



El procedimiento de audiencia pública..., Vol. 25, (2014), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA COMO PRERREQUISITO DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE PUEDAN AFECTAR DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

FRANCISCO SABALÚA¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos los siguientes interrogantes: ¿Existe un deber de raigambre constitucional por parte de administración pública de realizar el procedimiento de audiencia pública antes de dictar actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva?. Y si es así: ¿Es éste deber plenamente operativo?; ¿Cómo es la participación que la norma reconoce?; ¿Cuáles son los principios que rigen dicho procedimiento?; y ¿la norma constitucional que prescribe la obligatoriedad de la audiencia es eficaz? Y si no lo es: ¿cuáles son los obstáculos que impiden garantizar- frente a actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva- la efectiva participación ciudadana en una audiencia pública?

¹El autor es docente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Nos limitaremos analizar y resolver dichos problemas en el ámbito de la normativa nacional, aunque muchas de las reflexiones sean también extensivas y aplicables al ámbito de la normativa provincial.

Según dice un trabajo editado por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, redactado por María Eugenia Di Paola, María del Carmen García y María Esperanza Alonso (2001: 11 y ss.):

La audiencia pública es una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular, expresen su opinión respecto a ella.

Una audiencia pública puede ser 1) facultativa: la autoridad decide si la realiza o no; 2) obligatoria: la autoridad debe realizarla y si no la realiza el acto administrativo es anulable por vicio de forma; y 3) a petición de la ciudadanía: algunas normas consideran la posibilidad de que la ciudadanía pueda solicitar a las autoridades la realización de una audiencia pública cumpliendo con ciertos requisitos.

Nuestra hipótesis es que: existe un deber de raigambre constitucional de la Administración Pública de realizar un procedimiento de audiencia pública cuando dicte actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva, y ello se deriva de la garantía constitucional del debido proceso y del reconocimiento de la legitimación colectiva, esto es la existencia derechos de incidencia colectiva merecedores de tutela en sede administrativa. Sin embargo: la norma que establece tal deber constitucional carece relativamente de eficacia, debido a: a) una postura doctrinaria y jurisprudencial que es contraria a dicha participación, y se funda en una interpretación restrictiva sobre el carácter participativo de nuestra democracia, y b) debido también a una cultura profundamente caudillista que atraviesa toda nuestra sociedad, incluyendo a los operadores jurídicos que actúan en el ámbito de la administración nacional.

2. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE REALIZAR AUDIENCIAS PÚBLICAS CUANDO SUS DECISIONES PUEDAN AFECTAR DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

El deber de realizar audiencias públicas en los supuestos mencionados deriva de los arts. 18, 41, 42, y 43 de nuestra Constitución Nacional. Según

afirma Gordillo (2000: T.II, Cap XI, p.3) “la audiencia pública deviene el único modo de aplicar al supuesto del art. 43 la garantía del artículo 18, del debido proceso, en fin de que pueda darse lo que la Corte Suprema denominó efectiva participación útil de los interesados, en el sentido de que sean admitidos todos los que tienen derecho subjetivos o interés legítimo, y también los titulares de derechos de incidencia colectiva”. Pues debe cumplirse la audiencia pública antes de emitir actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva.

La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión sobre los hechos alegados y probados) antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo. Así también nos dice Gordillo (2000: T.II, Cap XI, p.3) “este principio jurídico ha comenzado en forma sistemática a comprender también la emisión de normas generales y grandes proyectos o decisiones particulares con impacto ambiental, etc. En esa misma categoría entran todas las normas fundamentales sobre las relaciones entre la Administración Pública, concesionario o licenciatario y usuarios (especialmente sus intereses económicos y demás derechos a tenor del art. 42 CN) tales como fijación o modificación del régimen tarifario, prórroga de la concesión o licencia, prórroga de la exclusividad, renegociación del contrato que afecte el plazo o las condiciones, etc.”

Además de los supuestos en que la administración está obligada por una norma concreta y puntual a realizar una audiencia pública, también lo está en los demás supuestos en que es necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados- incluyendo tanto a los portadores de un derecho subjetivo o interés legítimo como a los titulares de derechos de incidencia colectiva- por el acto o proyecto

El artículo 7 del reglamento 1172/03, dictado por el PEN, establece que la autoridad administrativa convoca “... mediante acto administrativo expreso...la Audiencia Pública...” de lo que se infiere que la convocatoria a la audiencia es siempre materia discrecional de la administración. Consideramos que dicha norma es irrazonable, pues entendemos que es preceptiva la audiencia en los supuestos que la decisión pueda afectar derechos de incidencia colectiva.

La circunstancia de que este deber de raigambre constitucional no se encuentre reglamentado en nada impide su plena operatividad, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias,

cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.

La garantía del debido proceso, de la que se desprende el precepto de las audiencias públicas para los casos en que la decisión pueda afectar los derechos de incidencia colectiva, es una garantía prevista constitucionalmente y plenamente operativa y por ende no supeditada a reglamentación alguna. De lo que se desprende que en los casos bajo estudio será obligatorio la realización de la audiencia aún en ausencia de norma legal que la imponga.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tanto el PL como el PEN omiten inconstitucionalmente reglamentar sobre la materia. Por ende, sería obligatorio- tal deriva de la constitución- y necesario, no sólo para resguardar mejor la seguridad jurídica, sino también para permitir una aplicación más efectiva de la norma constitucional por parte de los operadores jurídicos, que el PL dicte una norma legal prescribiendo la obligatoriedad de realizar audiencia pública en los casos bajo estudio; o, en su defecto, tal deber también podría surgir de una autolimitación de la administración pública a través de un reglamento que así lo disponga.

Cabe además tener presente en el caso de algunos entes reguladores que la ley exige este recaudo en diversos supuestos con la doble consecuencia: a) de incorporarlo así taxativamente como requisito previo a la emanación del acto, como parte entonces de la garantía de la audiencia al interesado a nivel constitucional; y b) de tener el expreso alcance de nulidad absoluta en caso de omisión, conforme lo prescripto por el art. 14 del Dec. Ley 19549/72.

Su funcionamiento supone necesariamente que la autoridad administrativa someta un proyecto al debate público, proyecto que debe tener el suficiente grado de detalle como para permitir una eficaz discusión.

Hay que tener presente, que la audiencia pública es uno de los mecanismos de participación ciudadana, ésta viene reconocida como obligación de los Estados en la Convención Americana de DD HH, en su art. art. 23.1, entre otros tratados internacionales de dd hh con jerarquía constitucional, en virtud del art. 75 inc. 22. CN, así establece que : “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) *de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes* libremente elegidos; ...”

Según afirma Gordillo (2000), los medios semidirectos de participación si bien no pueden sustituir la democracia representativa, si pueden en cambio perfeccionarla e integrarla. Son así los gobiernos democráticos los

que debieran mejorar la participación política con éstos canales semidirectos de participación.

Debe tenerse en cuenta que la audiencia pública es el primer peldaño imaginable y mínimo de la participación ciudadana, ya que no son vinculantes para el órgano decisor las opiniones vertidas en ella. Sus beneficios, según Gordillo (2000), son los siguientes:

a) Es garantía objetiva de razonabilidad para el administrado, en cuanto percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad etc.

b) Es un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, y de testear la reacción pública posible antes de comprometerse a un causa de acción.

c) Es una garantía de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y límpida. Esa transparencia viene exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III inc. 11.

3. AUDIENCIA PÚBLICA PRECEPTIVA: DISTINTAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

La participación ciudadana que se da en el procedimiento administrativo de audiencia pública, cuando puedan afectarse derechos de incidencia colectiva, o cuando sea obligatoria por derivar así de una norma legal, es una participación tutelada o participación propiamente dicha, pues el ordenamiento jurídico otorga al administrado el derecho, exigible en sede administrativa y judicial, de tomar parte a través de la audiencia como colaborador en el ejercicio de la función administrativa.

Asimismo, la participación en los casos mencionados es defensiva, pues según Comadira (2005) la defensa de derechos es la manifestación primaria de la participación ciudadana en la función administrativa; una participación que por lo demás y precisamente en razón del Estado de Derecho se debe considerar siempre tutelada, porque no se concibe que la defensa de los derechos de incidencia colectiva pueda ser, en ese Estado, de reconocimiento discrecional

para la autoridad administrativa. Así lo impone el artículo 18 de la Constitución Nacional. La participación ciudadana se canaliza mediante el debido proceso, establecido en el art. 1º, inc. f) de la LNPA, 19549, garantía ésta que es plenamente operativa.

Ello, a diferencia de otros supuestos, en que no puedan afectarse los mencionados derechos o en los que la audiencia no esté prevista como obligatoria en una norma legal, en los que la audiencia pública importe una participación de otorgamiento discrecional, que se da, según Comadira (2009), cuando el ordenamiento contempla la posibilidad de que el administrado colabore en el ejercicio de la función administrativa, pero solo como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa y sin que ésta tenga más obligación que la de fundar su negativa cuando mediere una petición del particular.

Lamentablemente el decreto 1172/03 establece que la decisión de convocar a una audiencia pública es siempre materia discrecional de la administración, aún cuando fuere peticionada por un administrado. En los supuestos bajo análisis, cuando se involucra la defensa de derechos de incidencia colectiva, ésta norma debe interpretarse en el sentido que la audiencia es obligatoria, pues la omisión de la audiencia resultaría violatoria del principio debido proceso, el cual además de ser un principio de justicia natural posee jerarquía constitucional y, por ende, superior a la norma legal.

4. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA.

Los principios que rigen éste procedimiento son, según Gordillo (2000), algunos comunes a todo procedimiento administrativo como debido proceso, publicidad, informalismo, instrucción de oficio, economía procesal y gratuidad. Y otros específicos de éste procedimiento como oralidad, contradicción y participación.

Con relación a los principios de oralidad, informalismo, contradicción y participación cabe destacar que el debate debe ser oral e informal, pero ordenado por el órgano que preside la audiencia.

Con relación a quienes serán partes en el procedimiento cabe incluir además los titulares de derecho subjetivos o intereses legítimos, también a los portadores de derechos de incidencia colectiva, y a las asociaciones que pro-

penden a la defensa de tales derechos y al defensor del pueblo, todo ello derivado de la legitimación amplia que reconoce el art. 43 CN.

Con relación al principio de instrucción, terminado el tiempo acordado a las partes para sus exposiciones, o incluso durante su desarrollo, los miembros del órgano que dirige la audiencia, tienen además plenas facultades para interrogar de oficio conforme éste principio, acerca de todos los aspectos que a su juicio sean conducentes a un mayor esclarecimiento de los hechos y derecho en debate, y por ende a una mejor resolución del caso.

Con relación a la prueba, el criterio es el de la amplitud de la prueba, bajo los principios genéricos de instrucción e informalismo. La decisión no puede basarse en pruebas falsas o inexistentes, ni carecer de adecuada y proporcionada relación con los hechos alegados y probados, pues ello se deviene de un principio constitucional como es el debido proceso sustantivo, o garantía de razonabilidad.

Con relación al principio de publicidad, el registro puede ser taquigráfico, o puede grabar o videogravar. Lo importante es lograr algún tipo de registro razonable de lo sustancial que ha ocurrido en la sesión.

5. OBSERVACIONES AL REGLAMENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS DEL DECRETO 1172/03

Es llamativo que aún cuando el decreto 1172/03 cuenta con 11 años de vigencia, sean escasas las oportunidades que se haya convocado a audiencias públicas.

El reglamento 117203 que estatuye las audiencias públicas en el ámbito del poder ejecutivo nacional además de no atender el principio de debido proceso adjetivo, en tanto no prevé la obligatoriedad de la realización de audiencias públicas cuando nos hallemos ante actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva, tampoco satisface plenamente los principios participación ciudadana, publicidad, contradicción, de economía, sencillez, eficacia y oralidad, e instrucción.

El reglamento en cuestión, en algún sentido, obstruye la participación ciudadana. Pues si bien en letras mayúsculas instituye el procedimiento de audiencia pública, en letra minúscula parece temerle a la participación, pues impide que la audiencia sea de requisitoria ciudadana, esto es obligatoria

cuando una parte del electorado la peticione como sucede en la ley N.º 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pues será la administración quien decidirá discrecionalmente si la convoca o no. Además omite mencionar aquellos supuestos en que la audiencia es obligatoria aún en ausencia de norma legal que la imponga por tratarse de decisiones que pueden afectar derechos de incidencia colectiva. Esto se resumirá en que sólo se convocara a la audiencia cuando satisfaga una necesidad política del poder ejecutivo nacional. Es un contrasentido establecer que uno de los principios es la participación ciudadana y omitir que la misma sea obligatoria cuando se trate de decisiones que puedan afectar derechos de incidencia colectiva o cuando se trate de una audiencia de requisitoria ciudadana.

Además es insuficiente el plazo de 20 días de antelación previsto para la publicación de la convocatoria a la audiencia. Éste plazo no alcanza para cumplir con los principios de publicidad y contradicción. Pues, para instalar el debate del tema en la sociedad sería necesario al menos treinta días de antelación en la publicidad de la convocatoria.

Sería adecuado también que conforme a los principios de economía, sencillez, eficacia y oralidad, al finalizar esta etapa preliminar, el reglamento previera la realización de una preaudiencia que ordene el procedimiento, determinando quienes van a participar, fijar los tiempos, ordenar o simplificar asuntos, limitar el número de testigos, fijar fechas y emitir instrucciones para que el procedimiento funcione por los carriles predeterminados.

Ésta preaudiencia permitiría también conciliar a las partes, siempre que no se vincule al interés público, obteniendo así un acuerdo total entre los distintos actores, que dé por terminado el procedimiento, evitando la audiencia por razones de economía procesal.

Otra observación, lo que el reglamento llama “facultades del Presidente de la audiencia” debe denominarse atribuciones (la debilidad con que se concibe el principio de instrucción). Pues son derechos deberes del coordinador, lo cual es importante de distinguir sobre todo si se tiene en cuenta que uno de los principios es el de instrucción; así entonces no solo será una facultad del presidente de la audiencia producir pruebas de oficio sino además una obligación, cuando ello resulte necesario para descubrir la verdad material (u objetiva) de los hechos denunciados en el expediente.

En virtud del principio de instrucción- y cumpliendo con el derecho al acceso a la información de los ciudadanos- sería correcto que el reglamento previera expresamente la obligación del Presidente de la audiencia de designar

expertos técnicos que aclaren puntos oscuros cuando ello resulte necesario por la complejidad técnica de la cuestión.

6. LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Muchas veces, según Cassagne (2000), por temor, ignorancia, o para proteger intereses propios o de terceros, los funcionarios de la Administración retacean información que debería ser pública a los administrados en violación del principio de publicidad que debe regir toda la actividad estatal. Por ello el tema de la audiencias públicas está íntimamente vinculado con el del *derecho al acceso a la información pública*, que el Estado debe asegurar a los ciudadanos. Dice el art. 2 del Anexo VII del Reglamento para el acceso a la información pública para el poder ejecutivo nacional: “El Acceso a la Información Pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el artículo ; y a su vez el art. 4 “La finalidad del Acceso a la Información Pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz.”. El secreto, según Gordillo (2000), es solo un resabio medieval que las modernas democracias ya no aceptan sino en contados asuntos de Estado que hacen a la seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger el secreto comercial.

Para que la participación que se da en las audiencias públicas sea efectiva, útil, real y responsable, es necesario que se dé efectividad a otro derecho, que es prerrequisito de esa participación: el derecho de acceso a la información pública. Sin éste derecho habría una gran asimetría entre la Administración pública que conoce al detalle sus proyectos o reglamentos y los participantes que muchas veces desconocen total o parcialmente los mismos. Este derecho se deriva de la forma republicana de gobierno, que establece la obligatoriedad de que todos los actos estatales sean públicos, y de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que lo reconocen expresamente, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 13 inc. 1, que establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La participación popular resulta ilusoria si la ciudadanía no cuenta con un acceso asegurado a la información que obra en poder del Estado. ¿Qué sentido tiene invitar a la ciudadanía a participar de una audiencia pública para debatir acerca de las bondades de una determinada política si no se le brinda la posibilidad de contar con la información con que cuenta el gobierno para el diseño de esa política? La proclamación e implementación de la democracia participativa resulta incompleta sin el reconocimiento del derecho de acceso a la información. Dice Saba (2004: 158) “dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto, que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad. Por supuesto, la solución a este problema no debe encontrarse en la imposición de límites a la participación, sino en el levantamiento de las barreras que obstaculizan el acceso a la información, a fin de que la participación política amplia sea llevada a cabo por una “ciudadanía informada”, tomando prestada la terminología acuñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a la información es, en consecuencia, una precondition del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía”.

7. CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE AUDIENCIA PÚBLICA OBLIGATORIA O DE SU CUMPLIMIENTO IRREGULAR.

En el caso de que la decisión pueda afectar derechos de incidencia colectiva, al igual que cuando resulte obligatoria por venir impuesta por una norma legal, la audiencia es un requisito previo a la emanación del acto, como parte entonces de la garantía del debido proceso, expresado en el art. 18 del la Constitución Nacional; y su omisión o su realización irregular- en violación a alguno o varios de los principios que rigen éste procedimiento- determinan que judicialmente pueda decretarse la nulidad absoluta e insanable del acto dictado, conforme lo prescripto por el art. 14 del Dec. Ley 19549/72, por vicio grave en el procedimiento, que integra el elemento esencial forma del acto administrativo.

Los jueces no sólo deben velar por que la audiencia se realice sino también porque la participación que en ella se ejercite sea real y efectiva. Es en este sentido que se deben respetar los principios que rigen su procedimiento.

El incumplimiento de alguno de sus principios torna a la decisión en nula de nulidad absoluta, conforme lo prescripto por el art. 14 del Dec. Ley 19549/72, por vicio grave en el procedimiento, que integra el elemento esencial forma del acto administrativo.

El deber de la administración de realizar audiencias públicas cuando la decisión pueda afectar derechos de incidencia colectiva, como parte de la garantía del debido proceso, es plenamente operativo, por lo que la audiencia mencionada será obligatoria previo a la emanación del acto aún cuando no exista norma legal alguna que imponga su realización. Asimismo, también son imperativos los principios que rigen tal procedimiento, pues también éstos se derivan de dos principios de la justicia natural: el debido proceso- y su corolario la garantía del derecho a la defensa- y la participación ciudadana.

Ante la omisión de la autoridad administrativa de brindar la audiencia en el supuesto bajo análisis, también, según Gordillo (2000), podrá el juez a pedido de parte disponer la medida cautelar de suspensión del acto administrativo, sea dentro de un proceso ordinario o de un amparo. Para ello se considerará la omisión de la audiencia de entidad suficiente para otorgar una medida cautelar, pues la sola omisión de dar participación al usuario, en la forma indicada, configura el perjuicio que, en las condiciones enunciadas, satisface adecuadamente el requisito de “actualidad” y “certidumbre” de un daño que no podría subsanarse con el dictado de una sentencia que hiciera lugar a la pretensión del actor.

8. VIGENCIA SOCIOLÓGICA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE REALIZAR AUDIENCIAS PÚBLICAS ANTES DE DICTAR ACTOS QUE PUEDAN AFECTAR DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

El deber de raigambre constitucional de la autoridad administrativa de realizar audiencias públicas antes del dictado de actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva carece en general de vigencia sociológica, como consecuencia de a) una postura doctrinaria y jurisprudencial que es contraria a dicha participación, y se funda en una interpretación restrictiva sobre el carácter participativo de nuestra democracia, y b) debido también a una cultura profundamente caudillista que atraviesa toda nuestra sociedad, incluyendo a los operadores jurídicos.

Así nos dice Cassagne (2011) “sin perjuicio de valorar la importancia que representa para los derechos de los usuarios el art. 42, CN, consideramos que no es posible extender la obligatoriedad de la celebración de audiencias públicas a los supuestos que la norma de carácter legal o reglamentaria no lo disponga con carácter expreso ya que, de lo contrario, se afectaría la seguridad jurídica de las decisiones que vaya a adoptar el ente regulador en materia de servicios públicos al poderse invalidar las resoluciones que fueron tomadas soslayando este procedimiento”.

También se ha pronunciado en el mismo sentido la mayoría de la jurisprudencia, tal nos dice el fallo “A.C.I.J. c/ Estado Nacional” “Con la reforma introducida a la Constitución Nacional en el año 1994, se ha dado reconocimiento a los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos, en la relación de consumo, tales como el de protección a su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; poniendo a cargo de las autoridades pertinentes, la protección de los mismos. Empero, es la legislación la que debe establecerlos procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previniendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. Si bien de los términos del art.42 de la Constitución Nacional resulta la necesaria participación de los consumidores y usuarios en los organismos de control de los servicios públicos, a fin de garantizar una adecuada protección de los derechos que se les reconocen, los mecanismos tendientes a ese fin deben implementarse -de manera exclusiva y excluyente- a través de una ley del Congreso (conf. Sala V, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires-Incidente Med. c/ EN-Mº E I y V- Resol 10051007/00 STN-Resol 17 y 18/00 s/ Amp. Proc. Sumarísimo", del 15/3/01). Es que, el art. 42 de la C.N. ha dejado librado al legislador la determinación, en cada caso concreto de los instrumentos o medios de control que se consideren más adecuados; lo cual no significa, ni surge tampoco de manera directa del texto de ese artículo, que sea la audiencia pública el único y exclusivo medio idóneo a fin de que el derecho consagrado constitucionalmente pueda ser ejercido de manera eficaz (conf. Sala II, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN-ME y OSP s/ amparo", del 11/9/98; "Celadi y otro c/ EN (Secretaría de Transporte) y otros s/ amparo ley 16.986", del 10/8/00, entre otros). La audiencia pública constituye uno de los mecanismos posibles, pero no necesariamente el único, en tanto no se encuentra previsto de manera expresa (Sala V, "Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires-Incidente Med. c/ EN- Mº E I y V-Resol. 1005 1007/00 STN-Resol. 17 y 18/00 s/

AmpProc. Sumarísimo", ya citada; en igual sentido, Sala I, voto del Dr. Coviello, ap. 8º, "Asociación Civil Cruzada Cívica para la DECUSP- Inc. Med. c/ EN-Mº I y V-Resol.65/01", del 16/5/02, entre otros). Al respecto, se ha sostenido que la regulación sustancial debe provenir de una ley formal del Congreso, toda vez que no se trata de una autorrestricción de la Administración, la que se obligaría a llamar a audiencia pública antes de dictar determinados actos; así como que la ley que discipline una determinada materia y encomiende su regulación o gestión a la Administración deberá indicar con precisión en qué casos resulta preceptivo el llamado a audiencia (conf. Uslenghi, Alejandro J., "Audiencias Públicas", en "Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral", Bs. As., Ciencias de la Administración-1998, pág. 295 y ss.)

En consonancia con nuestro punto de vista, en autos "Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones", se ha considerado que, con la nueva redacción del art. 42, CN, el art. 30, dec. 1185/1990 –en tanto confería a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la facultad de celebrar una audiencia pública sobre aspectos de grave repercusión social- debía ser interpretado como obligatorio para la Administración, ya que "la realización de una audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, sino un mecanismo para la formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino –en lo que hace al sub examine- resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado art. 42, CN, antes de una decisión trascendente".

Sin perjuicio de que se trate de jurisprudencia provincial, cito como apoyatura de lo que venimos sosteniendo en el presente trabajo el fallo "Asociación de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Corrientes c/ Dirección Pcial. de Energía de Ctes. y Estado de la Pcia. de Corrientes s/ amparo", del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en tanto nos dice que "El principio de las audiencias públicas es de raigambre constitucional y constituye el único medio para conseguir la efectiva participación de los interesados. Como señala Gordillo: "a) es un garantía objetiva de razonabilidad de para el administrado en cuanto a percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad, etc.; b) es un mecanismo idóneo de la formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, de testear la reacción pública posible antes de comprometerse formalmente a un curso de acción; c) es una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y

concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y límpida. Esa transparencia, conviene no olvidar, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción; c) es un elemento de democratización del poder, conforme el ya clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder; e) es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos, constitucionales y supranacionales" (Agustín Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, 6ª. Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Cap. XI, p.6). La audiencia pública comporta un mecanismo de debate sobre diversos aspectos de la prestación de un servicio público y permite la democratización de las decisiones, máxime cuando, como en el caso, se trata de un significativo aumento del cuadro tarifario por la prestación del servicio de energía eléctrica, quedando de tal modo a salvo el derecho de defensa de los usuarios y consumidores, además de transparentar los procedimientos administrativos. La circunstancia de que no se encuentre reglamentado en el ámbito provincial en nada impide su plena operatividad, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías. Sobre la base de estas consideraciones arribo a la conclusión que la Dirección Provincial de Energía al haber obviado el procedimiento de las audiencias públicas previsto expresamente en el art. 48 de la Constitución provincial y de modo implícito en art. 42 de la Constitución Nacional, para la implementación del nuevo cuadro tarifario, además vulnerar los preceptos constitucionales sindicados, desconoció el derecho de defensa de los usuarios y consumidores del servicio, quienes se vieron privados de la posibilidad de conocer en profundidad y transparencia las razones que llevaron a la entidad accionada a disponer el aumento, convirtiendo a las resoluciones administrativas impugnadas desprovistas de toda validez constitucional. Abona lo expuesto Gordillo al señalar que, "La audiencia pública deviene el único modo de aplicar al supuesto del art. 43, la garantía del art. 18, a fin de que pueda darse lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación denominó la efectiva participación útil de los interesados, en el sentido de que sean admitidos los que tiene derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva" (Agustín Gordillo, op. cit., Capítulo XI, p.3).

También la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV), resolvió en el sentido que vengo exponiendo, al decir que, "La realización de una audiencia pública no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanis-

mo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que -en lo que hace al "sub examine"- resultaría una vía con la que podrían contar los usuarios para ejercer su derecho de participación en los términos previstos en el invocado art. 42 de la Constitución Nacional antes de una decisión trascendente" (CNCAF, Sala IV, "Youseffian Martín c/ Secretaría de Comunicaciones", LA LEY-1998-D, 712 - LA LEY-1999-B, con nota de Estela B. Sacristán, LA LEY-1999-B, 487, LA LEY-2000-E, con nota de Iván F. Budassi, LA LEY-2000-E, 511, DJ1-998-3, 541 - Colección de Análisis Jurisprudencial 01/01/1900, 762).

Tal como venimos diciendo existe por parte de la Justicia- en gran medida- una omisión de proteger el derecho a la participación ciudadana y la garantía del debido proceso en sede administrativa, que se ejercen mediante el procedimiento de Audiencias públicas. Pero también existe cierta apatía de la sociedad de recurrir a dicho procedimiento. Al respecto, nos dice Gordillo (2000) que con relación a los medios semidirectos de participación hay una curiosa paradoja "No existe consenso acerca de la conveniencia de introducir mayores mecanismos de participación, y sin embargo tales mecanismos son a su vez indispensables para provocar consenso y adhesión en la ciudadanía sobre el sistema. Nos hallamos pues en un círculo vicioso de inexistencia de consenso aún sobre la necesidad de que haya mecanismos que generen consenso".

Por otra parte, no se puede soslayar que existe un límite psíquico cultural importante que impide que la participación sea real y efectiva, que es, según Sabalúa (2006), la existencia de una cultura profundamente caudillista que atraviesa toda nuestra sociedad, incluyendo a los operadores jurídicos. Dicho caudillismo, según Perez Guilhou (2005), se caracteriza por un culto exacerbado a la figura y personalidad del caudillo, y por el ejercicio por parte de éste de un paternalismo autocrático y la explicación de ésta delegación de facultades la encuentra en la pereza de nuestros pueblos.

9. CONCLUSIONES.

Si bien la participación ciudadana depende más de la existencia en los operadores jurídicos y en la sociedad toda de una conciencia participativa responsable, imposible de crear solo con el dictado de normas o con el dictado de fallos que la tutelen, y proveniente más de la transmisión de valores sociales y

del interés por lo público. También es cierto, que la institucionalización de un procedimiento audiencias públicas frente al dictado por parte de la Administración Pública de actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva, y que respete plenamente los principios de debido proceso y de participación ciudadana, evitaría al menos el efecto contraproducente a tal participación que es el desaliento que padece la ciudadanía cuando intenta participar y no puede hacerlo porque las autoridades no están interesadas en convocar audiencias, y/ o los jueces dicen que convocarlas es materia discrecional de la administración.

En tal sentido, es que resulta obligatorio y necesario el dictado de una norma legal que imponga a la Administración Pública la realización de audiencias públicas antes de emitir actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva. Ello no solo resguardaría mejor la seguridad jurídica, sino que también permitiría una aplicación del mandato constitucional más efectiva por parte de las autoridades administrativas y/o judiciales.

También, es importante que los jueces, ante las omisiones inconstitucionales del PL y el PEN, pues no reglamentaron la manda constitucional que establece que las audiencias públicas serán preceptivas cuando el acto o reglamento a dictarse puedan afectar derechos de incidencia colectiva, ejerzan lo que Caparroz (2010) llama un “activismo judicial legítimo” tendiente a tutelar los principios de debido proceso y participación ciudadana, restableciendo así un Estado de Derecho con adecuada función Social.

Se exige entonces de los jueces que ejerzan un control de constitucionalidad amplio, debiendo recurrir a sentencias integradoras, cubriéndose a través de la labor interpretativa las mencionadas omisiones inconstitucionales de los otros dos poderes, señalando en el caso concreto que la Administración Pública tiene el deber de realizar el procedimiento de audiencia pública antes del dictado de actos o reglamentos que puedan afectar derechos de incidencia colectiva, y que la omisión de la misma importará la declaración de tales acto como nulos de nulidad absoluta.

Bibliografía citada.

CAPARROZ, Luciano (2010): “Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la CSJN (2000-2010): la búsqueda de su vigencia sociológica. Primera parte: nociones preliminares y conclusiones”, *Microjuris*, 9-dic-2010, **Cita:** MJ-DOC-5075-AR | MJD5075. Extraído 07/05/2014.

CASSAGNE, Juan Carlos (2000): *Derecho Administrativo- T. II*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan Carlos (2011) “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, pub. en *La Ley*, 10-05-11., en Internet en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2998>. Extraído 07/05/2014.

COMADIRA, Julio, “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, en el *Dial*, Suplemento de Derecho Administrativo del 12/08/2005, en internet en https://www.eldial.com/nuevo/suplemento_administrativo_ant2.asp?mes=8&anio=2005.

(FARN): *Participación y Autonomía Municipal- Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires 2001, páginas 11 y ss.

FONROUGE, Máximo (1997): “Las audiencias públicas”, REDA, Nros. 24/26, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 185/186.

GORDILLO, Agustín (2000): *Tratado de Derecho Administrativo- T. II*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

GORDILLO, Agustín (2000): “La participación como control social del sistema y parasistema”, en internet en http://www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap4.pdf. Extraído 07/05/2014.

SABA, Roberto (2004): “El derecho de la persona a acceder a información en poder del gobierno” pp. 157 y 158, pub. en “Derecho Comparado de la Información”, N. 3, enero- junio de 2004, pp. 145 a 185.

SABALÚA, Francisco (2006): “La participación ciudadana en una cultura profundamente caudillista, ¿Una Utopía?” en *Cartapacio de Derecho*, Revista electrónica, Vol. 10 (2006), en internet en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/941/785>. Extraído el 07/05/2014.

PEREZ GUILHOU, Dardo (2005): “Presidencialismo, caudillismo y populismo”, 2005, en *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, pub. en www.ancmyp.org.ar Extraído el 07/05/2014.

Jurisprudencia citada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. SALA III, “A.C.I.J. c/ Estado Nacional - Ley 24.240 - Mº Planificación | proceso | de conocimiento”, sent. Del día 29-may-2008. Cita on line: MJ-JU-M-36094-AR MJJ36094. Extraído el 07/05/2014.

Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal Sala IV, “Youssefian, Martín v. Secretaría de Comunicaciones”, sent. del día 23/6/1998.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, “Asociación de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Corrientes c/ Dirección Pcial. de Energía de Ctes. y Estado de la Pcia. de Corrientes s/ amparo”, sent. del día 9-dic-2009. Cita on line: MJ-JU-M-51750-AR | MJJ51750 | MJJ51750. Extraído el 07/05/2014.