

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO. RÍO GRANDE 2014 – 2015
UNIVERSIDAD AUSTRAL. FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE DERECHO APLICADO

“La participación ciudadana en la elaboración de reglamentos”

AUTOR: MARÍA EUGENIA ECHAGÜE
DIRECTOR: Dr. FEDERICO JOSÉ LISA



Ushuaia, abril de 2016.
Actualización noviembre de 2017.

INDICE

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. PRIMERA PARTE.....	7
1. Procedimiento Administrativo: Concepto y aspectos generales.....	7
2. Funciones del Procedimiento Administrativo.....	8
3. Conceptos relacionados.....	10
3.1 El Interés Público.....	10
3.2 La Democracia.....	10
3.3 Políticas Públicas y Gobernanza.....	12
3.4 Participación.....	13
III. SEGUNDA PARTE.....	15
1. El origen del nuevo rol de la participación de los ciudadanos. Su recepción en nuestro ordenamiento.....	15
2. Tipos de participación.....	19
3. El administrado como colaborador.....	20
IV. TERCERA PARTE. Técnicas de participación procedimental no defensiva.....	21
1.1 El Decreto Nacional N° 1172/03.....	23
1.1.a) Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional.....	24
1.1.b) Gestión de Intereses en el ámbito de Poder Ejecutivo Nacional.....	26
1.1.c) Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas...	27
1.1.d) Acceso a la Información Pública.....	28
1.1.e) Reuniones abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos..	30
1.2 Técnicas de Participación Procedimental no defensiva no contempladas en el Decreto Nacional.....	31
V. CUARTA PARTE. Elaboración Participativa de normas en Legislación, Doctrina y Jurisprudencia.....	32
1.1 El Anexo V del Decreto 1172/03.....	32
1.2 Importancia de la temática.....	34

1.3 Antecedentes en nuestro ordenamiento.....	37
1.4 La opinión de la doctrina.....	40
1.4.a) La elaboración participativa de normas y la lucha contra la corrupción	44
1.5 La elaboración participativa de normas en la jurisprudencia.....	45
1.6 La elaboración participativa de normas en el derecho comparado.....	47
1.6.a) El Derecho Español.....	47
1.6.b) El Derecho Estadounidense.....	49
VI. CONCLUSIONES.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	62
JURISPRUDENCIA CITADA.....	73
ANEXO DOCUMENTAL.....	74

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

APA	<i>Administrative Procedure Act.</i>
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CN	Constitución nacional.
CNACAF	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
ED	El Derecho.
LL	La Ley.
LNPA	Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.
RLNPA	Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

I. INTRODUCCIÓN.

Tal como viene expresando hace tiempo la doctrina, el Derecho Administrativo se encuentra en constante evolución. Numerosos son los factores que contribuyen al cambio de paradigma en la materia, destacándose como central –entre otras cuestiones– el rol de la participación de la ciudadanía y las nuevas relaciones y redes de coordinación que se forjan en consecuencia, repercutiendo directamente en el accionar de la administración.

El procedimiento administrativo, como cauce formal para la elaboración de la voluntad administrativa, se presenta como un elemento fundamental en este proceso de transformación. Sus conceptos y herramientas tradicionales se tornan insuficientes frente a este nuevo estado de situación y deben ser reformulados para dar respuesta a las demandas actuales, tendiendo siempre a garantizar el cumplimiento de los cometidos que le han sido asignados, los que evidentemente también se verán sensiblemente modificados.

Dentro de las nuevas funciones que se le asignan al procedimiento administrativo, y a los fines del presente trabajo, resulta de particular importancia destacar aquella referida a garantizar la participación democrática.

En los tiempos que corren mediauna creciente petición de fortalecimiento del sistema democrático que se presenta como resultado del papel que demanda la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones tanto en la esfera política como administrativa.

En consecuencia, para considerar a un sistema como democrático en la actualidad, ya no es suficiente verificar la realización de elecciones periódicas; por el contrario, debe garantizarse asimismo el conocimiento, el acceso a la información, la publicidad de los actos de gobierno, la búsqueda de consenso y la participación de los ciudadanos en la elaboración de la voluntad administrativa.

En este contexto, los Estados han ido delineando distintas técnicas tendientes a posibilitar la materialización de estos derechos, que serán abordadas en el presente.

Así, ante la ausencia de referencia expresa al respecto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, focalizaré en las prescripciones del Decreto Nacional N° 1172/03.

El decreto contempla en sus Anexos diversas modalidades de participación procedimental no defensiva. Me interesapuntualmente aquella técnica final contemplada en el Anexo V referente a la elaboración participativa de normas. Ello, por cuanto la doctrina viene llamando la atención respecto de la falta de tradición efectiva de participación ciudadana en la elaboración de normas generales que se advierte en

nuestro país, sin que el tema constituya una preocupación actual de las autoridades políticas. Se vislumbra, asimismo, coincidencia en la doctrina al calificar esta circunstancia como grave teniendo en cuenta la máxima relevancia –cuantitativamente hablando- de los reglamentos en su condición de fuente de esta rama del derecho.

Se analizará esta temática considerando sus distintos antecedentes en la legislación nacional, el tratamiento y cuestionamientos que al respecto ha realizado tanto la doctrina nacional como extranjera y destacando los precedentes jurisprudenciales en que fue abordado.

A los fines comparativos se estima interesante el cotejo con la regulación que la elaboración participativa de normas ha tenido en el derecho comparado, más precisamente en el derecho español y el derecho estadounidense, siendo este último sistema el que se destaca como el que mejor garantiza la efectiva materialización de la participación ciudadana.

Asimismo, se intentará establecer cuáles pueden ser los motivos que generan la escasa aplicación que en la práctica ha tenido el procedimiento que el Anexo en cuestión establece.

Para finalizar, se intentará esbozar a modo de conclusiones una serie de pautas o consideraciones que se estiman de relevancia a los fines de garantizar la efectividad de los conceptos analizados.

Se optó a efectos del presente por el método deductivo y, en consecuencia, se estimó pertinente dedicar atención a los conceptos centrales que sobrevuelan el desarrollo de este trabajo, ya que como expresa Lisa “hay que saber qué decimos cuando decimos lo que decimos”.

Tal es el esquema a seguir.

II. PRIMERA PARTE

1. Procedimiento Administrativo: Concepto y aspectos generales

Conforme al esquema delineado para el presente trabajo, comenzaré por definir someramente su núcleo estructural, esto es, el procedimiento administrativo.

Tradicionalmente, el procedimiento administrativo ha sido definido como “la serie, secuencia o sucesión de actos a través de la cual se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa”,¹ o en forma más amplia, como “la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado”.²

Reconocidos autores incorporan a su definición conceptos como “conjunto de formas”,³ principios o reglas tendientes a tal fin,⁴ encontrándose también quienes lo consideran el marco conceptual para la intervención de los interesados en la formación de la voluntad administrativa,⁵ e incluso aquellos que lo conciben como instrumento de participación democrática.⁶

Se evidencia así lo manifestado por parte de la doctrina en cuanto a la imposibilidad de arribar a una uniformidad conceptual⁷, sin perjuicio de lo cual es posible advertir no sólo que la generalidad de los autores lo concreta como una secuencia de actos tendientes a un fin que no es otro que la manifestación de la voluntad de la administración que forma parte del mismo,⁸ el *iter lógico* de la función administrativa, sino también la incorporación de conceptos compartidos tales como bien común, interés

¹COMADIRA, Julio R., “Las bases constitucionales del Procedimiento administrativo”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Rap, 309:229, p.229.

²COMADIRA, Julio R. *Procedimientos administrativos (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, comentada y anotada)*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 3.

³*Ibid.*, p. 4, en referencia a Escola. En este punto puede verse también CANDA, Fabián O., “La Teoría de la Subsanación en el Procedimiento Administrativo”, en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 678 y sgtes.

⁴Cfr. BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, 1° Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. Tomo II, p. 589.

⁵ Ver GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1° Ed. F.D.A, Buenos Aires, 2014, Tomo II, Cap. IX, p. 396. Documento PDF en www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf (disponible el 20/12/2015).

⁶ Cfr. LISA, Federico J., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, Revista del Régimen de la Administración Pública, 408, (2012), págs. 111-127, en referencia a Guido Corso.

⁷Cfr. SAMMARTINO, Patricio M., “Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público” en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006, p. 42.

⁸ Al respecto puede consultarse a LISA, Federico J., op. cit. págs. 111-127.

general, participación o democracia, que serán fundamentales para el abordaje del presente trabajo.

2. Funciones del Procedimiento Administrativo

Habiendo definido el eje del que se desprenderá todo lo demás, corresponde ahora adentrarnos en el para qué del procedimiento administrativo. En este sentido, la doctrina y particularmente la escuela italiana ha postulado que más allá de la definición del instituto, lo fundamental es determinar la finalidad del mismo, sus funciones.⁹

En palabras de Corso, “lo que se impone en la atención de la doctrina y de la jurisprudencia no será ya la estructura del procedimiento [...], sino la función del procedimiento.”¹⁰

Así, siguiendo a Lisa¹¹, puede decirse que la doctrina extranjera ha esbozado diferentes tesis en cuanto a las funciones del procedimiento administrativo.

El autor, las ha sistematizado en las siguientes: a) reflejar a la organización administrativa, b) posibilitar la conciliación; c) limitar a la actividad administrativa; d) reflejar la verdadera realidad del acto final; e) servir a la eficacia de la administración; f) expresar el ejercicio de la función administrativa y realizar el Derecho Administrativo; y g) actuar el principio de participación democrática.

Otro esquema interesante de destacar es el que practica Barnés quien sostiene que el procedimiento “sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del Derecho público; simboliza la posición del ciudadano ante la Administración; y refleja las relaciones que guardan los poderes públicos entre sí”.¹²

En cuanto a la doctrina nacional, Comadira¹³ destaca como finalidades del procedimiento administrativo tanto gobernar la actividad administrativa como tutelar a los ciudadanos frente a la administración.

⁹ Sobre este punto es posible consultar con provecho a TAWIL, Guido S., “Sobre el Futuro del Procedimiento Administrativo”, en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 6 y sgtes.

¹⁰ CORSO, Guido, “El Procedimiento Administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano” en *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 477 y sgtes. Traducción Antonio A. Pérez Andrés y Eduardo Gamero Casado.

¹¹ Cfr. LISA, Federico J., op.cit. págs. 111- 127.

¹² BARNÉS, Javier, “Reforma e Innovación del Procedimiento Administrativo” en Javier Barnés (Ed.), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Law Press, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2008, p. 15.

¹³ Ver COMADIRA, Julio R., *Procedimientos...* p. 5.

Balbín¹⁴ postula una doble finalidad que engloba, por un lado, asegurar los derechos de los administrados y, por otro, bregar por la legitimidad, racionalidad y eficacia de las manifestaciones estatales.

Por su parte, Gordillo¹⁵ destaca la importancia de garantizar los distintos tipos de participación y la defensa de los interesados a lo largo de las diferentes etapas del procedimiento.

A su vez, Hutchinson¹⁶ resalta como finalidad del procedimiento administrativo la de asegurar la satisfacción del interés general; mientras que Ivanega¹⁷, a su turno, enfatiza el carácter instrumental del procedimiento en cuanto al bien común sin perjuicio de la garantía de los derechos de los particulares.

Es interesante destacar también el aporte de Canda¹⁸, quien siguiendo a Santamaría Pastor le asigna al procedimiento un rol fundamental para el Estado de Derecho –en tanto garantiza la libertad y la legalidad– y para el Estado Democrático –por cuanto encauza la participación ciudadana–.

Por último, y en el marco de lo que denomina “La Transformación del Procedimiento Administrativo”, Cassagne¹⁹ incorpora como roles fundamentales la información y la búsqueda de consenso social.

Como se puede apreciar, del detalle de las funciones que los distintos autores asignan al procedimiento administrativo se desprende la creciente importancia que se le está otorgando, dándole incluso el carácter de pieza básica del Derecho Administrativo contemporáneo,²⁰ y la conexión entre la serie de conceptos más arriba destacados, que si bien no siempre son nuevos, adquieren una mayor relevancia en determinados momentos históricos debido al interés que por los mismos demuestran tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia.

Ello refleja la insuficiencia de las estructuras tradicionales y la inmediata necesidad de adecuación a los fines de dar respuesta a los nuevos desafíos y valores que debe contemplar el accionar administrativo. El concepto tradicional de procedimiento basado en el esquema procesal se evidencia escaso para resolver situaciones que requieren de

¹⁴Cfr. BALBÍN, Carlos F., op. cit. p. 591 y sgtes.

¹⁵Ver GORDILLO, Agustín, op. cit., p. 396. Documento PDF en www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf. (disponible el 20/12/ 2015).

¹⁶ Ver HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19.549*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 31.

¹⁷Ver IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Segunda Edición actualizada, Ed. Rap, Buenos Aires, 2013, p. 117.

¹⁸Cfr. CANDA, Fabián O., op. cit., p. 678

¹⁹ Ver CASSAGNE, Juan C., “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, LL, 2011-C-833.

²⁰Cfr. BARNÉS, Javier, “Reforma e Innovación...”

medidas antes no consideradas como la mediación, la búsqueda del consenso o la aceptación por la ciudadanía.²¹

Abordaré esos conceptos, que conllevan a esta especie de cambio de paradigma del procedimiento administrativo o, lo que sería más preciso, a esta adecuación de paradigma, el que, por otro lado, deberá producirse sin perjuicio del respeto a las garantías y principios del Estado de Derecho.²²

3. Conceptos relacionados

3.1 El Interés Público

El interés público ha sido caracterizado como un concepto central del procedimiento administrativo, en tanto la Administración tiene por objeto servir a los ciudadanos y ambos se encuentran involucrados en la responsabilidad de garantizarlo.²³ Se da, en consecuencia una relación directa entre la función administrativa y el interés público que se convierte en determinante del procedimiento administrativo.²⁴

Surge así el interés público como una expresión de la democratización del Estado, y refleja el conjunto de valores a los que la comunidad confiere especial atención y que luego serán delimitados por el legislador, condicionando el accionar administrativo.²⁵

Sammartino resume precisamente esta relación diciendo que “un procedimiento administrativo comprometido con el deber jurídico de eficiencia tendrá por misión primordial servir al interés general estableciendo las formas necesarias y adecuadas que aseguren una gestión *congruente* con el sistema de protección de bienes y valores querido por la voluntad general jurídicamente formalizada.”²⁶

3.2 La Democracia

Cuando hablamos de democracia nos encontramos frente a un término que será mencionado en reiteradas oportunidades a lo largo del presente trabajo. Se lo puede observar tanto formando parte de los distintos conceptos esbozados por la doctrina,

²¹ Ver *Idem*, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas” en Javier Barnés (Ed.) *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press Ed. Derecho Global, 2006, p. 283.

²² Al respecto puede consultarse CASSAGNE, Juan C., op. cit.

²³ Cfr. SAMMARTINO, Patricio M., op. cit. p. 44.

²⁴ Ver COMADIRA, Julio R., “Las bases constitucionales...” p.231.

²⁵ Cfr. SAMMARTINO, Patricio M., op. cit. p. 59.

²⁶ *Ibid*, p. 60.

como entre las funciones del propio procedimiento administrativo con las modificaciones que ha venido sufriendo.

Sin duda se trata de un vocablo muy amplio, de larga trayectoria y constante evolución. Se ha dicho que “aunque una democracia ideal se puede describir de muchas formas distintas, un punto de partida útil es el origen etimológico del término: demos – kratia, gobierno del pueblo”²⁷. He aquí el concepto clásico de democracia.

Sin embargo, los cambios operados en los últimos tiempos en la relación existente entre la Administración y los ciudadanos repercuten directamente en la definición de democracia imperante.

En la actualidad, se vislumbra notoriamente insuficiente el alcance tradicional de la democracia que contempla la participación de los ciudadanos mediante el ejercicio del derecho de sufragio, demandándose una mayor actuación de aquéllos en la esfera pública.²⁸ Cada vez se torna más necesario “democratizar” el poder, y es aquí donde el procedimiento administrativo surge como una herramienta fundamental.²⁹

Sintetizando, se ha dicho que la mayor o menor democracia se aprecia en la relevancia que se dé a la opinión pública y que tal reconocimiento se relaciona directamente con la publicidad, el conocimiento y el contraste entre el poder visible y el poder invisible.³⁰

Esa necesidad de definir el lugar que se dará a la opinión pública, a la participación, y la búsqueda del poder visible nos pone frente a otro término relevante y directamente concatenado con la temática: la política. Ello, en tanto la elaboración del concepto democrático imperante en un tiempo y lugar se verá delineada precisamente por la política³¹, que no podrá evitar procurar el mayor grado de participación ciudadana si pretende contribuir al perfeccionamiento de la vida democrática.³²

²⁷ DAHL, Robert A., *La igualdad política*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A, 2008, p. 23. Traducción Liliana Andrade Llanas.

²⁸ Sobre esto puede consultarse con provecho a IVANEGA, Miriam M., “La participación y el Control Ciudadano” en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Rap, 2005, p. 919 y sgtes.

²⁹ Al respecto puede profundizarse en SACRISTÁN, Estela B., “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general.”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 30/31, (1999), p. 170.

³⁰ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, 1986. Traducción de José F. Fernández Santillán. p. 69.

³¹ Al respecto es interesante el abordaje que se realiza en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en *La Democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires, 2004, p. 22. Documento PDF en www.pnud.org.br/pdf/La%20democracia-05.pdf. (Disponible el 30/12/2015).

³² Puede ampliarse en RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La participación en el estado social y democrático de derecho”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Núm. 7, (2014), p. 75. Documento PDF en www.dialnet.unilarioja.es (Disponible el 31/12/2015.)

Lo expuesto nos permite sostener la necesidad de una reformulación del concepto tradicional de democracia, y compartir que es imprescindible la transición hacia un sistema democrático que tenga como núcleo a la persona y su ejercicio pleno de la ciudadanía –tanto en sus aspectos políticos como civiles y sociales- y que garantice el correcto accionar del Estado, sin olvidar que se tratará siempre de una definición perteneciente a un contexto histórico determinado, y que de ninguna manera puede reducirse o considerarse únicamente la participación de la ciudadanía en el régimen electoral.³³

Para concluir, me resultan muy gráficas las palabras del Administrador del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en cuanto a que “las elecciones libres y justas son necesarias, pero no son suficientes. No apreciamos plenamente el valor de la democracia cuando celebramos elecciones como evidencia de que existe una democracia.”³⁴

Como expresa Sánchez, hoy la democracia es un sistema que se alimenta de la participación y halla en ella su fundamento. Según sus palabras, “donde la participación es escasa, las democracias son débiles y siempre necesitadas de liderazgos mesiánicos; donde existe participación fecunda y comprometida, el sistema funciona con madurez, porque no depende del solista sino del funcionamiento del conjunto.”³⁵

Con este norte, entiendo, y con el objetivo de fortalecer el sistema democrático, se fueron delineando los distintos mecanismos o técnicas que permiten poner en práctica el mentado principio de participación democrática y que analizaremos en los apartados subsiguientes.

3.3 Políticas Públicas y Gobernanza

Otro concepto directamente ligado e insoslayable es el de las políticas públicas. Estas, son definidas como aquel “resultado de una actividad prominente de la autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental, que se presenta mediante un conjunto de prácticas y de normas que emanan de actores públicos”³⁶, evidenciándose como guía de acción del gobierno.

³³ Ver *La Democracia en América Latina...* p. 26.

³⁴ *Ibid*, p. 47.

³⁵ SÁNCHEZ, Alberto M. “Procedimiento Administrativo y Derecho Internacional” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 1267.

³⁶ IVANEGA, Miriam M., “Diseño y determinación de políticas públicas: su control judicial”, *Cuestiones de Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Rap, Buenos Aires, 2010, p.743

Rivero Ysern y Rodríguez Arana Muñoz³⁷ manifiestan la imposibilidad de determinar los objetivos de las políticas públicas sin la intervención de la participación ciudadana. Destacan los mismos autores que la participación se convierte así en objeto y método de dichas políticas.

Estos avances en las formas de dirección y gobierno dan lugar a lo que se ha dado en denominar gobernanza. Se trata de un “modelo de gobierno que, en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado”.³⁸

Bajo este modelo, se generan mecanismos de cooperación entre los actores públicos y los privados quienes en forma conjunta pasan a delinear las políticas públicas y a formar parte en su implementación.

Schmidt-Assmann, en magistral síntesis, señala que “con este concepto se pretende llamar la atención sobre el hecho de que el Estado no es el único actor en la arena política y de que, con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal...”³⁹. Es aquí donde radica la importancia fundamental de esta nueva forma de administrar, en tanto significa la cristalización de todos los conceptos que se vienen analizando.

3.4 Participación.

En cuanto al concepto de participación, la relevancia que ha ido adquiriendo en el procedimiento administrativo lo transforma en un principio fundamental, indiscutiblemente cimentado en las diferentes aristas de la relación existente entre el Estado y los ciudadanos.⁴⁰

En este sentido, Vigo⁴¹ al hacer referencia a determinados temas que han “adquirido carta de ciudadanía” entre los autores más destacados, ha expresado que “la complejidad de las sociedades contemporáneas, el fortalecimiento de la sociedad frente al Estado y una creciente democratización de la vida social, torna imposible o

³⁷RIVERO YSERN, Enrique - RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *Con miras al interés general*, Bubok Publishing, p. 208.

³⁸IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria...* P. 142.

³⁹SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo” en Javier Barnés (Ed.) *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press Ed. Derecho Global, 2006, p. 43.

⁴⁰ Al respecto puede consultarse IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa...* p. 142-143.

⁴¹VIGO, Rodolfo L., *Implicancias de los Principios en la Teoría Jurídica de Ronald Dworkin – Nuevos vientos de la Filosofía del Derecho*, Colección Jurídica y Social, Secretaria de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 1993. p. 70.

difícil el ejercicio del poder coactivo prescindiendo de toda consideración a la opinión ciudadana.”

Como manifiestan Rivero Ysern y Rodríguez Arana Muñoz, el Derecho Administrativo del siglo XXI tiene al ciudadano en su epicentro. Estos autores reconocen que “el papel fundamental de los ciudadanos, que ya no son sujetos inertes, meros beneficiarios de bienes y servicios públicos, alumbra una nueva versión del interés general que es inherente a la democracia y, por tanto, a los valores del Estado social que en ella habitan: libertad, solidaridad, participación y justicia fundamentalmente.”⁴²

Claro está que Participación no es un concepto totalmente novedoso para nosotros, se ha sostenido incluso que su alcance se discute desde los inicios del Estado moderno, constitucional y representativo.⁴³ Ello no obstante, las nuevas relaciones entre el estado y la sociedad y las crecientes demandas de consenso e información vienen ubicándolo en un lugar primordial en la materia que nos ocupa.

Se ha superado en la actualidad el valladar que la idea de soberanía y representatividad ejercida únicamente por los poderes públicos venía significando y que tornaba inaccesible a la ciudadanía tanto la participación en las decisiones administrativas como el acceso a la información.⁴⁴

En este sentido, Comadira entiende a la participación con un criterio amplio, no jurídico, definiéndola como la “acción y efecto de tomar parte en una cosa o asunto”, o más específicamente como “tomar parte en el ejercicio de la función administrativa.”⁴⁵ Con cita a Sánchez Morón postula que es posible acotar aún más el concepto reduciéndolo a los nuevos modos y medios de conexión entre el particular y la administración, transformándose en instrumento garantizador frente a las insuficiencias que presentan los conceptos tradicionales, lo que no debería impedir, según expresa, el reconocimiento de los restantes modos de tomar parte en la función administrativa.⁴⁶

Ivanega ensaya un concepto que puede ser considerado más amplio y que comprende al proceso que organiza a los ciudadanos o a los representantes en los que

⁴²RIVERO YSERN, Enrique - RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *Con miras al interés general*, Bubok Publishing, p. 37 y sgtes.

⁴³ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguél, “Elementos de la Participación Ciudadana”, *Revista de estudios de la vida local* N° 221, (1984), P. 37. Archivo PDF obtenido en www.dialnet.unirioja.es. (Acceso en fecha 20/10/2015.)

⁴⁴ Cfr. DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información: Herramientas para mejorar la calidad institucional”, MJ-DOC-2639-AR.

⁴⁵COMADIRA, Julio R., “El Principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas.” EDA, 2005-400.

⁴⁶*Ibid.*

estos depositan su confianza con el fin de influir, compartir y controlar los asuntos públicos y las iniciativas, la implementación y los recursos para el desarrollo.⁴⁷ Es en ese marco que le reconoce la condición de medio y fin en el proceso de toma de decisiones de la Administración y le asigna la categoría de método político en tanto implica una actitud receptiva de las manifestaciones e intervenciones de la sociedad.⁴⁸

Así, el rol de la participación puede definirse en la acepción que resulta directamente aplicable en el objeto de este trabajo como facilitador del diálogo constante entre ciudadanos y gobernantes⁴⁹, y se evidencia como complemento de la tradicional democracia representativa, la que -como se indicó anteriormente- ha quedado descontextualizada ante las nuevas tendencias.

Dada su importancia para el análisis del tema, nos detendremos en este punto al que le dedicaré la parte siguiente.

III. SEGUNDA PARTE

1. El origen del nuevo rol de la participación de los ciudadanos. Su recepción en nuestro ordenamiento

El origen de las tendencias que aspiran adotar a la participación de un papel protagónico en nuestros sistemas debe buscarse en el derecho norteamericano, generalizándose con posterioridad en el derecho europeo y latinoamericano.⁵⁰

En nuestro país si bien a nivel nacional no se cuenta con una ley marco de participación ciudadana⁵¹, la cuestión en un sentido amplio ha adquirido mayor relevancia a partir de la reforma de la Constitución nacional en el año 1994, fundamentalmente con la incorporación y otorgamiento de jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos mediante el artículo 75 inc. 22, los que la contemplan y garantizan.⁵²

⁴⁷ IVANEGA, Miriam M., "La participación y el control ciudadano..." p. 937.

⁴⁸ *Ibid.* ,p. 938. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, en "La participación..." p. 74, destaca las calidades de objetivo público de primer orden y método de trabajo social para arribar a los lineamientos del estado social y democrático de derecho.

⁴⁹ Es muy interesante el abordaje de la cuestión que realiza SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, en "Elementos de la participación..." p. 40 y sgtes.

⁵⁰ Ver CASSAGNE, Juan C., "La transformación del procedimiento..." p. 5.

⁵¹ Cfr. IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de Potestad...* p. 142

⁵² Cfr. COMADIRA, Julio R., "El Principio de participación..." p. 1.

Pueden citarse a modo de ejemplo los artículos XIII y XX de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁵³, 21.1 y 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴, 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁵, 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶, entre otros tantos.

Como dice Sammartino: “si aceptamos que en el Estado constitucional de derecho el derecho administrativo no es sino derecho constitucional concretizado, resulta evidente que todo cuanto acontece en el derecho constitucional, procesal constitucional internacional de los derechos humanos se proyecta sobre el derecho administrativo”⁵⁷ en recíproca interacción; debemos sostener entonces que la evolución acontecida en el marco del Estado de Derecho ha dado lugar al reconocimiento en algunos casos legislativo, y en otros constitucional del derecho que poseen los ciudadanos a participar en la toma de decisiones públicas.⁵⁸

En cuanto al reconocimiento constitucional, y sin perjuicio de lo expuesto, se ha destacado que la Carta Magna contempla un plexo normativo que recepta la institución en forma implícita en los artículos 1, 14 y 33 y de manera expresa en artículos como el 38, 41, 42, 43 y el ya citado 75 inc. 22.⁵⁹

Tal como se extrae de la reforma de la Norma Fundamental, la creciente tendencia a la participación en la elaboración de ciertas decisiones fue receptada por el legislador. Surge claro que los convencionales tuvieron especialmente en mira la incorporación de determinadas formas de participación, circunstancia que se verifica por ejemplo en los nuevos derechos y garantías consagrados entre otros en los artículos 42 y 43 de dicho cuerpo normativo a los que se hizo referencia.

⁵³ Aprobada en Bogotá, por la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948. Garantiza el derecho a participar en la vida cultural, las artes y la ciencia, contemplando asimismo el derecho de sufragio y participación en el gobierno.

⁵⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/48. Protege el derecho de participar en el gobierno del país fomentando también la participación en la vida cultural y el progreso científico.

⁵⁵ Firmado en Nueva York el 19/12/66. Aprobado por Ley Nacional N° 23.313. Publicada en fecha 13/5/86. Garantiza entre otros, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

⁵⁶ Suscripta en San José el día 22/11/69. Aprobado por Ley Nacional N° 23.054. Publicada en fecha 27/2/1984. Contempla específicamente el derecho de todo ciudadano de participar en la dirección de los asuntos públicos, ya sea directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

⁵⁷ SAMMARTINO, Patricio M., “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, *El Derecho*, 21/5/2014. p. 9.

⁵⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan C., “A cuarenta años de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 31.

⁵⁹ IVANECA, Miriam M., *Cuestiones de Potestad disciplinaria...*, p. 142.

Por otro lado, y en cuanto a lo que al reconocimiento legislativo refiere, pese a la ausencia de una ley general, contamos con leyes que contemplan la participación en sentido amplio en materias específicas, destacándose entre otras las leyes marco de los servicios públicos (N° 24.065⁶⁰ y N° 24.076⁶¹) y la Ley de ética en la Función Pública (N° 25.188⁶²), lo que evidencia que aún antes de la reforma se hallaban previstos mecanismos de participación.

Encontramos también la garantía de participación ciudadana en diferentes instrumentos internacionales suscriptos con posterioridad por nuestro país, como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción celebrada en la Ciudad de Nueva York en el año 2003⁶³ y aprobada mediante Ley N° 26.097⁶⁴, por la cual los estados parte se comprometen a adoptar las medidas adecuadas para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público en la prevención y lucha contra la corrupción, promoviendo entre otras cuestiones la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones. Se destaca también la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública⁶⁵ que contempla expresamente el derecho de participación ciudadana en la gestión pública y establece entre sus componentes básicos la obligación de los estados iberoamericanos de procurar que sus ordenamientos reconozcan tal derecho y garanticen su ejercicio efectivo, incluyendo entre otras, la posibilidad de los ciudadanos de participar en la elaboración, modificación y revisión de los proyectos normativos y disposiciones de carácter general que puedan afectarlos.⁶⁶

En lo que a la jurisprudencia respecta, en el reconocido precedente “Youssefian”⁶⁷ se hace expresa alusión a la participación como derecho de los ciudadanos. Así, el voto de la mayoría refiere directamente a los nuevos derechos y garantías que incorpora la reforma constitucional y a la apertura de nuevos caminos de participación que esto significa, destacando el Dr. Uslenghi en su voto que si bien se trata de un derecho que en la antigua Constitución podía encontrarse dentro de los derechos y garantías no enumerados que se originan en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de

⁶⁰ Sancionada el 19/12/91. Promulgada parcialmente el 3/1/92. Publicada el 10/1/92.

⁶¹ Sancionada el 20/5/92. Promulgada parcialmente el 09/06/92. Publicada el 12/6/92.

⁶² Sancionada el 29/9/99. Promulgada en fecha 26/10/99. Publicada el 1/11/91.

⁶³ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América el 31 de octubre de 2003.

⁶⁴ Sancionada con fecha 10/5/06. Promulgada de hecho el día 6/6/06. Publicada el 9/6/06.

⁶⁵ Suscripta en Estoril, Portugal en el mes de diciembre del año 2009 en la Cumbre Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

⁶⁶ *Ibid.*, 35.d

⁶⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones”. (1998).

gobierno, hoy se desprende expresamente de los distintos artículos de los pactos internacionales con jerarquía constitucional.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal parecería inclinarse por la existencia del derecho de participación, que podrá materializarse bajo las diferentes modalidades previstas según las particularidades del caso.⁶⁸

El Tribunal se expide también sobre una cuestión que ha sido debatida en la doctrina. Nos referimos a los cuestionamientos en cuanto al equilibrio entre el reconocimiento de este derecho y las prescripciones de los artículos 1⁶⁹ y 22⁷⁰ de la Constitución nacional.

Se expresa así que no se trata de términos incompatibles, ya que nos encontramos frente a la incorporación de mecanismos de democracia semi directa que no vulneran en consecuencia los términos de los artículos citados.

En este sentido, el voto mayoritario comparte que la Reforma del 94 no significa el abandono de la forma representativa de gobierno que contempla el artículo 1, circunstancia que, sin embargo, no se opone a la incorporación de nuevos cauces de participación ciudadana bajo figuras de democracia semi directa.⁷¹

Como se dijo en apartados precedentes, se trata de un complemento de aquélla que viene a sumarse al fortalecimiento y perfeccionamiento⁷² de la democracia en la búsqueda de una mejor Administración.

La actualidad de estos conceptos lleva a que fueran abordados recientemente por la Corte Suprema de la Nación en el comentado fallo “Cepis”, donde –si bien haciendo mención a los usuarios de servicios públicos- define a la participación previa como

⁶⁸ Al respecto puede verse SACRISTÁN, Estela B., “Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: acerca de algunos de sus fundamentos en el Derecho Inglés.”, LL 1998-B. p. 480-487. Archivo PDF obtenido en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html . (Disponible el 26/6/2015.)

⁶⁹ CN, art. 1: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

⁷⁰ CN, art. 22: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...”

⁷¹ Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Youssefian...”

⁷² GORDILLO, Agustín, “La Participación como control social del sistema y parasistema” en *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, 1º Ed., Tomo 6, Archivo PDF obtenido en www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap4.pdf . (Disponible el 20/12/2015). El autor postula que los medios de democracia semidirectos de participación pueden perfeccionar e integrar a la democracia representativa, siendo incluso los gobiernos democráticos los que debieran mejorar la interacción de la política con los mismos.

parte del derecho a una información adecuada y veráz y elemento de previsibilidad y garantía.⁷³

2. Tipos de participación

Comadira señala que “el administrado, considerado siempre como un colaborador de la autoridad administrativa, puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa, actuando, de diversos modos, durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, entendiéndose éste en sentido lato, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. La primera se ha dado en llamar procedimental; la segunda orgánica.”⁷⁴

Por otro lado, teniendo en mira la protección concedida por el ordenamiento jurídico, el autor realiza una nueva clasificación diferenciando entre participación tutelada o participación propiamente dicha, la que se verifica cuando el ordenamiento jurídico otorga al administrado un derecho exigible tanto en sede administrativa como judicial de tomar parte como colaborador en la función administrativa; y participación no tutelada o de otorgamiento discrecional, que se configuraría cuando el ordenamiento contempla sólo como una alternativa la posibilidad del administrado de colaborar, con la única obligación para la autoridad de fundar la negativa en caso de mediar una petición del particular.⁷⁵

Dentro de la categoría de participación procedimental se distinguen dos especies de actuación: por una lado la llamada defensiva, y por el otro la no defensiva.

La participación procedimental defensiva se orienta a la protección de derechos e intereses. Se trata de una participación tutelada y puede llevarse a cabo como defensa a pretensiones administrativas represivas o de reproche (por ejemplo una sanción disciplinaria) o procurando la defensa de sus derechos frente a pretensiones que los afectan aunque sin revestir naturaleza represiva (v.gr la denegación a una solicitud de habilitación comercial). En ambos supuestos tiene especial relevancia el debido proceso adjetivo contemplado en el artículo 1° inc. f) de la Ley 19.549.⁷⁶

⁷³CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo”. Considerando 18.

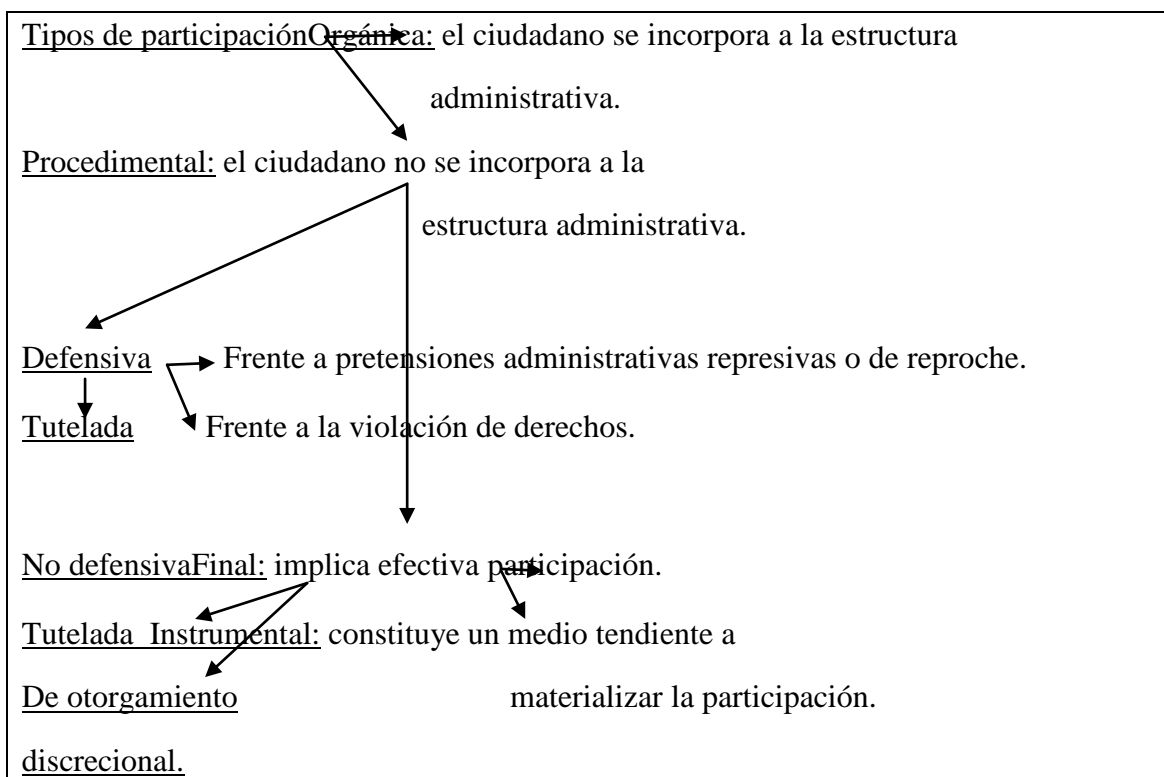
⁷⁴COMADIRA, Julio R., “El principio de participación...”. Puede verse asimismo en *Idem*, “Procedimiento Administrativo y Participación Ciudadana”, archivo PDF obtenido en <http://alumnosmdag.blogspot.com.ar/2010/11/procedimiento-administrativo-y.html> (Disponible el 30/7/15.)

⁷⁵ Cfr. COMADIRA, Julio R. “El principio de participación...”

⁷⁶*Ibid.*

La participación procedimental no defensiva⁷⁷ hace referencia a distintos modos de colaboración de los administrados que no aparejan obligatoriamente su defensa sino que tienden a hacer valer su influencia en la decisión a adoptar, mediante la gestión de un derecho o la manifestación de una opinión. Esta especie de participación se canaliza mediante el debido procedimiento previo y puede concebirse tanto tutelada por el ordenamiento jurídico como de otorgamiento discrecional.⁷⁸

Por último, corresponde destacar que la participación no defensiva puede ser final en caso de implicar efectiva participación o instrumental en aquellos casos en que constituya un medio tendiente a materializarla.⁷⁹



3. El administrado como colaborador

⁷⁷ Parte de la doctrina española denomina participación funcional a aquella que supone la intervención de los ciudadanos por su condición de tal y aunque no tengan ningún derecho o interés legítimo afectado, en los procedimientos de toma de decisiones administrativas. Cfr. VERA JURADO, Diego J., “Relaciones entre la administración y los ciudadanos. Las situaciones jurídicas subjetivas” en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2015, Tomo I, p. 211.

⁷⁸ Cfr. COMADIRA, Julio R., “El principio de participación...”

⁷⁹ Ver LISA, Federico J., “Procedimiento Administrativo...”

Las clasificaciones precedentes inciden en el alcance con el que se presenta el carácter de colaborador del administrado. De hecho, participación y colaboración son conceptos inescindiblemente vinculados.

Rodríguez Arana señala que “tratar de participación es[...]tratar también de cooperación. La participación es siempre participación con”.⁸⁰

En consecuencia, debemos hablar de otro principio que ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia como es el de colaboración. Se trata de un principio concebido como requisito fundamental del vínculo que debe existir entre la administración y los particulares, que se constituye asimismo en presupuesto fundamental del procedimiento administrativo.⁸¹

Destacada jurisprudencia del Máximo Tribunal pondera que “el recurrente concurre como colaborador de la decisión administrativa aun cuando defiende sus derechos subjetivos, por lo que predominan las reglas de informalismo y la impulsión de oficio. Además, la buena fe, la lealtad y la probidad que deben caracterizar todo proceso y la actividad de las partes en él, determinan que las normas adjetivas regulatorias de su conducta no contengan exigencias contrarias a tales principios.”⁸²

Este carácter de colaborador que el particular adquiere en el procedimiento administrativo se mantiene -si bien con particularidades-, aun en los procedimientos defensivos. Así, si bien frente a la actividad represiva de la Administración el carácter colaborativo pierde su “dogmática relevancia” subsisten, sin embargo, sus consecuencias favorables al administrado.⁸³

Como expresa Lisa, la participación ciudadana en el procedimiento administrativo destaca con especial énfasis el rol de colaborador “otorgándole incluso una nueva proyección”⁸⁴.

Pese a todo lo dicho, se advierte que los ordenamientos generales sobre procedimiento administrativo suelen resistirse a la participación ciudadana,⁸⁵ tema que abordaremos en el próximo apartado.

IV. TERCERA PARTE. Técnicas de participación procedimental no defensiva

Habiendo definido los conceptos que se consideran fundamentales para el abordaje del tema central del presente trabajo a los fines de no apartarme del esquema

⁸⁰RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La participación...”, p. 79.

⁸¹ Ver TAWIL, Guido S., op. cit. p. 10

⁸² CSJN, “Durussel de Fernández, Graciela B. c. Provincia de Santa Fe”, fallos 308:633. Considerando 5°.

⁸³ Cfr. COMADIRA, Julio R., “Procedimiento Administrativo y Participación...”.

⁸⁴LISA, Federico J., op. cit.

⁸⁵*Ibid.*

delineado, me adentraré al análisis de las distintas técnicas de participación procedimental no defensiva.

Podría decirse que la participación o el rol actual del ciudadano en el derecho administrativo se insinúa como el común denominador de todos los temas abordados, siendo también válido afirmar que el “fenómeno participativo” se refleja como el canal que permite abordar las diferentes maneras en que se presentan los cambios que se vienen generando en el concepto de Estado y en la definición de su rol y que se evidenciará en el plano procedimental y orgánico.⁸⁶

En consecuencia, comenzaré a analizar puntualmente la función del procedimiento administrativo definida por Lisa como “actuar el principio de la participación democrática” y para ello haré foco en las técnicas previstas a tal fin⁸⁷.

Me interesa entonces “la participación de los ciudadanos para que expresen su opinión sobre lo que consideran en cada caso que es el interés general o sobre cuál es la medida concreta, de entre las permitidas por la legalidad, más apropiada para concretarlo o para alcanzarlo”⁸⁸; esto es, la participación que por su condición de ciudadanos ejercen en la actividad administrativa con el sólo interés de la buena marcha de la misma.

Se ha destacado que el Estado tiene el deber de garantizar los medios apropiados de participación y control de la ciudadanía en la actividad administrativa⁸⁹, pese a lo cual parte de la doctrina se ha preguntado qué parámetros jurídicos corresponde utilizar para lograr la participación pública en la elaboración de políticas públicas⁹⁰, ello en tanto la LNPA no contempla mecanismos específicos para garantizar tal participación.⁹¹

⁸⁶ Cfr. REY VÁZQUEZ, Luis E., “Estado, Administración y Realidad: La Participación del Ciudadano en la Gestión Pública.”, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, N° 1-Año 2016.

⁸⁷ En este sentido, Coviello destaca la relevancia de la participación en nuestros días, manifestando que se torna insuficiente la intervención de los representantes en el Parlamento, siendo necesario que los ciudadanos y las asociaciones reconocidas por el art. 42 CN sean copartícipes en las decisiones políticas de la Nación. Cfr. COVIELLO, Pedro J.J., “El debido procedimiento adjetivo y el procedimiento administrativo” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo...*

⁸⁸ VERA JURADO, Diego J., “Relaciones entre la administración y los ciudadanos. Las situaciones jurídicas subjetivas” en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), op. cit., Tomo I, p. 210.

⁸⁹ Al respecto ver IVANEGA, Miriam M. “La participación...” p. 939.

⁹⁰ Cfr. MOSCARIELLO, Agustín R., “Políticas públicas participativas y el nuevo procedimiento administrativo”, MJ-DOC-6593-AR.

⁹¹ No ocurre lo mismo en la Ley de Procedimiento Administrativo de los Estados Unidos (APA), sancionada en el año 1946 durante el gobierno de Roosevelt. A diferencia de nuestra LNPA, la APA más allá de las cuestiones destacadas por la autora concibió como propósito a la participación pública contemplando también como objetivos el suministrar la información respecto a los procedimientos de las agencias, garantizar la uniformidad en los procedimientos administrativos así como restablecer el alcance del control judicial. Cfr. JASANOFF, Sheila, “Momentos Constitucionales en el gobierno de la ciencia y la tecnología” en *Ciencia, Tecnología y Democracia: reflexiones en torno a la apropiación social del*

En las condiciones normativas planteadas, recurriré para analizar los tipos de técnicas de participación no defensiva tanto finales como instrumentales contempladas, al Decreto Nacional N° 1172/03⁹², adentrándome luego en su Anexo V, tal como fue indicado en el capítulo introductorio.

1.1 El Decreto Nacional N° 1172/03

Como manifiesta Albertsen, en Argentina es un tema recurrente sobre todo a partir del año 2001 el de la mejora de la calidad de la democracia y de sus instituciones.⁹³

En el marco de la profunda crisis que vivía nuestro país en ese momento, los diferentes actores que formaron parte del denominado Proyecto “Diálogo Argentino”⁹⁴ delinearon una serie de temas a los que debía prestarse especial atención. Entre ellos se destacaban el reclamo de mayor eficiencia y transparencia en la gestión de las instituciones democráticas, el fortalecimiento de las Administraciones y estructuras del Estado moderno, la necesidad de establecer sistemas que faciliten el acceso de la ciudadanía a la información de la gestión pública, la reglamentación de los mecanismos de democracia semidirecta reconocidos por la Constitución nacional, etc.⁹⁵

En el mismo sentido, en el año 2003, la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, la Oficina Anticorrupción y diversas ONG trabajaron en un borrador de norma que regulara las técnicas de participación. Si bien el objetivo de la Subsecretaría era lograr una Ley que contemplase las distintas herramientas de participación ciudadana⁹⁶, en fecha 3/12/03 el Presidente de la Nación

conocimiento. Colciencias Universidad EAFIT, Medellín, 2011. Traducción Manuel F. Avellaneda. Documento PDF disponible en www.eafit.edu.co/investigacion/documents/ciencia-tecnologia-democracia.pdf (el 3/11/15.)

⁹² El mismo fue registrado en fecha 3/12/03 y publicado en el Boletín Oficial del día 4/12/03.

⁹³ Ver ALBERTSEN, Jorge, “El Reglamento para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el Ámbito del Poder Ejecutivo Nacional” en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006. p. 725.

⁹⁴ El Proyecto “Diálogo Argentino” fue promovido por el Episcopado Argentino y apoyado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) llevándose a cabo a partir del mes de enero del 2002.

⁹⁵ Cfr. Diálogo Argentino Boletín Informativo N° 1. Documento PDF obtenido en http://www.presidenciaduhalde.com.ar/system/objetos.php?id_prod=165&id_cat=37 (Disponible en fecha 1/8/2015.)

⁹⁶ OYHANARTE, Marta, “El acceso a la información es una herramienta para el buen gobierno...pero”. Archivo de Word obtenido en www.jefatura.gob.ar/documentos-de-interes.p111 (Disponible el 25/7/2015.)

rubricó el Decreto Nacional N° 1172/03. Este instrumento se suma, así, a la tendencia iniciada por el registrado bajo el Número 222/03.⁹⁷

El hecho de que se trate de un Decreto ha sido cuestionado por parte de la doctrina por cuanto limita su ámbito de aplicación contemplando sólo la esfera del Poder Ejecutivo Nacional. Esto no significa, sin embargo, desconocerle su condición de importante avance en la materia.

Se trata, como se dijo, de un instrumento que reconoce la necesidad de mejorar la calidad de la democracia y de sus instituciones y destaca como objetivos fundamentales fortalecer la relación entre el Estado y la Sociedad Civil, considerándola una alianza estratégica imprescindible, contemplando asimismo necesario otorgar un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración.⁹⁸

Específicamente, mediante este instrumento se aprueba el Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexos I y II), el Reglamento General para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (Anexo III y IV), el Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas (Anexo V y VI), el Reglamento General de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo VII), el Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos (Anexo VIII) y se establece el libre acceso vía internet al Boletín Oficial de la República.

Se contemplan así los mas importantes procedimientos de participación ciudadana no defensiva y medios para hacerla posible.⁹⁹

Haré una breve descripción de cada una de las técnicas y medios regulados por la normativa en análisis, dejando para el próximo apartado el instituto contemplado en el Anexo V, que será objeto de un mayor desarrollo.

1.1.a) Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional

El Anexo I del Decreto tiene por objeto regular el mecanismo de participación ciudadana en Audiencias Públicas y establecer el marco general para su desarrollo (art. 1).

⁹⁷ El mismo fue registrado en fecha 19/6/03 y publicado en el Boletín Oficial del día 20/6/03. Establece un mecanismo de participación tendiente a que los ciudadanos puedan hacer conocer su postura respecto del nombramiento a realizar.

⁹⁸ Cfr. Decreto Nacional N° 1172/03 visto y considerandos 2° y 3°.

⁹⁹ Cfr. LISA, Federico J., "Procedimiento Administrativo..."

Se define a esta técnica como una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a los ciudadanos un espacio institucional para que todo aquel que se sienta afectado o mantenga un interés exprese su opinión (art. 3).

El procedimiento establecido tiene por finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las diversas opiniones, propuestas, etc. manifestadas respecto de las cuestiones consultadas (art.4).

Siguiendo las clasificaciones anteriormente detalladas se trata de una técnica de participación procedimental no defensiva final y en el marco del Anexo en comentario serán de otorgamiento discrecional¹⁰⁰. El área a cargo de las decisiones relativas al objeto de la Audiencia será la autoridad convocante (art. 7), pudiendo ser requerida por cualquier persona mediante solicitud fundada, en cuyo caso la autoridad deberá expedirse mediante acto administrativo fundado.

Se establece también que el procedimiento debe garantizar los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad, siendo fundamental destacar que de conformidad al Reglamento, las opiniones recibidas no tienen carácter vinculante, debiendo la autoridad convocante fundamentar¹⁰¹ su resolución final y explicar de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y en caso de corresponder, las razones por las que se las rechaza (art.38).

Otro dato relevante es la ampliación de la legitimación que dicho Decreto contempla, estableciendo que podrá participar quien invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática (art. 11) y dé cumplimiento al mecanismo previsto.

Además del indiscutible apoyo institucional que recibió el mecanismo de audiencias públicas a partir de la vigencia del Decreto N° 1172/03, esta técnica participativa ha tenido una vasta historia legislativa en nuestro país, verificándose un amplio desarrollo en áreas como la de los servicios públicos, donde parte de sus marcos regulatorios la

¹⁰⁰ Balbín considera que la falta de definición del Decreto en relación a los casos en que sería procedente el trámite de audiencia pública, de gestión de intereses o de elaboración participativa de normas constituye su mayor déficit normativo, convirtiéndolo en una decisión discrecional del Estado. Cfr. BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, 1° Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 233.

¹⁰¹ Comadira considera que la fundamentación de la resolución es decisiva para que el mecanismo cumpla correctamente su finalidad, siendo la razonabilidad de los mismos revisable administrativa y judicialmente. Cfr. COMADIRA, Julio R., "Procedimiento Administrativo..."

contemplan expresamente¹⁰², siendo utilizada también en materia ambiental y en el dictado de actos generales¹⁰³.

En cuanto a los procedimientos de audiencia pública a desarrollarse en el ámbito de los servicios públicos, la doctrina ha debatido respecto si es posible desprender del artículo 42 de la CN su obligatoriedad reconociéndoles en consecuencia fundamento constitucional. En este punto, Cassagne estima que la audiencia pública sólo será obligatoria en los casos expresamente previstos por la norma de carácter legal o reglamentario¹⁰⁴. En postura contraria, Gordillo sostiene que el principio de la audiencia pública posee raigambre constitucional, recalcando que la participación se encuentra reconocida por normas supranacionales e internacionales.¹⁰⁵

1.1.b) Gestión de Intereses en el ámbito de Poder Ejecutivo Nacional

El Anexo III del Decreto N° 1172/03 que reglamenta la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, tiene por objeto dar publicidad a esta práctica (art.1) que define como toda actividad desarrollada bajo la modalidad de audiencia por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros que tenga por objeto influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones o decisiones de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencia o cualquier otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (art. 2).

¹⁰² Cfr. SACRISTÁN, Estela B., “El Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006. p. 230

¹⁰³ Ver LISA, Federico J., obra citada.

¹⁰⁴ CASSAGNE, Juan C., “La transformación...”. El mismo criterio mantiene, Fonrouge quien sostiene que la tesitura de considerar obligatoria en forma indiscriminada en todos los casos la realización de audiencias públicas con el objetivo de garantizar el derecho a ser oído podría llevar al uso abusivo del instituto. Cfr. FONROUGE, Máximo J., “Las audiencias públicas”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 24/26, archivo PDF obtenido en www.cassagne.com.ar/publicaciones (Disponible en fecha 20/7/2015).

¹⁰⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1° Ed. F.D.A, Buenos Aires, 2014, Tomo II, Cap. XI, p. 450 y sgte. Documento PDF en www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf. (disponible el 20/12/2015). Similar postura mantiene Rejtman Farah quien manifiesta que los entes reguladores de los servicios públicos se encuentran obligados a convocarlas en los casos preceptivamente impuestos como también en aquellos supuestos en los que resulte necesario dar a los afectados la oportunidad de defensa y el derecho a ser oídos, ello en tanto la garantía de defensa posee reconocimiento constitucional. Cfr. REJTMAN FARAH, Mario, “El procedimiento de audiencias públicas” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012. Tomo IV, p. 383 y sgte.

Se ocupa así de la reglamentación del llamado *lobby* término que en lo que aquí respecta hace referencia a las gestiones que personas o grupos de personas llevan a cabo para intentar convencer a los funcionarios públicos.¹⁰⁶

El mismo establece la obligatoriedad de ciertos funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional de registrar toda audiencia cuyo objeto consista en las actividades por el definidas - con las excepciones previstas en el art. 8- debiendo crear un registro a tales fines (art.3) el que deberá cumplir determinados recaudos (art. 6).

Se determina que la información que contengan los registros tendrá carácter público, debiendo garantizarse el libre acceso, actualización y difusión (art.7) y que el incumplimiento de las obligaciones será considerado falta grave del funcionario, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la normativa civil y penal (art. 10)

De conformidad a las prescripciones del reglamento, toda persona física o jurídica, pública o privada puede exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento del procedimiento establecido.

Se trata de una técnica instrumental, ello por cuanto el derecho de los ciudadanos se limita a exigir el registro de la audiencia, pudiendo considerarla un medio para obtener la información necesaria para hacer posible la participación.

Se ha dicho que la regulación expresa del *lobby* supone el reconocimiento del ejercicio de potestades normativas del Poder Ejecutivo, superando la asociación del concepto al ámbito parlamentario e implica el reconocimiento de la actividad, la que, en el marco de los cauces institucionales y siempre que se desarrolle en forma pública y sin ejercitar presiones se limita al ejercicio legítimo del derecho de peticionar ante las autoridades.¹⁰⁷

Respecto a este Reglamento, Albertsen realiza una importante consideración, y sin perjuicio de reconocer que estamos frente a un avance en el camino de la transparencia, estima que nos encontramos con un problema de fondo, ético y moral por lo cual podría estimarse conveniente ir delineando planes de formación ética que permitan paulatinamente el desuso de este tipo de normativa.¹⁰⁸

1.1.c)Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas

De acuerdo al esquema definido para el presente trabajo, el punto será abordado en la próxima parte.

¹⁰⁶ Ver DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información...”

¹⁰⁷ Cfr. LISA, Federico J., op. cit.

¹⁰⁸ ALBERTSEN, Jorge en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006, p. 734.

1.1.d) Acceso a la Información Pública

El Anexo VII¹⁰⁹ del Decreto tiene por objeto regular el mecanismo de Acceso a la Información Pública estableciendo su marco general (art.1).¹¹⁰

Estamos frente a otra técnica de participación procedimental no defensiva instrumental ya que su alcance sólo garantiza el acceso a la información. Información que, sin embargo, será necesaria para poder ejercer efectivamente la participación, formando ambas técnicas, junto con el control, una unidad inescindible según lo detalla Ivanega.¹¹¹

Se trata de un derecho humano fundamental con reconocimiento constitucional y convencional que ha sido interpretado de modo amplio por la jurisprudencia.¹¹²

Comadira destaca que se trata de un derecho implícito que encuentra fundamento en el principio de soberanía y en la importancia que posee para la forma republicana de gobierno la publicidad de los actos.¹¹³

En este sentido, es interesante destacar lo manifestado por la CIDH en cuanto a que el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública lo que permite que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, destacando asimismo que este control, por parte de la sociedad a través de la opinión

¹⁰⁹Las previsiones de este Anexo son receptadas por la Ley Nacional N° 27.275 publicada en fecha 29/9/16, y su Decreto Reglamentario N° 206/2017 en vigencia desde el 29/9/17.

¹¹⁰ Un análisis muy completo de la regulación de la temática en el derecho español puede verse en FERNÁNDEZ, Tomás R., “El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia” en Pedro Aberastury y Hermann Josef Blanke (Coordinadores), *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba, 2011, p. 165 y sgtes. Archivo disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_34506-1522-4-30.pdf?130528220040 (el 10/12/2015). Es interesante también el abordaje de BUTELER, Alfonso, en “Régimen Federal de Acceso a la Información Pública” en Revista do Direito UNISC, N° 44, Set-Dez 2014, p. 192-219. Archivo PDF disponible en <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/5765/3956> (el 8/12/2015.)

¹¹¹IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria...* Por su parte, Marcela Basterra considera que el reconocimiento del derecho de acceso a la información constituye una prerrogativa fundamental que se transforma en herramienta legal para alcanzar la publicidad de los actos del estado, sirviendo también de medio de fiscalización y participación efectiva de la sociedad. Ver BASTERRA, Marcela, “El derecho de acceso a la información pública”, disertación realizada en sesión pública del Instituto de Política Constitucional en fecha 05/05/10. Archivo PDF en www.ancmip.org.ar (Disponible en 1/1/2016.)

¹¹² Al respecto ver VILLARRUEL, María Susana, “El Procedimiento de acceso a la información” en *Procedimiento Administrativo, a 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas Organizadas Por la Universidad Austral, Astrea, 1° Ed. Buenos Aires, 2015, p. 495. Puede verse también ALIANAK, Raquel C., “Los nuevos desafíos de la Gestión Pública”, MJ-DOC-7100-AR.

¹¹³ Ver COMADIRA, Julio R., “Procedimiento administrativo y participación...”

pública, promueve la transparencia de las actividades estatales y la responsabilidad de los funcionarios, siendo a tales fines necesario garantizar el acceso a la información de interés público que posea bajo su control¹¹⁴.

En la misma línea, la Corte nacional destaca que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho de toda persona de conocer la forma en que se desempeñan los gobernantes y funcionarios;¹¹⁵ definiendo este derecho como elemento constitutivo de la libertad de expresión, considerándolo protegido por normas constitucionales y convencionales.¹¹⁶

El Reglamento define el Acceso a la Información Pública como una instancia de participación ciudadana que permite a toda persona ejercitar el derecho de requerir, consultar y recibir información de los sujetos alcanzados (art.3), estableciendo como finalidad de la técnica permitir y promover una efectiva participación ciudadana mediante la provisión de información adecuada, completa, oportuna y veraz (art.4).

El campo de aplicación del presente alcanza no solo a los organismos, entidades, empresas, etc. que se desempeñan bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional sino que comprende también a aquellas a las que se les hubieran otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional, o concedido mediante permiso, licencia, concesión o cualquier forma contractual la prestación de un servicio público o bien del dominio público (art.2), definiendo así un alcance mayor al de las restantes técnicas reglamentadas¹¹⁷.

Se contempla una definición amplia de información pública (art.5), se determina que tendrá tal carácter toda la información producida u obtenida por los sujetos comprendidos (art. 8) y se garantizan también los principios de igualdad, publicidad, celeridad, informalidad y gratuidad (art. 7).

Respecto a la legitimación, se observa aquí otra ampliación del alcance del reglamento, en tanto se contempla la posibilidad de que cualquier persona solicite, acceda y reciba información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo, no siendo exigible el patrocinio letrado (art. 6).

La solicitud se realiza por escrito no pudiendo requerirse el fundamento del propósito de la requisitoria (art. 11).

¹¹⁴ Cfr. CIDH, “Claude Reyes y otro vs. Chile”, (2006).

¹¹⁵ Ver CSJN “CIPPEC c/ EN- M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986”, (2014). El derecho de acceso a la información ya había sido reconocido por el máximo Tribunal en “Asociación de Derechos Civiles c/EN-PAMI-dto. 1172/03 s/amparo ley 16986”, (2012).

¹¹⁶ Ver CSJN, “Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A s/ Amparo por mora”, (2015).

¹¹⁷ En el reciente fallo, el máximo Tribunal aborda expresamente este punto reiterando que aún cuando la persona a la que se solicita la información no sea de carácter público o estatal, se encuentra obligada a suministrarla si fueran públicos los intereses que la misma desarrolla y gestiona. Cfr. CSJN, “Giustiniani...”

Como dato relevante, en el Reglamento se contempla que la información debe ser entregada en el estado en que se encuentre (art.12), debiendo la denegatoria reunir ciertos requisitos (art.13).

Por último, ante el silencio o ambigüedad, inexactitud o parcialidad en la respuesta, el solicitante podrá interponer amparo por mora (art.14).

1.1.e) Reuniones abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos

El Anexo VIII del instrumento en análisis tiene por objeto regular el mecanismo de las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos y establecer el marco general para su desenvolvimiento (art.1).

La aplicación del mismo se circunscribe a las reuniones convocadas por los Órganos de Dirección de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, de las que forme parte el número mínimo de miembros suficiente para la formación del quórum que permita la toma de decisiones (art.2). Se advierte así un objeto limitado si se lo compara por ejemplo con la legislación norteamericana¹¹⁸.

Se define a las reuniones abiertas como instancia de participación en la cual el Órgano de Dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones (art.3), teniendo por finalidad permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios (art.4).

Se contempla la obligatoriedad de garantizar el respeto a los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad (art. 5) y se establece que se presumirán públicas y abiertas todas las reuniones convocadas por los entes comprendidos (art. 6), sin perjuicio de las excepciones que la misma reglamentación determina y con los requisitos que a tales fines se contemplan (art. 13).

En cuanto a los legitimados, podrá participar toda persona que tenga interés en hacerlo, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo (art. 7), no pudiendo exigirse el cumplimiento de formalidad alguna (art. 9). Es amplia también la legitimación para solicitar administrativa o judicialmente el cumplimiento del procedimiento (art. 17).

¹¹⁸ Ver DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información...” Al respecto puede verse con provecho SACRISTÁN, Estela B., “Las sesiones públicas (open meetings) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa”, ReDA N° 27/29, 1998, p. 389/434. Archivo PDF en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (Disponible en 30/06/2015.)

Gordillo recalca la necesidad de puntualizar las diferencias que existen entre las reuniones previstas en el Anexo en comentario y las denominadas audiencias públicas. Destaca el diferente alcance de las mismas considerando que en estas últimas el público es parte interesada y activa y posee derechos de naturaleza procedimental en tanto en las primeras sólo se contempla una asistencia pasiva limitada a escuchar lo que se exponga y decida¹¹⁹.

Las reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos deben ser consideradas una técnica instrumental en tanto no implican la participación directa de los ciudadanos sino un mecanismo tendiente a hacerla posible. En este sentido, destaca Lisa que se trata de un modo especial de acceder a la información pública por lo que sin perjuicio del propósito del reglamento de permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar los motivos de las decisiones que afectan a los usuarios, mantiene su condición de instrumental¹²⁰.

Algunos han visto en la reglamentación del presente Anexo el primer paso tendiente a la implementación por el Poder Ejecutivo de este mecanismo de participación pública en todos los organismos de dirección colegiada que existan en la Administración¹²¹. Otros autores han destacado que al expresarse en los considerandos del Decreto que las reuniones abiertas de los entes reguladores son tan sólo uno de los reductos secretos que encubren corrupción y arbitrariedad, sería razonable que la obligatoriedad de sesionar a puertas abiertas alcance a aquellos en los que se presenten situaciones análogas.¹²²

1.2 Técnicas de Participación Procedimental no defensiva no contempladas en el Decreto Nacional

Al margen de los procedimientos puntualizados, se han destacado otros medios de participación ciudadana no defensiva¹²³ como ser: los mecanismos de contrataciones¹²⁴, la selección de autoridades¹²⁵, los presupuestos participativos¹²⁶ y las asambleas ciudadanas¹²⁷.

¹¹⁹Ver GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo...* Tomo II, Cap. XI, p. 457.

¹²⁰ Ver LISA, Federico J., op.cit.

¹²¹ Cfr. DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información...”

¹²² Ver ABAL, Marcelo, “Algunas Consideraciones sobre el Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo...*

¹²³ Cfr. LISA, Federico J. “Procedimiento Administrativo...”

¹²⁴ Puede citarse en este sentido el Decreto N° 1023/01 y su reglamentario N° 893/12 que contemplan diversos mecanismos tendientes a garantizar la participación.

¹²⁵ El ya referenciado Decreto 222/03 es un claro antecedente respecto de la participación de la ciudadanía en la designación de autoridades; en el caso en cuanto a la designación de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

V. CUARTA PARTE. Elaboración Participativa de normas en Legislación, Doctrina y Jurisprudencia

1.1 El Anexo V del Decreto 1172/03

El Anexo V del Decreto Nacional N° 1172/03 tiene por objeto regular el mecanismo de Elaboración Participativa de Normas, estableciendo el marco para su desenvolvimiento.

En los mismos considerandos de dicho instrumento se lo define como un procedimiento que, por medio de consultas no vinculantes, involucra tanto a sectores interesados como a la ciudadanía en general en la elaboración de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, cuando las características del caso lo impongan. Destacando que se tendrán en consideración la viabilidad y oportunidad en el caso concreto¹²⁸.

En su articulado se amplía tal concepto describiéndolo como un mecanismo tendiente a habilitar un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de dichos proyectos (art.3), teniendo por finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana en este sentido (art.4).

No caben dudas que se trata de una técnica de participación procedimental no defensiva final, en tanto acarrea por sí misma la participación.

Se advierte, por otro lado, que el reglamento establece que el procedimiento tendrá lugar cuando las características del caso lo impongan según la viabilidad y oportunidad de las mismas, delineándola entonces como una participación no tutelada o de otorgamiento discrecional. En consecuencia, el ciudadano sólo podrá exigir judicialmente que la resolución de su solicitud sea fundada.

El procedimiento deberá garantizar el respeto a los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad (art.5).

¹²⁶ Como ejemplo de implementación de este mecanismo cabe citarse el artículo 96 de la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Ushuaia en virtud del cual se establece el carácter participativo del presupuesto municipal, debiendo fijarse mediante Ordenanza los procedimientos de participación sobre las prioridades de asignación de recursos. Con ese objeto se sancionó la Ordenanza Municipal N° 3352. Ambos documentos se encuentran disponibles en www.concejoushuaia.gob.ar.

¹²⁷ En este sentido, el artículo 88 del Decreto Acuerdo N° 4147 de la Provincia de Santa Fe, de fecha 19/11/2015, que establece la facultad de la Administración de convocar a ciudadanos e instituciones a Asambleas Ciudadana con el objeto de conocer sus opiniones en materia de formulación y ejecución de políticas públicas, promoviendo la participación.

¹²⁸ Cfr. Decreto Nacional N° 1172/03 considerando 6.

El ámbito de aplicación coincide con el de la mayoría de los reglamentos ya comentados, limitándolo a los organismos, entidades, empresas, dependencias y todo ente que funcione bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional (art.2).

La legitimación es amplia, debiendo invocarse un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse (art.9). De la misma manera, cualquier persona podrá solicitar la realización de un procedimiento de Elaboración Participativa de Normas, debiendo hacerlo por petición fundada (art.11), estando la Administración únicamente obligada a dar respuesta mediante acto fundado en un plazo no mayor a treinta días.

El mecanismo previsto para su desarrollo contempla una serie de pasos o etapas que pueden sintetizarse en los siguientes:

- a. Inicio del Procedimiento (art. 10) mediante acto administrativo expreso que deberá contener una serie de requisitos determinados, siendo interesante destacar que se exige la transcripción del texto y fundamentos de la norma propuesta (art.12).
- b. Publicación del acto de apertura en el Boletín Oficial y página de internet. En esta fase se deberá invitar a la ciudadanía a expresar sus opiniones y propuestas (art.13).
- c. Apertura del registro de opiniones y propuestas (art.15). El registro debe ser habilitado al momento de la apertura del procedimiento. En el constarán las opiniones y propuestas recibidas, debiendo ser presentadas por escrito¹²⁹ mediante el formulario preestablecido, y contando mínimamente con los datos establecidos en el formulario que se aprueba en el Anexo VI.
- d. Registro informal. Se contempla la habilitación de un registro de comentarios informales (art.17), los que no serán incorporados al expediente ni considerados en la etapa final.
- e. Análisis de los aportes. Finalizado el plazo¹³⁰ para las presentaciones, el que no podrá ser menor a quince días (art.16), la autoridad pertinente deberá dejar constancia de la cantidad de opiniones y propuestas recibidas y detallar las que considera pertinente incorporar a la norma (art.19).

¹²⁹ Respecto a la exigencia de presentación por escrito, sostiene dos Santos que por aplicación de los principios de igualdad, informalidad y gratuidad que rigen el procedimiento, debería admitirse cualquier vía de presentación, siempre que medie certeza sobre la fecha y contenido de la misma. Cfr. DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información...”

¹³⁰ Destaca Comadira que la fijación de un plazo irrazonable podría desvirtuar el procedimiento, sin perjuicio que su formal realización puede ser invocada como legitimante de la norma dictada. En consecuencia estima que de acreditarse la irrazonabilidad por insuficiencia del plazo fijado, resultaría viable la revisión administrativa y judicial del mismo. Ver COMADIRA, Julio R., “Procedimiento Administrativo...”

- f. Redacción de la norma. En los fundamentos de la norma deberá existir constancia de la realización del procedimiento de Elaboración participativa de Normas, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas en consecuencia (art.29).¹³¹
- g. Publicación de la norma (art.21). La norma deberá publicarse en el Boletín Oficial por un plazo de un día y ser incorporada a la página de internet de la Autoridad Responsable.

A los fines de la materialización del procedimiento previsto, el Anexo VI aprueba el formulario para la presentación de opiniones y propuestas.

1.2 Importancia de la temática

Se advierte así que mediante el Anexo V del Decreto se apunta fundamentalmente a regular la participación en la elaboración de los Reglamentos o actos de alcance general normativo, teniendo por finalidad permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley.

Citando a García de Enterría, Uslenghi define al Reglamento como toda norma escrita dictada por la Administración¹³².

De la descripción tradicional de las fuentes del Derecho Administrativo, se suele desprender que los Reglamentos constituyen cuantitativamente¹³³ la fuente de mayor relevancia para esta rama del derecho, destacándose que la legislación que produce la Administración incide en general de manera mucho más directa en la esfera de los derechos individuales que la legislación dictada por el Congreso.¹³⁴

La mayoría de los ordenamientos tiene determinada una jerarquía de normas o instrumentos creados por el gobierno que influyen sobre la actividad de los ciudadanos. Así, en el vértice superior se encuentra la Constitución aprobada por el pueblo, en un

¹³¹ En cuanto a los requisitos establecidos en este inciso y sin perjuicio del amplio debate que el tema ha suscitado en la comunidad toda pueden citarse sólo a fines gráficos los considerandos del Decreto N° 1225/2010, reglamentario de la Ley N° 26.522.

¹³² Ver USLENGHI, Alejandro J., “Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria”. *Acto Administrativo y Reglamento*. Rap, Buenos Aires, 2002. Al respecto puede verse también REBOLLO PUIG, Manuel, “La potestad reglamentaria” en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), op. cit., Tomo I, p. 219.

¹³³ Rebollo Puig destaca en este sentido la abundancia de normas de este tipo afirmando que más del noventa por cien de las normas son reglamentos. A esta característica numérica le suma la importancia jurídica y política que los mismos representan. Ver REBOLLO PUIG, Manuel, op. cit. p. 219.

¹³⁴ SACRISTÁN, Estela B., “Apuntes para la revisión judicial de los reglamentos”, *El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Ediciones Dike, 2004. Archivo PDF disponible en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (obtenido el 10/7/2015.)

segundo escalón estarían las leyes aprobadas por el Congreso elegido democráticamente, en el tercer nivel nos encontraremos con miles de reglamentos aprobados por los cargos del Ejecutivo, responsables en términos políticos y decenas de miles de instrumentos o documentos interpretativos y directrices aprobadas por los órganos administrativos pertinentes se advertirán en el cuarto peldaño.¹³⁵

En la actualidad, este esquema debería completarse de la siguiente manera: Constitución y tratados con jerarquía constitucional, los restantes tratados, normas dictadas en el marco de tratados de integración, leyes no vetables, leyes convenio, ley formal, leyes de delegación; reglamentos delegados, ejecutivos, autónomos, de órganos inferiores.¹³⁶

En este sentido, la proliferación de normas reglamentarias, la tendencia a la ampliación de sus campos de acción y el efecto que sobre los administrados generan los reglamentos, torna imprescindible dirigir la atención a ellos.

El tema nos recuerda a una de las peculiaridades del ordenamiento jurídico administrativo: su distintiva conformación debido a la atomización de las potestades normativas en la materia.¹³⁷

Se ha dicho que si bien este tipo de instrumentos puede contener regulación de diversas materias, su contenido más frecuente es de Derecho Administrativo, o regulación de la Administración y de las relaciones entre ésta y los sujetos privados¹³⁸.

Expresa Rebollo Puig que a la condición de fuente del derecho y a la singular relevancia que poseen los Reglamentos en el Derecho Administrativo, debe sumarse el hecho de que los mismos son obra de la propia Administración, una de sus formas de actividad y ejercicio de una de sus potestades¹³⁹.

Incluso se ha llegado a considerar a los reglamentos como la más problemática de las fuentes del derecho administrativo, en virtud de la tendencia de la Administración a fijar normas generales para todo lo que hace.

¹³⁵ Cfr. STRAUSS, Peter L., “Los procedimientos de Elaboración de Reglamentos y Disposiciones Administrativas en EE.UU” traducción de Salvador Rodríguez Artacho e Ignacio Carbajal Iranzo con la colaboración de Javier Barnés en Javier Barnés (Ed.), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Law Press, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2008, p. 319 y sgtes.

¹³⁶ Puede ampliarse en LISA, Federico J., “Aportes ius publicistas a las nuevas bases del Derecho Privado” JA 2002-IV, 04/12/02.

¹³⁷ Por ello suele decirse que el ordenamiento jurídico administrativo supone “fisión” en su producción y exige, a la par, “fusión” en su aplicación. Ver LISA, Federico J., “Aportes ius publicistas...”, con cita a Villar Palasí.

¹³⁸ REBOLLO PUIG, Manuel “Las Fuentes del Derecho Administrativo” en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), op. cit., Tomo I, p. 96.

¹³⁹ *Ibid*, p. 97

Pese a todas estas particularidades, la doctrina señala que no existe en la Argentina una “tradición real de participación ciudadana en la elaboración de normas generales, ni parece que el tema constituya una preocupación actual de las autoridades políticas”¹⁴⁰, lo que hace aún más interesante y necesario el análisis de la temática.

Por ello y sin perjuicio de que excede el objeto de este trabajo el análisis exhaustivo de la Potestad Reglamentaria, se estima pertinente hacer una breve referencia a ella, a su origen y fundamento.

Señala Uslenghi con cita a García de Enterría, que “no hay posibilidad de gobernar una sociedad como la actual, cuyas interrelaciones son cada vez más complejas y sutiles, sin una Administración que asegure el mantenimiento de sus supuestos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes, uno de los cuales ha de ser la potestad reglamentaria”¹⁴¹, concluye así que “guste o desagrade, sean o no grandes los riesgos de una normación secundaria de este carácter –nos dice el autor español-, la potestad reglamentaria de la Administración es hoy absolutamente imprescindible.”¹⁴²

En cuanto a la aplicación de la temática en la Argentina, Bianchi destaca que el origen de la Potestad Reglamentaria no reside en la Constitución de los Estados Unidos sino en fuentes españolas. Destaca que los Constituyentes de 1853 se inclinaron en este punto por el proyecto de Alberdi que seguía la Constitución de Cádiz de 1812.¹⁴³

La Constitución Política de la Monarquía Española, celebrada en Cádiz en 1812 establecía en su Título IV, Capítulo I, artículo 170 que la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey. Esta potestad se complementaba con las prescripciones del artículo 171 inciso 1. en virtud del cual, además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas le corresponde como principal la facultad de expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes.

Del discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión el Proyecto de Constitución se advierte que expresamente se entendió que el Rey, como jefe de Gobierno y primer magistrado de la Nación necesita estar revestido de una autoridad verdaderamente poderosa, depositando en sus manos toda la potestad ejecutiva para que

¹⁴⁰DURAND, Julio C., “El Procedimiento Administrativo en la Argentina” en Pedro Aberastury y Hermann Josef Blanke (Coordinadores), *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba, 2011, p. 312. Archivo disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_34506-1522-4-30.pdf?130528220040 (el 10/12/2015.)

¹⁴¹USLENGHI, Alejandro J., “Régimen Jurídico de la Potestad...”, p. 489.

¹⁴²*Ibid.* p. 489.

¹⁴³Ver BIANCHI, Alberto B., “La potestad reglamentaria de los entes reguladores” JA 2006-III-1080-SJA 30/08/06.

el orden y la justicia reinen en todas partes y para que la libertad y seguridad de los ciudadanos pueda ser protegida a cada instante contra la violencia o las malas artes de los enemigos del bien público.¹⁴⁴

Puede afirmarse siguiendo destacada doctrina que la creencia de que la Constitución Argentina es una reproducción de la estadounidense no resulta exacta, siendo este uno de los puntos en los que el apartamiento es notorio.¹⁴⁵

En nuestro sistema jurídico afirma Sacristán siguiendo a Cassagne, “la potestad reglamentaria se justifica tanto respecto de los órganos administrativos como de ciertos entes”, fundando la competencia reglamentaria en la especialidad del emisor y en la rapidez para actuar.¹⁴⁶ Como resultado de lo expuesto, en el ámbito nacional los reglamentos son dictados por los distintos órganos constitucionales, y son tales los que emiten el titular del Poder Ejecutivo, el Jefe de Gabinete, los Ministros y demás organismos de la Administración Pública, incluyendo a los Entes Autárquicos.¹⁴⁷

Esto sin perjuicio del nuevo rol del Congreso, cuestión fundamental que incide en la noción misma de “Ley” y, por ende, de Reglamento.

1.3 Antecedentes en nuestro ordenamiento

Adentrándonos ahora en el tema puntual del procedimiento de elaboración participativa de normas, ya se ha señalado que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo no contempla prescripción alguna respecto del tema.

Sí recepta minuciosamente una serie de recaudos a los que debe someterse el dictado de los actos administrativos. Así, en tanto establece como exigencias a tales fines la necesidad del dictamen jurídico previo emitido por los servicios jurídicos permanentes, el resguardo del derecho de defensa, etc.¹⁴⁸

Si se tiene en cuenta el llamado déficit democrático que los reglamentos presentan debido a que no proceden de cuerpos legislativos y el impacto que generan en los derechos de los administrados por su condición de normas de carácter general, la poca preocupación de esta norma por este tipo de instrumentos se torna inexplicable.

¹⁴⁴ Cfr. PÉREZ GALDÓS, Benito, *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 con texto íntegro de la Constitución*. Alianza Editorial, 2012, p. 346.

¹⁴⁵ Ver CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot, 9º Ed., Tomo I, p. 170.

¹⁴⁶ Ver SACRISTÁN, Estela B., “Apuntes para la revisión judicial...”, p. 390.

¹⁴⁷ Cfr. SACRISTÁN, Estela B., “La Administración Legislativa (y dos saludables recaudos)”. En *Derecho Procesal Administrativo*, Juan C. Cassagne dir. Hammurabi, 2004. Archivo PDF disponible en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (obtenido el 10/7/15.) p.393.

¹⁴⁸ Ver ORTÍZ, Daniel y AZZARRI, Juan Cruz, “El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América: una introducción a la Administrative Procedure Act” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p.1445.

Esto ha llevado a Bianchia sostener con total franqueza que en nuestro país la emisión de los reglamentos es un procedimiento simple. Ello, en tanto al no estar previsto en la Ley un régimen específico, el mismo se reduce a la proyección del reglamento, la firma del mismo y su posterior publicación en el Boletín Oficial a los fines de su vigencia¹⁴⁹.

Expresa así el autor que la Ley de Procedimientos Administrativos “ha liberado a la administración de toda exigencia al momento de emitir un reglamento.”¹⁵⁰

Sin embargo, no puede ignorarse que en nuestro ordenamiento se registra un antecedente de participación en la elaboración de los reglamentos, en virtud de lo contemplado en los derogados artículos 103 a 107 del Decreto N° 1759/72, Reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Estas disposiciones detallaban el trámite que debía ser observado para la elaboración de actos de alcance general y proyectos de leyes que fueran propiciados por la administración, concibiéndolo como un mecanismo de participación procedimental no defensiva discrecional y estableciendo entre otros aspectos los siguientes: órgano o ente iniciador (art. 103), necesidad de realizar los estudios y obtener la información previa que garantice la juridicidad, acierto y dictámenes y documentos que fueran de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o tiendan a facilitar su interpretación (art. 4), exigencia de acompañar a toda iniciativa que modifique o sustituya normas legales y reglamentarias con una relación de las disposiciones vigentes y detalle de las modificaciones (art. 105), determinando el requisito de dictamen jurídico previo de la Procuración del Tesoro de la Nación en forma individual o junto con la intervención del Ministerio de Justicia según se trate de proyecto de acto de alcance general o de ley respectivamente (art. 106). El art. 107 por su parte contemplaba que las iniciativas podían ser sometidas a información pública cuando su naturaleza lo justificara, pudiendo requerir opinión a personas o entes ajenos a la Administración¹⁵¹.

Dichos artículos fueron respectivamente sustituidos (art. 103 a 106) o derogados (art. 107) por el Decreto N° 1883/91¹⁵² que introdujo diversas reformas a los

¹⁴⁹ Cfr. BIANCHI, Alberto B., “Constitución y Administración(Una relación tensa y compleja)”, ED 208-990, (2004).

¹⁵⁰BIANCHI, Alberto B., “Una Aproximación Constitucional a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” en *Procedimiento Administrativo a 20 años de la reforma constitucional*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Rap, 2015, p. 541.

¹⁵¹Mata destaca que los artículos en cuestión constituían pautas útiles de información y de preparación de los actos administrativos de alcance general y proyectos de leyes que hasta la actualidad no han sido reemplazados. Cfr. MATA, Ismael, “Administración servicial y procedimiento administrativo” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012. Tomo I, p. 441.

¹⁵² Registrado en fecha 17/9/91, publicado en el Boletín Oficial del 24/9/91.

procedimientos administrativos reglamentados por el Decreto N° 1759/72, sin que mediara expresión de motivos.

Sin perjuicio de las críticas que respecto a tal derogación se hicieron, la doctrina aceptó que el procedimiento había tenido escasa utilización por parte de la Administración¹⁵³, diciendo incluso que no constituyó más que una “curiosidad normativa sin aplicación concreta.”¹⁵⁴

Esta modificación de la normativa llevó a Uslenghi a concluir que en nuestro sistema, “el tramo anterior al dictado de un reglamento aparece hoy huérfano de reglas generales.”¹⁵⁵

Como antecedente legislativo de participación en la elaboración de normas es destacable el que surge de las prescripciones consagradas por los marcos regulatorios de los servicios públicos. En este sentido, las Leyes N° 24.065¹⁵⁶ y N° 24.076¹⁵⁷ establecen la participación pública en forma previa a la toma de ciertas decisiones mediante la actividad reglamentaria de los entes reguladores.

El legislador ha optado para el caso de los reglamentos emanados de los entes reguladores por la previa participación. Así, se desprende en forma expresa del Decreto Reglamentario del Marco regulatorio del Gas Natural que la sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o sus lineamientos básicos y el otorgamiento de un plazo para que los interesados puedan en forma escrita presentar sus observaciones al proyecto, pudiendo en determinados supuestos recurrir al procedimiento de audiencia pública¹⁵⁸.

En virtud de las fechas de sanción de los marcos regulatorios de los servicios públicos, Hutchinson¹⁵⁹ destaca el contrasentido que significa que se deroguen los artículos del Decreto 1759/72 que contemplaban la participación en la elaboración de normas a nivel general cuando las normas particulares la contemplan expresamente.

¹⁵³En este punto puede verse HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos Ley 19.549*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 194

¹⁵⁴ Cfr. DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información...”

¹⁵⁵USLENGHI, Alejandro J., “Régimen Jurídico de la Potestad...”, p. 487 y sgtes.

¹⁵⁶ Régimen de la Energía Eléctrica. Sancionada el 19/12/91, promulgada parcialmente en fecha 3/1/92 y publicada en el Boletín Oficial del día 16/1/92.

¹⁵⁷ Marco Regulatorio del Gas Natural. Sancionada el 20/5/92, promulgada parcialmente en fecha 9/6/92 y publicada en el Boletín Oficial del día 12/6/92.

¹⁵⁸Decreto N° 1738/92 de fecha 18/9/92 publicado en el Boletín Oficial del 28/09/92. Prescripciones en el mismo sentido contempla en el ámbito de la Energía Eléctrica el Decreto N° 1398/92 de fecha 6/8/92 que fuera publicado en el Boletín del día 11/8/92.

¹⁵⁹ Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos...* p. 194.

Ante esta crítica, el Decreto 1172/03 es destacado por Comadira como el punto final de tal contradicción, ello en tanto contempla un procedimiento general de elaboración participativa de normas, incluso con un detalle mayor que el anterior¹⁶⁰.

Otro antecedente relevante que puede citarse es el Decreto N° 436/00,¹⁶¹ que en sus artículos 10 y siguientes contempla un mecanismo de participación previo a la aprobación del pliego de bases y condiciones particulares, que será aplicable cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique.

Por su parte, el artículo 8 del Decreto N° 1023/01¹⁶² establece, bajo similares condiciones de admisibilidad, la participación de los ciudadanos a los fines de formular observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

En el mismo sentido lo regula el artículo 32 del Decreto N° 893/12.¹⁶³

Si bien estos decretos refieren a pliegos de condiciones particulares, igualmente resulta oportuna su mención, dada la pauta que ofrecen al admitir la participación de los ciudadanos en su elaboración. En efecto, si se prevé la participación ciudadana en este tipo de actos, cuánto más necesaria lo será en aquellos que innovan en el ordenamiento jurídico administrativo.

1.4 La opinión de la doctrina

La doctrina nacional y extranjera ha sido muy crítica con diversos aspectos de la potestad reglamentaria y fundamentalmente con la normativa producida en consecuencia. Más allá de aquel apotegma según el cual la potestad reglamentaria de la administración es hoy absolutamente imprescindible¹⁶⁴, los cuestionamientos que se han realizado son muchos y el común denominador a los fines de dar solución a los mismos parece relacionarse directamente con la participación ciudadana.

Se evidencia así que independientemente de lo que manifestara Durand¹⁶⁵ en cuanto a que la temática no cuenta con un arraigo importante entre nosotros ni se advierte entre los primeros lugares de la agenda política, la doctrina nacional e internacional sí ha dedicado ciertos párrafos respecto a esta fuente del Derecho Administrativo, sus

¹⁶⁰ Ver COMADIRA, Julio R., “Procedimiento Administrativo y Participación...”

¹⁶¹ Decreto N° 436/00 Reglamento para la adquisición, enajenación y contrataciones de bienes y servicios del Estado Nacional, registrado en fecha 30/05/00, publicado en el Boletín Oficial del día 05/06/00.

¹⁶² Decreto N° 1023/01 Régimen de contrataciones de la administración nacional, registrado en fecha 13/08/01, publicado en el Boletín Oficial del día 16/8/01.

¹⁶³ Decreto N° 893/12 Régimen de contrataciones de la administración nacional, reglamentación. Registrado en fecha 7/6/12 y publicado en el Boletín Oficial del 15/6/12, actualmente derogado por Decreto N° 1030/2016.

¹⁶⁴ Ver nota 142.

¹⁶⁵ Al respecto ver nota 140.

problemas y la importancia del rol de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas generales.

Entre los autores nacionales, Gordillo -en una posición extrema-cuestiona fuertemente la potestad reglamentaria y describe al reglamento una “fuente perniciosa de ilegalidad e injusticia”. Destaca el autor que se trata de la fuente de mayor ilegalidad y arbitrariedad de la administración, la que debido a su condición de fuente cuantitativamente más importante del derecho administrativo pone en peligro su vigencia y la del Estado de Derecho¹⁶⁶.

Desde su punto de vista, para combatir el flagelo normativo que los reglamentos representan se torna necesario limitar rigurosamente la facultad reglamentaria de la administración. A esos efectos estima apropiado contemplar mecanismos de participación efectivos en su procedimiento de elaboración, determinar garantías en forma previa a su emisión, negarles presunción de legitimidad cuando no respetan estos requisitos, así como también garantizar la posibilidad de cuestionamiento de los mismos y la severidad en la revisión judicial.¹⁶⁷

Bianchiresalta que la preocupación doctrinaria por esta fuente del derecho es notoriamente inferior a la desarrollada por el acto administrativo, lo que se refleja en la falta de control reinante en su emisión. Entiende que se trata de una omisión difícil de explicar si se tiene en vista el déficit democrático que poseen al no provenir de un cuerpo representativo y en virtud del alto impacto que generan en los administrados en su condición de normas de carácter general.¹⁶⁸

Todo ello lo lleva a concluir que el reglamento continúa siendo un instrumento que surge de la “voluntad unilateral de la administración sin control alguno”¹⁶⁹, favoreciendo de este modo la discrecionalidad.

Por su parte, Sacristán es otra de las doctrinarias que ha abordado profusamente la temática.

En este sentido, ha afirmado que prácticamente no existe órgano de la pirámide organizativa que no ejerza facultades reglamentarias en alguna medida, destacando además el déficit democrático que tal potestad acarrea, que será mayor o menor de conformidad al lugar que el órgano emisor ocupe en la estructura organizativa de la Administración.

¹⁶⁶Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1° Ed. F.D.A, Buenos Aires, 2013. Tomo I, Cap. VII. Documento PDF en http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf (Disponible en 10/12/2015.)

¹⁶⁷*Ibid.*

¹⁶⁸Ver Bianchi, Alberto B. “Una aproximación...” p. 540 y sgtes.

¹⁶⁹*Ibid.*p. 614.

Ante esta circunstancia, advierte que para paliar tal déficit democrático corresponde hacer hincapié en la exigencia de motivación de las decisiones de carácter general e implementar métodos de participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos.¹⁷⁰ Respecto a este último requerimiento y trayendo a colación a Gordillo, destaca que la participación de la ciudadanía en forma previa al dictado de los reglamentos, consagra la función democratizadora del procedimiento administrativo.¹⁷¹

En ajustada síntesis y parafraseando a Barra concluye en 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.”¹⁷²

En cuanto a los mecanismos de participación en la elaboración de normas de alcance general, destaca Pérez Hualde que tal derecho es considerado implícito en nuestra Constitución nacional y se encuentra exigida como obligación de los Estados firmantes de los distintos tratados internacionales que lo contemplan, que en nuestro país han sido reconocidos mediante el artículo 75 inc. 22. Reitera con parte de la doctrina que estos procedimientos aportan a mejorar la calidad de las normas, garantizan una mayor protección de los intereses de los particulares que pudieran verse afectados, otorgan mayor legitimación democrática y simplifican su aplicación.¹⁷³ Lejos de propiciar una asamblea deliberativa promueve el autor un aumento de los canales de participación que permitan el acercamiento de los ciudadanos a sus representantes y su participación activa en la elaboración de las normas.¹⁷⁴

En este sentido, Cassagne considera objetable que el ordenamiento legal positivo argentino no encuentre regulada la participación de los ciudadanos en los procesos de elaboración de disposiciones de naturaleza reglamentaria. Estima que sin atribuir carácter vinculante a la participación y sin resentir el sistema de gobierno representativo, esta metodología podría favorecer la información recíproca y contribuir a consensos sociales que otorguen mayor legitimidad a las normas.¹⁷⁵ En la misma línea destaca que la incorporación de mecanismos de participación informal al procedimiento

¹⁷⁰Cfr. SACRISTÁN, Estela B., Apuntes para la revisión judicial...”.

¹⁷¹Cfr. SACRISTÁN, Estela B. “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general.”, Revista de Derecho Administrativo, N° 30/31, (1999), p. 191.

¹⁷²*Idem*, “Apuntes para la revisión judicial...”, p.406.

¹⁷³ Ver PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Elaboración Participativa de Normas: Mecanismo de Control” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006, p. 578 y sgte.

¹⁷⁴*Idem*. “Instrumentos para un Régimen Jurídico de Combate a la Corrupción” LL 2011-D, 926.

¹⁷⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan C., “A cuarenta años de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 31.

administrativo es hoy insuficiente, siendo necesario contemplar la participación formal de la ciudadanía en los procesos de elaboración de proyectos de leyes y reglamentos.

Esta necesidad de que los reglamentos sean precedidos de procedimientos que garanticen la participación de los distintos sectores es manifestada también por la doctrina extranjera.

En el caso español, Rebollo Puig juzga que estando la actividad administrativa procedimentalizada, con mayor criterio la aprobación de los reglamentos debe encontrarse sometida a procedimientos que tiendan a garantizar su legalidad, su acierto y oportunidad. Destaca que en los últimos tiempos se ve reflejada en distintas normas la intención de conseguir una buena regulación, imponiendo principios y ordenando el establecimiento de canales de información y comunicación así como también mecanismos de consulta pública y participación de los interesados.¹⁷⁶

Por su lado, Muñoz Machado parte del reconocimiento constitucional de la participación en la elaboración de las disposiciones de carácter general, y destaca a este procedimiento como “una fórmula al servicio del acierto y la oportunidad de las disposiciones administrativas en proyecto, así como una garantía redoblada de su acomodación a la legalidad y de la evitación de los excesos a que puede dar lugar la discrecionalidad de que la Administración dispone al aprobar reglamentos.” Entiende a la audiencia de los ciudadanos como la vía propicia para que quienes se consideren afectados por la norma en proyecto puedan manifestar su opinión en forma previa a la aprobación, incrementando la legitimación democrática de tales normas.¹⁷⁷

1.4.a) La elaboración participativa de normas y la lucha contra la corrupción

Un tema interesante que ha sido analizado por la doctrina es la relación existente entre la participación en la elaboración de normas y la lucha contra la corrupción.

Como dije, en su postura terminante Gordillo describe al reglamento como la fuente de mayor ilegalidad y arbitrariedad, sosteniendo que “en ninguna otra parte del derecho administrativo se consagra tanto la arbitrariedad, el capricho, la auto contradicción, la improvisación e imprevisión permanente, las contramarchas constantes, la desviación del poder.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ Ver REBOLLO PUIG, Manuel, “La potestad reglamentaria” en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), op.cit, Tomo I, p. 239 y sgte.

¹⁷⁷ Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, Tomo VII, p. 131 y sgte.

¹⁷⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 1º Ed. F.D.A, Buenos Aires, 2013, Tomo I, Cap. VII. Documento PDF en http://www.gordillo.com/pdf_tomol/capituloVII.pdf (Disponible en 10/12/2015.)

Siendo también muy crítico al respecto, Nieto afirma que el jurista de la actualidad ha podido constatar que los reglamentos expresan el “despotismo político o burocrático.”¹⁷⁹

Estas actitudes conllevan sin duda arbitrariedad, secreto, promueven la inseguridad jurídica, el desconocimiento de las normas y el exceso reglamentario, favoreciendo ambientes propicios a la corrupción.¹⁸⁰

Ante este panorama, es claro que la participación viene a jugar un rol fundamental en la lucha contra la corrupción. Según sintetizara sabiamente Pérez Hualde, “el grado de participación efectiva es inversamente proporcional al grado de posibilidades de trámites corruptos.”¹⁸¹

Ello, por cuanto su ausencia contribuye a separar a los ciudadanos de sus representantes, haciendo que al no sentir su presión directa se encuentren más vulnerables a otro tipo de influencias. Por el contrario, la incorporación de los ciudadanos a los mecanismos de elaboración de las decisiones de la administración no sólo genera su acercamiento a las autoridades sino que también los transforma en partícipes del proceso de creación de tales normas con lo que ello implica.¹⁸²

En similar interpretación, Mairal advierte que para revertir estas prácticas se debe incorporar el procedimiento previo para la emisión de reglamentos del derecho administrativo norteamericano, con la consiguiente publicidad, participación, análisis y fundamentación de las observaciones realizadas.¹⁸³

1.5 La elaboración participativa de normas en la jurisprudencia

En relación al abordaje jurisprudencial de la materia, en consonancia con lo expuesto sobre las leyes marco de los servicios públicos, es posible advertir un mayor tratamiento del tema en cuestiones relacionadas a los mismos.

En el ya citado pronunciamiento de la Sala IV, CNACAF, el minucioso voto del Dr. Uslenghi expresa en forma muy didáctica que “la regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana

¹⁷⁹ NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás R., *El Derecho y el Revés Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ed. Ariel, 1° Ed., 7° Impresión, 2014, p. 15.

¹⁸⁰ Ver al respecto MAIRAL, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción*, Ed. Rap, Buenos Aires, 2007. En este sentido, Pérez Hualde con cita a González Amuchástegui ha expresado que “el monopolio de la decisión política y el secreto son el caldo más propicio de la corrupción”. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Instrumentos para un régimen...” p. 938.

¹⁸¹ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Participación y Derecho a una Buena Administración”, documento PDF disponible en <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/document7.pdf> (el 10/12/2015.)

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Ver MAIRAL, Héctor A., *Las raíces legales...* P. 54 y sgte.

es altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto en la decisión. La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración, además de aportes técnicos, 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. Ello, sin perjuicio de constituir una razonable reglamentación del derecho de los interesados a participar en las decisiones administrativas trascendentes que hacen al gobierno o dirección de los asuntos públicos.”¹⁸⁴

Recepta así la importancia de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de actos de alcance general, destacando que el instituto de audiencia pública es uno de los medios que podrían utilizarse a tal fin.

También en materia de Servicios Públicos, la Sala I, en un pronunciamiento de fecha posterior, en el cual se ponía en crisis una resolución de la Secretaría de Comunicaciones, dependiente del Ministerio de Infraestructura y vivienda por la cual se dejó sin efecto la audiencia pública convocada a los fines de recibir opiniones respecto del Proyecto de Reglamento General de Servicios, reemplazándola por el procedimiento de documento de consulta, determinó que la manda constitucional se traduce en determinar como pauta básica la participación de los interesados, no estableciendo los mecanismos a tal fin.

Trae a colación la doctrina Youssefian, y con cita a Sacristán el tribunal destaca que la participación en forma previa al dictado de los reglamentos consagra la función democratizadora del procedimiento administrativo.¹⁸⁵

La misma línea jurisprudencial sostiene la Sala III, en un caso en el que se cuestionaba la omisión de implementar los mecanismos de consulta y participación en la elaboración del nuevo marco regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales, su reglamentación y trámite de concesión. Se reitera así la necesidad de garantizar la participación, entendiendo únicamente exigible la audiencia pública en los casos que la ley expresamente la contemple.¹⁸⁶

Por su parte, en materia ambiental, es interesante destacar el abordaje que respecto al tema en análisis realiza la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza que fue citada por Pérez Hualde. Así, el Máximo Tribunal Provincial destacó

¹⁸⁴Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Youssefian...”

¹⁸⁵Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP-INC MED c/ EN-M° I Y V- Resol.65/01”. (2002).

¹⁸⁶Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, “ACIJ c/ EN-Ley 24240- M° de Planificación s/proceso de conocimiento”. (2008).

la importancia de la participación en la reglamentación de las áreas tendientes a evitar el riesgo de una reserva fáunica frente a una explotación petrolera, diciendo expresamente que “la delimitación del área deberá respetar los principios de participación propia de la actividad reglamentaria de la Administración y no podrá ser una exclusiva determinación unilateral de alguna repartición dependiente de la provincia demandada”¹⁸⁷

Como se aprecia, el Tribunal asigna a la participación carácter de “principio propio de la actividad reglamentaria de la Administración” y le reconoce como fin el evitar la arbitrariedad y la unilateralidad.

Si bien no en forma tan explícita, del precedente citado por Sacristán también es posible extraer consideraciones respecto al rol de la participación en la elaboración de normas de alcance general.

Refiere la autora que en el caso se encuentran en juego derechos de contenido no patrimonial, “encontrándose involucrados actos de naturaleza reglamentaria de eventual amplio alcance”.¹⁸⁸

Hablamos puntualmente del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, el cual, sin perjuicio de profundizar más en la primera de las exigencias que la autora advierte necesarias para disminuir el déficit democrático de los actos de alcance general¹⁸⁹, refiere a que la Ordenanza cuestionada N° 2/97, por medio de la que se transformaba al Colegio Nacional de Monserrat en un establecimiento de carácter mixto, había sido aprobada luego de un extenso debate del cual fueron invitados a participar y manifestarse todos los miembros de la comunidad educativa.¹⁹⁰

En su voto el Dr. Bossert resalta que “los padres de los alumnos del Colegio Monserrat, que han tenido oportunidad de participar en la discusión atinente a la incorporación de mujeres como alumnas, no pueden impedir que las autoridades,

¹⁸⁷ Ver Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Causa N° 78.245 “YPF Sociedad Anónima en Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de amparo s/ inconstitucionalidad y casación” de fecha 11 de marzo de 2005 según cita de PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Participación y Derecho...”, p. 8. Puede verse también en LL 2005-D, 552 con nota de ÁBALOS, Ma. Gabriela. Destaca la autora que el voto del juez preopinante avanza en recomendaciones orientadoras del accionar del Estado destacando, entre otras cuestiones, la importancia del respeto a los principios de participación propios de la actividad reglamentaria de la Administración, aclarando que a fin de democratizar el Procedimiento Administrativo se impone la participación en Audiencia Pública o mediante otra modalidad participativa, en forma previa a la emisión de los reglamentos.

¹⁸⁸ SACRISTAN, Estela B., “La administración legisladora...” p. 435.

¹⁸⁹ Ver nota 168.

¹⁹⁰ Ver CSJN, “Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659, según cita de Estela B. Sacristán, “La administración legisladora...” P. 435.

competentes de acuerdo a lo precedentemente señalado, adopten una decisión al respecto que se encuentra lejos de resultar ilegal o arbitraria.”¹⁹¹

1.6 La elaboración participativa de normas en el derecho comparado

1.6.a) El Derecho Español

En el Derecho Español, la Constitución contempla entre sus derechos fundamentales el de participación, regulando en lo que aquí respecta en su artículo 105.a) la participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, reconociendo la audiencia a los ciudadanos.

La doctrina destaca que esta garantía constitucional satisface una triple finalidad protegiendo los derechos e intereses de los particulares que pueden verse afectados por la disposición administrativa en cuestión, garantizando el acierto y eficacia de la concreta norma administrativa y brindando legitimidad democrática a la misma, y delega en la ley su regulación y configuración concreta.¹⁹²

Esta regulación se desprende del artículo 24 de Ley del Gobierno N° 50/1997, que contempla expresamente el procedimiento específico de elaboración que deberán cumplimentar los reglamentos, constituyendo un “límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria”.¹⁹³

En prieta síntesis, el procedimiento bosquejado requiere que se inicie por el centro directivo competente en razón de la materia con la elaboración del correspondiente proyecto, pudiendo mediar el estímulo de los interesados. Dicho proyecto debe estar acompañado de un informe sobre su oportunidad y necesidad y una memoria económica o lo que es más preciso una memoria de análisis de impacto normativo.

El proyecto será así sometido a los informes de los distintos órganos administrativos, pudiendo además de aquellos que revisten carácter preceptivo recabarse los estudios y consultas que se estimen pertinentes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

¹⁹¹ CSJN, “Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659, voto del Dr. Bossert.

¹⁹² Cfr. GARCÍA GARCÍA, María Jesús, “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria” en Revista catalana de dret públic, N° 37, (2008). Archivo PDF en www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2781052 (Disponible el 20/11/2015.)

¹⁹³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo VII, p. 122. El mismo autor citando jurisprudencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2004, destaca que “la validez de los reglamentos depende del cumplimiento de las formas ad solemnitatem establecidas en la ley”.

Por otra parte, debe someterse al trámite de participación ciudadana contemplado, según el cual deberá darse participación cuando el texto de la disposición afecte los derechos e intereses de los ciudadanos, debiendo otorgarse audiencia durante un plazo razonable en forma directa o mediante organizaciones y asociaciones reconocidas que los agrupen o representen, siendo necesario fundamentar tal elección. Se contempla también cuando el trámite lo aconseje el sometimiento a información pública durante el lapso referido, y se fijan excepciones y la posibilidad de reducción del plazo para supuestos determinados.

Se garantiza así a la participación de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones generales como un principio con recepción constitucional en el artículo 105.a) que expresamente contempla la audiencia de los ciudadanos en este procedimiento.¹⁹⁴

Cumplidos estos pasos y con las modificaciones que se estimaren apropiadas, el reglamento estará en condiciones de ser aprobado, debiendo luego ser publicado en el Boletín Oficial del Estado.¹⁹⁵

Se expresa en consecuencia que el propio artículo 105 impone una participación funcional en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias que se materializa mediante audiencia a los ciudadanos y constituye un trámite de preceptiva observancia.¹⁹⁶

Respecto a la opinión jurisprudencial, el Tribunal Supremo destaca distintas fases por las que atravesó su jurisprudencia en la materia. Así, en un primer grupo de sentencias, la participación fue considerada facultativa y de observancia discrecional; en una segunda etapa se comenzó a destacar la importancia de la participación ciudadana como requisito del procedimiento; llegándose a la etapa actual en la que se reconoce el carácter necesario de la audiencia prevista en el artículo 24 de la Ley del Gobierno, determinando el alcance de la exigibilidad del trámite previsto.¹⁹⁷

1.6.b) El Derecho Estadounidense

¹⁹⁴ Deben tenerse presentes también las recientes reformas introducidas por la Ley 39/2015 y 40/2015 y que implican una evolución en el tema que nos ocupa. Es interesante el abordaje realizado en ARAGUÁS GALCERÁ, Irene, *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2016.

¹⁹⁵ Respecto del procedimiento reglado por el artículo 24 de la Ley del Gobierno puede verse con provecho REBOLLO PUIG, Manuel, "La potestad reglamentaria" en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), op.cit., Tomo I, p. 239 y sgtes. y MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo VII, p. 123 y sgtes.

¹⁹⁶ Al respecto puede verse, GARCÍA GARCÍA, María Jesús, op. cit.

¹⁹⁷ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo...*, Tomo VII, p. 133 y sgte.

En Estados Unidos es posible observar la intervención de los ciudadanos en la actividad reglamentaria de las agencias administrativas desde comienzos del siglo XX, si bien por entonces se encontraba sometida a la iniciativa voluntaria de tales agencias. Fue con la promulgación de la *Administrative Procedure Act* en el año 1946 que se reglamentó el procedimiento a seguir y se convirtió a la participación en un “principio capital de esa Ley de Procedimientos”.¹⁹⁸

En contraste con nuestra Ley de Procedimiento Administrativo, la *Administrative Procedure Act* (APA)¹⁹⁹ sí contempla expresamente pautas y modalidades para el procedimiento reglamentario, tendiendo así a superar el déficit democrático natural de los reglamentos mediante diversos controles previos de los que participan los mismos destinatarios²⁰⁰.

Se ha dicho incluso que la sanción de esta norma respondió a la ‘necesidad de racionalizar el procedimiento decisorio de los entes administrativos federales y de otorgar una mayor uniformidad y predictibilidad a los procedimientos por ellos utilizados’.²⁰¹

La norma norteamericana regula dos tipos de procedimientos²⁰², por un lado los de *Adjudicación* y por otro los de *Rulemaking*, siendo este último grupo el que nos interesa especialmente.²⁰³

La APA define al *Rulemaking* como el procedimiento administrativo para la formulación, modificación o rechazo de una regla y contempla dos modalidades de procedimientos reglamentarios, el formal y el informal.

Carbonell²⁰⁴ expresa que el Procedimiento informal se denomina *notice and comment rulemaking* y garantiza la comunicación pública de la intención de aprobar un reglamento, un trámite de participación ciudadana y la publicación del texto definitivo,

¹⁹⁸ Ver CHAVERO GAZDIK, Rafael J. “La Participación Ciudadana en la Elaboración de Actos Generales” en Revista de Derecho Público N° 59-60, (1994), p.5-30. El autor, con cita de Kenneth Davis destaca que el procedimiento así regulado constituye una de las más grandes invenciones del Estado moderno.

¹⁹⁹ Se trata de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo norteamericana sancionada en el año 1946.

²⁰⁰ Al respecto puede verse BIANCHI, Alberto B., “Constitución y Administración...”

²⁰¹ TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia*, De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 193. Destaca el autor que se tornó necesaria esta medida para evitar una privación arbitraria de derechos a los administrados y garantizar la efectiva participación de los mismos en el procedimiento decisorio.

²⁰² Destaca Tawil que esta clasificación mantiene “cierta similitud” con la distinción que realiza el régimen continental entre actos administrativos y reglamentos. *Ibid.* p. 194.

²⁰³ En este punto puede verse con provecho STRAUSS, Peter L. op. cit. Asimismo ORTÍZ, Daniel y AZZARRI, Juan Cruz, “El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América: una introducción a la Administrativo Procedure Act” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1417.

²⁰⁴ Cfr. CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 60 y sgtes.

reflejando el reglamento aprobado tanto las opiniones que aporten los particulares como los criterios propios de la agencia.

Por su parte, manifiesta que el procedimiento formal tiene en común con el anterior la publicación de la propuesta y de la norma final, diferenciándose en cuanto a la participación de los ciudadanos y los derechos que se les reconocen como también en los criterios que debe tener en cuenta la agencia al decidir.

En este último procedimiento es exigencia la celebración de una audiencia contradictoria y formal en la que las partes realizan sus alegaciones y pruebas y se requiere la formalización de un expediente administrativo en el cual se fundamente la decisión.²⁰⁵

El procedimiento formal se tramita cuando la ley lo exige expresamente y su desarrollo es complejo y claramente más extenso, por el contrario el procedimiento informal no se aplica a determinadas materias excluidas por la norma como por ejemplo asuntos militares y de relaciones exteriores, organización interna de la agencia, contratos públicos, entre otras.²⁰⁶

Se ha destacado que el procedimiento de elaboración de normas en el marco de la APA se cimenta sobre la colaboración constante que debe darse entre las agencias reguladores y los regulados tendiente al intercambio de información, operando como un método que debe tener presente la transparencia, la apertura a la crítica y al debate, la revisión permanente de los resultados y el trabajo articulado.²⁰⁷

- El Procedimiento Reglamentario Informal.

El informal rulemaking es el que predomina en la práctica y puede resumirse en los siguientes pasos:

1. Publicación del proyecto de reglamento en el Federal Register.
2. Comentarios y objeciones de los interesados.
3. Análisis de los comentarios y objeciones recibidos.
4. Sanción y publicación del reglamento.

²⁰⁵*Ibid.*, p. 60 y sgtes.

²⁰⁶ Señala Barnés que informal no es sinónimo de ausencia de reglas sino inexistencia del trámite de audiencia oral y pública obligatoria en el procedimiento formal. Ver BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “El Procedimiento Administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 187.

²⁰⁷*Ibid.* p. 197 y sgtes.

Carbonell realiza un análisis muy claro del procedimiento reglamentario informal diferenciando las sucesivas etapas que el mismo acarrea y las tareas a cumplimentar en cada una.²⁰⁸

Expresa en primer término, que sin perjuicio de la facultad que poseen los ciudadanos de solicitar la aprobación, modificación o derogación de los reglamentos, corresponde a la agencia decidir la iniciación del procedimiento reglamentario, pudiendo incluso denegar motivadamente las peticiones de los particulares.

Sin perjuicio de no ser una exigencia de la APA, explica que es común que antes de iniciar el procedimiento la agencia manifieste su voluntad publicando una noticia general sobre el reglamento que se encuentra considerando, lo que les permite medir en cierta forma el impacto que puede generar su aprobación.

Mediante la *Negotiated Rulemaking Act*²⁰⁹ se incorporó a la APA la posibilidad de que las agencias puedan alcanzar con los sectores interesados un texto negociado como vía previa que permita acortar los plazos que posee el procedimiento reglamentario, ya que se llegaría al mismo con un texto consensuado.

La propuesta de regulación ya sea que se hubiera alcanzado en forma consensuada o unilateral debe ser publicada en el Registro Federal, siendo requisito legal que la misma indique: oportunidad, lugar y naturaleza del procedimiento a realizar, especificar las actuaciones posteriores para garantizar la participación ciudadana, detallar la autoridad que llevará adelante el procedimiento, términos sustanciales del proyecto o descripción de las materias o asuntos involucrados.

Bianchi²¹⁰ adiciona que en caso de abordar el proyecto cuestiones técnicas o científicas es requisito la publicación de los antecedentes y fundamentos que lo inspiran.

Tal como lo expresa Carbonell la comunicación tiende a garantizar la finalidad perseguida que se traduce en la participación en el procedimiento de los ciudadanos interesados, siendo necesario en consecuencia, que la misma sea lo suficientemente clara a tales fines.²¹¹

La APA contempla ciertos supuestos en los que la publicación de la intención de aprobar un reglamento y la tramitación del procedimiento reglamentario informal se encuentran excluidos. Se trata puntualmente de la aprobación de los reglamentos interpretativos y los relativos a la descripción general de los principios y reglas de organización, procedimiento y práctica de la agencia; cuando la agencia por una buena causa de la que deberá dejar expresa constancia en la exposición de motivos entienda

²⁰⁸Cfr. CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, op. cit.

²⁰⁹Sancionada en el año 1990.

²¹⁰ Cfr. BIANCHI, Alberto B., "La potestad reglamentaria...".

²¹¹Ver CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, op. cit. p.69.

que la información y el procedimiento público es impracticable, innecesario o contrario al interés público y cuando las personas afectadas estén nominadas o tengan conocimiento actual de la propuesta.²¹²

Superada la primera etapa, se iniciaría la etapa de participación propiamente dicha. Se encuentra previsto que los interesados puedan intervenir en el procedimiento por medio de la remisión por escrito de opiniones, datos, argumentos, pudiendo también hacerlo en forma oral. Sin perjuicio de ello, la agencia posee amplia facultad de decidir los mecanismos siempre que se garantice la información y la adecuada protección de los intereses privados.

En esta etapa podrán intervenir los ciudadanos por su sola condición de tal y las asociaciones que representen intereses de cualquier forma afectados.

Respecto a este momento del procedimiento, Bianchi destaca que una cuestión de importancia la constituye el expediente administrativo en el cual tramita el procedimiento de sanción del reglamento, ya que “si bien no existe una imposición legal, la exigencia del expediente administrativo se impone en la práctica con fundamento en tres razones: i) facilita la participación pública en el procedimiento al permitir compilar allí las opiniones que el proyecto merece una vez publicado; ii) constituye la base de la decisión de la agencia administrativa; y iii) colabora eficazmente al momento de la revisión judicial del reglamento.”²¹³

Habiendo recibido las distintas opiniones de los interesados, la APA requiere que la agencia considere las cuestiones relevantes. Ante este amplio margen, los tribunales vienen exigiendo que se consideren todas las cuestiones planteadas, tendiendo en consecuencia a garantizar la efectiva participación.²¹⁴

Luego de efectuada la valoración la agencia puede optar por una nueva publicación de la propuesta, teniendo como parámetro a tales fines el mantenimiento de una estrecha relación entre el reglamento tal como fuera proyectado y el definitivamente aprobado, lo que claramente no se dará si se introducen modificaciones sustanciales o se afecta a sectores que inicialmente no se encontraban involucrados.

Como último paso del procedimiento, corresponde destacar que el texto definitivo del reglamento debe publicarse en el Registro Federal y que su entrada en vigencia será transcurrido el plazo de treinta días de cumplimentada la publicación. Se exige asimismo como requisito que se incluya una declaración general de su fundamento, contenido, razones de su dictado, fecha de entrada en vigencia, entre otras.

²¹²*Ibid.*, p. 70.

²¹³BIANCHI, Alberto B., “La potestad reglamentaria...”

²¹⁴Cfr. CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, op. cit. p.70 y sgte.

- El Procedimiento Reglamentario Formal

Como señalé precedentemente, lo habitual es la utilización del procedimiento informal, quedando el *Rulemaking Formal* para aquellos casos en que la ley expresamente lo establece.

Tal como acontece en el Procedimiento Informal, el Procedimiento formal de creación de reglas inicia con la publicación de la regla propuesta, momento a partir del cual “el procedimiento a seguir se diferencia sustancialmente.”²¹⁵

El ente administrativo en este caso, tiene a su cargo la conducción de un procedimiento de audiencia y prueba que será controlado por un *Administrative Law Judge*.²¹⁶

Bianchi sintetiza el *Rulemaking Formal* manifestando que este tipo de procedimiento de sanción del reglamento se equipara al dictado de un acto administrativo individual o de una sentencia judicial.

Destaca que en este caso la exigencia de registrar todo el procedimiento en un expediente administrativo se encuentra prevista por la APA, comportándose la agencia procedimentalmente como un tribunal. Resalta también que el procedimiento contempla asimismo una audiencia pública en la cual se garantiza el aporte de pruebas, la citación de personas, interrogatorios, etc. siendo requisito que todas las decisiones sin importar su tipo sean motivadas²¹⁷.

En cuanto al procedimiento formal, corresponde decir que el mismo puede iniciarse de oficio o a instancia de los particulares.

Decidida la puesta en marcha del mecanismo legal, se exige la notificación del procedimiento iniciado a los ciudadanos interesados.

Se prevé un procedimiento de audiencia y prueba que podrá ser controlado por un *Administrative Law Judge*²¹⁸. Se trata de una audiencia contradictoria y formal en cuyo marco los interesados podrán ofrecer y producir prueba y controlar la ofrecida por el resto de los intervinientes.

Como se expresó con anterioridad, es exigencia la formalización de un expediente administrativo que contemple las actuaciones en las cuales se fundamentará la posterior decisión.

²¹⁵TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia...* p. 207.

²¹⁶Cfr. TAWIL, op. cit., en este caso el procedimiento a seguir se identifica con el requerido para la *formal adjudication*.

²¹⁷Ver BIANCHI, Alberto B., “La potestad reglamentaria...”

²¹⁸Ver TAWIL, Guido S., op. cit., p. 207.

Concluido el procedimiento de audiencia y prueba, “el ente debe realizar sus determinaciones fácticas, tomar la decisión y expresar las razones que le dan sustento, basándose para ello exclusivamente en las constancias recabadas durante aquél”²¹⁹.

- Similitudes o diferencias entre el sistema Argentino y el Estadounidense. APA vs. LNPA. El Decreto N° 1172/03 como corrector?

Expresa Bianchi que para “comprender cabalmente las diferencias entre la actividad reglamentaria en la Administración norteamericana y la nuestra debemos partir de un postulado básico. En nuestro país, desde el punto de vista constitucional, el presidente es el principal órgano de emisión de reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativos que dependen del presidente.”²²⁰

En ese marco, nuestro actual artículo 99.2 CN expresamente consagra entre las atribuciones del Presidente de la Nación la de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Por el contrario, en los Estados Unidos, de conformidad a la normativa vigente, el Presidente se limita a cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas, no siendo equivalente a nuestro 99.2.

Considera así el destacado autor que si bien las fuentes constitucionales de la actividad reglamentaria del Presidente y de la Administración en Argentina son diferentes de las de su par norteamericano, ambos sistemas comparten la necesidad de reglamentar las leyes.²²¹

En cuanto a la adopción de la postura favorable a la existencia de potestad reglamentaria, destaca Sacristán que la realidad legislativa y jurisprudencial de los Estados Unidos, lejos de negar la facultad la ha encauzado convirtiéndola en modelo para otros ordenamientos, admitiendo en dicho marco facultades reglamentarias de la Administración con participación previa en forma preponderante.²²²

Más allá de esta salvedad, los autores han realizado numerosos análisis comparativos de ambas normas.

Así, al examinar nuestra LNPA destacan serias diferencias con la APA, habiendo descripto incluso a la nuestra como una norma que sólo contempla la “primera generación” de procedimientos y en consecuencia al acto administrativo, obviando

²¹⁹ *Ibid.*, p. 207.

²²⁰ BIANCHI, Alberto B., “Una Aproximación Constitucional...” p. 558.

²²¹ *Idem*, “La potestad reglamentaria...”

²²² Ver SACRISTÁN, Estela B., “Apuntes para la revisión judicial...”, p. 389.

incorporar la segunda y tercera generación, advirtiéndose en consecuencia ausencia de normas o criterios para aquellos “productos que no sean decisiones particulares”.²²³

En esta línea, y ya desde la vigencia de los artículos 103 a 107 del Decreto N° 1759/72, Alianak marcaba que la participación pública en la creación de los Reglamentos administrativos en los Estados Unidos representaba una diferencia sustancial con el sistema argentino, ello en tanto entendía que la norma no tenía prevista la participación obligatoria en el procedimiento de elaboración de los mismos, sino que sólo consagraba la facultad del Poder Ejecutivo de someter el proyecto de reglamento a la opinión pública para recibir comentarios²²⁴. Formulaba, en consecuencia, que se trataba de un poder discrecional de la administración, no surgiendo de la ley el derecho a participar en el proceso de elaboración, tal como sí se desprende de la Ley de Procedimientos de Estados Unidos.

Las diferencias de ambos sistemas en este aspecto, también es marcada por Comadira ya encontrándose en vigencia el Decreto N° 1172/03 al expresar que en el ordenamiento estadounidense el principio general es la realización del procedimiento de elaboración participativa, ya sea en su versión formal o informal *rulemaking*, con una cláusula de escape de interpretación restrictiva, en cambio en el sistema autóctono, la administración no está obligada como principio a la realización del procedimiento, teniendo por el contrario carácter discrecional su convocatoria de oficio o mediando solicitud de parte.²²⁵

El Decreto N° 1172/03 también contempla como discrecional la utilización del procedimiento detallado en el Anexo V y no determina expresamente las materias para las que puede utilizarse ni contempla casos excluidos. En consecuencia, todas estas cuestiones quedarán libradas a la discrecionalidad de la administración.

Se puede marcar así que una de las principales diferencias entre ambos sistemas se mantiene hoy en día ya que ni el Decreto N° 1759/72 Reglamentario de la LNPA ni el N° 1172/03 reconocen el derecho de los administrados de exigir la realización del procedimiento de elaboración participativa de normas. Por el contrario, estos sólo podrán limitarse a solicitarlo, quedando nuevamente librado a la voluntad de la administración la decisión de tal petición.

²²³ Ver BARNÉS VÁZQUEZ, Javier “El Procedimiento Administrativo en el tiempo y en el espacio: una perspectiva histórica y comparada” en Pozo Gowland y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1° Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 243 y sgtes.

²²⁴ Cfr. ALIANAK, Raquel C., “Poderes delegados de la administración pública, visión comparativa: Estados Unidos de Norteamérica y Argentina.” LL 1989-C, 1157.

²²⁵ Ver COMADIRA, Julio R., “Procedimiento Administrativo y Participación...”

Mientras se mantenga este criterio, el Poder Ejecutivo y la Administración podrán mantener una “libertad completa para la sanción de reglamentos, los que se comportan como un acto virtualmente discrecional y unilateral de la autoridad que los sanciona.”²²⁶

Sin dejar de destacar el avance que significan los mecanismos regulados en los distintos anexos del Decreto 1172/03, el carácter facultativo del procedimiento previsto en su anexo V lo torna muy limitado a efectos de mejorar el control y la calidad institucional²²⁷. Parte de la doctrina ha considerado en este sentido que la participación en este tipo de procedimiento debió ser tutelada y, sin fomentar actitudes abusivas ni afectar el poder de las instancias políticas, se debió “comprender un régimen obligatorio no vinculante sin encasillarse en un solo procedimiento”.²²⁸

Las consideraciones que efectúa Barnés son aplicables a una comparación entre nuestra LNPA y la APA en tanto sostiene que esta se presenta como contrapunto de la limitada concepción legal del procedimiento administrativo en el derecho comparado - que se focaliza en los procedimientos del acto singular-, regulando todos los elementos fundamentales del derecho comparado y distinguiendo claramente entre, por un lado, procedimientos de elaboración de reglamentos que contemplan técnicas de participación pública y se desarrollan bajo la modalidad de un proceso normativo y por otro lado procedimientos de adopción de resoluciones singulares desarrollados según la lógica judicial.²²⁹ Destaca el autor que las características del sistema americano son desde hace años “la cooperación entre sociedad y estado; la publicidad y transparencia; la consecución de un diálogo efectivo entre la Administración y los ciudadanos, con una real ponderación de las alegaciones vertidas en el procedimiento de gestación de la norma; el derecho a la información y el acceso a la documentación administrativa, entre otras”.²³⁰

En síntesis, nuestro ordenamiento aún tiene grandes desafíos que afrontar.

²²⁶BIANCHI, Alberto B., “Una Aproximación Constitucional...” p. 560.

²²⁷ Es interesante el análisis que realiza Juan Bautista Bustos respecto a este punto, quien destaca que los conceptos de viabilidad y oportunidad que fueran determinados como pauta determinar la aplicación del procedimiento regulado serían susceptibles de ser revisados a la luz de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados o en su caso, entendiendo a la participación ciudadana como un principio general del derecho y como tal limitativo de la determinación de no aplicar el procedimiento contemplado en el Anexo V. Cfr. BUSTOS, Juan B. “La elaboración participativa de normas en el Decreto 1172/03 y el control de la discrecionalidad administrativa” en DPI Cuántico, año 2, Diario Administrativo N° 40. Archivo PDF disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/10/administrativo-doctrinava-2014-10-21.pdf> (el 10/5/2015.)

²²⁸ Ver PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Elaboración Participativa de Normas...”, p. 584.

²²⁹ Cfr. BARNÉS, Javier, “Sobre el Procedimiento Administrativo: Evolución y perspectivas” en Javier Barnés (Ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press Ed. Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 284 y sgtes.

²³⁰*Ibid.* p. 285.

VI. CONCLUSIONES.

Habiendo analizado los distintos puntos que hacen al presente trabajo, observo que en el fondo, subyace un tema que ha estado presente a lo largo de la historia: la conocida lucha entre el “Parlamento” y el “Príncipe”. Esto es, entre la ley, encarnando el principio democrático y los reglamentos, encarnando el principio monárquico, lo que sabido es forma parte de la historia del Estado de Derecho.

En este sentido, si bien luego de las grandes revoluciones los parlamentos se evidencian como los representantes naturales del pueblo -que se reserva la condición de titular del poder político- y como hacedores exclusivos de la normativa jurídica,²³¹ con el paso del tiempo, este monopolio se ve alterado-entre otros aspectos- frente a la institucionalización de la delegación legislativa y el desplazamiento de la potestad legislativa al Ejecutivo.

En este marco, la nueva función del Congreso se refleja como ámbito de debate de los problemas nacionales y delimitador de cursos de acción y medidas a seguir, advirtiéndose la delegación al Ejecutivo como uno de los instrumentos posibles.²³²

Este nuevo rol del Congreso, impacta en la noción misma de ley e implica, a la par, un cambio de rol en el Poder Ejecutivo que va asumiendo mayor espacio en lo que antes se consideraba monopolio del Poder Legislativo.

Frente al cambio de la noción tradicional de ley, el nuevo esquema se vuelve peligroso al despojarla de su carácter representativo. Si antes la ley encarnaba verdaderamente el principio democrático; hoy, por el contrario, el legislador se limita a delinear programas o establecer pautas que deberá completar el Ejecutivo en uso de sus atribuciones.²³³

Al respecto, se ha dicho que: “el carácter y sentido de la ley no son hoy los mismos”, “en las democracias contemporáneas, el concepto de ley como expresión de la

²³¹ Cfr. SPOTA, Alberto A., “La delegación legislativa en el ejecutivo y el cambio de rol de los parlamentos y congresos (en la vida política de los pueblos de Occidente, en el Siglo XX), LL 1989-E, 889; AR/DOC/18815/2001.

²³² *Ibid.*

²³³ En este sentido, expresa Gauna “...se han invertido así los papeles. El ejecutivo ha pasado de ser el ejecutor de la política, a ser el formulador de la misma sin límites de campos o materias, mientras el Congreso se reduce a otorgar amplias y constantes delegaciones en blanco. La proliferación de la legislación delegada, reglamentos delegados, de habilitación o integración es impresionante. Esta es una realidad universal”. GAUNA, Juan O., “La problemática del control judicial de los actos de la administración pública. La teoría de la separación del poder”, LL 1979-C, 922; AR/DOC/17912/2001.

voluntad general y las relaciones entre el parlamento y el ejecutivo que de él se siguen están en crisis.”²³⁴

Así, dado el aumento de las potestades normativas del Ejecutivo -en detrimento del órgano deliberativo- y considerando que el reglamento encarna la “manifestación de voluntad del Príncipe”, la participación ciudadana en su elaboración se torna poco menos que imprescindible.

Es aquí, donde entiendo que el instituto al que le he dedicado estas líneas cobra su papel preponderante, en tanto cauce para que los ciudadanos se expresen y como trámite decisivo para acertar en la regulación.²³⁵

En estos tiempos, en los que la noción de ley se conforma con la de programa, pautas o “estándares inteligibles”, la democratización del reglamento se vuelve ineludible.

Para ello, considero necesario contar con una ley específica que determine el procedimiento de elaboración participativa de reglamentos. Ésta deberá –entre otras cuestiones- delimitar de la mejor manera posible los supuestos, disminuir al máximo la discrecionalidad, establecer plazos razonables, garantizar el análisis serio y profundo de las opiniones recibidas, exigir la debida fundamentación en caso de apartamiento, contemplar las sanciones por incumplimiento; todo ello bregando por que su aplicación no se torne una utopía²³⁶.

De la mano de lo anterior, asoma la necesidad de capacitar al personal que tendrá a su cargo el desarrollo del procedimiento, de manera que se lleve adelante en forma adecuada y por funcionarios idóneos.

En nuestro país, sin lugar a dudas, la sanción del Decreto N° 1172/03 representó un cambio de orientación importante en cuanto a mejorar la democracia y fomentar la participación ciudadana. No obstante los cuestionamientos que han sido ya abordados, es innegable el lugar primordial que este instrumento pretende dar a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un

²³⁴ MUÑOZ, Guillermo A., “Inmunidad del poder: la inactividad administrativa”, LL 1990-B, 891; AR/DOC/20993/2001.

²³⁵ Ver REBOLLO PUIG, Manuel, “La potestad reglamentaria” en Manuel Rebollo Puig y Diego J. Vera Jurado (Dir.), op. cit., Tomo I, p. 241. El autor expresa al respecto que “sería insensato regular cualquier sector de la realidad social sin oír a los que la conocen mejor y a los que más directamente van a tener que cumplir, beneficiarse o sufrir esa regulación.”

²³⁶ De esta manera se podrá impedir que el uso discrecional de la herramienta conlleve a la participación sólo en aquellos casos en que se la advierta como una necesidad política y formal, tendiente a “legitimar” proyectos controvertidos, como ocurrió por ejemplo con la reglamentación de la Ley Nacional N° 26.522 de servicios de comunicación audiovisual.

igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la Administración.

Se lo reconoce así como un primer paso en el reconocimiento del agotamiento de los esquemas tradicionales -debido fundamentalmente a los derechos que han sido reconocidos a los ciudadanos- y de la necesidad de generar modificaciones al procedimiento administrativo que ello significa.

El Derecho Administrativo actual debe contemplar la efectiva participación de la ciudadanía y destacarla como mecanismo de control que permita jerarquizar y legitimar la actividad administrativa.

Más allá de la insuficiencia del Decreto para llenar el vacío normativo que se advierte por ejemplo al comparar la LNPA con la APA, representa un avance en relación a la necesidad de encontrar un punto de equilibrio que supere aquel sistema democrático que sólo garantiza la participación mediante el sufragio y la urgencia de efectivizar la participación de los ciudadanos en la Administración, dando lugar así a la participación procedimental no defensiva.

Encontrar este equilibrio –propio por lo demás de los problemas a que se dedica el Derecho Administrativo- sin duda conlleva un gran esfuerzo, pero se considera fundamental a los fines de garantizar los derechos de los ciudadanos y permitir el desenvolvimiento de una Administración ágil y dinámica que pueda dar respuesta a las nuevas demandas de la sociedad.

En este sentido, teniendo en cuenta que la democracia es diferente en cada tiempo y lugar, será imprescindible trabajar en profundos cambios que involucren diversos sistemas y valores, siendo insuficiente limitarse a extrapolar técnicas con resultado favorable en diversos ordenamientos.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho a participar se encuentra en íntima relación con la cultura cívica de los ciudadanos, por lo que será fundamental también focalizar en esta dirección, dando a conocer y poniendo al alcance de la ciudadanía las herramientas necesarias para su efectivo ejercicio.

De la misma manera, deberá superarse la mayor predisposición que parece advertirse hacia las técnicas menos invasivas o instrumentales y el desplazamiento de las finales,²³⁷ circunstancia que requiere de un cambio profundo en todos los niveles de gobierno. Ello implica dejar de lado la tradición del secretismo y dar lugar a una cultura

²³⁷ Esta mayor predisposición hacia las técnicas instrumentales puede verse por ejemplo en el análisis de los distintos Proyectos de Ley vinculados a la temática que se encuentran para su tratamiento en el Congreso. Estos se limitan a contemplar el acceso a la información, omitiendo referir a las técnicas restantes.

de la participación, del diálogo, del debate, del respeto a las ideas ajenas y el intercambio de información; a la “gobernanza”.

Será fundamental en este proceso la posición que la Administración adopte, no sólo por la necesidad de que la temática reivindique su relevancia en la agenda política nacional sino también por la inexcusable relación que existe entre la efectiva participación en la elaboración de los reglamentos y la apertura de la Administración a recibir correcciones, enmiendas o sugerencias a sus proyectos:²³⁸ por cuanto, sólo una postura abierta podrá impedir que los mecanismos de participación se transformen en letra muerta.

En definitiva, se trata de lograr la profundización de la tendencia seguida por los convencionales constituyentes en la última reforma de nuestra Carta Magna, desprendiéndose de artículos como el 42 o el 75 inc. 22 una especial atención en la incorporación de determinadas formas de participación, a lo que sin duda debe sumarse el objetivo declarado de atenuar el presidencialismo, circunstancias estas que no hacen más que reforzar que en la materia el camino a seguir es uno sólo.

Garantizar la participación y favorecer el debate público será la clave. Ello en tanto, tal como expresara el Máximo Tribunal en el comentado fallo “Cepis”, es en dicho marco donde debe buscarse mejorar la legitimidad de las decisiones requiriendo “criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia. (Rawls, John, Justice as Fairness. A restatement, Harvard, Harvard University Press, 2001)”.²³⁹

Es por todo esto que considero que nuestro ordenamiento aún tiene grandes desafíos que afrontar, si aspiramos que en nuestro país el derecho de participación de los ciudadanos no sea sólo un enunciado formal sino un derecho pleno y de ejercicio concreto.²⁴⁰

²³⁸ Ver SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, archivo PDF en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2781015> (disponible el 28/12/2015).

²³⁹ CSJN, “Centro de Estudios...” Considerando 18.

²⁴⁰ En este sentido, la Doctrina Social de la Iglesia manifiesta preocupación en torno a los países donde la participación es enunciada sólo formalmente, sin que se pueda ejercer concretamente. Ver al respecto *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, p. 122. Documento PDF obtenido en www.vatican.va (disponible el 1/1/16).

BIBLIOGRAFÍA

ABAL, Marcelo, “Algunas Consideraciones sobre el Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

ÁBALOS, Ma. Gabriela, “A propósito de la tradición ambientalista de la jurisprudencia mendocina”, LL 2005-D, 552.

ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann Josef (Coordinadores), *Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba, 2011. Archivo disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_34506-1522-4-30.pdf?130528220040 (el 10/12/15).

ALBERTSEN, Jorge en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

ALBERTSEN, Jorge, “El principio de transparencia en el Procedimiento Administrativo”, Jornadas de derecho administrativo Universidad Austral del año 2014, Ediciones Astrea-Rap, Buenos Aires 2015.

ALBERTSEN, Jorge, “El Reglamento para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el Ámbito del Poder Ejecutivo Nacional” en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

ALIANAK, Raquel C., “Los nuevos desafíos de la Gestión Pública”, MJ-DOC-7100-AR.

ALIANAK, Raquel C., “Poderes delegados de la administración pública, visión comparativa: Estados Unidos de Norteamérica y Argentina.” LL 1989-C, 1157.

ARAGUÁS GALCERÁ, Irene, *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2016.

BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, 1° Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. Tomos I y II.

BARNÉS, Javier(Ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

BARNÉS, Javier (Ed.), *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Law PressEditorial Derecho Global Sevilla, 2008.

BASTERRA, Marcela, “El derecho de acceso a la información pública”, disertación realizada en sesión pública del Instituto de Política Constitucional en fecha 05/05/10. Archivo PDF en www.ancmyp.org.ar (Disponible en 1/1/16.)

BIANCHI, Alberto B., “Constitución y Administración (Una relación tensa y compleja)”. ED 208-990 (2004).

BIANCHI, Alberto B., “La Potestad Reglamentaria de los Entes Reguladores” JA 2006-III-1080-SJA 30/8/06.

BIANCHI, Alberto B., “Una Aproximación Constitucional a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” en *Procedimiento Administrativo a 20 años de la reforma constitucional*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Rap, 2015.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, 1986. Traducción de José F. Fernández Santillán.

BUSTOS, Juan B. “La elaboración participativa de normas en el Decreto 1172/03 y el control de la discrecionalidad administrativa” en DPI Cuántico, año 2, Diario Administrativo N° 40. Archivo PDF disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/10/administrativo-doctrinava-2014-10-21.pdf> (el 10/5/15.)

BUTELER, Alfonzo, en “Régimen Federal de Acceso a la Información Pública” en Revista do Direito UNISC, N° 44, Set-Dez 2014. Archivo PDF disponible en <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/5765/3956> (el 08/12/15.)

CAPUTI, M. Claudia, “Un momento crucial en la transparencia administrativa: Un fallo trascendente que permite reflexionar sobre el camino recorrido y las etapas futuras”, Revista Argentina del régimen de la Administración Pública, N° 312.

CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CASSAGNE, Juan C., “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, LL, 2011-C-833.

CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot, 9° Ed., Tomo I.

CHAVERO GAZDIK, Rafael J. “La Participación Ciudadana en la Elaboración de Actos Generales” en *Revista de Derecho Público* N° 59-60, (1994).

COMADIRA, Julio R., “Las bases constitucionales del Procedimiento administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Rap, 309:229.

COMADIRA, Julio R. *Procedimientos administrativos (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, comentada y anotada)*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

COMADIRA, Julio R., “El Principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas.”EDA, 2005-400.

COMADIRA, Julio R., “Procedimiento Administrativo y Participación Ciudadana”, archivo PDF obtenido en <http://alumnosmdag.blogspot.com.ar/2010/11/procedimiento-administrativo-y.html> (Disponible el 30/7/15.)

COMADIRA, Julio R., Scola, Héctor J., Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador) , 1° ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2013, Tomo II.

Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Documento PDF obtenido en www.vatican.va (disponible el 1/1/16).

CORSO, Guido, “El Procedimiento Administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano” en *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993. Traducción Antonio A. Pérez Andrés y Eduardo Gamero Casado.

CORVALÁN, Juan G., “Que es el derecho a la “buena administración”?”, en DPI Cuántico, año 2, Diario Administrativo N° 46. Archivo PDF disponible en <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/12/administrativo-doctrina2014-12-02.pdf> (el 20/9/15).

COVIELLO, Pedro J.J., “El debido procedimiento adjetivo y el procedimiento administrativo” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

DAHL, Robert A., *La igualdad política*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A, 2008. Traducción Liliana Andrade Llanas.

DAMSKY, Isaac A., “Sobre la necesidad de integrar las previsiones de la democracia participativa adoptadas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a su procedimiento administrativo. Fortalezas y debilidades del régimen vigente.” *Revista de la Administración Pública*, Rap, (en prensa), material suministrado en la asignatura corrupción y transparencia.

Diálogo Argentino Boletín Informativo N° 1. Documento PDF obtenido en http://www.presidenciaduhalde.com.ar/system/objetos.php?id_prod=165&id_cat=37 (Disponible en fecha 1/8/15.)

DOS SANTOS, Marcelo A. y otros “La participación pública y el acceso a la información: Herramientas para mejorar la calidad institucional”, MJ-DOC-2639-AR.

FONROUGE, Máximo J., “Las audiencias públicas”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 24/26, archivo PDF obtenido en www.cassagne.com.ar/publicaciones (Disponible en fecha 20/7/15).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 9° Ed., Civitas, Madrid, 1999.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús, “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria” en *Revista catalana de dret públic*, N° 37, (2008). Archivo PDF en www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2781052 (Disponible el 20/11/15.)

GAUNA, Juan O., “La problemática del control judicial de los actos de la administración pública. La teoría de la separación del poder”, LL 1979-C, 922; AR/DOC/17912/2001.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, 1º Ed., Tomos I, II y VI, Archivos PDF obtenidos en http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf, www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap4.pdf y www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf. (Disponibles el 10/12/2015 y 20/12/2015).

GRECCO, Carlos M., *Impugnación de disposiciones Reglamentarias*, Abeledo Perrot, 1988.

GUSMÁN, Alfredo Silverio, “La experiencia norteamericana en regulación de servicios públicos-Aportes para el diseño de un marco regulatorio aplicable a la Nación y a la Ciudad de Buenos Aires”, MJ-DOC-570-AR.

HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos Ley 19.549*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Segunda Edición actualizada, Ed. Rap, Buenos Aires, 2013.

IVANEGA, Miriam M., “Diseño y determinación de políticas públicas: su control judicial”, *Cuestiones de Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial*, Rap, Buenos Aires, 2010.

IVANEGA, Miriam M., “La participación y el Control Ciudadano” en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Rap, 2005.

IVANEGA, Miriam M., “Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado”, *Revista de Administración Pública*, N° 323. Archivo PDF disponible en <http://www.infojus.gob.ar/miriam-mabel-ivanega-reflexiones-acerca-derecho-administrativo-regimen-exorbitante-derecho-privado-dacf070008-2007/123456789-0abc-defg8000-70fcanirtcod> (el 1/1/16).

JASANOFF, Sheila, “Momentos Constitucionales en el gobierno de la ciencia y la tecnología” en *Ciencia, Tecnología y Democracia: reflexiones en torno a la apropiación social del conocimiento*. Colciencias Universidad EAFIT, Medellín, 2011. Traducción Manuel F. Avellaneda. Documento PDF disponible en www.eafit.edu.co/investigacion/documents/ciencia-tecnologia-democracia.pdf (el 3/11/15.)

LISA, Federico J., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, 408, (2012).

LISA, Federico J., “Aportes ius publicistas a las nuevas bases del Derecho Privado” *JA* 2002-IV, 4/12/02.

MAIRAL, Héctor A., “Algunas reflexiones sobre la utilización del Derecho extranjero en el Derecho Público Argentino”, *Estudios de Derecho Administrativo II*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, material suministrado en la asignatura Derecho Administrativo Comparado.

MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, De Palma, 1984, Tomo I.

MAIRAL, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción*, Ed. Rap, Buenos Aires, 2007.

MOSCARIELLO, Agustín R., “Políticas públicas participativas y el nuevo procedimiento administrativo”, MJ-DOC-6593-AR.

MUÑOZ, Guillermo A., “Inmunidad del poder: la inactividad administrativa”, *LL* 1990-B, 891; AR/DOC/20993/2001.

MUÑOZ, Ricardo A. (h), “Procedimiento Administrativo de “Tercera generación” a la luz del sistema protectorio Internacional de Derechos Humanos”, en *Procedimiento Administrativo a 20 años de la reforma constitucional*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Rap, 2015, págs. 409-428.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración”, *Revista de Administración Pública*, N° 84, (1977), págs. 519-536. Archivo PDF disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098092> (el 10/7/15).

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, Tomo VII.

NIETO, ALEJANDRO, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, (1975), págs. 9-30. Archivo PDF en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098664> (disponible el 10/7/15).

NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás R., *El Derecho y el Revés Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ed. Ariel, 1° Ed., 7° Impresión, 2014.

OYHANARTE, Marta, “El acceso a la información es una herramienta para el buen gobierno...pero”. Archivo de Word obtenido en www.jefatura.gob.ar/documentos-de-interes.p111 (Disponible el 25/07/15.)

PENAGOS, Gustavo, “Nuevas tendencias del Derecho Administrativo a principios del siglo XXI”, *Vniversitas*, diciembre, número 106, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

PÉREZ GALDÓS, Benito, *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 con texto íntegro de la Constitución*. Alianza Editorial, 2012.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Elaboración Participativa de Normas: Mecanismo de Control” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Instrumentos para un Régimen Jurídico de Combate a la Corrupción” LL 2011-D, 926.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Participación y Derecho a una Buena Administración”, documento PDF disponible en <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/document7.pdf> (el 10/12/15.)

PERRINO, Pablo E., “El crecimiento de la potestad normativa de la Administración en los Estados contemporáneos”, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 2008, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2009.

POZO GOWLAND, Héctor y otros (Dir.), *Procedimiento Administrativo*, 1º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2012. Tomos I, II y IV.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en *La Democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires, 2004. Documento PDF en www.pnud.org.br/pdf/La%20democracia-05.pdf. (Disponible el 30/12/2015).

REBOLLO PUIG, Manuel y VERA JURADO, Diego (Dir.), *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2015, Tomo I.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Organización de los Estados Americanos, Washington, 2006. Archivo PDF disponible en <http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf> (el 10/12/15).

REY VÁZQUEZ, Luis E., “Estado, Administración y Realidad: La Participación del Ciudadano en la Gestión Pública.” *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 1- Año 2016.

RIVERO YSERN, Enrique - RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *Con miras al interés general*, Bubok Publishing.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La participación en el estado social y democrático de derecho”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Núm. 7, (2014). Documento PDF en www.dialnet.unirioja.es (Disponible el 31/12/2015.)

RODRÍGUEZ- ARANA, Jaime, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Revista de derecho y ciencias sociales*, N° 6, (2013). Archivo PDF disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5167578> (el 31/12/15).

SACRISTÁN, Estela B., “Participación previa y revisión judicial en los actos de alcance general”, *JA* 2005-I, págs. 1268-1280. Archivo PDF disponible en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (obtenido el 10/7/15.)

SACRISTÁN, Estela B., “Participación en el Procedimiento Administrativo: Las audiencias públicas”, *Procedimiento Administrativo a 20 años de la reforma constitucional*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Rap, 2015.

SACRISTÁN, Estela B., “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general.”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 30/31, (1999).

SACRISTÁN, Estela B., “Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: acerca de algunos de sus fundamentos en el Derecho Inglés.”, LL 1998-B. Archivo PDF obtenido en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html . (Disponible el 26/6/2015.)

SACRISTÁN, Estela B., “El Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, 1° Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

SACRISTÁN, Estela B., “Las sesiones públicas (open meetings) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa”, *ReDA* N° 27/29, 1998. Archivo PDF en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (Disponible en 30/6/2015.)

SACRISTÁN, Estela B., “Apuntes para la revisión judicial de los reglamentos”, *El Proceso Administrativo en la República Argentina*, Ediciones Dike, 2004. Archivo PDF disponible en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (obtenido el 10/7/15.)

SACRISTÁN, Estela B., “La Administración Legisladora (y dos saludables recaudos). En *Derecho Procesal Administrativo*, Juan C. Cassagne dir. Hammurabi, 2004. Archivo PDF disponible en www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html (obtenido el 10/7/15.)

SACRISTÁN, Estela B. “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general.”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 30/31, (1999).

SAMMARTINO, Patricio M., “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, *El Derecho*, 21/5/2014.

SAMMARTINO, Patricio M., “Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público” en *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral 2005, 1º Ed. Rap, Buenos Aires, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Elementos de la Participación Ciudadana”, *Revista de estudios de la vida local* N° 221, (1984). Archivo PDF obtenido en www.dialnet.unirioja.es. (Acceso en fecha 20/10/2015.)

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “El principio de participación en la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, N° 89, (1979), págs. 171-206. Archivo PDF disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1059142> (el 28/12/15).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el Sistema Constitucional Español”, *Revista Catalana de dret públic*, N° 37, (2008), págs. 223-245. Archivo PDF disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2781015> el (28/12/15).

SPOTA, Alberto A., “La delegación legislativa en el ejecutivo y el cambio de rol de los parlamentos y congresos (en la vida política de los pueblos de Occidente, en el Siglo XX)”, LL 1989-E, 889; AR/DOC/18815/2001.

TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia*, De Palma, Buenos Aires, 1993.

TORNOS MAS, Joaquín, “La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, págs. 471-508. PDF disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2117541> (el 10/7/15).

USLENGHI, Alejandro J., “Régimen Jurídico de la Potestad Reglamentaria”. *Acto Administrativo y Reglamento*. Rap, Buenos Aires, 2002.

USLENGHI, Alejandro J. y Gatti, Walter O., “Aportes para una teoría de la participación administrativa”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 162, págs. 41-55.

VIGO, Rodolfo L., *Implicancias de los Principios en la Teoría Jurídica de Ronald Dworkin – Nuevos vientos de la Filosofía del Derecho*, Colección Jurídica y Social, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 1993.

VILLARRUEL, María Susana, “El Procedimiento de acceso a la información” en *Procedimiento Administrativo, a 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas Organizadas Por la Universidad Austral, Astrea, 1° Ed. Buenos Aires, 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

CIDH, “Claude Reyes y otro vs. Chile”, (2006).

CSJN, “Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659.

CSJN, “Durussel de Fernández, Graciela B. c. Provincia de Santa Fe”, fallos 308:633.

CSJN “CIPPEC c/ EN- M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986”, (2014).

CSJN “Asociación de Derechos Civiles c/EN-PAMI-dto. 1172/03 s/amparo ley 16986” (2012).

CSJN, “Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A s/ Amparo por mora”, (2015).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP-INC MED c/ EN-M° I Y V-Resol.65/01”. (2002).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, “ACIJ c/ EN- Ley 24240- M° de Planificación s/proceso de conocimiento”. (2008).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones”. (1998).

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Causa N° 78.245 “YPF Sociedad Anónima en Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción de amparo s/ inconstitucionalidad y casación”, (2005).

CSJN “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, (2016).

ANEXO DOCUMENTAL

Con el presente Anexo Documental pretendo reseñar las repercusiones del Decreto N° 1172/03, puntualmente en lo que respecta a su Anexo V.

Se analizará así su impacto en el ámbito parlamentario-materializado en los diversos proyectos que fueron debatidos en el Congreso de la Nación-; la numerosa normativa de rango inferior dictada por los organismos y dependencias alcanzados -ya sea con el objetotantode adecuar sus procedimientos como deefectivizar los procedimientos contemplados-; los informes y evaluaciones realizados por las áreas gubernamentales correspondientes; y la información solicitada a los distintos organismos para el desarrollo del presente trabajo.

Del Decreto N° 1172/03, su origen e impacto a nivel parlamentario

Como se dijo en el texto de este trabajo, a nivel nacional el Decreto 1172/03 significó un importante avance en relación al reconocimiento de la participación ciudadana.

Sin perjuicio de ello, y aún con la sanción de la Ley Nacional N° 27.275¹, continúa latente la necesidad de debatir y lograr una Ley Nacional que garantice con su total alcance tal derecho, contemplando a los distintos poderes del Estado.

Si bien lo relativo a la participación es un tema de innegable actualidad, se advierten fundamentalmente desde el año 2000 numerosos proyectos al respecto.

La Oficina Anticorrupción comenzó a trabajar ese año en forma conjunta con distintas organizaciones de la sociedad civil a los fines de elaborar un proyecto de Ley Consensuado, favoreciendo el debate y la participación mediante un “Procedimiento de Elaboración Participada de Normas.”

El anteproyecto que se sometió a tal procedimiento fue elaborado teniendo como base el derecho comparado y los proyectos existentes en el Congreso de la Nación y la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.²

Esta iniciativa tuvo por objeto alcanzar una norma de calidad técnica que cuente con la anuencia de la sociedad.³

¹Sancionada el 14/9/16. Publicada el 29/09/16.

² Puede ampliarse en Néstor Baragli, *Elaboración participada de normas. Un espacio abierto para el debate de las decisiones públicas*, 2° ed., Bs. As: Oficina Anticorrupción. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2007, p. 32.

³Ver Néstor Baragli, Nicolás Raigorodsky y Nicolás Gómez “Acceso a la Información en la República Argentina”, Revista Probidad, Ed. N° 23 (2003).Documento PDF en <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/aceso%20info%20rep%20argentina.pdf> el 6/3/16.

En este marco, la Oficina Anticorrupción define al Procedimiento elegido como una “instancia superadora” y un mecanismo promotor y facilitador del conocimiento de los ciudadanos de los temas en agenda que permite la participación y el debate en la toma de decisiones.⁴

El proyecto así alcanzado fue enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 2002, no logrando las mayorías necesarias para transformarse en Ley y perdiendo estado parlamentario en el año 2006.

La Oficina Anticorrupción trabajó, asimismo, en un proyecto de Ley de Publicidad de gestión de intereses –diseñado bajo el mismo procedimiento que el anterior- y en un proyecto de Decreto que tendía a incorporar los institutos de Elaboración Participada de Normas y Audiencias Públicas.⁵

Como se puede observar, estos mecanismos fueron contemplados por el Decreto 1172/03, lo que, no significó que se dejara de lado la necesidad de contar con una Ley Nacional en la materia.

En este sentido, en los últimos tiempos se podían observar diversos proyectos con estado parlamentario. De su lectura fácil es concluir que más allá de que todas las iniciativas referían en alguna medida al Decreto 1172/03, en el desarrollo del articulado se enfatiza exclusivamente en el acceso a la información y, en consecuencia, en lo relativo al Anexo VII de dicho instrumento normativo. Esta circunstancia se terminó evidenciando con la sanción de la Ley N° 27.275 de “Derecho de acceso a la información pública” que se limita a la técnica contemplada en dicho Anexo.

Una excepción a ello la representa el que fuera identificado como Expediente 2897-D-2008 que pretendía directamente elevar el Decreto vigente otorgándole rango de Ley Nacional, por entenderlo acorde a los principios constitucionales que aborda.

Este proyecto se limita a reproducir en su parte dispositiva los reglamentos establecidos por el Decreto 1172/03, realizando sólo las adecuaciones terminológicas pertinentes.

Los restantes pueden identificarse bajo los siguientes números de expedientes: 1088-D-2013, 2092-D-2013, 4673-D-2013, 1046-D-2014⁶, 1091-D-2014, 1249-D-2014, 1476-D-2014, 1579-D-2014, 1768-D-2014, 1780-D-2014 (para cuya elaboración y

⁴ *Ibid.*

⁵ Ver Oficina Anticorrupción, Informe taller de trabajo sobre acceso a la información pública. Febrero 2004.

<http://www.anticorrupcion.gov.ar/INFORME%20TALLER%20MELANIE%20PUSTAY%20PDF.pdf> el 4/3/2016.

⁶ Este proyecto, presentado por la Dip. Graciela Camaño contiene en sus fundamentos importantes críticas al Decreto N°1172/03, considerando restringido el esquema que el mismo propone y destacando que la práctica lo ha revelado como inútil.

reformulación se utilizó una especie de elaboración participada de normas que permitiera incorporar diversos artículos y modificaciones surgidas en dicho ámbito), 2691-D-2014.

En líneas generales, estos proyectos se limitan a regular la técnica instrumental contemplada en el Anexo VII del Decreto 1172/03, contienen un concepto amplio de información pública, otorgan legitimación pasiva amplia con base en el origen de los fondos y en la participación del Estado en la dirección de la entidad.⁷

Puede pensarse que esta insistencia limitada a lo que se refiere al acceso a la información responde a lo indicado por la CSJN en “CIPPEC” donde, con motivo de la denegatoria a una solicitud de información en el marco del Decreto referenciado, tuvo oportunidad de indicar el máximo tribunal que: “es indudable que para garantizar en forma efectiva el derecho a la información, el Estado debe dictar urgentemente una ley que, salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho...”⁸.

En el mismo sentido, al tiempo de finalizar el presente trabajose observan una serie de acciones que evidencian una especie de relanzamiento parcial del tema a la primera plana de la agenda de gobierno y que pueden significar una apertura mayor hacia la temática.

Así por ejemplo, en el mes de diciembre de 2015 pudo leerse en los distintos medios de comunicación que el nuevo gobierno se encontraba trabajando en la búsqueda de consensos para presentar un proyecto al respecto, incorporando en el debate las distintas iniciativas que existen en el Parlamento.⁹

Otra iniciativa destacable la constituye el Decreto N° 434/2016 por el cual se aprueba el “Plan de Modernización del Estado”, teniendo entre sus objetivos, acercar al ciudadano a la gestión del gobierno, mejorar la calidad y eficiencia de la gestión pública y la búsqueda de plena transparencia de sus acciones, sujetas a la rendición de cuentas.

Con estos fines, el Anexo I plantea un Eje IV, titulado “gobierno abierto e innovación pública”, siendo objetivo del mismo gestionar la información pública como

⁷Un análisis interesante de las similitudes y diferencias de los proyectos presentados realizan Sandra Elena y Ana Pichón Riviere en “Una nueva oportunidad para sancionar una ley de Acceso a la Información Pública”, documento PDF disponible en <http://www.cippec.org/documents/10179/51825/132+DPP+Justicia.%20Una+nueva+oportunidad+para+sancionar+una+ley+de+acceso+a+la+informaci%C3%B3n+p%C3%ABblica.%20Elena+y+Pichon+Riviere.pdf/21eec4e3-2461-4b64-b2d4-c68948a10278> el 2/3/2016.

⁸CSJN, “CIPPEC c/ EN MO Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986”.

⁹Al respecto puede verse “El Gobierno se reunió con ONGs para trabajar un proyecto de ley de acceso a la información pública” La Nación, 21/12/2015. <http://www.lanacion.com.ar/1856184-el-gobierno-se-reunio-con-ongs-para-trabajar-un-proyecto-de-ley-de-acceso-a-la-informacion-publica> .

un activo público y cívico de carácter estratégico para el fortalecimiento del proceso democrático en el desarrollo de políticas públicas, teniendo entre sus actividades destacadas la de facilitar al ciudadano los medios, canales y oportunidades que le permitan expresarse, peticionar y participar activamente en la determinación de políticas públicas, debiendo especialmente fomentar la participación en los procesos de decisión, desarrollar los mecanismos y plataformas que faciliten la elaboración participativa de normas, así como facilitar los mecanismos de audiencia pública, entre otros fines relevantes.¹⁰

En cuanto al tema que nos ocupa, tampoco puede dejar de destacarse el lanzamiento del portal www.datos.gob.ar que realizó el día 8 de marzo de 2016 el Ministerio de Modernización, de conformidad a las instrucciones conferidas mediante Decreto Nacional N° 117/2016¹¹, ni el recientemente publicado Decreto N° 891/2017¹² que aprueba las buenas prácticas en materia de simplificación aplicables al sector público que contempla la necesidad de incrementar los mecanismos de participación e intercambio de ideas y de evaluar, en los casos que corresponda, la implementación de las normas regulatorias que se dicten y el impacto que traerán aparejado las nuevas regulaciones.

Habrà que esperar, en consecuencia, para ver los resultados de su implementación.

Cabe subrayar también la iniciativa de la Provincia de Santa Fe, que mediante Decreto N° 4174 de fecha 19 de noviembre de 2015, en vigencia desde el 1/4/2016, aprueba el “Reglamento para el Trámite de las Actuaciones Administrativas”, incorporando expresamente dentro de los espacios de participación ciudadana el procedimiento participativo para la elaboración y revisión de un acto de alcance general con contenido normativo y para la formulación de proyectos de ley (art. 81 y sgtes.), contemplando también las asambleas ciudadanas, que permiten conocer las opiniones de la ciudadanía en materia de formulación y ejecución de políticas públicas (art. 88).

Para arribar al proyecto definitivo, el Fiscal de Estado convocó a un procedimiento participativo a los fines de someter a consideración de la comunidad la modificación del régimen anterior, Decreto Acuerdo N° 10204/1958.

Sus considerandos destacan que el nuevo instrumento pretende lograr el fortalecimiento de la relación Estado/ Sociedad Civil, necesaria para el desarrollo de

¹⁰ Decreto N° 434/2016 rubricado en fecha 1/3/2016 y publicado en el Boletín Oficial de fecha 2/3/2016.

¹¹ Decreto 117/2016 suscripto el 12/1/2016 y publicado en el Boletín Oficial de fecha 13/1/2016. Un antecedente similar puede observarse en la Resolución N° 538/2013 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en virtud de la cual se creó el Sistema Nacional de Datos Públicos, teniendo entre sus objetivos específicos el desarrollo y administración de un Portal Nacional de Datos Públicos.

¹² Decreto N° 891/2017 rubricado en fecha 1/11/2017, publicado en el Boletín Oficial de fecha 2/11/2017.

una democracia de proximidad, incorporando instrumentos e institutos que contribuyen a mejorar la calidad de la gestión pública, haciéndola más eficiente y eficaz, garantizando el derecho a una buena administración reconocido a los ciudadanos.

De la normativa de rango inferior dictada en consecuencia

El Decreto N° 1172/03 originó el dictado de numerosa normativa de rango inferior tendiente a adecuar los procedimientos de las distintas dependencias y organismos alcanzados, y a efectivizar los procedimientos contemplados.

Hasta el día 1 de abril de 2016 era posible analizar 138 normas que contemplan de alguna u otra forma este Decreto¹³. Este total se compone de Decretos, Resoluciones, Resoluciones Conjuntas, Resoluciones Generales y Disposiciones.

A efectos de un mejor análisis pueden clasificarse en dos grandes grupos:

1. El primero quedaría comprendido por la normativa tendiente a permitir la correcta aplicación del Decreto 1172/03:

En este grupo es posible encuadrar 41 normas que comprenden diversas adecuaciones de mecanismos y estructuras, adopción expresa de los distintos anexos del Decreto, delimitación de procedimientos, etc. Destaca entre ellas la preocupación por el Reglamento contemplado en el Anexo VII, de acceso a la información pública.

2. El segundo grupo estaría integrado por aquellas normas relacionadas con la puesta en práctica de los distintos mecanismos de participación contemplados por el Decreto.

Éste, a su vez, se subdivide entre aquellas normas que se vinculan con la implementación del Anexo I “Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” y aquellas que materializan las consideraciones del Anexo V “Reglamento General para la Elaboración Participativa de Normas”.

a. En relación al mecanismo previsto en el Anexo I, se advierte un total de 43 normas:

Un número significativo se relaciona con la modificación de cuadros tarifarios, advirtiéndose seis (6) dictadas por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad.

Quince (15) corresponden en forma conjunta a los Ministerios de Economía y Planificación, sometiendo a audiencia pública el análisis de los entendimientos alcanzados por la Unidad de Renegociación de Contratos de servicios públicos.

¹³ Datos correspondientes a la búsqueda realizada mediante www.infoleg.mecon.gov.ar.

Cinco (5) pertenecen a la Superintendencia de Servicios de Salud, quien convoca periódicamente a audiencia pública a efectos de dar a conocer las gestiones anuales.

Cinco (5) fueron dictadas por áreas del Ministerio de Planificación permitiendo la participación de la ciudadanía en diversas obras públicas de envergadura.

Nueve (9) responden a las necesidades de la Administración Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, destacándose entre ellas la norma que convoca a audiencia pública para la readecuación de licencias en el marco de la Ley N° 26.522.

Dos (2) pertenecen al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y tienen por objeto someter al mecanismo distintas designaciones de autoridades.

Por último, la restante corresponde a la aprobación mediante Decreto del plan de una de las obras públicas sometidas a la pertinente audiencia pública.

En consecuencia, de estas 43 normas, 31 representan estrictamente convocatorias a audiencia pública.

b. En lo que al Anexo V respecta, el total de normas analizadas asciende a 54.

El organismo que más utilizó el mecanismo de elaboración participativa de normas es la Autoridad Regulatoria Nuclear. Dictó desde la vigencia del Decreto 1172/03 un total de 22 normas entre las convocatorias realizadas, las normas complementarias y aprobaciones pertinentes; habiendo llevado adelante un total de 7 procedimientos de elaboración participativa, poniendo en análisis de la comunidad diferente normativa del área. Estos fueron convocados mediante Resoluciones 319/06, 02/07, 05/07, 142/09, 228/09, 186/13 y 77/15, correspondiendo las restantes a regulaciones complementarias de los procedimientos en marcha o aprobaciones de la normativa sometida a análisis.

El Ente Nacional de Regulación de la Electricidad dictó la Resolución N° 324/04 iniciando el procedimiento pertinente para someter a consideración de la comunidad la normativa del sistema de gestión ambiental para agentes del mercado eléctrico mayorista.

El Ente Nacional Regulador del Gas, por su parte, emitió dos normas, la Resolución N° 2973/04 para considerar el procedimiento para atención de consultas y reclamos de los usuarios, y la Resolución 3587/06 relacionada a las normas mínimas para la protección ambiental en el transporte y distribución de gas natural habiendo sido sometido a consideración de la ciudadanía.

Por su parte, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, utilizó el mecanismo ante las recomendaciones del Defensor del Pueblo de la Nación para modificar la reglamentación del servicio de gestión de préstamos para asociaciones a entidades mutuales. A tales fines suscribió la Resolución 658/07, aprobando con posterioridad lo actuado mediante el instrumento respectivo.

Señalo también que el Tribunal de Tasaciones de la Nación sometió a comentarios y análisis el proyecto de Registro Nacional de tasadores por Resolución N° 03/05; y que la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo realizó dos procedimientos convocados mediante Resoluciones 03/07 y 04/07 respectivamente, relativos a proyectos de reglamentos de participación de la comunidad ante la autoridad.

A su vez, la Superintendencia de Servicios de Salud dictó cuatro normas: la Resolución 1511/12 aprobando el sistema de reintegros luego de concluido el procedimiento de elaboración participativa y analizado la totalidad de las observaciones recepcionadas; la 1310/13 abriendo el procedimiento para presentar propuestas respecto de normativa de la entidad; la 3348/13 para analizar propuestas sobre fundamentos terapéuticos e informes sobre diversas tecnologías; y la 721/14 relativa a la misma temática pero en una instancia posterior.

La Administración Nacional de Seguridad Social por Resolución N° 332/08 utilizó el mecanismo para el análisis de cuestiones referentes a descuentos a favor de terceras entidades, dictando la Resolución 827/08 relacionada con dicho procedimiento.

A su turno, la Comisión Nacional de Valores por Resolución General N° 530/08 modificó normativa del organismo declarando expresamente haber sido sometida al mecanismo de elaboración participativa de normas; la Secretaría de Comunicaciones dictó la Resolución N° 12/13 a los fines de la apertura del procedimiento para considerar el proyecto de reglamento de los usuarios de servicios de comunicaciones móviles; el Ministerio de Cultura hizo lo propio mediante Resolución N° 4889/14 poniendo al alcance de la comunidad el anteproyecto de Ley Federal de las Culturas; mientras que el Comité Federal de Radiodifusión por Resolución 937/05 determinó aplicable el procedimiento de elaboración participativa de normas para los pliegos de bases y condiciones tendientes a regir los concursos para la adjudicación de licencias televisivas, sometiendo por Resoluciones 1242/06, 143/09 y 275/09 a opinión de la comunidad el reglamento de acceso a la licitación y prestación de los servicios complementarios de radiodifusión.

Asimismo, La Fuerza Aérea dictó 6 normas relacionadas con la temática. Entre ellas destaco la Disposición 80/08 por la cual inicia procedimiento participativo para propuestas de corrección al conjunto de normas del texto ordenado que se propone, aprobándolo con las modificaciones que realizadas mediante Disposición 111/08; la 29/09 que inicia el procedimiento para analizar la 3° edición de las regulaciones argentinas de aviación civil; y la 35/09 que somete a consideración normativas de paracaidismo.

La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual dictó cuatro normas destacándose la Resolución 174/10 por la que se inicia el procedimiento

participativo para el análisis del Decreto Reglamentario de la Ley N° 26.522 de servicios de Comunicación Audiovisual, que luego será aprobado por Decreto N° 1225/10, y la Resolución 938/14 para la consideración del Plan Nacional de Servicio de Comunicaciones Audiovisuales Digitales.

Del análisis de este último subgrupo se desprende que si se contabilizan exclusivamente las normas que responden a la estricta apertura del procedimiento de elaboración participativa, el mecanismo es menos utilizado que el de audiencia pública.

Se puede destacar, por otro lado, que en el ámbito de la Autoridad Regulatoria Nuclear la figura parece tener un mayor arraigo, circunstancia que se replica, si bien en menor escala, en la Fuerza Aérea y la Administración Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, siendo muy escasa su implementación por el resto de los organismos referenciados.

Llama la atención la omisión de innumerable cantidad de actividades que por su implicancia directa en la comunidad deberíamos poder incorporar en un análisis como el realizado.

La ausencia en este subgrupo de dependencias y organismos en virtud de su falta de utilización del procedimiento de elaboración participativa de normas, constituye una señal de alerta que refleja la necesidad de arraigo que el mecanismo aún sufre entre nosotros.

De los Informes de la Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia

Entre los informes y evaluaciones realizados por las áreas correspondientes, son interesantes los análisis realizados por la entonces Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia. Éstos parecen aseverar aquello que se expresó en las conclusiones del presente trabajo en cuanto al mayor uso de las técnicas menos invasivas o instrumentales y la resistencia hacia las finales, como así también la implicancia que la educación de la ciudadanía en la materia posee a los fines de la efectiva utilización de los mecanismos contemplados.

Es gráfica la estadística numérica que el organismo realiza. Así, es evidentemente significativa la utilización del mecanismo de solicitud de acceso a la información si se los compara con los de audiencia pública y elaboración participativa de normas referidos con anterioridad.

En este sentido, la Autoridad de Aplicación del Reglamento General de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional manifestó que se realizaron entre

el mes de marzo de 2004 y el mes de diciembre de 2007 un total de 2586 solicitudes de información en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.¹⁴ La discriminación anual de este total evidencia un crecimiento significativo en el uso de la herramienta a lo largo de los años pasando de 190 solicitudes en 2004 a 354 en 2005, 727 en 2006 y arribando a un total de 1315 en 2007.

Del Informe del Jefe de Gabinete de Ministros a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación

Del Informe N° 84 realizado por el entonces Jefe de Gabinete de Ministros Contador Jorge M. Capitanich a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en fecha 3 de abril del 2014¹⁵, es posible extraer una serie de explicaciones relacionadas a la implementación del Decreto 1172/03.

Así, por ejemplo, pone en conocimiento de los Diputados la cantidad de solicitudes de información recibidas por los distintos organismos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo Nacional detallando 658 para el año 2009; 2017 para el año 2010; 2067 para el año 2011; 883 para el año 2012 y 614 para el año 2013.

Se observa en base a su respuesta que si bien no es posible advertir un patrón determinado, las solicitudes tienden a ser ampliamente mayores que en los primeros años de vigencia del Decreto, circunstancia a la que parecerían contribuir las actividades y jornadas de capacitación tanto internas como externas que el organismo –según informa- lleva adelante; difundiendo, orientando y capacitando a los diversos actores participantes, destacando entre ellos los jóvenes y estudiantes y que tienen por objeto la promoción y familiarización de los mecanismos contemplados en el Decreto en análisis.

Por el contrario, al ser consultado respecto al número de procedimientos de elaboración participativa de normas llevados a cabo desde el año 2012 a la fecha, sorprende que la respuesta del Jefe de Gabinete se limite a informar que el área a su cargo sólo interviene en carácter de coordinador cuando el responsable del procedimiento lo considere oportuno, y a detallar un procedimiento puntual realizado en dichas circunstancias como el convocado por la Secretaría de Comunicaciones mediante

¹⁴ Subsecretaría para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia, “Informe Anual Acceso a la Información Pública en el Poder Ejecutivo Nacional, Año 2007”. Documento PDF disponible en http://www.jefatura.gob.ar/documentos-de-interes_p111 (el 20/7/15).

¹⁵ PDF en http://tmp.jgm.gov.ar/Paginas/InformeDiputado/Informe%2084/INFORME_HDC_84.pdf.pdf (el 9/8/15).

Resolución N° 12/13 para el análisis del proyecto de reglamento de usuarios de los servicios de comunicaciones móviles.

Sin perjuicio de detallar el compromiso en la publicidad del “manual de elaboración participativa de normas” elaborado para capacitar a los diferentes agentes involucrados, se sigue advirtiendo un grado de asimilación diferenciado entre las diversas técnicas de participación previstas por la normativa en cuestión.

De la solicitud realizada a los distintos organismos y dependencias

Durante el tiempo que demandó la elaboración del presente trabajo y a los fines de poder realizar una estadística respecto de la utilización del procedimiento de elaboración participativa de normas, me comuniqué vía correo electrónico con la totalidad de los organismos y dependencias detallados, solicitando información al respecto.

Puntualmente pretendía conocer el grado de aplicación del mecanismo contemplado por el Anexo V del Decreto 1172/03, los criterios bajo los cuales se determina su procedencia, el grado de iniciativa y participación de los particulares, la metodología para el análisis de las sugerencias o modificaciones recibidas, las pautas de fundamentación y cualquier otra información que pudiera tener el organismo respecto a la temática.

Si bien en casi la totalidad de las páginas oficiales surge alguna referencia al Decreto en cuestión, no es posible encontrar la información requerida. En consecuencia, opté por comunicarme en forma particular a las direcciones de contacto que los portales ofrecen para presentar inquietudes. Pese a esto, a la fecha he recibido únicamente dos respuestas que no satisfacen mis expectativas.

En primer lugar, la Autoridad Regulatoria Nuclear me indicó en fecha 10 de febrero de 2016 que la persona encargada se contactaría a la brevedad, no habiendo tenido otro tipo de comunicación posterior.

Por otro lado, la Administración Nacional de Aviación Civil, mediante su Jefe de Departamento Normativa Aeronáutica, Normas y Procedimientos Internos respondió mi solicitud indicando que el procedimiento es utilizado cuando el proyecto en cuestión tendrá un fuerte impacto en la comunidad y se pretende conocer la opinión de los sectores involucrados. Expresó que no poseen estadísticas al respecto, que la participación es dispar y que no posee importancia para el organismo la cuestión cuantitativa en tanto en ocasiones unas pocas opiniones representan a un gran número de usuarios siendo atinado considerarlas por su profesionalismo y/o representatividad.

La más llamativa de las respuestas la recibí habiendo transcurrido más de 5 meses de efectuada la solicitud. El Ministerio de Energía y Minería me indicaba que este tipo de consultas debía ser presentada en la mesa de entradas sita en la calle Balcarce 186 de la Ciudad de Buenos Aires.

Considero interesante destacar esta experiencia personal en tanto se encuentra íntimamente relacionada con aquello que comenté en las conclusiones del presente trabajo respecto a la necesidad de contar con una Ley específica que entre otras cuestiones delimite los supuestos de aplicación, disminuya al máximo la discrecionalidad, garantice el análisis serio y profundo de las opiniones recibidas y exija la debida fundamentación en caso de apartamiento, para de esta forma garantizar la efectiva aplicación del procedimiento de elaboración participativa de normas y su objetivo central: la democratización de los reglamentos. Mientras ello no ocurra, tal como puede observarse en la normativa referenciada, la instrumentación del procedimiento seguirá siendo una decisión discrecional de la autoridad responsable.

Parece claro que la falta de respuesta a las consultas realizadas va en línea diametralmente opuesta a los institutos y principios analizados a lo largo del presente trabajo y no hace más que reforzar aquella sensación de que todavía nos queda mucho camino que recorrer en la materia.