</sup> Ampliar en MAIRA

<sup>186</sup> Ampliar en CASS,

<sup>187</sup> CASSAGNE, La P

cional - Los Procedimie

<sup>188</sup> CASSAGNE, La l

<sup>189</sup> GORDILLO, Agus

regimen de la Administrac

<sup>190</sup> CNACAF, Sala IV,

aciones s/ amparo ley 1-

pública previo a decidir ac

Corte Suprema, Fallos: 327

<sup>191</sup> En igual sentido, y

de *Procedimiento Adminis*

laboración de disposicion

opinion de los administrad

tanías a los fines que se p

os Aires -art. 63 de la  
ivo, al Poder Legislativo  
onvocatoria a audiencia  
va el número 6<sup>182</sup>, de

legislador nacional<sup>184</sup> -

*Procedimiento Administrativo*,  
2 y ss.

s públicas en sectores que no  
ue podría categorizarse como  
.018 de régimen de gestión de  
i Nacional de Energía Atómica  
a disposición final de residuos  
arán ser aprobadas previamen-  
tudad de Buenos Aires, según  
ue a tal fin, deberán realizarse  
tendrán una descripción de la  
la misma pueda causar en el  
tar o minimizar los riesgos y/o  
gos y beneficios del proyecto,  
ción no menor a diez (10) días  
nación pertinente vinculada al

prescribe en su art. 38 que "el  
nvocatoria a audiencia pública  
ones".

or ley 533 del 30/11/00.

para el tratamiento del pliego -  
jueces, juezas o miembros del  
mpugnaciones a los candidatos  
1 la Ley de Audiencias Públicas

or congresional. en igual sentido,  
l de los Servicios Públicos, en  
Edición Aniversario, Julio 1999,  
luz de la letra del art. 42 de la  
o" -o un *claim-right* en sentido

, ampliar en HOHFELD, Wesley  
(RÍO), Centro Editor de América,  
esis hohfeldiana de la siguiente  
derechos pueden ser reducidas  
chos hohfeldianos: *claim-right* o  
A su vez, afirmar un derecho  
(*relation*) entre una persona, la  
FINNIS, John, *Natural Law and*  
tica pero clara explicación de lo  
Proliferation of Rights - Moral  
ps. 718.

posiblemente inspirado en el modelo legislativo norteamericano de rulemaking, que conlleva, en términos generales, participación previa de mayor o menor grado, se trate de su variante formal, escasamente empleada, o informal<sup>185</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 en los sectores regulados del gas y de la energía eléctrica<sup>186</sup>, modalidad luego adoptada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, como vimos.

Nuevamente sobre la legitimidad democrática: 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>187</sup> externa a las decisiones de los entes reguladores, y se provee una flexibilización que desplaza el autoritarismo<sup>188</sup>; además se coadyuva al consenso de la opinión pública.

En el voto del Dr. Uslenghi en el caso "Youssefian"<sup>190</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>191</sup>.

<sup>185</sup> Ampliar en MAIRAL, *Control...* cit., t. I, p. 38 y ss.; TAWIL, *Administración...* cit., t. I, p. 198 y ss.

<sup>186</sup> Ampliar en CASSAGNE, *La Participación...*, cit., p. 6.

<sup>187</sup> CASSAGNE, *La Participación...*, cit., p. 6; GUSMAN, Alfredo S., *La Reestructuración Tarifaria Telefónica - Los Procedimientos de Audiencia e Información Pública*, en L.L. 1997-C, p. 1391.

<sup>188</sup> CASSAGNE, *La Participación...*, cit., p. 6.

<sup>189</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.

<sup>190</sup> CNACAF, Sala IV, causa 22.776/97, "Youssefian, Martín c/ E.N. - Secretaría de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986", del 23/6/98. 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, Fallos: 323: 3083.

<sup>191</sup> En igual sentido, y más enfáticamente, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1991, 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!".

La aludida participación previa, en tanto expresamente prescripta en la ley<sup>192</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>193</sup>. Coincide en cuanto ese rol Saravia<sup>194</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". Ello, como veremos, incide directamente en la modulación de la revisión judicial.

Las opiniones vertidas convergen, a su vez con la de Lavilla Rubira<sup>195</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>196</sup>, que lo torne "democráticamente asimilable"<sup>197</sup>, tal que su aplicación se vea "notablemente facilitada"<sup>198</sup>.

<sup>192</sup> Acerca del recaudo de norma expresa que establezca el requisito de audiencia pública, véase CNACAF, Sala II, "Celadi", del 10/8/00, esp. cons. 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"; y CNACAF, Sala I, "Asociación Civil Cruzada Cívica", del 16/5/02, esp. cons. 8°, donde se afirma que "(...) [E]l objetivo es no predeterminar un sólo 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 in re "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 10/8/2000. Ver además sobre este tema cfr.: BLOCH, Denise: *Procedimientos de participación de los usuarios en la regulación de los servicios públicos*, en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, marzo 2000, N.º 258, pp. 71-93". En forma concordante, CASSAGNE, *La Participación...*, cit., p. 6.

<sup>193</sup> GORDILLO, *Tratado...* cit., t. 2, p. XI-9; con similar temperamento, GORDILLO, Agustín, *Participation in Latin America*, Vantage Press, New York, 1982, esp. p. 34. Véase, asimismo, BUGALLO OLANO, Daniel J. y GARCÍA BLANCO, Mariano, *Audiencia Pública*, en *Actualidad en el Derecho Público*, Ad Hoc, Buenos Aires, sept.-dic. 1998, p. 228. Para la "funcionalidad legitimadora" en el específico campo de las audiencias públicas de la Resolución 247/00 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, véase ÁLVAREZ, César, *La Democratización de la Justicia*, en L.L. Actualidad, 31/10/00, p. 1.

<sup>194</sup> SARAVIDA, Luis Adolfo, MARTÍNEZ, Pablo C. Y ALBERGOLI DE GUSMAN, Dolly, *Las Audiencias Públicas en los Servicios Públicos Privatizados*, en L.L. Actualidad, 19/5/94, p. 3.

<sup>195</sup> LAVILLA RUBIRA, *La Participación...* cit., p. 103 y ss.

<sup>196</sup> LAVILLA RUBIRA, *La Participación...* cit., p. 103.

<sup>197</sup> LAVILLA RUBIRA, *La Participación...* cit., p. 104.

<sup>198</sup> LAVILLA RUBIRA, *La Participación...* cit., p. 109.

Este enfoque, centrado en desplazar consideraciones prevalecientes la eficacia participativa, encarána

En el ámbito de las conformadas las Oficinas también a favor del interés de las audiencias públicas cuando son previas al dictado de la denominada "legitimada" foro, opiniones tan relevantes para la Administración, de hecho legislativo, debería, de la cuestión inmediata es, Los problemas conceptuales tales consultas no de señala<sup>202</sup>: a) la participación procedimiento participativo de que un grupo puede sector<sup>204</sup>; d) el hecho participación no es consecuencia de la obtención de la coinciden con las opciones especial por Cassagne en cuanto al aparente

<sup>199</sup> Deben señalarse, e *Due Process...* cit., ps. 491, de CRAIG, P. P., *Administración* p. 52.

<sup>201</sup> CRAIG, *Administración*

<sup>202</sup> CRAIG, *Administración*

<sup>203</sup> En igual sentido, *Regulatory Reform*, AEI-Brochure 26.

<sup>204</sup> CRAIG, *Administración* véase FONROUGE, *Las Audiencias*

<sup>205</sup> CRAIG, *Administración*

<sup>206</sup> CASSAGNE, *Juar* 1996-C, p. 1122, esp. p. 113



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.

Nuestra opinión. Efectos sobre la revisión judicial: Creemos que el proceso político participativo -consagrado mediante una audiencia pública u otro mecanismo participativo similar tendiente a aquel fin<sup>217</sup>- que coadyuva a proveer legitimidad democrática a la medida que eventualmente se dicte, no puede desdibujar los requerimientos de especialidad y tiempo propio de la actuación de la Administración, en especial, del ente regulador. Ello, en virtud de tres circunstancias que no podemos dejar de lado:

Por un lado, los derechos de participación -en audiencia pública o en otro procedimiento participativo- requieren ser ejercitados con suficiente igualdad de oportunidad<sup>218</sup> por parte de los concurrentes, y ésta no siempre se encuentra a juego con las exigencias de especialidad de ciertas decisiones, en especial 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 de que reglamento sea dictado mediando captura del emisor o de los participantes. De concretarse tal irregularidad, se otorga legitimidad a una decisión que no la merece<sup>219</sup>.

Desde el punto de vista de la eficiencia, podemos efectuar dos reflexiones. En primer lugar, 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

<sup>217</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.

<sup>218</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>219</sup> DOWD, Kevin, "Participation in Civil Society", en CAMPBELL, David Y DOUGLAS, Lewis, N, *Promoting Participation: Law or Politics?*, Cavendish, Londres, 1999, p. 31 y ss., esp. p. 40

de la medida una vez la participación previene el punto de vista económico.

Por ello, bien que la revisión judicial, si previa no debería merecer el que podría merecer prima facie, de una parte al segundo. Esta conclusión formuladas en el párrafo anterior.

La segunda reflexión muestra una postura propiciada -la adoptada mediante una audiencia pública- que es ineficiente someter a una revisión judicial tal la audiencia pública, amén del riesgo de una decisión aprobada en audiencia pública, que si bien es viceversa, que difícilmente se puede evitar de sus cauces reconstruirla.

Finalmente, desde el punto de vista de destacar la opinión pública, cuanto a que pueden ser derivados del hecho de que la audiencia pública es protagonistas de la medida, más eficaz, conforma una medida de consulta periódica de la posibilidad de capturar la opinión pública, igual que en aquel sistema de revisión judicial de la medida.

## VI. La interpretación

Ahora podemos analizar aquellos casos en los que la revisión judicial es necesaria.

<sup>220</sup> A todo evento, bien que se acarrean los clásicos costos de la revisión judicial.  
<sup>221</sup> SARMIENTO GARCÍA, Carlos, *La Revisión Judicial*, Buenos Aires, 1999, p. 289

ad democrática en el azar la sustancia, y, a ntos de especialidad - rativas.

icial: Creemos que el una audiencia pública el fin<sup>207</sup> - que coadyuva ventualmente se dicte, ad y tempo propio de rite regulador. Ello, en de lado:

audiencia pública o en citados con suficiente rtes, y ésta no siempre l de ciertas decisiones, lejidad técnica. En el "aría" la decisión a la ero no podría acarrear aquella desigualdad.

z, en punto al objetivo emo, el hecho de que o de los participantes. ad a una decisión que

odemos efectuar dos gitimada a través de la e en tanto aplicada, y ocedimiento participa- n 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>210</sup>.

Por ello, bien pueden 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.

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, tal la audiencia pública, y, simultáneamente, a aprobación parlamentaria; ello, amén del riesgo de resultados disímiles, v.gr., que la medida sea aprobada en audiencia pública y rechazada en sede parlamentaria, y viceversa, que dificultarían en extremo la labor de revisión judicial dentro de sus cauces reconocidos.

Finalmente, desde el punto de vista de la eficacia, nos podemos dejar de destacar la opinión de Cassagne, receptada por Sarmiento García<sup>211</sup>, en cuanto a que pueden detectarse inconvenientes en las audiencias públicas derivados del hecho de que "se infiltren otros intereses ajenos a los protagonistas de la regulación económica", escena ante la cual se torna más eficaz, conforma la opinión citada, la implementación de mecanismos de consulta periódica. Lo dicho torna aplicable lo expresado en punto a la posibilidad de captura, y constituye un elemento crucial a considerar -al igual que en aquel supuesto- cuando arriba el momento de la revisión judicial de la medida.

## VI. La interpretación de la jurisprudencia.

Ahora podemos efectuar un breve repaso de la jurisprudencia en aquellos casos en los que se halla involucrada, en forma conjunta, la

<sup>210</sup> A todo evento, bien podría justificarse la mecánica descrita en tanto los costos acarreados son los clásicos costos involucrados en todo proceso democrático.

<sup>211</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 289.

temática antes expuesta -reglamentos, motivación, audiencia pública- a los fines de su revisión judicial.

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 U.S.Code §557(c)(3)(A) y §553(c) respectivamente), y b) la participación previa en esos dos procedimientos (5 U.S.Code §553(c) y 5 USC §553(b))- ha establecido, además, y entre otros, dos requisitos mínimos adicionales<sup>212</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>213</sup> fallado por la Corte norteamericana en 1967, en cuanto a que se permite la revisión judicial casi generalizada de los reglamentos antes de que sean aplicados (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, Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>214</sup>, que mencionamos en la sección IV de este trabajo. 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>215</sup>. Nehl<sup>216</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 particularidades 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 inte  
diligencia así como e  
relevancia en orden a  
derechos e intereses j  
excluye consideracione  
tico" o de obtención c  
aludida tutela o protec

En cuanto a la ju  
contenido no patrimon  
reglamentaria de eve  
Montserrat<sup>218</sup> -en el c  
otorgaba carácter mixto  
al que la Corte Suprem  
los apelantes "no basta  
acto atacado"<sup>219</sup>, siendo  
había sostenido que aq  
y antecedentes que le  
fundamentos expueste  
había sido dictada prev  
educativa a opinar, cor  
consideradas"<sup>221</sup>.

En casos en los q  
no patrimonial y regl  
"Almirón"<sup>222</sup> y "Des  
importancia a la cuesti  
caso<sup>225</sup>, tal como vin

<sup>217</sup> NEHL, *Principales...*

<sup>218</sup> "Cristina González de  
2659.

<sup>219</sup> "Cristina González de  
2659, esp. p. 2671.

<sup>220</sup> "Cristina González de  
2659, esp. p. 2668.

<sup>221</sup> "Cristina González de  
2659, esp. p. 2667.

<sup>222</sup> "Almirón", Fallos: 304

<sup>223</sup> "Dessy", Fallos: 318;

<sup>224</sup> "Almirón", Fallos: 30  
1493.

<sup>225</sup> "Dessy", Fallos: 318;  
Boggiano.

<sup>212</sup> DAVIS Y PIERCE, *Administrative...* cit., vol. I, p. 312, y jurisprudencia por allí citada, ps. 308/320.

<sup>213</sup> *Abbot Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 158 (1967).

<sup>214</sup> Antigua artículo 190; conf. *Tratado de Amsterdam...* cit., p. 350.

<sup>215</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>216</sup> NEHL, *Principales...* cit., p. 123.

audiencia pública- a

que la norma positiva  
to give reasons) del  
mal", (5 U.S.Code  
participación previa en  
5 USC §553(b))- ha  
ánimos adicionales<sup>212</sup>;

la declaración de  
ción expresa de los  
Estas exigencias se  
caso Abbott<sup>213</sup> fallado  
se permite la revisión  
le que sean aplicados

ibio, se efectúa una  
l art. 253 del Tratado  
vo de la Comunidad  
ste trabajo. En efecto,  
participación intensa"  
" a la Administración  
s de hecho y derecho  
Nehl<sup>216</sup> afirma que la  
e, por haber mediado  
cientos conocimientos  
caso tal que pueden  
nte los tribunales. El  
ación jurisprudencial  
la se concretó con un

prudencia por allí citada, ps.

350.  
Koyo Seiko v. Council [1995]  
Commission [1994] ECR II-  
gerier i Danmark and Others  
L. Hanns Peter, *Principles of*  
p. 123.

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>217</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>218</sup> -en el cual se hallaba 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>219</sup>, siendo que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba había sostenido que aquélla 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>220</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>221</sup>.

En casos en los que se hallaban involucrados derechos de contenido no patrimonial y reglamentaciones de restringido alcance -precedentes "Almirón"<sup>222</sup> y "Dessy"<sup>223</sup>, a título de ejemplo- se otorgó especial importancia a la cuestión de la motivación de la medida, en uno<sup>224</sup> y otro caso<sup>225</sup>, tal como vimos, pero no se aludió a la participación en la

<sup>217</sup> NEHL, *Principales...* cit., p. 124.

<sup>218</sup> "Cristina González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 323: 2659.

<sup>219</sup> "Cristina González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 323: 2659, esp. p. 2671.

<sup>220</sup> "Cristina González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 323: 2659, esp. p. 2668.

<sup>221</sup> "Cristina González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba", Fallos: 323: 2659, esp. p. 2667.

<sup>222</sup> "Almirón", Fallos: 305: 1489.

<sup>223</sup> "Dessy", Fallos: 318:1894.

<sup>224</sup> "Almirón", Fallos: 305: 1489, dictamen del Procurador Dr. Mario Justo López, esp. p. 1493.

<sup>225</sup> "Dessy", Fallos: 318:1894, cons. 15 del voto concurrente de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano.

elaboración de dichas medidas; de hecho, en el primero, se trataba de una resolución ministerial del año 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>226</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>227</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>228</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>229</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>230</sup>.

Finalmente, respecto a los derechos de contenido patrimonial, hallándose en juego reglamentaciones de alcance restringido, en el caso "Alioto"<sup>231</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.

### VII. Adecuado alcance de la revisión judicial.

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-, fecundo<sup>232</sup>

<sup>226</sup> "Prodelco c/ P.E.N.", Fallos: 321: 1252.

<sup>227</sup> "Prodelco c/ P.E.N.", Fallos: 321: 1252, esp. cons. 13.

<sup>228</sup> "Prodelco c/ P.E.N.", Fallos: 321: 1252, esp. cons. 14.

<sup>229</sup> "Prodelco c/ P.E.N.", Fallos: 321: 1252, esp. cons. 14.

<sup>230</sup> "Prodelco c/ P.E.N.", Fallos: 321: 1252, esp. cons. 16.

<sup>231</sup> CNACAF, en pleno, 15/8/00.

<sup>232</sup> Cuando estaba vigente la anterior Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958, González Pérez expresaba que, en relación al dictado de disposiciones de carácter general, la ley trataba de "frenar en lo posible el alegre ejercicio de la potestad reglamentaria,

fenómeno que ofrece un carácter democrático de los procedimientos democráticos sobre el Estado. En dicha materia, en la toma de decisiones, los distintos legisladores o

Las herramientas utilizadas para la toma de decisiones por vía legislativa, en virtud de la exigencia de motivación prevista por medio de la ley, a ese fin en la etapa de calibración de una adecuada calibración

Una interpretación técnica propicia la interpretación del reglamento y su contenido

a) Si bien se ha establecido que en ciertos reglamentos se han utilizado las nociones de este concepto de potestad

b) En relación con el momento en que se ha verificado la misma, se subsana la falta de celeridad aludida

c) Frente a aquélla la severidad del escrutinio de aquellos casos en los que se participa legislativamente por participación, menciona la severidad. Tal distinción de los participantes

imponiendo una serie de requisitos cuyo punto es legal y oportuno. cit., p. 1181.

), se trataba de una  
lo, de una medida

cional, hallándose  
delco<sup>226</sup>, en el que  
ia pública previo al  
ción expresa de las  
ción a esta última,  
ma pormenorizada,  
"se efectuó en los  
objecciones de orden  
stante ello, luego de  
considerandos del  
denamiento vigente  
nsideración de los  
e ello implicaría la  
lo en que "el decreto  
adopta, que atribuye  
general<sup>230</sup>".

enido patrimonial,  
stringido, en el caso  
e motivación para la  
esa litis alegaciones  
adida.

I.

reglamentarias en el  
rganos y entes de la  
etencia-, fecundo<sup>232</sup>

fenómeno que ofrece el mundo administrativo actual, el problema del déficit democrático de dichos órganos y entes emerge desafiando los 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, y la participación -legislativamente prevista- por medio de audiencias públicas u otros mecanismos tendientes a ese fin en la etapa de elaboración. Dichas técnicas contribuyen a una adecuada calibración de la revisión judicial del reglamento.

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 armonizado 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 aquella se opera dentro del ámbito no gobernado por los principios de especialidad y celeridad aludidos.

c) 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.

Administrativo española de disposiciones de carácter la potestad reglamentaria,

imponiendo una serie de trámites que obliguen a nuestro órganos administrativos a meditar hasta que punto es legal y oportuna la disposición que tratan de dictar", GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios*, cit., p. 1181.

d) Por último, y a los fines de superar el escrutinio judicial respectivo, la verificación de participación antes del 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. Ello implica que debe, además, cumplir con el deber de hacerse cargo, suficiente, oportuna y razonadamente, de las objeciones formuladas y alternativas propuestas, en la etapa participativa. Ello, en pos del éxito en el aludido escrutinio.

### VIII. Conclusiones.

El ejercicio de facultades reglamentarias<sup>233</sup> por parte de los diversos órganos y entes que conforman la Administración en sentido amplio produce una cotidiana "lluvia" de reglamentos, que -oportunamente- podrán ser objeto de revisión judicial, posibilidad que, reunidos los recaudos necesarios, es propia de todo Estado de derecho.

Ante tal fenómeno, el cumplimiento del recaudo de motivación de la medida general facilita la labor del magistrado que deba revisarlo, ante la información que a éste le provea y ante la exposición de las razones de hecho y de derecho que lo sustenten, que se vinculan con el derecho al debido proceso. Por su parte, la participación previa prevista en las leyes para el dictado de ciertos reglamentos los dota de una cuota de legitimidad que, sin reemplazar la labor legislativa, coopera en la compensación del déficit de legitimidad democrática de que pueden adolecer especialmente cuando emanan de los órganos inferiores a la Presidencia o de los entes descentralizados.

La revisión judicial del reglamento, como vimos, adoptará diversas modulaciones según se hayan verificado, en su caso, estos dos recaudos. Ello, asimismo, en armonía con los requerimientos de especialidad y de celeridad en la toma de decisión de alcance general que se hallen ínsitos en las razones que conducen al dictado de aquél, aspectos éstos de honda raigambre en la historia del ejercicio de la potestad reglamentaria.

<sup>233</sup> Más allá de su caracterización como ejercicio de la función administrativa, conf. SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "Introducción", en *Estudios de Derecho Administrativo IX - El Procedimiento Administrativo en la República Argentina*, Ediciones Diké Foro de Cuyo, Mendoza, 203, ps. 41/119, esp p. 51, y su cita de CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. I, cap. III.

## MEDIDAS ADMINISTRATIVAS FUNDAMENTALES

**Sumario:**  
*dogmático y a  
la tutela de  
materiales de*

### I. Introducción

El derecho a  
amplio del derecho  
trascendencia de g  
*la eficacia del pro*

La tutela caut  
justicia "*pierda c  
supuesto, deja de*

Con esa pro  
reglamentarias del  
proceso contencio  
que adopta como ú  
de la ejecución del  
constitucionalidad

CHINCHILLA M  
Civitas, Madrid, 1991, p.