

## IV.- ASPECTOS CONSTITUCIONALES.

### 1. Introducción.

Aunque no es usual, se incluye un capítulo especial sobre las cuestiones o aspectos constitucionales que una y otra vez se presentan en el estudio del MREN. Ello por una cuestión de orden práctico (las cuestiones constitucionales aparecen de continuo al examinar el MREN) y además como un aporte para procurar detener y revertir la “desconstitucionalización” que, como un reflejo de la degradación de nuestra cultura y sistema político y jurídico, habitualmente sufren este tipo de regímenes legales<sup>1</sup>. Este fenómeno olvida que, como señalaba Fiorini<sup>2</sup>, “... todo acto administrativo concreta siempre una norma de la Constitución...” y que, como recordaba Linares, “... los órganos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo, aplican siempre en forma mediata o inmediata la Constitución ...”<sup>3</sup>.

Los aspectos constitucionales del MREN son, como su nombre lo indica, los que hacen a su constitución, a su forma de ser, a su identidad, a su ADN, a sus características esenciales. Tan esenciales como la CN con relación al derecho argentino en general y cualquier otra rama del derecho administrativo.

El alto tecnicismo y complejidad de la actividad, y, por consiguiente, de la normativa energética, hace que la misma sea elaborada siguiendo criterios y razonamientos políticos, técnicos y económicos, con una limitada (por lo tardía) injerencia del análisis constitucional y jurídico en su concepción, diseño y desarrollo. Esto, lejos de desmerecer los servicios jurídicos del sector, es una consecuencia de las citadas características de la actividad y del procedimiento administrativo. Por ello, es importante enfatizar que la actividad normativa, ejecutiva y “jurisdiccional” de la administración pública se enmarcan en la CN, los tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional de la CSJN y las leyes dictadas por el

---

<sup>1</sup> Y en realidad el sistema legal argentino en su conjunto y en última instancia nuestra convivencia.

<sup>2</sup> Qué es el contencioso, p. 22.

<sup>3</sup> Derecho Administrativo, p. 167; sobre el particular ver “*Los principios constitucionales en el acto administrativo*” (Miriam M. Ivanega; RAP, 309, p. 155).

Congreso Nacional, es decir el “entorno normativo” que rodea al MREN propiamente dicho (ver cap. I, apdo. 2).

Los principios que se mencionarán en este capítulo reflejan las circunstancias históricas que precedieron a la sanción de la CN y expresan las ideas organizativas y económicas que la inspiraron<sup>4</sup>, se traducen en los férreos mecanismos dispuestos por la CN (v/apdos. 4 a 7 de este cap. IV) para asegurar el cumplimiento de sus fines (v/apdo. 3 de este capítulo) y evolucionaron y se enriquecieron según se consigna en los apdos. 8 y 9. Al mismo tiempo protegen a los habitantes contra las arbitrariedades y los excesos de las autoridades<sup>5</sup> y operan como criterios ordenadores de su actividad legislativa, administrativa y jurisdiccional (principio de legalidad objetiva). Tanto su formulación por los constituyentes, como su reiterada invocación posterior, demuestran las dificultades inherentes a la función legislativa y administrativa, y que es muy frecuente que en su ejercicio se produzcan numerosos errores, caprichos, actos de soberbia o de irresponsabilidad o desidia, irregularidades, actos de corrupción, etc.

En el ámbito de la industria eléctrica, donde día a día los diseñadores y los ejecutores de la política electroenergética deben adoptar decisiones con significativos efectos en el patrimonio y en el bienestar de los interesados en el sector (operadores y usuarios), dichos principios están llamados a ser especialmente considerados.

Hechas estas aclaraciones, cabe señalar que la CN es un exponente del racionalismo jurídico<sup>6</sup> que pretendió equilibrar las tendencias anárquicas y

<sup>4</sup> Ver Dalla Vía, Alberto Ricardo; “*El Ideario Constitucional Argentino*”; LL 1995-C-1195; Ver González, Manual, p. 34.

<sup>5</sup> Sobre las finalidades de nuestro ordenamiento legal, ver Guastavino, Tratado, tomo I, p. 28.

<sup>6</sup> Son expresivas de esta filosofía las palabras de Mariano Moreno, citadas por Tau Anzoátegui, Víctor (“*Las ideas jurídicas en Argentina*”, 1977, p. 32): “*Que todo ciudadano obedezca respetuosamente a los magistrados; que el magistrado obedezca ciegamente a las leyes ...*”; también la enfática declaración de la Constitución de 1819: “*Ninguna autoridad del país es superior a la ley: ellas mandan, juzgan o gobiernan por la ley; y es según ella que se les debe respeto y obediencia*”. La fuerza de la ley, cierta y clara, se oponía a toda otra fuente de derecho, más imprecisa y difícil de averiguar, como la costumbre; la fuerza de la ley, producto de la voluntad de la mayoría, se oponía al mandato del rey absoluto; la fuerza de la ley, entendida como el resultado de un proceso reflexivo y abierto, se oponía a la arbitrariedad del gobernante o del magistrado (mismo autor, obra y página). Se opone a esta concepción la línea autocrática personificada, entre

caudillesscas puestas de manifiesto entre 1810 y 1853<sup>7</sup>, a través de un elaborado esquema en el cual las normas se ordenarían jerárquicamente, las competencias de las diversas ramas del gobierno serían escrupulosamente divididas y los ciudadanos gozarían de una fuerte protección contra toda norma o acto infraconstitucional que agrediera ilegítimamente su vida, su honra o cualquiera de sus derechos.

Quizá los conceptos aquí expuestos resulten poco novedosos para quienes estén familiarizados con estas cuestiones. Sin embargo, considero útil (y hasta indispensable) su inclusión, pues este trabajo -y muy particularmente este capítulo- están destinados a los técnicos con responsabilidades en la concepción, diseño y ejecución diaria de la política del sector, bajo la premisa fundamental de que el MREN no se encuentra aislado del resto del ordenamiento jurídico; sus fronteras son permeables y se encuentra atravesado por la lógica que emana de la CN y que impregna todo el régimen legal argentino. Ello, a pesar de las recurrentes desviaciones en que se incurre en la ejecución de las leyes, tarea esencial asignada al PEN, sus dependencias y entes autárquicos (incluyendo el ENRE), y de las continuas transgresiones al régimen constitucional que ha sufrido nuestro país.

A continuación, entonces, se reseñan algunos de los principios constitucionales que tienen mayor importancia en la materia.

## 2. Finalidades de la Constitución Argentina.

No es ocioso recordar las finalidades de la CN, pues ellas tienen, a través de la cadena de legalidad del derecho argentino (CN-ley material-reglamento administrativo-acto administrativo)<sup>8</sup>, relevancia en la ejecución

---

otros, por Juan Manuel de Rosas, cuya filosofía él mismo resume en la siguiente frase: *“Para mi el ideal de gobierno sería el autócrata paternal, inteligente, desinteresado e infatigable, enérgico y resuelto a hacer la felicidad de su pueblo. He despreciado siempre a los tiranuelos inferiores y a los caudillejos de barrio, escondidos en las sombras; he admirado siempre a los dictadores autócratas que han sido los primeros servidores de su pueblo”* (citado por Frías, en su nota *“Perfiles de Gobernantes”*, El Derecho, 24/7/02).

<sup>7</sup> Según Alberdi, en la anarquía todos hacen lo que quieren, y en una dictadura uno solo hace lo que quiere.

<sup>8</sup> V/áptos. 3 -Supremacía de la Constitución-, 5 -El reconocimiento y la reglamentación de derechos-, 6 -Facultades y límites de la administración pública- y 9 -Principio de razonabilidad- de este capítulo.

diaria del MREN, incluso en los actos de los concesionarios de servicios públicos. Como se verá al considerar el principio de razonabilidad (v/apdo. 9 de este capítulo IV y apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI), las finalidades de las diversas normas son las que permiten determinar la legitimidad de los actos dictados en cumplimiento o ejecución de las mismas, en base al juicio de adecuación de los medios a las finalidades, tomando en cuenta las circunstancias en que se llevó a cabo una acción en particular. Y dado que en la cima de la pirámide jurídica (v/apdo. 3 siguiente) se encuentra la CN, y es a partir de ella que se construye la cadena de legalidad, es importante tener presentes sus finalidades.

Los objetivos que los convencionales que redactaron la CN en 1853 tuvieron en cuenta se encuentran en su preámbulo. El mismo fue concebido en los siguientes términos:

Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

El preámbulo no integra la CN y, por lo tanto, no puede ser tenido en cuenta para interpretar sus disposiciones<sup>9</sup>. Hecha esa salvedad, cabe notar que, en lo que interesa al sector eléctrico, es el objetivo de “promover el bienestar general” el que debe ser tenido en cuenta<sup>10</sup>. En efecto, en función

<sup>9</sup> Bidart Campos, Manual, tomo I, p. 296; González, Manual, p.34 y 35.

<sup>10</sup> Basta, para comprender la importancia de este propósito, citar a Alberdi: “Finalmente, por su ínole y espíritu la nueva Constitución argentina debe ser una Constitución absorbente, atractiva, dotada de tal fuerza de asimilación, que haga suyo cuanto elemento extraño se acerque al país; una Constitución calculada especial y directamente para dar cuatro o seis millones de habitantes a la República Argentina en poquísimos años; una Constitución destinada a trasladar la ciudad de Buenos Aires a un paso de San Juan, de la Rioja y de Salta, y a llevar estos pueblos hasta las márgenes fécundas del Plata por el ferrocarril y el telégrafo eléctrico que suprinen las distancias; una Constitución que en pocos años haga de Santa Fe, del Rosario, de Gualeguaychú, del Paraná y de Corrientes otras tantas Buenos Aires en población y cultura, por el mismo medio que a hecho la grandeza de ésta, a saber, por su contacto inmediato con la Europa

de dicho objetivo, la CN, mediante la “cláusula de progreso” y la “cláusula de comercio” (art. 75, incs. 12 y 18) asignó al Congreso Nacional facultades para reglamentar el comercio y promover el bienestar general. Y, en uso de dichas facultades, el Congreso Nacional sancionó las leyes 15.336 (M-521) y 24.065 (M-1791) (v/apdo. 2.1 del cap. V), y llevó a cabo otras numerosas acciones que configuraron decisiones de política energética a ser ejecutadas por el PEN, la SE y el ENRE. En tal ejecución de la normativa del sector (v/apdo. 6 de este cap. IV) no puede prescindirse de la finalidad que inspira la CN.

### **3. La forma de gobierno. Supremacía de la Constitución Nacional y leyes del Congreso Nacional.**

El primer artículo de la CN dispone que “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal ...*” Esta norma fundamental es complementada por otras: el art. 75 señala las facultades del Congreso Nacional, el art. 99 las del PEN y los arts. 108, 116 y 117 las de la CSJN; el art. 109 vedó al PEN el ejercicio de funciones judiciales<sup>11</sup>, etc., etc..

Conforme a los arts. 5, 14, 17, 19, 28, 31 y 99, CN, todo el accionar de las autoridades, tanto las nacionales como las locales (provinciales y municipales), legislativas y ejecutivas, queda sujeto a la CN<sup>12</sup>, a la jurisprudencia dictada sobre la misma por la CSJN, y, en el caso de las

---

*civilizada y civilizante; una Constitución que ha arrebatado sus habitantes a Europa y asimilándolos a nuestra población, haga en corto tiempo tan populoso a nuestro país que no pueda temer a la Europa oficial en ningún tiempo*” (Bases, p. 120).

<sup>11</sup> En palabras de Alberdi: “... *la idea de constituir la República Argentina no significa otra cosa que la idea de crear un Gobierno general permanente, dividido en los tres poderes elementales destinados a hacer, a interpretar y a aplicar la ley ...*” (Bases, p. 123); “... *Estando a la ley de los antecedentes y al imperio de la actualidad, la República Argentina será y no podrá ser menos de ser un Estado federativo, y una República Nacional, compuesta de varias provincias, a la vez independientes y subordinadas al Gobierno general creado por ellas.*” (Bases, p. 125).

<sup>12</sup> Conviene seguir citando a Alberdi: “*No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario ... que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de estas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias ...*” (Bases, p. 231).

autoridades ejecutivas y locales, a las leyes dictadas en el marco de la CN por el Congreso Nacional.<sup>13</sup>

Para comprender las implicancias prácticas de esta regla, es útil recordar la doctrina elaborada en torno a la misma por la CSJN. Ya en 1865, a través de la sentencia dictada en autos *Mendoza c/Prov. de San Luis* (Fallos 3:131), estableció que una ley local adectaba la distribución constitucional de competencias cuando (i) la CN otorgara facultades en forma expresa al gobierno federal; (ii) el ejercicio de ciertas facultades haya sido expresamente prohibido a las Provincias; y (iii) existiera una directa y absoluta incompatibilidad entre facultades federales y el ejercicio de ciertas facultades por las Provincias<sup>14</sup>. Así, ha establecido como regla general que conforme al principio de que quien tiene el deber de procurar un determinado fin tiene el derecho a disponer de los medios necesarios para su logro efectivo y habida cuenta de los objetivos enunciados en el preámbulo y los deberes-facultades establecidos en los incs. 12, 13, 16, 28 del art. 67 de la CN (hoy art. 75), cabe concluir que éste no puede ser enervado en el ejercicio de esos poderes delegados, en tanto se mantenga en los límites razonables de los mismos conforme a las circunstancias<sup>15</sup>. En particular, ha aclarado que por amplias que sean las facultades tributarias provinciales, conforme con los arts. 104 y 105, CN, las Provincias no pueden gravar los medios o instrumentos de que se vale el Gobierno Nacional para el desempeño de sus funciones, pues de tal modo se convertiría en ilusoria la supremacía de la Nación que la CN establece en su art. 31<sup>16</sup>. También, ha señalado que cuando la aplicación de un poder diferido choque con la aplicación de un poder conservado, deberá prevalecer el ejercicio del poder diferido, por ser ley de la Nación dictada en consecuencia de la CN por el Congreso y tener entonces el carácter de ley suprema que le confiere su art. 31, al que están obligadas a conformarse las autoridades locales, no obstante

---

<sup>13</sup> La subordinación del derecho provincial al derecho federal surge de los arts. 5, 31 y 110, CN. La supremacía de la CN sobre las leyes federales surge del art. 28, CN. La supremacía de la CN sobre los Tratados surge del art. 27, CN. La subordinación de los decretos a las leyes federales surge del art. 99, inc. 2, CN.

<sup>14</sup> Gelli, María Angélica; “*Delimitación de competencias federales, cláusula para el progreso y derechos de trabajadores y empresas*”, E.D. 15/9/11.

<sup>15</sup> Sentencias de 24/8/82 (Buenos Aires, Prov. de c/ENTel) y 3/11/83 (Buenos Aires, Prov. de c/SEGBA).

<sup>16</sup> Sentencias de 20/7/76 (ED 69-241) y 2/4/85 (ED 113-472).

cualquier disposición en contrario que contengan las leyes y constituciones respectivas.<sup>17</sup>

La ley 24.065 (M-1791) integra la denominada categoría de leyes federales, de la que también forman parte, entre otras, la ley de entidades financieras (21.526), la ley de entidades aseguradoras (20.091), la ley del marco regulatorio del gas (24.076) y las leyes de hidrocarburos (17.319 y 24.156).

#### **4. Función del Poder Judicial en el control de la administración pública.**

Bajo el derecho francés clásico -cuya doctrina tuvo decisiva influencia en nuestro país- la actuación del estado no se encontraba sujeta a control judicial<sup>18</sup>. Esta concepción es similar a la percepción de los habitantes de la Argentina en el siglo XIX según la describe Bielsa: *“En la mentalidad del pueblo no se concebía más que la justicia civil y represiva. Las cuestiones de derecho público eran de competencia exclusiva de los ejecutivos, llamados gobiernos (los ejecutivos, no las legislaturas)”*.<sup>19</sup>

Esta conjunción de influencias extranjeras y culturas caudillesscas afectaron el desarrollo de nuestra legislación y jurisprudencia administrativa, apartándola del modelo progresista, garantista y judicialista de la CN. Esto se manifestó en numerosos aspectos del régimen del procedimiento administrativo y de la revisión judicial de los actos administrativos.

Por lo expuesto resulta esencial, en el esquema explicado en el apdo. 3 de este capítulo, la función del poder judicial, como garante último del cumplimiento de la CN, contra los excesos, arbitrariedades, omisiones y errores de las distintas autoridades, nacionales y provinciales, legislativas y ejecutivas<sup>20</sup>, función que la CSJN ha recordado reiteradamente, recalando su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la

---

<sup>17</sup> Sentencia de 1/4/86 (ED 120-356).

<sup>18</sup> Fiorini, Derecho Administrativo, II, p. 590 y sgtes.

<sup>19</sup> Derecho Administrativo, I, p. 13.

<sup>20</sup> Dicha atribución surge, entre otros, del art. 108, CN, que atribuye el poder judicial a la CSJN y a los tribunales inferiores, y del art. 116, CN, que atribuye a la CSJN y tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la CN y las leyes nacionales.

CN<sup>21</sup>. De tal modo, la CSJN ha elaborado un rico cuerpo de doctrina en torno a la CN, a tal punto que -como suele decirse- “la CN es lo que la CSJN dice que es”, del mismo modo que “las leyes son lo que los tribunales dicen que son”<sup>22</sup>. Esto fundamenta, entre otras cosas, la vigencia de los principios de derecho constitucional-penal en la aplicación de sanciones por el ENRE (v/apdo. 4.4 del cap. XX), pues aún cuando dichos principios no se encontraran incorporados en una ley, igualmente deben ser seguidos (no puede concebirse que los tribunales deban respetar la jurisprudencia de la CSJN y que el ENRE no deba hacerlo, máxime cuando el máximo asesor legal del Estado -la PTN- ha recordado que debe acatarse dicha jurisprudencia<sup>23</sup>).

Para apreciar la importancia de esta cuestión, basta recordar que la falta de independencia del poder judicial, que tiene como hito inicial fundamental, la acordada de la CSJN del 10 de septiembre de 1930<sup>24</sup>, explica, en gran medida, nuestro deterioro institucional<sup>25</sup>. Esta cuestión no es en absoluto teórica. Sus proyecciones se verán al considerar el régimen de revisión de los actos administrativos por los tribunales de justicia (cap. XX).

En materia de control de constitucionalidad, la Argentina ha adoptado el sistema judicial difuso, es decir que el mismo ha sido asignado al Poder

<sup>21</sup> Desde el célebre caso *Elortondo* (Fallos 33-162). Ver sentencias de 24/3/92 (ED 148-385), 13/5/93 (ED 152-686) y 5/3/03 (*Prov. de San Luis*).

<sup>22</sup> Ver González, Manual, p. 703.

<sup>23</sup> González, Manual, p. 159 (caso *Escudero*, Fallos 178:355).

<sup>24</sup> Ver “*Historia Política de la Corte Suprema*”, Pellet Lastra, Arturo.

<sup>25</sup> Ver González, Manual, p. 266 a 268 y 705; Decía el Prof. Bielsa en el prefacio de la 2da edición de su obra “*La Protección constitucional y el recurso extraordinario*”, Roque Depalma editor, 1958: “... el servilismo a la autoridad que obra fuera de la ley, es el mejor agente de la ruina de ésta. No es legitimando, convalidando, aprobando lo que suele ser expresión de autoritarismo, como se defiende a la autoridad que viola los principios de derecho y de justicia; al contrario, nada preserva más o previene a los que se exceden para caer fatalmente (esta regla no tiene excepción), que condenar sus errores, rectificar toda extralimitación, moderar excesos. Así como una oposición franca, inteligente y bien inspirada es el mejor aliado de un gobierno desenfrenado, teniéndole a raya, en cuanto ella puede, así también una justicia independiente, enérgica y serena contribuye a mantener el orden jurídico, la seguridad jurídica, y eso es precisamente lo que hace más llevadera o soportable las arbitrariedades de gobernantes sin educación jurídica, sin experiencia, sin serenidad, que se libran a fuerzas engañosas, desleales o inseguras, bajo cuya reacción caen tarde o temprano.”

Judicial, a través de cualquiera de sus instancias, pero en especial a la CSJN, y solamente en casos concretos en los que se halle en tela de juicio la conformidad de una ley o acto de la administración con el orden legal.<sup>26</sup>

### 5. El reconocimiento y la reglamentación de derechos.

#### 5.1. Los derechos son reconocidos por la CN y los tratados internacionales y no por el Congreso ni la Administración.

La CN, los tratados internacionales y las Constituciones provinciales - no las leyes del Congreso o las legislaturas provinciales- son las fuentes de los derechos de que gozan los habitantes del país.<sup>27</sup>

La CSJN ha tenido oportunidad de señalar en forma rotunda en el célebre caso “Siri” (Fallos 239:459): “... *el escrito de fs. 1 sólo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción. Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las “declaraciones, derechos y garantías” simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” ... Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia*

---

<sup>26</sup> González, Manual, p. 261 y sgtes.

<sup>27</sup> Padilla; Lecciones, tomo I, p. 79.

*institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de respetarlas ... ”.*

Los conceptos expuestos cobran especial relevancia frente a las tendencias autoritarias evidenciadas de tanto en tanto en la actuación de las reparticiones públicas, que parecen dar por sentado que -como en la época preconstitucional- rige el principio opuesto: los administrados no gozan de derechos si los mismos no son reconocidos por una ley, un reglamento o una decisión administrativa, con lo cual no dan curso a ninguna petición que no se encuentre precisamente basada en una disposición legal o reglamentaria, quizá asumiendo que los administrados no tienen derecho a formular ningún pedido si el mismo no está expresamente previsto por una ley o reglamento administrativo. Esta distorsión institucional resulta de múltiples factores, encontrándose entre los más recientes la ampliación del intervencionismo estatal no acompañado por la imprescindible vigorización de la cultura jurídica de las autoridades, tendiente a morigerar nuestros instintos autoritarios.

En el sector eléctrico, dicha problemática se presenta con especial vigor, por la gran cantidad de disposiciones que imponen restricciones a la libertad de acción de los actores del mercado, incluyendo a los usuarios.

## **5.2. Principales derechos.**

La CN reconoce estos derechos en los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 18, en los siguientes términos.

**Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.**

En lo que concierne a la materia de este trabajo, interesan los derechos de ejercer la industria y comerciar (p. ej. v/apdo. 3 del cap. XI), peticionar a las autoridades (v/cap. XX), de usar y disponer de la propiedad (p. ej. v/apdo. 4.2 del cap. VIII y apdo. 5 del cap. XI) y de defensa en juicio (v/caps. XIX a XXI).

Además dispuso la CN:

**Art. 16.-** La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, ... La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

El derecho a la igualdad se proyecta con particular intensidad sobre los servicios públicos (v/apdo. 7.6 del cap. VIII -acceso al servicio público- y apdo. 1.4.6 del cap. XVI -no discriminación tarifaria-). También se proyecta a la actuación cotidiana de las autoridades a través de la exigencia de la juridicidad (v/apdo. 8 de este capítulo)

La CN ha reconocido el derecho de propiedad en los siguientes términos:

**Art. 17.-** La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada ...

A partir del caso “Bourdieu” (Fallos 145:307), la CSJN ha definido al derecho de propiedad con gran amplitud, de modo que incluye todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de si mismo, de su vida y de su libertad, entre los que se encuentran los derechos contractuales y concesionales.

El derecho de defensa en juicio ha sido reconocido por el art. 18, CN:

**Art. 18.-** Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos ...

Todos los otros derechos son ilusorios si no rige el derecho de defensa en juicio. Por tal razón se ha dicho que es una ofensa contra la Constitución todo acto de las autoridades que importe aplicar una pena o castigo a un habitante de la Nación sin ser antes debidamente juzgado y sentenciado por un juez competente<sup>28</sup>. La prohibición de funciones judiciales al PEN (art. 109, CN) y del otorgamiento de la suma del poder público (art. 29, CN) son expresiones de esta garantía<sup>29</sup>. El fundamental derecho de defensa en juicio se relaciona con la materia tratada en los caps. XIX a XXI.

Finalmente y por su relevancia en el ámbito del MREN, a través del mecanismo de audiencia pública, cabe destacar el derecho a participar en la

---

<sup>28</sup> González, Manual, 156.

<sup>29</sup> González, Manual, 160.

dirección de los asuntos públicos que consagra el art. 23.1, PSJ y normas similares de otros tratados internacionales con jerarquía constitucional.<sup>30</sup>

### 5.3. La reglamentación de derechos y el recaudo de la razonabilidad. Reglamentación ordinaria y de emergencia.

Las precedentes disposiciones son complementadas por el art. 28, CN, que consagra la garantía de razonabilidad (v/ apdos. 7, 8 y 9 de este capítulo).

Conforme a los arts. 14 y 28, CN, la función de las leyes del Congreso Nacional, por tanto, no es reconocer derechos, salvo el caso de los derechos implícitos, sino reglamentar su goce, sin alterarlos<sup>31</sup>, estableciendo las condiciones para su ejercicio (por ejemplo los requisitos y limitaciones).

Así lo ha recordado la CSJN, pudiéndose señalar el *leading case* en materia de emergencias (“Ercolano”, 1922), cuando afirmó que “... *Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al poder legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 28). Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el*

---

<sup>30</sup> Ver Gordillo, Agustín; “Después de la reforma del estado”, Ed. Fundación Derecho Administrativo, 2da edición, pág. XI-13, nota 2.42.

<sup>31</sup> Padilla, Lecciones, tomo I, p. 122.

*propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico ...”.*

Como es sabido, con el correr del tiempo se fue aceptando la ampliación de esta potestad reglamentaria. Así, la jurisprudencia de la CSJN partió de un criterio restrictivo en el caso “Hileret” (1903)<sup>32</sup>, para comenzar a evolucionar hacia un criterio amplio a partir del antes mencionado caso “Ercolano” (1922)<sup>33</sup>, pudiéndose destacar hitos excepcionales como el caso “Cine Callao” (1960).<sup>34</sup>

Del mismo modo, se fue aceptando la exacerbación del mencionado poder reglamentario en situaciones excepcionales, dando lugar a la reglamentación de emergencia. Constituye un hito en este sendero el fallo de la CSJN en autos *Peralta c/Estado Nacional s/amparo* (Fallos: 313:1546, considerandos 37, 38 y 44), en donde señaló que “... cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos ...”, “... Cuando por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del art. 17 de la Constitución Nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis.”, y “... La distinción entre la substancia de un acto jurídico y sus efectos contribuye a la transparencia de la doctrina de la legislación de emergencia, admitiendo la constitucionalidad de las que restringen temporalmente el momento de ejecución del contrato o la sentencia, manteniendo incólume y en su integridad la substancia de los mismos, así como la de los derechos y obligaciones que crean o declaran.”.

Estos conceptos cobraron actualidad en el MREN con la sanción de la ley 25.561 y normas complementarias, que dispusieron severas restricciones

---

<sup>32</sup> Sent. de 5/9/03; Fallos 98:20.

<sup>33</sup> Fallos 136:164.

<sup>34</sup> Sent. de 22/6/60; L.L. 100-45. Ver lo expuesto sobre la misma en el apdo. 3 del cap. XII.

a los operadores del sector (ver apdo. 4 del cap. III) y el dictado por la CSJN, en octubre de 2004, del emblemático fallo en el caso “Bustos”.

## 6. Facultades y límites de la administración pública. Tipos de reglamentos. La cuestión de la delegación y los reglamentos delegados.

Según los autores clásicos franceses, el estado no se encontraba sujeto a la ley civil (pues esta suponía que los sujetos a los cuales se aplica se encontraban en paridad de condiciones) sino al régimen administrativo, el que se condensa en una centralización de las funciones administrativas bajo la autoridad jurídica del poder ejecutivo, y así se terminó aceptando que la administración pública entrara en relación con el particular en un trato de favor ante el ordenamiento jurídico, por presumirse la legitimidad de sus actos; pero dicha presunción no es una patente de corso para la administración<sup>35</sup>. Sobre este tema, ver el apdo. 3.2.5.2 del cap. XXI.

A la luz de tales concepciones se comprende la importancia del principio de legalidad y sus derivados (v/apdos. 7 y 8 de este cap. IV), que al postular el sometimiento de la administración pública a la ley, se constituye en uno de los pilares del estado de derecho.<sup>36</sup>

El marco legal de la actuación de la administración pública se basa en el art. 99, CN:

**Art. 99.-** El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

- 1 Tiene a su cargo la administración general del país.
- 2 Expide 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.

La disposición se aplica tanto al Presidente como a las diversas reparticiones, entidades a las cuales se atribuyen porciones de su competencia (Ministerios, Secretarios de Estado, entes descentralizados, etc.)<sup>37</sup> y por tanto también al ENRE.

Como correlato del esquema legal explicado en los apdos. 3 a 5 de este capítulo, la función esencial de los actos y normas emanados del PEN y sus dependencias (incluyendo la SE y el ENRE) es reglamentar o permitir la ejecución de las leyes dictadas por el Congreso Nacional, a través de actos

<sup>35</sup> Garrido Falla, Fernando; “*Tratado de Derecho Administrativo*”, I, p. 119.

<sup>36</sup> Hutchinson, LNPA, tomo I, p. 25.

<sup>37</sup> Ver sent. CSJN 1/9/98 en autos *Centro de Despachantes de Aduana* (Fallos, 321:2400).

individuales y reglamentos de ejecución<sup>38</sup>, sin alterar el espíritu de las leyes<sup>39</sup>. De tal modo, las normas y actos emanados del PEN y sus dependencias no pueden hacer ni más ni menos gravosas las prestaciones y sanciones establecidas por ley<sup>40</sup>. Lo anterior es aplicable a los “reglamentos de ejecución” dictados por el ENRE en virtud del art. 56(a) de la ley 24.065 (M-1791) (v/apdos. 3.3 y 3.4 del cap. VI).<sup>41</sup>

Pero además de los reglamentos de ejecución, la administración pública dicta reglamentos autónomos y reglamentos “delegados”. La potestad para dictar los primeros ha sido fundada en el art. 99, inc. 1, CN<sup>42</sup>, señalándose que los mismos no pueden ser derogados por una ley del Congreso Nacional.<sup>43</sup>

Por su parte, los reglamentos “delegados” son una expresión central de la crisis del principio de legalidad (v/apdo 8 de este capítulo IV) y son dictados por la administración en virtud de una transferencia de facultades del Congreso Nacional<sup>44</sup>, por ejemplo cuando la ley utiliza términos muy genéricos, dejando en manos de la administración reglamentar determinados aspectos, a veces esenciales<sup>45</sup>. Su constitucionalidad fue avalada por la CSJN desde el caso “Delfino” (1927)<sup>46</sup>, en que se controvertía la legitimidad de un reglamento administrativo que había establecido una prohibición y una multa en virtud de una amplia atribución de potestades conferida por la ley 3.445. Los reglamentos delegados son habituales en cuestiones de gran complejidad o en materia de servicios públicos<sup>47</sup>, y

<sup>38</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 68.

<sup>39</sup> La CN impone una valla elástica y muy indefinida regida por la pauta de razonabilidad (Linares, Derecho Administrativo, p. 68).

<sup>40</sup> Ver Linares, Derecho Administrativo, p. 68.

<sup>41</sup> Ver “Reglamentos Autónomos y de Ejecución” (Nora A. Chibán, RAP, 309, p. 85).

<sup>42</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 70; Sobre este tema, ver “La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa” (Pedro J. J. Coviello, RDA, 1996, p. 109).

<sup>43</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 66.

<sup>44</sup> Utilizo esta terminología pues es la más difundida. Empero, cabe recordar que, en el caso *Cocchia* (2/12/93), la CSJN señaló que, en realidad, no es apropiado hablar de “transferencia” o “delegación” de facultades ni de reglamentos “delegados”, siendo correcto en cambio utilizar el término “reglamentos de ejecución sustancial”.

<sup>45</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 73; Ver también “Reglamentos Delegados” (Roberto Sobrecasas, RAP, 309, p. 73).

<sup>46</sup> Fallos, 148:430.

<sup>47</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 75.

deben cumplir con el requisito de la razonabilidad<sup>48</sup>. La mayor parte de los reglamentos que dicta el ENRE pueden encuadrarse en esta categoría, ya que la ley 24.065 (M-1791) sólo fija al ENRE las finalidades a alcanzar, en forma muy amplia y genérica (v/apdo. 3.3.1 del cap. III y el apdo. 3.4 del cap. VI).

Conforme lo expuesto en el apdo. 3.4 del cap. VI, la ley 24.065 (M-1791) asignó al ENRE la facultad de dictar reglamentos a los que deberían sujetar su actividad distribuidores y transportistas (art. 56 inc. b). En el apdo. 2.4 del cap. XX se destacan los recaudos que en su accionar debe seguir el ENRE en función del carácter de norma penal en blanco que asignamos al art. 77 de la ley 24.065 (M-1791), en particular en lo relativo a la configuración de infracciones.

Por otra parte, los Procedimientos de CAMMESA constituyen una forma de reglamentos delegados, dictados desde la Res. SEE 61/92 en función de la autorización conferida por el art. 35 de la ley 24.065 (M-1791).

En la sentencia dictada el 4/11/08 en los autos “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, la CSJN estableció el marco conceptual para examinar la validez de los reglamentos delegados, señalando que “... la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República ... emitir disposiciones de carácter legislativo, sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte). Ambas cláusulas establecen ... las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos ... En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas ... el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a "materias determinadas de administración o emergencia pública"; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan "dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". El artículo 100, inciso 12 añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del

---

<sup>48</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 74 y 75.

*Congreso de la Nación. La letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal. De todo ello se desprende que dicho procedimiento debe ser puesto en práctica por los tres poderes del Estado, cada uno en el papel que le toca, con el cuidado de no introducir, por vía de deformaciones interpretativas, inconsistencias o desequilibrios entre las diversas finalidades buscadas con la reforma de la estructura del gobierno federal ...* Más adelante y, refiriéndose al régimen constitucional de la delegación legislativa, el mismo convencional remarcó que la delegación constituía "una excepción al principio general sentado en la primera parte del nuevo inciso 23 del artículo 86 [actual artículo 99, inciso 3º]" que no es otro que la ya señalada prohibición al Presidente de dictar disposiciones de carácter legislativo (op. cit., pág. 4887) ... el citado convencional García Lema expresó: "Los principios y los límites de la delegación legislativa quedan ajustados a lo que son las prácticas de los Estados Unidos. El Congreso debe definir la materia de la delegación y suministrar un patrón o criterio claro para guiar al organismo administrativo al cual se transfieren facultades" (op. cit., pág. 4887). 10) Que ... la Suprema Corte federal de ese país ha fijado ... el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es, tal como lo advirtiera el discurso del convencional García Lema, la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente. En un fallo de 1996 el referido tribunal ha hecho una síntesis de la doctrina que viene sosteniendo y desarrollando -al menos desde 1936-: "El principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso ... y no

*puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio ('prospective force'). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de temas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno Nacional efectivo". Y, más adelante: "Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción ... es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse, lo último no merece ninguna objeción válida" (Loving v. United States, 517 U.S. 748, 758 [1996]). Sin embargo, aclaró que "no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (authority)", pues, "como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes" (517 U.S. 748, 771). 11) Que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva "dentro de las bases que el Congreso establezca" ... Pero, el riesgo que de todos modos enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa. Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga. Este*

*último es el que predominantemente ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos (ver Tribe, Lawrence, Constitutional Law, 3º edición, New York, 2000, pp. 988/989). Por ejemplo, en un caso del año 2001, dicho tribunal convalidó un artículo de la ley de aire limpio (Clean Air Act) que delegó en la agencia respectiva (Environmental Protection Agency) una competencia sumamente amplia para fijar estándares tolerables de polución, pero, al mismo tiempo, los jueces rechazaron que, a partir de esa generalidad, el ente regulador pudiera inferir una autorización para tomar en cuenta los costos de implementación de tales estándares (Whitman v. American Trucking Associations, 531 U.S. 457). 12) Que, a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo seguido, se desprende que: 1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate. Esta conclusión resulta insoslayable apenas se advierte que la delegación sin bases está prohibida precisamente porque bloquea la posibilidad de controlar la conexión entre la delegación del Congreso y la actividad desplegada por la autoridad administrativa. Así, por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado. En materia de delegaciones legislativas, dicha carga se habrá cumplido si los decretos, además de llenar los diversos requisitos constitucionales ya referidos, son consistentes con las bases fijadas por el Congreso (conforme artículos 76 y 100, inciso 12 de la Constitución Nacional). Por consiguiente, la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley*

*delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas.*” Con relación al impacto de esta sent. de la CSJN, pueden consultarse las contribuciones de Garat, Pablo María, “Algo mas con ocasión del fallo “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”: la delegación legislativa en materia tributaria” (LL 2009-B-550) y de Gelli, María Angélica, “Control estricto en la delegación legislativa. En el caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”” (LL 2009-A-161).

### 7. El principio de legalidad.

El polifacético principio de legalidad<sup>49</sup> ha sido consagrado por los arts. 19 y 18, CN (el último de ellos en lo relativo a la aplicación de penas<sup>50</sup>), en los siguientes términos:

**Art. 19.-** Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

**Art. 18.-** Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ...

El principio de legalidad se manifiesta a través del postulado de permisión, el principio de especialidad y el principio de reserva de la ley (y su consecuencia, la subordinación de los actos de la administración a la ley).

Según el postulado de permisión, todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que los particulares están facultados a hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido<sup>51</sup> y, como consecuencia, en la duda debe estarse a favor de la libertad jurídica del administrado.<sup>52</sup>

Según el principio de especialidad, el PEN y las reparticiones de la administración pública sólo pueden llevar a cabo aquellos actos que se encuentren dentro de su órbita de competencia<sup>53</sup>, o para los fines que motivaron su creación<sup>54</sup>. La especialidad del órgano no va a surgir de su propia voluntad, sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado o bien su objeto institucional<sup>55</sup>. Lo que antecede se relaciona con lo indicado en el apdo. 3.4. del cap. VI

<sup>49</sup> Ver Bidart Campos, Tratado, I, p. 358 y sgtes; Padilla, Lecciones, tomo I, p. 123.

<sup>50</sup> Cassagne, Juan Carlos; “*La intervención administrativa*”, 1998, p. 222.

<sup>51</sup> Bidart Campos, Tratado, I, p. 360.

<sup>52</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 47.

<sup>53</sup> Ekmedjian, Tratado, tomo I, p. 479.

<sup>54</sup> Cassagne, Acto administrativo, p. 191.

<sup>55</sup> Cassagne, Derecho Administrativo, tomo I, p. 237.

(Finalidades y facultades del ENRE) y en el apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI (Competencia).

Conforme al principio de reserva de la ley (que deriva de la forma representativa y republicana de gobierno adoptada por la CN), se requiere una ley del Congreso para restringir la libertad de los ciudadanos, otorgándose el monopolio legislativo al mismo a fin de hacer efectivo el objetivo fundamental de la CN, proteger la libertad de los individuos<sup>56</sup>. En consecuencia, los actos administrativos se encuentran en un escalón inferior a las leyes del Congreso<sup>57</sup>. Este carácter *infralegem* o *sublegem* de los actos administrativos es una derivación del principio de legalidad, cuando se lo proyecta sobre la administración pública<sup>58</sup>. Así, el principio de legalidad -al introducir el concepto de jerarquía normativa- es la más importante de las columnas sobre las que se apoya el derecho administrativo, y supone la sumisión de la actuación administrativa al poder legislativo, la necesaria conformidad de los actos administrativos particulares a las disposiciones de carácter general y el sometimiento de los órganos que dictan disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las diversas fuentes del derecho<sup>59</sup>. Los actos administrativos no pueden infringir disposiciones legislativas ni reglamentos administrativos dictados por autoridades de inferior, similar o superior jerarquía.<sup>60</sup>

Por otra parte, el principio de legalidad en materia penal -considerado por la CSJN una de las garantías más preciosas de nuestro sistema legal<sup>61</sup>- es el medio fundamental mediante el cual se pretende cumplir con uno de los objetivos básicos de la CN: proteger la libertad de los individuos frente a los embates del poder<sup>62</sup>. Por ello, las leyes penales en blanco (como el art.

<sup>56</sup> Ekmedjian, Tratado, I, p. 476. Bidart Campos (Tratado, tomo I, p. 369) y Cassagne (‘‘En torno a las sanciones administrativas’’, ED 143-944) postulan que un reglamento administrativo también puede imponer prohibiciones o penas, en los términos de los arts. 19 y 18, CN.

<sup>57</sup> Ekmedjian, Tratado, I, p. 478.

<sup>58</sup> Bidart Campos, Tratado, I, p. 359.

<sup>59</sup> Garrido Falla, Fernando; Tratado, I, p. 273; Hutchinson, LNPA, tomo I, p. 25.

<sup>60</sup> Garrido Falla, Tratado, I, p. 274; Fiorini, Derecho Administrativo, I, p. 60 a 62.

<sup>61</sup> Fallos 304:849 y sus citas (Fallos 136:200, 237:636, 275:89, 298:717).

<sup>62</sup> Ekmedjian, Tratado, tomo I, p. 479. No debe olvidarse que la CN fue sancionada luego de 25 años de gobierno autocrático, es decir de ausencia de limitaciones institucionalizadas al poder administrador. Esta intención de limitar las atribuciones del poder administrador constituye uno de los núcleos de la CN. Empero, los acontecimientos

77 de la ley 24.065 (M-1791)), en la medida que dejan en manos de un funcionario administrativo la definición de las conductas prohibidas, perjudican la cabal vigencia del principio de legalidad.<sup>63</sup>

El principio de legalidad deriva de la relatividad de los derechos que la CN reconoce, desde que los mismos se gozan y ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN; v/apdo. 5 de este cap. IV), lo cual significa que pueden ser restringidos, ya que los derechos existen porque hay convivencia y la misma impone limitaciones a los derechos, necesariamente<sup>64</sup>. También deriva el principio de legalidad de la división de poderes (v/apdo. 10 de este cap. IV), pues supone una restricción al ejercicio de los poderes concedidos a la administración pública (art. 99, CN y cc.), vedándole restringir la libertad de acción de los ciudadanos cuando no media una ley.

### **8. Crisis y reformulación del principio de legalidad: la exigencia de la juridicidad y el principio de legitimidad.**

El esquema formal descripto en el apdo. 7 y el sistema de división de poderes (v/apdo. 10 de este cap. IV) concuerdan con la etapa del estado garantista y liberal, vigente desde el siglo diecinueve hasta el primer cuarto del siglo veinte, en la que la función del estado era velar por el respeto de los derechos individuales y prestar unos pocos servicios públicos. En la concepción vigente en aquella época, plasmada en la CN, el centro de gravedad del sistema se encontraba en el Poder Judicial, para lo cual le bastaba la sola atribución que ejercía toda vez que aplicaba la CN, y era la de enervar en juicio el vigor de las leyes anticonstitucionales.<sup>65</sup>

Pero las crisis sociales del primer cuarto del siglo veinte dieron pie a un crecimiento de la actividad del Estado, en desmedro del campo de acción

posteriores a la sanción de la CN, que derivaron, desde principios del siglo XX, y en particular a partir de su tercera década, en un aumento de las finalidades asignadas al gobierno, pusieron en jaque la cabal aplicación de este principio.

<sup>63</sup> Ver sent. CSJN en autos *Mouviel* (Fallos 237:236).

<sup>64</sup> Bidart Campos, Tratado, I, p. 211.

<sup>65</sup> Bielsa, Derecho Administrativo, p. 20. El autor destaca el gran valor del recurso extraordinario instituido por la ley 48, que permitió en las primeras etapas de la CSJN declarar inconstitucionales numerosos actos de la administración pública.

del individuo<sup>66</sup>. También coadyuvaron la creciente dinámica de la vida económica moderna, la inevitable lentitud del trámite legislativo y el desplazamiento de la función creadora de normas al PEN, todo lo cual produjo la crisis del principio de legalidad, con lo que la administración pública, destinataria natural del mismo, se consideró facultada a introducir restricciones a la libertad de los particulares, proliferando los reglamentos administrativos, en todos los niveles.<sup>67</sup>

De tal modo el Estado legislativo se transforma en administrativo, acarreando un cambio radical en la dinámica del poder y produciendo una reducción notable de la esfera de autodeterminación individual.<sup>68</sup>

Para comprender este fenómeno, y sus implicancias, nada mejor que recordar las premonitorias palabras de Bielsa: “*Todo este intervencionismo del Estado es falso e inconstitucional en la mayoría de los casos. Lo mismo puede decirse del régimen general de policía de edificios, de viviendas y de establecimientos industriales; la indebida intromisión del Estado en las actividades privadas, mediante una reglamentación discrecional que en general no tiene más objeto que armar al Poder Ejecutivo de atribuciones discrecionales para poder usarlas con fines de política partidaria, o que permite a los funcionarios usarlas con propósito de cohecho, etc.; todo esto*

<sup>66</sup> Ekmedjian, Tratado, II, p. 484 y sgtes. De un modo similar, Garrido Falla (Tratado, I, p. 104) recuerda que en el estado liberal clásico, la actividad administrativa se encontraba reducida al mínimo. Pero las exigencias de la vida contemporánea precipitan la intervención de la administración, por ejemplo para dotar a los países de un sistema de comunicaciones, para brindar protección social ante la retirada de las iglesias que, con anterioridad, prestaban dicho servicio, para organizar el sistema de enseñanza universal. El denominador común era la necesidad de satisfacer una necesidad de interés general. Según Jordana de Pozas, citado por Garrido Falla (Tratado, I, p. 106), el crecimiento de la intervención administrativa fue motivado por el crecimiento demográfico, el progreso material y técnico, la concentración de la población, la elevación el nivel de vida, etc. y no por razones ideológicas. Forsthoff, también citado por Garrido Falla (Tratado, I, p. 106), recuerda en tal sentido que, mientras en la época del estado liberal la administración presta el servicio público en defecto de su prestación por el particular, con posterioridad la administración comienza a intervenir activamente, con el objeto de configurar la sociedad, teniendo presente para ello una determinada idea de justicia social.

<sup>67</sup> También se citan como factores la sofisticación tecnológica, comercial y financiera y la correlativa necesidad de intervención por parte de la administración pública a fin de prevenir o mitigar daños a la comunidad (Hauriou, también citado por Ekmedjian, Tratado, tomo II, p. 481).

<sup>68</sup> Ekmedjian, Tratado, tomo II, p. 479 y sgtes.

*aumenta la arbitrariedad de la Administración, que viene a ser una traba no sólo para las libertades constitucionales, sino también para el progreso general.”<sup>69</sup>*

Garrido Falla destaca que el estado providencialista engendra graves riesgos para la libertad de los individuos, pilar del estado liberal<sup>70</sup>. En el mismo sentido, Forsthoff<sup>71</sup> destaca con claridad que el estado providencialista plantea, necesariamente, graves problemas a la continuidad del estado de derecho. Los principios de división de poderes y legalidad administrativa funcionaban plenamente cuando la administración pública era muy restringida y cuando las relaciones con los particulares eran esporádicas y sujetas al derecho común. Pero cuando cae la barrera entre el

---

<sup>69</sup> Derecho Administrativo, I, p. 7. Agrega: “*La Administración pública actual, en el Estado de Derecho, que tiene autolimitadas sus potestades, en homenaje a los principios que le sirven de base y al derecho de los individuos que constituyen su elemento esencial, no ha podido desligarse completamente de esa serie de principios que en los períodos de despotismo y absolutismo -caciquismo en los pueblos de América- dieron al Poder Ejecutivo atribuciones completamente repudiadas por las conquistas de la democracia y del derecho ... En nuestro derecho positivo, a pesar del sabio sistema constitucional de 1853, perduran todavía -como supervivencias morfológicas del ejecutivo- los factores que definieron una época de caudillismo y caciquismo, concentrado en el Poder Ejecutivo, en los gobernadores de provincia, que hasta podían rever las sentencias definitivas o dictadas en última instancia en materia criminal ...*”

<sup>70</sup> Tratado, I, p. 110. Cita como principal exponente de esa preocupación a Ripert (“*El Declinamiento del Derecho*”, 1949), quien manifiesta que “... sin duda, los espíritus críticos denuncian la mala redacción de las leyes, la confusión de poderes, los conflictos de jurisdicción, lo arbitrario de las decisiones. Pero no se quiere denunciar la fuente misma de este mal: el exceso de la reglamentación. En todo caso, si se está en presencia de un mal necesario no hace falta alegrarse de ello como de un progreso ... Estamos tomando la contrapartida de la idea revolucionaria. Nuestros grandes abuelos tenían la creencia de que algunos principios podían bastar para conducir a los hombres. Nosotros tenemos la ilusión de que la multiplicidad de leyes y la minuciosa reglamentación son compatibles con la libertad ... la sociedad se divide en dos clases de hombres: una, que trabaja y obedece; otra, que vigila y manda. La segunda no es más dichosa que la primera, pero vive a sus expensas. Un tal régimen no es sólo afrontosamente costoso. Tiene el inconveniente peor de crear una clase de funcionarios, cuya única ocupación consiste en impedir la acción útil, no por mala voluntad, sino porque deben exigir la obediencia estricta a los imperativos que reglan enteramente la vida del hombre. Es entonces el reino de la burocracia, que impone formalidades innumerables. Una vez creada, se mantiene por su propia fuerza y las formalidades subsisten más allá del tiempo en que fueron útiles.”

<sup>71</sup> Citado por Garrido Falla en su Tratado, I, p. 109.

estado y la sociedad, se hace necesario sujetar la actuación de la administración a ciertos principios jurídicos materiales. Según Forsthoff, para ello es necesario que el estado asuma como cometido la realización de los principios básicos de la justicia, que no necesariamente quedan atados al texto de la ley (v/apdo. 9 de este cap. IV). Advierte Forsthoff que, sin tal vinculación a principios superiores, una configuración tan amplia del estado tiene que desembocar, necesariamente, en la arbitrariedad. Así surgen posturas más realistas, que pretenden promover un equilibrio aceptable entre libertad y planificación. En tal visión, la opción es buena planificación (en la que libertad aún conserve un lugar) y mala planificación.<sup>72</sup>

En nuestro medio se destacan los sabios aportes de Fiorini y Linares, para superar -ante tamaña crisis- el esquema “formal” ínsito en el principio de legalidad. El primero introduce la exigencia de la juridicidad: “*Sólo el criterio de las ideologías del pasado puede suponer que la ley, la ley formal, sea el único sustento jurídico de la Administración pública. Esta estrecha tesis, signo del Estado gendarme, se ha visto cribada por la concepción superadora de la juridicidad y por las fuentes secundarias derivadas de la legalidad, como son los reglamentos, las disposiciones generales, las disposiciones particulares, los estatutos de entes estatales, los actos administrativos particulares, los actos administrativos individuales, etc. ... La juridicidad, que es el contenido de la Constitución, se encuentra sobre la Administración pública ... Una ley o un reglamento forma parte del derecho pero no significan todo lo que es derecho. La potestad ejecutoria en el ordenamiento estatal fluye de su seno en forma regular, porque esto es lo que caracteriza la creación normativa o jurídica del Estado. No se puede concebir que el derecho estatal se establezca para el desorden, la arbitrariedad, la distorsión y la contradicción. Los valores radicales que presupuestan la labor normativa como son la seguridad, el orden, la paz, la solidaridad, se aseguran para poder conquistar la justicia ... una concepción normativista automática nos llevaría a un totalitarismo*

---

<sup>72</sup> Garrido Falla, Fernando; Tratado de Derecho Administrativo, I, p. 111, quien cita la experiencia del laborismo inglés como paradigma del equilibrio entre planificación y libertad, en una sociedad con un acendrado sentido de la libertad.

*formalista sin ningún contenido de valores que tanto destaca la ciencia jurídica contemporánea ...*”<sup>73</sup>

Linares por su parte señala que “... la legalidad es sólo uno de los aspectos de la legitimidad, pues el otro aspecto es el de la justedad u oportunidad ... Persiste el apotegma de que el Estado de derecho es el gobierno de la ley ... El arbitrio del principio, transferido a tres poderes, debe ejercerse de acuerdo con la ley. La principal disposición que consagra ese principio en nuestro régimen es el art. 19 de la Constitución. Pero el principio, como garantía de legitimidad jurídica, tiene un doble aspecto: la legalidad (formal) y la razonabilidad o justedad (material) ... no se trata de una mera garantía formal, lingüística, sino que lo es también de contenido: razonabilidad, igualdad, irretroactividad dañosa de la ley. Al introducir el tema de la exigencia de razonabilidad, justedad u oportunidad en sentido amplio, debemos mencionar la base constitucional de esta exigencia. Son los arts. 19 y 28 de nuestra ley máxima ... La administración está sometida, como los jueces, a la regla de la legitimidad ...”<sup>74</sup>. En la misma dirección se expresa Cassagne.<sup>75</sup>

Como colofón y en similar espíritu, es oportuno recordar la esperanzadora reflexión de Frías: “Cuando entra en crisis el derecho constitucional clásico, construido sobre el concepto racional normativo, la estabilidad que de esa concepción nace, se entraña en la burocracia. La sociedad realiza en los momentos de crisis ciertas sustituciones que son saludables aunque no respeten la lógica del sistema. Y entonces, cuando los poderes políticos se van inclinando paulatinamente al oportunismo de la situación, la burocracia se vuelve estabilizadora, en función del respeto al precedente en su versión formalista, y de respeto a la realidad en su versión sustantiva. El precedente vincula a la burocracia a la historia, y la realidad la vincula a la vida. El estado contemporáneo, en crisis, gana con ello.”<sup>76</sup>

A la hora de ponderar la legitimidad del proceder del ENRE, CAMMESA y la SE habrán de tomarse en cuenta los precedentes

---

<sup>73</sup> Fiorini, Derecho Administrativo, I, p. 52 y sgtes.

<sup>74</sup> Linares, Derecho Administrativo, p. 137 y sgtes.

<sup>75</sup> Cassagne, Derecho Administrativo, tomo II, p. 29.

<sup>76</sup> “Algunos problemas que suscita la burocracia en el estado moderno”, Suplemento de Derecho Constitucional, El Derecho, edición del 22 de marzo de 2002.

conceptos, cuya aplicación debería neutralizar cualquier proceder discriminatorio, arbitrario, infundado o apresurado.

### **9. La garantía de razonabilidad y la exigencia de la buena fe.**

A la luz de la crisis descripta en el apdo. 8, y en consonancia con las propuestas superadoras que allí también se mencionaron, se ha producido un notable crecimiento de la importancia de los parámetros de contención sustanciales, que refuercen el esquema “formal” descripto en los apdos. 3 a 7 de este capítulo. Así se comprende la importancia que hoy asume la garantía de razonabilidad y el estándar de la buena fe.

La garantía de razonabilidad emerge del art. 28, CN:

**Art. 28.-** Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

El art. 28 de la CN consagra, en palabras de Cassagne, la garantía de razonabilidad y justicia<sup>77</sup>, que exige al Congreso y al PEN y sus dependencias una prudente ponderación de los términos en los que reglamentarán los derechos reconocidos por la CN. Resulta especialmente importante en un ámbito en el que se conjuga el alto impacto del cambio tecnológico y social con la existencia de situaciones jurídicas consolidadas (las de los operadores activos del sector -concesionarios, generadores, etc.-).

El principio de razonabilidad es el gran catalizador del derecho público argentino. Se funda en los principios expuestos en los apdos. 2 (Finalidades de la Constitución), 3 (Supremacía de la Constitución), 4 (Función del Poder Judicial), 5 (Reconocimiento y reglamentación de derechos), 6 (Facultades y límites de la administración pública), 7 (Principio de legalidad) y 10 (División de poderes) de este cap. IV; y se proyecta sobre las cuestiones expuestas en el apdo. 1 del cap. VIII (La técnica concesional), apdo. 4.3 del cap. VIII (Las concesiones de servicio público no son relaciones de especial sujeción), apdo. 4.2.4 del cap. XI (Régimen de comercialización de la electricidad), apdo. 1 del cap. XX (Aplicación de sanciones por el ENRE) y apdo. 2.1 del cap. XXI (revisión de actos administrativos en sede judicial), entre muchos otros.

El principio de razonabilidad se aplica para ponderar la conformidad de las leyes con la CN (v/apdo. 5 de este cap. IV), habiendo en tal sentido

---

<sup>77</sup> “*La intervención administrativa*”, 2da edición, p. 70.

señalado la CSJN que una ley es irrazonable cuando los medios que arbitra no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos 299:428). La doctrina ha extendido a la administración pública la obligación de acatar dicho principio<sup>78</sup>, habiéndoselo denominado “debido proceso legal”, adjetivo o sustantivo.<sup>79</sup>

También la jurisprudencia ha extendido el requisito de la razonabilidad a los actos administrativos. Así, la CSJN estableció que las decisiones de la administración pública pueden ser revocadas judicialmente si las mismas son irrazonables o se apoyan sólo en la voluntad arbitraria o el capricho de los funcionarios, o implican denegación de la defensa en juicio<sup>80</sup>. También se ha dicho que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo que los actos de la administración no pueden ser reflejo de caprichos individuales<sup>81</sup>. Se consideran supuestos de irrazonabilidad la falta de sustento fáctico suficiente, la falta de adecuada motivación, la falta de proporción entre los medios y el fin o la falta de adecuación de los medios al fin, la existencia de contradicciones en el comportamiento de la administración, la desviación de poder, etc.<sup>82</sup> La PTN ha dicho que es peligroso sostener que en un caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de ellas, y se tomó a la ley como medio para consumar una arbitrariedad; y que el carácter legal de una atribución, de una facultad, y la observancia de las formalidades, no basta para acordar legalidad al acto si hay substractum de arbitrariedad, desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.<sup>83</sup>

La garantía de razonabilidad se vincula con la prohibición de contradecir los propios actos y el estándar de la buena fe<sup>84</sup>, y así la CSJN estableció que una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean particulares o el Estado, trasuntando el

---

<sup>78</sup> Cassagne, Juan Carlos, “*La intervención administrativa*”, p. 70.

<sup>79</sup> Quiroga Lavié, Derecho Constitucional, p. 447.

<sup>80</sup> López de Reyes (Fallos 244:548).

<sup>81</sup> CNCiv., sala A, *Gallardo c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, E.D. 143-407.

<sup>82</sup> Gordillo, Tratado, tomo I, VI-41. Conf. Cassagne, Juan Carlos, “*La intervención administrativa*”, p. 70.

<sup>83</sup> Dictámenes, 51:91; 64:114, y otros, citados por Gordillo, *op cit.*

<sup>84</sup> Gordillo, Tratado, tomo I, VI-41; sobre este tema ver también “*La coherencia del comportamiento administrativo*” (María C. Caputi, RDA, RDA, 2004, p. 879).

actuar contradictorio deslealtad, lo que lo descalifica en derecho<sup>85</sup>. Como fruto de esta evolución, en los albores del tercer milenio se afianzó la exigencia de respetar la legítima confianza que el obrar administrativo genera en los administrativos, con proyecciones en cuestiones tales como la responsabilidad del estado.<sup>86</sup>

### 10. División y armonía de los poderes.

Se incluye una referencia al tantas veces mentado (y desgastado) esquema de la división de poderes pues el mismo sufre en el MREN las limitaciones ya conocidas en otros régímenes, según se expone en el apdo. 2.3 del cap. XIX. Además, da pie a una injustificada limitación del control judicial pleno, según se expone en el apdo. 2.1 del cap. XXI (Revisión de actos administrativos en sede judicial).

Con mayor precisión se ha dicho que, más que división de poderes, existe una separación de funciones o procesos, cada una de los cuales se manifiesta a través de distintas clases de actos jurídicos. En el proceso legislativo existen actos de deliberación en órganos colegiados que representan al pueblo y actos de sanción de leyes; en el proceso judicial hay actos procesales en distintos tipos de procedimientos y en el proceso administrativo hay actos generales, particulares, adjudicaciones de contratos, autorizaciones, etc.<sup>87</sup>

Como explicación de este esquema se ha señalado tradicionalmente (y es recomendable no olvidar nunca tan elemental concepto) que sería contradictorio con las nociones más primitivas de libertad, el que una sola persona o corporación dictase la ley, la hiciese cumplir y la interpretase, aplicándola a los conflictos de la vida ordinaria; la experiencia universal ha sancionado la triple división de poderes como la más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno y como la mejor manera de defender y garantir contra las tentativas de la tiranía los derechos y libertades de los hombres: el poder legislativo dicta leyes, con sujeción a la CN; el ejecutivo cuida que la ley se cumpla y observe; el judicial las

<sup>85</sup> Cía. Azucarera Tucumana, JA 1989-IV-429.

<sup>86</sup> Sobre este tema, ver “*El principio de la protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador*” (Eduardo García de Enterría, RDA, 2003, p. 1).

<sup>87</sup> Fiorini, Derecho Administrativo, I, p. 102, 109 y sgtes.; Guastavino, Tratado, I, p. 25.

interpreta y aplica en los casos en que se susciten conflictos<sup>88</sup>. Subyace en la CN, en este aspecto, la desconfianza democrática contra la absorción de un poder por otro, que buscaba evitar la aniquilación de tal principio ocurrida antes de 1853.<sup>89</sup>

Aunque esta visión mantiene su vigencia en lo esencial (por razones evidentes) el simplificado esquema inicial ha sido superado<sup>90</sup>, importando rescatar su esencia, y adaptarlo a las cambiantes exigencias socioeconómicas.

Los antecedentes históricos permiten comprender el debilitamiento del sistema. En Europa, en un proceso que se extendió desde el siglo XVI al XVIII, las facultades legislativas y judiciales de los monarcas fueron traspasadas a cuerpos diferenciados, lo que explica el carácter residual de las funciones de la administración pública: su campo de actividad comprende todo lo que es ajeno a la función legislativa y a la función judicial. Esta circunstancia histórica llevó a Garrido Falla a sostener que la actividad jurisdiccional y legislativa del poder ejecutivo, a diferencia de la actividad administrativa en los poderes legislativo y judicial, resulta una consecuencia de la función primaria de la administración y una manifestación lógica de sus potestades<sup>91</sup>. Respecto de la Argentina, Bielsa

<sup>88</sup> González, Manual, p. 258.

<sup>89</sup> Fiorini, Derecho Administrativo, I, p. 111.

<sup>90</sup> Garrido Falla, Fernando; Tratado de Derecho Administrativo, I, p. 51, caracteriza como individuales, y de caracteres administrativos, ciertos actos del Poder Legislativo (la autorización de venta de un bien público, el otorgamiento de una pensión, la organización de su personal) y del Poder Judicial (actos de jurisdicción voluntaria, actos de organización y superintendencia). Respecto de la función judicial, dice Nieto, Alejandro, en la Obra Colectiva de Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Ed. Civitas: *“Contra lo que durante algún tiempo se suponía, los jueces no realizan un silogismo que les lleva a la subsunción del caso concreto en las previsiones generales de las normas, de tal manera que el fallo es la consecuencia de un razonamiento jurídico previo; sino inversamente, primero adoptan la decisión y luego, dando marcha atrás, se buscan una cobertura argumental que justifique formalmente la decisión que ya se ha tomado antes”*. Nieto apoya con precisión estas conclusiones en opiniones de autores tan preclaros como von Hiering y Savigny. Este tipo de razonamientos no pueden tener por efecto minar el extraordinario valor de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia elaborada por la CSJN.

<sup>91</sup> Garrido Falla, Fernando; Tratado de Derecho Administrativo, I, p. 47, quien señala que este enfoque fue acuñado por la doctrina alemana, en particular Mayer. Otra cita de Garrido Falla, G. Miglio, señala que tal enfoque refleja en realidad el proceso histórico

recuerda que, en la época anterior al estado de derecho y a la división de poderes, el poder ejecutivo contaba con atribuciones políticas, administrativas y jurisdiccionales extensas, por lo que la sujeción de sus actos a la ley era muy relativa.<sup>92</sup>

### **11.- Los acuerdos internacionales y el MREN.**

Los TPPRI y los acuerdos de integración energética constituyen un componente esencial del MREN.

Los tratados internacionales, en general, poseen, con relación a los reglamentos y actos administrativos y actos jurisdiccionales, la misma preminencia que las leyes<sup>93</sup>. Más aún, las leyes internas deben conformarse a los tratados internacionales, de acuerdo a lo previsto en la Convención de Viena sobre Tratados Internacionales y en el art. 75, inc. 22, CN, según lo ha recordado la CSJN en reiteradas ocasiones<sup>94</sup>. De acuerdo al art. 27, CN, la vigencia de los tratados internacionales se encuentra subordinada en lo sustancial, a su conformidad con los principios de derecho público del país, reseñados en el cap. IV.

Se ha efectuado una referencia histórica a los TPPRI en el apdo. 3.5 del cap. III. Los acuerdos de integración energética serán examinados en el cap. XVII.

Sólo cabe agregar que, mediante la ley 24.353 de 1994 la República Argentina se sometió a la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Internacional creado por el Convenio Internacional de Washington de 1965, conocido como “CIADI” o “ICSID”, según sus siglas en inglés. En los numerosos procedimientos arbitrales impulsados con motivo de la crisis de 2002 (por ejemplo en la decisión adoptada por el CIADI en el procedimiento impulsado por CMS) se ha destacado que, bajo los TPPRI, no sólo las compañías que operan en Argentina, sino también las personas o entidades que tuvieran, directa o indirectamente, una participación en dichas

---

alemán, en el que ciertos monarcas progresistas (Federico II de Prusia y María Teresa de Austria), atribuyeron funciones legislativas y jurisdiccionales a ciertos organismos, ya en 1749.

<sup>92</sup> Derecho Administrativo, I, p. 1.

<sup>93</sup> Por lo tanto, resulta aplicable a los tratados cuanto se ha expuesto con relación a las leyes en el apdo. 3 de este capítulo.

<sup>94</sup> Sentencias en los casos *Ekmedjian* (Fallos 315:1492), *Fibraca Constructora* (Fallos 316:1669), *Hagelin* (Fallos 316:2176) y *Café La Virginia* (Fallos 317:1282), entre otros.

compañías (es decir, los inversores), se encuentran legitimados para instituir procedimientos arbitrales contra la República Argentina, en caso que la República Argentina o alguna unidad política o administrativa de la misma, incurra en un incumplimiento de los TPPRI, independientemente del cumplimiento o incumplimiento del contrato que se encuentre vigente entre la compañía operativa y alguna repartición oficial y de la consecuente competencia de los tribunales locales para dirimir las mismas o cualquier otra cuestión suscitada entre la compañía operativa y reparticiones oficiales. En consecuencia, podría suceder que una misma cuestión sea decidida de modo diverso por dos tribunales, desencadenando nuevos conflictos, que habrán de resolverse apelando a las normas sobre jurisdicción internacional. Estos conflictos podrán versar básicamente sobre la legitimidad o ilegitimidad de alguna acción u omisión de alguna repartición oficial y sobre la procedencia o improcedencia de alguna indemnización a favor del operador.<sup>95</sup>

Tanto los TPPRI como los acuerdos de integración energética, poseen una influencia notable en el MREN<sup>96</sup>. En el primer caso, esa influencia se manifiesta en numerosos aspectos propios de derecho administrativo, que a continuación examinaremos en forma sintética. En el segundo caso, tal influencia se patentiza, nada más y nada menos, que en el precio de la energía eléctrica, tal como se explica en el cap. XV -en especial en el apdo. 2.3- y se puso de manifiesto en el caso “Entre Ríos”, examinado en el apdo. 6.11 del cap. V.

En cualquier caso, la mentada influencia es una manifestación más de la denominada globalización. Gordillo se ha ocupado como ningún otro administrativista argentino de estudiar esta cuestión con gran detenimiento.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Ver “*El régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en el ámbito del CIADI y la posibilidad de su revisión o control interno*” (Juan M. Hubenak, RAP, 313, p. 5).

<sup>96</sup> Ver “*Impacto de los tratados internacionales en el derecho administrativo*” (Agustín Gordillo, RAP, 309, p. 113) y “*El impacto del derecho de la integración en las instituciones del derecho administrativo*” (Eduardo Mertehikian, RAP, 324, p. 7).

<sup>97</sup> Ver Tratado, tomo I, p. IV-28 (El orden supranacional), p. IV-39 (El nuevo orden económico y político mundial), cap. IV (Fuentes internacionales del derecho administrativo) y tomo II, cap. XVIII (El arbitraje administrativo internacional).

Como he dicho, la influencia de los TPPRI en numerosos aspectos del MREN es vasta. Veamos.

De un modo general, puede decirse que los TPPRI configuran un régimen exorbitante a la inversa, pues sus beneficiarios gozan, en virtud de los mismos, de ciertas prerrogativas frente a la administración pública, de las que no goza el común de los administrados. De tal modo, se proyectan en las siguientes cuestiones: límites a las modificaciones del régimen de las concesiones (ver apdo. 4.1 del cap. VIII) y de las concesiones (ver apdo. 5.2 del cap. VIII), desde que ciertos TPPRI limitan dichas modificaciones, la indemnización por modificaciones del régimen de las concesiones (ver apdo. 4.2 del cap. VIII) y la revocación de concesiones de servicio público por razones de oportunidad (ver apdo. 6.5.2 del cap. VIII).<sup>98</sup>

### **12.- La protección del usuario.**

Con la sanción de la ley 24.240 (F-1884) y el art. 42, CN, el MREN ha pasado a estar centrado en la protección del usuario de los servicios públicos, lo que constituye una evolución casi copernicana. De tal modo, dicha impronta constituye un genuino sello que hace a la complejión jurídica del MREN, a su constitución. Por su importancia, este tema es desarrollado en un capítulo especial (el cap. XV), pudiendo destacarse que una de las innovaciones del MREN (la introducción del mecanismo de audiencias públicas) está destinado a garantizar el respeto de los derechos de los usuarios.

### **13.- Energía y medioambiente.**

El proceso energético puede definirse como la captación de la energía existente en la naturaleza y su adaptación para su uso por el hombre. En ese proceso se utilizan procedimientos que trastornan el funcionamiento del medioambiente y los sistemas ecológicos. Siendo la Argentina un país con enorme potencial energético y con escasa tradición en materia de protección ambiental, es importante incluir una mención a este tema, que debería ser un aspecto constitucional del MREN, sobre todo si se tiene en cuenta el derecho a un medioambiente sano que consagra el art. 41, CN.

---

<sup>98</sup> Ver Ymaz Videla, *op cit.*

La cuestión ambiental se manifiesta especialmente en la etapa de generación. En efecto, es esta la actividad con mayor potencial contaminador (sobre todo las centrales de generación que utilizan combustibles líquidos) o con aptitud para perturbar el medioambiente, como las centrales hidroeléctricas. Pero también debe tenerse en cuenta el potencial dañoso de las instalaciones de distribución, en especial por estar en contacto con los asentamientos urbanos.

Ahora bien, el MREN no tiene por objeto central la protección del medioambiente, a la que propenden en cambio una norma constitucional específica como el mencionado art. 41, CN y leyes especiales, tales como las 24.051 (sobre residuos peligrosos), 25.612 (sobre gestión integral de residuos industriales), 25.670 (sobre gestión de PCB), 25.675 (sobre política ambiental nacional) y 25.916 (sobre gestión de residuos domiciliarios) en el orden nacional y numerosas leyes en el ámbito provincial.

Sin embargo, la cuestión ambiental no fue omitida en el MREN, tal como se consigna en el apdo. 7.2 del cap. V. En primer lugar, el art. 17 de la ley 24.065 (M-1791) se hizo cargo del impacto de los aprovechamientos hidroeléctricos en las cuencas hidrálicas. Del mismo modo, el art. 15 de la ley 15.336 (M-521) tuvo en cuenta la necesidad de preservar los cursos de agua para sus usos naturales (v/apdo. 2.3.2 del cap. XII). Pero fundamentalmente, el art. 56 de la ley 24.065 (M-1791) encomendó al ENRE velar por la protección del medioambiente (v/apdo. 7.2 del cap. V).

Esa misión marcará toda la gestión del ENRE y se proyectará en numerosas facetas, en especial al momento de autorizar modificaciones al sistema energético sujeto a su control (v/apdo. 7.3 del cap. VIII) o de autorizar la constitución de servidumbres (v/cap. XXII).

Por otra parte, la ley 26.190 (B.O. 2/1/07), a través de su art. 1, declaró de interés nacional la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes de energía renovables con destino a la prestación de servicio público como así también la investigación para el desarrollo tecnológico y fabricación de equipos con esa finalidad. Se amplía en el apdo. 3.2 del cap. XXV.

Finalmente, la ley 27.424 estableció un régimen de fomento para la generación distribuida.