

CAPÍTULO XI

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA

SUMARIO

1. El principio constitucional	XI-1 / 447
1.1. Inserción constitucional de la audiencia pública.....	XI-1 / 447
1.2. La doble naturaleza “pública” de la audiencia pública..	XI-10 / 456
1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública. <i>Town Meetings. Open meetings</i>	XI-11 / 457
1.4. Carácter prescriptivo	XI-12 / 458
2. Principios generales	XI-13 / 459
2.1. Enunciación	XI-13 / 459
2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación.	XI-13 / 459
2.3. Instrucción	XI-14 / 460
2.4. Carácter contingente de la gratuidad	XI-14 / 460
2.5. La cuestión de la publicidad	XI-15 / 461
3. Desarrollo del procedimiento.....	XI-16 / 462
3.1. La preaudiencia.....	XI-16 / 462
3.2. Reglas sobre la prueba. Registro.....	XI-17 / 463
3.3. Publicidad de la sesión del ente.....	XI-18 / 464
4. Partes	XI-18 / 464
5. Mediación o intermediación.....	XI-19 / 465
6. Instrucción.....	XI-21 / 467
7. Forma y sustancia	XI-22 / 468

Capítulo XI

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA¹

1. *El principio constitucional*

1.1. *Inserción constitucional de la audiencia pública*

La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados), antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos

¹ Ver *supra*, cap. II, § 5.2.3 y § 10.5, “El derecho a la previa audiencia pública;” GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, “Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración,” *LL*, 1997-E, 506; GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, “La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública,” *LL*, 1997-C, 1390; CABEZAS CESCATO, A. PAOLA, “Acerca del art. 42 de la Constitución nacional,” *LL*, 1999-E, 211; ALANIS, SEBASTIÁN D., “Audiencia pública como instrumento de democratización del poder,” *LL*, 2001-C, 255; COMADIRA, JULIO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2003, pp. 669-672; HUTCHINSON, TOMÁS, “Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas. (Una forma de participación del ciudadano),” en ENRE, *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1995, p. 325 y ss.; DERISI DE MAC MAHON, SYLVIA, “El régimen de audiencias públicas,” igual libro, p. 309 y ss.; ALETTI, DANIELA, y TOIA, LEONARDO M., “Audiencias públicas. Sólo para entendidos,” *LL*, 2007-C, 993; SACRISTÁN, ESTELA B., “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (Nulidades por omisión),” *RDA*, 30/1: 169 año 1999; CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, “El procedimiento de audiencia pública en el sistema de control de los servicios públicos,” *RAP*, 189: 5, 1994; CINCUNEGUI, JUAN DE DIOS, “La participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados (El dilema del control social),” *LL*, 1995-E, 674; FONROUGE, MÁXIMO J., “Las audiencias públicas,” *RDA*, 24/6: 185; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M., “Audiencias Públicas: ¿Es el artículo 42 de la Constitución Nacional una norma jurídica?” *LL*, 2002-A, 107; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5; SARCIAT, ALBERTO D., “El procedimiento de audiencia pública,” en TAWIL, GUIDO S. (dir), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 487-496.; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control,” (incluye Homenaje al Prof. Dr. Agustín Alberto Gordillo) en REIRIZ, MARÍA GRACIELA (coord.), *Revista Jurídica de Buenos Aires, Derecho Administrativo y Aportes para el Rediseño Institucional de la República*, Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA) – LexisNexis, 2004, pp. 387-437; REJTMAN FARAH, MARIO, “El Procedimiento de Audiencias Públicas,” en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDEZ, OSCAR; JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1ª ed., pp. 375-399.

o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo. Desde hace siglos es un principio jurídico casi siempre reconocido como tal, pero también frecuentemente incumplido. La historia registra, también, inúmeros ejemplos de decisiones de la más alta importancia política que fueron anuladas por falta de audiencia previa. Desde hace ya muchos años el derecho contemporáneo muestra una creciente evolución del alcance de este principio jurídico, que ha comenzado en forma sistemática a comprender también la emisión de normas generales y grandes proyectos o decisiones particulares, impacto ambiental, etc.² En esa misma categoría entran todas las normas fundamentales sobre las relaciones entre administración, concesionario o licenciatario y usuarios (especialmente sus intereses económicos y demás derechos a tenor del art. 42 de la Constitución), 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.³

Esa extensión del principio de la audiencia individual al principio de la audiencia pública ha comenzado primero en el derecho anglosajón, pero es ya de naturaleza universal.⁴ En el derecho inglés se fundamenta en el principio de justicia natural que también informa la garantía de defensa en el caso particular y en el derecho estadounidense en la garantía del debido proceso legal que nuestra propia Constitución e interpretación constitucional también han recibido. En otras palabras, es ya un principio al menos teórico suficientemente reconocido que también debe cumplirse la audiencia, esta vez con el público, antes de emitir normas jurídicas administrativas e incluso legislativas de carácter general, o antes de aprobar proyectos de gran importancia o impacto sobre el medio ambiente o la comunidad. Se trata pues, en este segundo supuesto, de la audiencia pública, que integra como parte de la garantía clásica de audiencia previa, la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo.⁵

² Un antecedente de 1958 es recordado por SACRISTÁN, *op. cit.*, p. 169.

³ Así la CNFed. CA, Sala IV, *Unión de Usuarios y Consumidores*, LL, 1999-E, 212, con nota de CABEZAS CESCATO, *op. loc. cit.*; *Youssefian*, LL, 1998-D, 712; ED, 176: 513, año 1998. Conf. GUSMAN, “La intangibilidad de la situación jurídica del usuario,” LL, 2000-B, 263.

⁴ Ver nuestro libro *Introducción al Derecho*, edición como e-book en www.gordillo.com, cap. II, “¿Qué es el derecho?” También en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. II.

⁵ SARCIAT sostiene que entender que la audiencia pública ... es una expresión del derecho de defensa de los administrados supone enrolarse en la concepción de que uno de los pilares del derecho administrativo es la protección del particular contra el ejercicio abusivo de la función administrativa y el reconocimiento de la existencia de una posible y recurrente contraposición entre los intereses de la particulares y la Administración que deviene de la obligación del Estado de administrar intereses contrapuestos entre los administrados ... Por el contrario, considerar que la audiencia pública constituye una de las posibles expresiones del derecho de participación de los ciudadanos, desligándolo del derecho de defensa como principal causa jurídica, supone adoptar el criterio de que el Estado es el titular del poder público y su intérprete principal.” (SARCIAT, *op. cit.*, p. 489.) En el mismo sentido, REJTMAN FARAH, *op. cit.*, pp. 380-381.

Pero el derecho comparado ya de antaño introduce una segunda forma de cumplir con el antiguo principio *audi alteram partem* y es la necesidad política y jurídica de escuchar al *público* antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente, la designación de un magistrado de la Corte Suprema,⁶ la del Defensor General y el Procurador General de la Nación⁷ etc. Su campo de aplicación es sumamente amplio y si se la considera en el marco ampliado de la participación ciudadana⁸ ostenta diversas variantes y ramificaciones.⁹ Su funcionamiento supone necesariamente que la autoridad pública someta un proyecto al debate público, proyecto que debe tener el suficiente grado de detalle como para permitir una eficaz discusión. Según WADE, “la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración;” “esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal (*fair procedure*), o debido proceso, y es apta de gran elaboración en detalle.”¹⁰ Dicho acceso y participación pública es, al igual que en la garantía individual de defensa, para que pueda ser oído con debate y prueba, con conocimiento pleno y directo del expediente y del proyecto oficial con los detalles de su instrumentación, con la posibilidad de hacer un alegato y el derecho a obtener una decisión fundada sobre sus peticiones. Cualquier incumplimiento dará lugar a la nulidad absoluta del acto dictado en consecuencia. Esta es una segunda aplicación del principio del debido proceso que, aunque implícita en nuestro tradicional sistema constitucional, recién viene a adoptarse en forma expresa con carácter legislativo en las primeras leyes que hacen al control de los servicios privatizados, sin perjuicio de algunos antecedentes de interés,¹¹ incluso anteriores a la constitución de 1994: En ésta, el juego de los arts. 18 y 41, 42 y 43 la hacen ya inequívoca. Cabe además tener presente, en el caso de algunos entes reguladores, que la ley exige expresamente 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 audiencia del 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 decreto-ley 19.549/72.¹²

⁶ Decr. 222/03.

⁷ Decr. 588/03.

⁸ *Supra*, t. 1, cap. II, § 4.2.2.3, “La participación administrativa” y notas 4.17 a 4.19.

⁹ Comp. Brasil, art. 31; SACRISTÁN, *op. cit.*, pp. 170-1.

¹⁰ WADE, WILLIAM, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss; 7ª ed., con FORSYTH, CHRISTOPHER F., Oxford, Clarendon Press, 1994, parte 5, cap. 13, p. 463; cap. 14, pp. 471-491; cap. 15, pp. 494-570; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I/1, Madrid, Tecnos, 1999, 13ª ed., p. 259; nuestro libro *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984, p. 670.

¹¹ Ver *supra*, nota 1.

¹² Ver CÍCERO, NIDIA K., “Defensor del Pueblo, amparo, audiencia pública, citación de terceros al proceso y derechos de incidencia colectiva,” *JA*, 2000-IV, pp. 195-196.

Debe tenerse presente que el principio de la audiencia pública es de raigambre constitucional, sea que esté en forma implícita o explícita como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹³ 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,¹⁴ en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva. Esa efectiva participación útil de quienes se hallan legitimados a tenor del art. 43 de la Constitución según recientes pronunciamientos¹⁵ sólo puede darse en el marco de una audiencia pública, sin perjuicio de la también necesaria participación en los cuerpos colegiados de los entes reguladores.¹⁶ No hay otra forma de tutelar y respetar su derecho de defensa previa en sede administrativa, puesto que la participación de los usuarios en el directorio de los entes reguladores, que según algunos pronunciamientos podría paliar la indefensión, se encuentra incumplida. No es posible subsanar judicialmente la previa indefensión,¹⁷ como algunos pronunciamientos pretenden que sea posible en casos individuales: Mucho menos en casos que afectan a un número indeterminado de personas. Escuchar las voces de la comunidad en una sesión pública, en la que el caso se discuta a la luz de la opinión pública, no tiene manera fácil de cumplirse en sede judicial,¹⁸

¹³ Arts. 30, 63, 120, 139. Si bien el art. 63 distingue los casos en que se debe (iniciativa popular con el medio por ciento del electorado o zona, planeamiento urbano, modificaciones del uso o dominio de bienes públicos, etc.) de los que se puede realizar audiencia pública, pensamos que una interpretación armónica de su sistema lleva a la obligatoriedad toda vez que se trate de proyectos que afectan a toda o gran parte de la colectividad con “relevante efecto” como dice el art. 30 para el caso del impacto ambiental.

¹⁴ Fallos, Luis César Rojo, 215: 357, con cita de 193: 405; 198: 78, que hemos explicado en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 92 y ss. y sus referencias; ampliar *supra*, cap. IX. “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10, “Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa.)” Lamentablemente, hay pronunciamientos judiciales que desconocen su raigambre constitucional y restringen la convocatoria a audiencia pública a aquellos supuestos expresamente establecidos en la ley. (CSJN, *Soldano Domingo c/ EN – ley 26.095 – M° Planificación y otro s/ amparo*, 15/VII/14.)

¹⁵ CSJN, *in re AGUEERA, LL*, 1997-C, 322, con nota: “Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad);” CNFed. CA, Sala V, *Rodríguez, Jesús, LL-1996-E*, 80; Sala II, *Nieva, LL*, 1998-B, 546, año 1997.

¹⁶ Por ello ha de considerarse demasiado tímido el inc. d) del art. 4° del decreto 229/00, que tan sólo enuncia: “Participación: los usuarios y beneficiarios de servicios de atención al público deben contar con mecanismos de participación adecuados a cada caso, a fin de garantizar y proteger el derecho a una correcta prestación.” De iguales características es el art. 5 inc. f), según el cual se deben “Establecer mecanismos de consulta a los usuarios acerca de los servicios que aquéllos demanden, sus sugerencias y opiniones para la mejora de los mismos.”

¹⁷ En igual sentido COMADIRA, *Derecho administrativo, op.cit.*, p. 671; CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian, LL*, 1997-F, 270. Véase IVANEGA, MIRIAM y ALONSO, MELANIA, “De nuevo las audiencias públicas. Breves comentarios sobre el fallo Negrelli,” *LLBA*, 2013 (marzo), pp. 125-130.

¹⁸ Mediante acordada 30/2007 la CSJN estableció un sistema de audiencias públicas en causas en trámite ante la CSJN a fin de “profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República”. Si bien es importante reafirmar que la realización de una audiencia pública no subsana la previa omisión administrativa, y la consecuente nulidad del acto en cuestión, la acordada 30/2007,

ni siquiera con la acción de clase. Es por ende indispensable tanto conceder las cautelares que se soliciten para evitar que una medida sea tomada sin previa audiencia pública, como declarar la nulidad absoluta e insanable de toda decisión que, debiendo ser tomada previa audiencia pública, la omitió. De todas maneras y como queda dicho, creemos que las dos formas de participación son igualmente indispensables desde el punto de vista constitucional. Conforme lo resuelto por la Sala IV *in re Youssefian* “Ha de tenerse en cuenta que en el artículo 42 de la Constitución vigente se otorga a los usuarios de los servicios públicos una serie de derechos que resultan operativos y cuya concreción aparecería razonablemente canalizada a través del referido instrumento, esto es, de la audiencia pública.”¹⁹ “El derecho a que se celebre una audiencia pública previa a la decisión administrativa, cuando se trata de actos de grave trascendencia social,²⁰ aparece potenciado en el caso puesto que el marco regulatorio al que se encuentran sometidas las telecomunicaciones no prevé otro mecanismo alternativo de participación en la toma de decisiones por las asociaciones de consumidores y usuarios, tal como viene exigido en el art. 42, último párrafo, de la Constitución Nacional.”²¹ La audiencia pública debiera ser el primer peldaño pero como ya vimos reiteradamente la administración idea otros menores, como el “documento de consulta,” o directamente incumple el precepto mínimo de la participación de los usuarios y consumidores en los entes regulatorios de servicios públicos, exigida por el art. 42 de la Constitución.²²

Pero cabe recordar que la participación, además de los derechos electorales, viene reconocida como obligación de los Estados²³ por otras normas supranacionales e internacionales que nos obligan en igual sentido: Pacto de San José de Costa Rica, art. 23.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XIX y XX; Convención Interamericana

por sus fundamentos, resulta un importante mensaje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hacia los poderes ejecutivo y legislativo. Ver SACRISTÁN, ESTELA B., “Las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema argentina (¿Más cerca o más lejos de las reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos?)” *LL*, 2009-C, 976; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, pp. 396-398.

¹⁹ Sala IV, *Youssefian*, *LL*, 1997-F, 270, § V, 3º párr. Surge de las sesiones plenarias de la Convención que en la redacción original del proyecto la fórmula era participación *consultiva*, pero que en la votación en el recinto se modificó a *necesaria participación*: SALVATELLI, ANA, “Participación necesaria y procedimiento de audiencia pública.” *RAP*, 290:56, Buenos Aires, 2002.

²⁰ La caracterización que hace la Sala surge de las propias manifestaciones de la administración, en el caso allí considerado.

²¹ CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian*, *LL*, 1997-F, 270, año 1997, cons. V, último párr.

²² Y que algunos marcos regulatorios refuerzan: gas, arts. 6, 16, 18, 29, 46, 47, 67 y 68 de la ley 24.076; electricidad, arts. 11, 32, 46, 73 y 74 de la ley 24.065.

²³ Este principio emerge de la OC 2/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nuestra Corte aplicó y reconoció en *Arce*, *LL*, 1997-F, 697, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696. En este fallo se amplió, por lo demás, lo ya resuelto en *Giroldi* en 1995, *LL*, 1995-D, 462, *Fallos*, 318-1: 514.

contra la Corrupción, arts. III y XIV.²⁴ Es por lo tanto contario a estas normas invocar que debe llamarse a elecciones para sólo después escuchar la voz de los ciudadanos que conforman la sociedad. Dicho ello, debemos recordar de todas maneras que somos partidarios del sistema parlamentario para un país como el nuestro, tan signado por la inestabilidad. Ya que no podemos corregir la inestabilidad, al menos hagámosla, en el recambio gubernamental, menos traumática que lo que hemos visto en la historia argentina contemporánea

Una forma de participación no excluye la otra, aunque la participación decisoria en los cuerpos colegiados de la administración, con voz y voto, es posiblemente de mayor entidad²⁵ que la audiencia pública, pues en ella el público se limita a defender sus derechos pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse. Debe asegurarse al usuario la participación e información previas²⁶ al dictado de un acto de marcada trascendencia social. Una de las formas idóneas es, como ya se ha dicho, la audiencia pública. En el caso de los entes reguladores, el expediente generalmente no se encuentra disponible para su consulta sino hasta la realización de la audiencia pública, lo que constituye una flagrante violación a los principios enunciados y que trae aparejada la consecuencia de la nulidad absoluta e insanable de los actos administrativos dictados.

Pero la administración sostiene que si existe más de un medio para el cumplimiento del mandato constitucional, la elección entre una u otra alternativa corresponde a ella.²⁷ Los ciudadanos debemos tomar noticia de esta constante reticencia de toda y cualquier autoridad pública local a permitir la participación de

²⁴ Respecto al carácter supranacional nos remitimos al t. 1, cap. VI “Fuentes supranacionales del derecho administrativo;” en la perspectiva de darles carácter constitucional la solución no cambia, como resulta en otro tema de lo que expone BARRA, RODOLFO CARLOS, *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 36-7: “La incorporación... de un acuerdo internacional supone una verdadera reforma de la Constitución.” “También debe destacarse que así como los «tratados constitucionales» son complementarios con respecto a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, igualmente *son complementarios entre sí*. En realidad, la Constitución y cada uno de los «tratados constitucionales» forman parte de un único sistema constitucional, de manera que deben interpretarse en forma conjunta y coherente.”

²⁵ A pesar de que el decreto 229/00 quiere “potenciar la transparencia” (cons. 6°), no se aproxima a ese objetivo cuando su art. 4° inc. f) sólo atina a decir “Calidad: las organizaciones alcanzadas por el presente Programa deben tender en la medida de sus posibilidades a la efectiva satisfacción de los usuarios en la prestación de los servicios a su cargo, dando cuenta de las iniciativas que pongan en marcha a tal efecto.”

²⁶ Ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO; FERNÁNDEZ LAMELA y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto N° 1.172/03,” *RAP*, 315: 91-113, Buenos Aires, 2004. También en www.revistarap.com.ar, Circular Letter n° 37; KUSINSKY, DARÍO E., “Cuando la Justicia sí funciona: Un caso sobre información pública,” *LL*, 2008-E, 429; MARTÍNEZ GARBINO, CAROLINA ISABEL, “Acceso a la información pública bajo el prisma judicial,” *LL*, 2009-B, 417; “Acceso a la información bajo el prisma de la Administración,” *LL*, 2009-C, 953.

²⁷ PTN, *Dictámenes*, 234: 325.

los administrados y la sociedad misma en el debate de las decisiones públicas, y no debemos apoyar esos resortes que en definitiva son autoritarios y hegemónicos.²⁸

A nivel nacional la audiencia pública se encuentra regulada por el decreto 1.172/03;²⁹ a nivel local de la ciudad de Buenos Aires por la ley n° 6 y sus modificatorias,³⁰ reglamentaria del art. 63 de la Constitución local.

Volviendo al caso *Youssefian* de la Sala IV, la gravedad de la infracción al ordenamiento en la eventualidad de que se decidiera omitiendo la previa audiencia pública se consideró acertadamente 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.”³¹

Cabe también puntualizar que la garantía de oír a los usuarios, administrados, consumidores e interesados en general, constituye también un criterio de sabiduría política, como ha sido desde siempre explicado por los autores que han tratado el tema. “Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administradores mismos, porque el Estado está

²⁸ ALANIS, *op. cit.* Señala SÁENZ que “la superación del estado autoritario por el Estado de Derecho por la aplicación del derecho al debido proceso adjetivo a los procedimientos en los que estaban en juego derechos subjetivos o intereses legítimos, debería ensancharse ahora a los que tiene como objeto la consagración de los nuevos derechos, como los económicos y sociales, los derechos de incidencia colectiva y también a aquellos que son propios del derecho de la democracia participativa ... un campo muy importante de aplicación del principio que estamos tratando es el de las audiencias públicas, en tanto procedimiento administrativo específico previo a la adopción de políticas públicas, emisión de actos administrativos que afectan los derechos de los ciudadanos o a la creación de normas generales ... Este procedimiento, que debe generalizarse en nuestra práctica institucional dotándolo de todas las garantías y salvaguardias para que se convierta en una instancia útil de participación, no sólo debe resguardar el derecho de los ciudadanos a ser oídos, argumentar y probar desde su punto de vista ... sino que debe posibilitar que la Administración pueda tomar la mejor decisión posible (eficiencia) tanto desde el punto de vista de la legalidad como del mérito.” (Ampliar en SÁENZ, JORGE A., “Principios Generales del Procedimiento Administrativo,” en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDEZ, OSCAR; JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO [dirs.], *Procedimiento Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1ª ed., pp. 326-367, esp. § V.)

²⁹ REIRIZ critica el Reglamento General de Audiencias Públicas aprobado por decreto 1172/03 por la falta de definición de cuestiones esenciales que debieron tener un encuadre a través de una ley formal. En efecto, indica que el reglamento “no prevé en qué situaciones, antes de la adopción de las decisiones de carácter general, la Administración está obligada a convocar a audiencia, haya sido o no peticionada expresamente por persona interesada. Y, por lo tanto, tampoco se expide sobre los fundamentos que harían legítima una decisión denegatoria de la Administración requerida ... Urge, pues que el Congreso de la Nación fije las políticas básicas en materia de audiencias públicas, así como todavía está en deuda con el mandato constitucional de integración de las asociaciones de usuarios y consumidores a los Entes de Regulación y Control de Servicios Públicos (art. 42, CN).” (REIRIZ, *op. cit.*, p. 419.)

³⁰ La ley n° 6 fue modificada por las leyes 258, 533, 761, 1470, 3241, 3801 y 4027.

³¹ *Youssefian*, *op. cit.*; *supra*, en este mismo vol., cap. VI, “Servicios públicos,” § 3.4.2, “Participación de los usuarios.”

consustanciado (*permeated*) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que el gobierno depende de la aprobación de los gobernados. El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno.”³² Además, *a*) es una 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, 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 olvidarlo, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción.³³ Y como tiene dicho BRANDEIS, la luz del sol es el mejor desinfectante y el mejor policía. *d*) Es un elemento de democratización del poder,³⁴ conforme al 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, como lo explica RIVERO.³⁵ *e*) Es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos, constitucionales y supranacionales.

Dicho de otra manera, el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública o privada dentro de la garantía del debido proceso es múltiple. Sirve *a*) al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos, *b*) al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada y sirve también, empíricamente, *c*) a las autoridades

³² WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 19; CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. 13, § 4, ap. 3 y ss., p. 409 y ss.; cap. 14, pp. 451-60; cap. 17, § 1-5, pp. 535-45; cap. 18, pp. 579-610; nuestra *Teoría general de derecho administrativo*, op. cit., p. 677.

³³ Ver BOTASSI, CARLOS A., “El derecho frente a la corrupción política,” *JA*, 2002-I, 1029; nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

³⁴ Conf. SÁENZ, JORGE A., “Gordillo, la función administrativa y la democracia,” en BOTASSI, (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 69-78, esp. p. 78.

³⁵ RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, 4ª ed., p. 827 y ss. y ediciones posteriores, a quien recordamos en *Teoría general del derecho administrativo*, op. cit., p. 21. Ver también SÁENZ, op. loc. cit., pp. 69-78. En igual sentido BOTASSI, “Presentación,” en BOTASSI (dir.), *Temas..., op. cit.*, pp. 9-14, BERIZONCE, “Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata,” en BOTASSI (dir.), *Temas..., op. cit.*, pp. 19-21.

públicas para disminuir posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones para mayor eficacia y consenso de sus acciones en la comunidad, y para evitar reacciones imprevistas de la comunidad en contra de una determinada acción administrativa; d) al sistema democrático para impedir la concentración excesiva del poder en una autoridad hegemónica como hemos visto tantas veces en nuestra historia.

En materia de renegociación de contratos, un importante avance puede encontrarse en la normativa dictada con motivo de la ley de emergencia 25.561 en lo referido a contratos de concesión y licencias de servicios públicos. En este contexto, el decr. 311/03 creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) estableciéndose allí³⁶ la obligatoriedad por parte de ésta de someter los acuerdos de renegociación contractual a la participación y consideración ciudadana, mediante procedimientos de audiencia pública y consulta pública que resulten pertinentes y apropiados. Similares disposiciones fueron mantenidas por normativa posterior.³⁷ De hecho, los procedimientos de audiencia pública se llevaron a cabo en varios casos. Sin embargo, las normas aplicables no contemplaban mecanismos de acceso a los expedientes completos, situación que llevó a que en diversas ocasiones la consulta de las actuaciones pudiera efectuarse única y exclusivamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, violando en consecuencia el espíritu de la audiencia pública y el derecho de los habitantes del interior del país a participar de la misma. El avance de las nuevas tecnologías permite que los expedientes completos puedan ponerse a disposición en Internet, a fin de lograr una mayor participación de la ciudadanía.³⁸ Es claro, en efecto, que resulta mucho más difícil obtener la revocación o anulación de una decisión errónea a través de recursos o acciones, que impedir que ella se produzca, mediante la oportuna introducción de medios conducentes de prueba y los consiguientes argumentos de hecho y de derecho. El derecho comparado introduce de antaño esta forma de cumplir con el antiguo principio jurídico *audi alteram partem*: es la necesidad política, jurídica y práctica de escuchar al público antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad, al medio ambiente; o es una contratación pública de importancia, etc.

Las mismas razones que hacen que la administración deba, en su propio interés, oír al interesado antes de tomar una decisión adversa a sus derechos o intereses, que ya explicamos,³⁹ son aplicables al procedimiento de audiencia

³⁶ Art. 6^a inc. c) y art. 8°.

³⁷ Art. 9° de la res. conj. MEyP 188/04 y MPFIyS 44/04.

³⁸ BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO M. "Acceso a la información y participación pública. Los derechos de incidencia colectiva y el decreto 1172/2003," *JA*, 2006-III-162, nota al fallo CNFed. CA, Sala III, 27/IV/06, *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y otro v. Estado Nacional*.

³⁹ Ver *supra*, cap. IX, "El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales."

pública antes de dictar actos generales o aprobar grandes proyectos públicos. Sin embargo nuestras administraciones son bastantes reticentes para hacerlo, pues en verdad le tienen miedo a la confrontación directa y a tener que fundar bien su acto o incluso cambiarlo por uno mejor. Prefieren actuar en forma directa, sin consulta pública y después enfrentar la opinión pública y la justicia. Esto es así porque todavía nuestros tribunales no han comenzado a hacer personalmente responsables a los ministros y secretarios de Estado de su accionar contrario a derecho.

En este último aspecto aunque en otra materia, el ejemplo de la Sala IV *in re Viceconte*⁴⁰ es digno de imitación, sin perjuicio de la aplicación de *astreintes* y por supuesto la sanción de nulidad absoluta, por flagrante inconstitucionalidad, de toda norma general o gran proyecto público, renegociación de concesiones o licencias que impliquen mayor tarifa o plazo, perdonen multas devengadas a favor de los usuarios, etc., que se lleve a cabo a espaldas del conocimiento y la participación pública previas a través de una audiencia pública realizada en debida forma. La justicia no debiera tolerar la omisión del cumplimiento de este recaudo del debido proceso público. Su incumplimiento le sale muy caro a la sociedad.

1.2. La doble naturaleza “pública” de la audiencia pública

La audiencia pública o *public hearing* tiene un doble carácter público: a) por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e intermediación, asistencia y registro gráfico y fílmico a través de los medios de comunicación (los cuales no participan ni intervienen en forma inmediata en la audiencia pública, sino que la registran y en su caso publican y comentan, debaten, etc.), con más la necesaria publicación de las reuniones. b) A ello cabe agregar especialmente la participación procesal y el acceso del público en general, asociaciones, partidos políticos, a tales procedimientos, como sujetos activos y partes en sentido procesal de ellos; la participación social o popular en suma, tema al cual ya nos refiriéramos anteriormente.⁴¹

Lo primero hace a la calidad necesariamente transparente y abierta al conocimiento del público de virtualmente todos los actos estatales. El secreto es sólo un

⁴⁰ Sala IV, *Viceconte*, LL, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

⁴¹ Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 4, “El derecho administrativo en el presente y en el futuro.” De lo que hemos publicado al respecto podemos recordar también “Cauces de participación ciudadana,” en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, t. I, Madrid, IEAL, 1970, pp. 1057-85; “La participación de los particulares en la formación del acto administrativo,” en el libro del IIDAL, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Bogotá, 1978, p. 57 y ss; “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XLVII-1981, Bruselas, 2: 123-32; “La participación administrativa,” en el libro del Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, pp. 199-211; reproducido en la *Revista de Direito Público*, 74: 15-25, San Pablo, 1985.

resabio medieval que las modernas democracias ya no aceptan⁴² sino en contados asuntos de Estado que hacen a la seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger al secreto comercial. Es entonces la participación oral y pública lo que cualifica las audiencias públicas. Es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero “espectador.” Conviene adelantar que la audiencia pública requiere antes de una preaudiencia para ordenar el procedimiento, determinar quiénes van a participar, fijar los tiempos, etc., a fin de que el procedimiento funcione conforme a carriles predeterminados.

1.3. *Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública.* Town Meetings. Open meetings

Cabe distinguir la “pública audiencia” o sesión pública para enfatizar que en la audiencia pública no se trata de celebrar una sesión con *asistencia* pasiva del público, periodismo, etc., como lo son las del Senado cuando trata el acuerdo para designar a un magistrado (conf. art. 99, inc. 4° de la Constitución), las del plenario del Consejo de la Magistratura o las de las comisiones parlamentarias, sino en la cual *el público es parte interesada y activa, con derechos de naturaleza procedimental* a respetar dentro de la concepción del debido proceso constitucional; con derecho de ofrecer, producir prueba y controlar la que se produce, alegar, etc. El concepto de participación pública es así esencial al de audiencia pública establecido por la ley, sin perjuicio de que además la audiencia debe estar abierta al conocimiento del público, periodismo, etc. Debe distinguirse la audiencia pública, como procedimiento ordenado de escuchar objeciones formales a un proyecto oficial bajo pena de nulidad, de las denominadas reuniones populares o *Town Meetings*.⁴³ Estas últimas son de carácter informal, están abiertas al público en forma ilimitada y se limitan al intercambio libre de opiniones entre la autoridad y los ciudadanos generalmente sobre un tema determinado. Es el mismo procedimiento que utilizan los candidatos modernos a cargos públicos cuando se presentan ante determinada comunidad para exponer sus ideas y escuchar las ideas locales, sólo que en este caso es utilizado por los funcionarios

⁴² Y las normas concretamente niegan, p. ej. el decreto 229/00, cuyo art. 3°, inc. a) reconoce el “Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional.” Ver también JN Cont. Adm. Fed. n° 8, *Caplan Ariel c. Ministerio de Economía, LL*, 2003-F, 305, año 2003, con nota de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA y ZAYAT, VALERIA E., “El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios,” *LL*, 2003-F, 304; SÁENZ, *op. cit.*, p. 78. En igual sentido *infra*, cap. XII, las referencias de la nota 7.7.

⁴³ Ver SACRISTÁN, “Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (Nulidades por omisión),” *op. cit.*, p. 389 y ss. Hay mecanismos más débiles de participación, como los documentos de consulta y otros. Es poco comprometido en ello el inc. d) del art. 4°, dec. 229/00: “Participación: los usuarios y beneficiarios de servicios de atención al público deben contar con mecanismos de participación adecuados a cada caso, a fin de garantizar y proteger el derecho a una correcta prestación.” De igual tenor y para peor programático, es el inc. f) del art. 5°. Ver también REJTAMN FARAH, *op. cit.*, pp. 382-385.

públicos, no para llevar adelante una carrera política, sino para estar seguros de que se encuentran actuando en sintonía con las aspiraciones y deseos de la comunidad. En lugar de hacerse una encuesta de opinión, el funcionario toma contacto directo con los administrados y escucha en forma directa y discute del mismo modo, qué es lo que piensan y lo que quieren los interesados. No supone una toma de decisión concreta ulterior, es de carácter recíprocamente informativo —y para el funcionario, formativo— sobre temas generales.

También deben diferenciarse de las reuniones abiertas u *Open Meetings* de los órganos de dirección colegiada de las agencias o entes, donde la participación del público se limita a tomar conocimiento de todo el proceso de toma de decisiones de los miembros del órgano colegiado. Los alcances de la participación en las audiencias públicas y las reuniones abiertas no son iguales, aunque contribuyen a una mayor transparencia en la adopción de decisiones públicas.⁴⁴

1.4. *Carácter prescriptivo*

Va de suyo que la administración no está limitada a efectuar la audiencia pública únicamente en los casos preceptivamente impuestos por la ley o el reglamento, sino que tiene también la obligación de realizar audiencias públicas en todos los demás casos en que los efectos de la decisión excedan del caso particular y en que objetivamente sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa de los usuarios y afectados,⁴⁵ coadyuvando así a una mejor eficacia y legitimidad jurídica y política de sus decisiones. Dicho de otra manera, además de los supuestos en que la administración está obligada por una norma concreta y puntual a realizar audiencia pública, también lo está (y esto es en su propio interés) en los demás supuestos en que es necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o el proyecto. A la propia administración le conviene hacer tantas audiencias públicas como materialmente pueda, para mejor sustento fáctico y jurídico de sus decisiones, mayor búsqueda y obtención de consenso en la opinión pública, respaldo ante la sociedad de la legitimidad y eficacia de sus decisiones y consolidación de su imagen ante la opinión pública en el cumplimiento de sus funciones. El incumplimiento o defectuoso cumplimiento del precepto de la audiencia pública es causal de nulidad absoluta e insanable del acto.⁴⁶ Ello surge de lo dispuesto en el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 y de

⁴⁴ BRUNO DOS SANTOS, FERNÁNDEZ LAMELA y LÓPEZ OLVERA, *op. cit.*; SACRISTÁN, ESTELA B., “Las sesiones públicas («open meetings») del Derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa,” *Revista de Derecho Administrativo*, año 10, n° 27 a 29, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 397.

⁴⁵ CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian, LL*, 1997-F, 270.

⁴⁶ Ver Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General de Perú, art. 182 inc. 3): “La omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte,” como consecuencia de su condición, según el inc. 1°, de “formalidad esencial para la participación efectiva de terceros.”

la teoría del acto administrativo singular, extensiva aquí al acto de carácter general por efecto de las nuevas cláusulas constitucionales de los arts. 41, 42 y 43.

2. Principios generales

2.1. Enunciación

El que la administración deba realizar una audiencia pública, cuya materialidad debe adoptar buena parte de las formas de un proceso judicial oral, no debe llevar a confusión en cuanto a la índole de la función que en la especie se realiza: Ella es administrativa, incluso en el caso de los entes de regulación y control de servicios privatizados.⁴⁷ Los principios de la audiencia pública son el debido proceso, publicidad, oralidad, informalismo, contradicción, participación, instrucción e impulsión de oficio y economía procesal; a veces se agrega la gratuidad. Dentro de los principios generales hay un primer grupo integrado por el debido proceso, la publicidad, contradicción y participación; ellos, que son los principios rectores del procedimiento, deben con todo considerarse dentro del marco del informalismo, la oralidad, instrucción e impulsión de oficio y economía procesal.

2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación

Existe una estrecha relación entre los principios de contradicción y participación, por una parte y de oralidad e informalismo, por la otra. El debate en la audiencia pública debe, por su propia naturaleza, ser oral e informal, pero lógicamente ordenado por el órgano que preside la audiencia. Esto no requiere en modo alguno normas generales para todas las audiencias, sino que debe ser resuelto en cada caso singular conforme a los principios que informan este procedimiento. No se trata de que cualquiera puede hablar en cualquier momento, sino que existirá un orden preestablecido en la preaudiencia, que determinará quién o quiénes hablarán en qué orden y por cuánto tiempo, con réplicas y dúplicas por tiempos equivalentes y parejos para todas las partes. En las audiencias públicas celebradas en Argentina rara vez se permiten las réplicas y las dúplicas sino que cada orador utiliza un tiempo determinado para su exposición, sin un debate posterior. Hay un sistema básico de oralidad, pero introduciendo elementos de escritorialidad que llevan a un mejor orden del procedimiento sin quitarle oralidad en lo esencial. A título comparativo, en el Estado de Nueva York se establece que cualquier parte que inicie o conteste una presentación lo hará por escrito, acompañando los documentos de prueba que posea, salvo que el funcionario que presida la audiencia, por razones justificadas, en circunstancias extraordinarias, admita testimonios orales.⁴⁸

⁴⁷Nos remitimos para ello a lo expuesto en el t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 8, “El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa.”

⁴⁸Sección 4.5. de las reglas, ap. b.1.

Debe evitarse un excesivo reglamentarismo que sólo obsta a la debida comprensión y funcionamiento del sistema, o crear requisitos normativos que dificultarán una normal aplicación excluyente de la razonable creatividad de los funcionarios frente a situaciones que necesariamente serán nuevas.

Sin embargo, no ha de entenderse el no reglamentarismo detallista e informalismo en general del procedimiento, como la ausencia de toda regla y todo principio. Al contrario, los principios que a continuación se enuncian son un complemento indispensable de aquél y tienen todos una fructífera aplicación práctica. Es como en el derecho en general, los principios y valores son más importantes que la norma, mucho más si ella es meramente reglamentaria.⁴⁹

2.3. *Instrucción*

Terminado el tiempo acordado a las partes, o incluso durante su desarrollo, los miembros del órgano que —en cuanto tal— dirija la audiencia, tienen además plenas facultades para interrogar de oficio, conforme al principio de la oficialidad o instrucción, acerca de todos los aspectos que a su juicio sean conducentes a un mayor esclarecimiento de los hechos y derecho en debate.

2.4. *Carácter contingente de la gratuidad*

A diferencia de otros principios jurídicos del procedimiento, que provienen de los principios generales del derecho, el de la gratuidad es de carácter contingente. Puede optarse por un sistema mixto, en que la gratuidad no sea total y cada uno deba soportar los gastos que su intervención ocasiona, *v. gr.* copias para traslado. Pero es claro que no puede haber condena en costas; los gastos de traslado, producción de pruebas o pericias, costos de asesoramiento, etc., deben quedar librados a la discreción administrativa en cuanto a reembolsarlos o de otro modo hacerse cargo de ellos o no. En ocasiones la administración se excede en una repentina vocación “provincialista” y realiza las audiencias públicas en lugares alejados de su propia sede, con lo cual ocasiona gastos innecesarios a los usuarios y consumidores que desean concurrir a tales audiencias. Es lo que ocurrió con las audiencias públicas para la reestructuración tarifaria en 1995 y 1996.⁵⁰ En tales casos ha existido desviación de poder ya que el propósito fue lograr una expresión de opiniones que se estimaba más favorable al proyecto estatal. De todas maneras el intento fracasó pues los usuarios y las asociaciones alquilaron un ómnibus para seguir la audiencia pública “itinerante” y la administración no sometió propuesta alguna al debate público con lo cual, al materializar una

⁴⁹ Nos remitimos a nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y también en *Internet*, y sus versiones inglesa y francesa, Londres, Esperia, 2003, todas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

⁵⁰ Un relato de este proceso en GALLARDO, *op. loc. cit.*

reestructuración tarifaria, la solución judicial de 1^{ra} y 2^{da} instancia, no de la CSJN, fue que al no haberla sometido a audiencia pública adolecía de nulidad manifiesta.⁵¹

En el caso de los entes reguladores de servicios privatizados, ha de tenerse presente que los costos de funcionamiento del ente se hallan cubiertos por un presupuesto a cargo de las licenciatarias o concesionarias (y por ende en definitiva del público aunque no se traslade estrictamente a la tarifa en forma directa), siempre que la administración central no les quite ilegalmente dichos fondos, como ocurre a menudo.

Ello permite razonablemente trasladar los costos directos de una audiencia pública al presupuesto del ente. Hay siempre supuestos en los que no es posible, quizás, trasladar los costos.⁵²

2.5. *La cuestión de la publicidad*

El principio de gratuidad se refiere a los asistentes a la audiencia pública. En algunas legislaciones se establece que el costo de la publicidad y la carga de su realización misma puede o debe recaer sobre alguna de las partes, p. ej. el concesionario o licenciatario que busca alguna modificación contractual. De igual modo en la CABA son los autores de los proyectos de inversión privada cuyo análisis de impacto ambiental debe también realizarse en audiencia pública, los que deben sufragar su costo.⁵³

Cabe tener presente igualmente la experiencia de los EE.UU., en que las audiencias para los grandes proyectos de alcance nacional tienen una publicidad especial, en página completa impar de los grandes periódicos nacionales (típicamente, *The New York Times* o *The Washington Post*) y desde luego en los periódicos locales del lugar donde se realizará la audiencia conforme la naturaleza geográfica de la decisión a adoptar. Ello no significa que la administración pueda discrecionalmente realizar una difusión manifiestamente inadecuada de la audiencia pública, pues en tal caso corre el riesgo de que una impugnación judicial resulte en la nulidad del procedimiento. No tiene sentido querer evitar todo posible conflicto a través de normas expresas, sino que habrá que obrar con razonable prudencia y observar el desarrollo futuro de los acontecimientos y eventuales pronunciamientos judiciales que puedan producirse en los casos ocurrentes.

⁵¹ Ver Sala III, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional*, LL, 1997-C, 836 y los precedentes *Adelco* de la Sala III y *Defensor del Pueblo* de la Sala V, citados por GALLARDO, *op. loc. cit.*; en 1997 la Sala IV reproduce y amplía *in re Youssefian*, con argumentos constitucionales, la solución del caso *Adelco*. Ver *supra*, § 1, “El principio constitucional.”

⁵² Sería el caso de que se adopte el criterio que hemos propuesto en “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” LL, 2003-E, 1495.

⁵³ Ley 6, art. 53, que se interpreta pacíficamente del modo expuesto.

3. *Desarrollo del procedimiento*⁵⁴

3.1. *La preaudiencia*

En las reglas del Estado de Nueva York, parte 4, sección 4.4., se establece que el funcionario que ha de presidir la audiencia pública “puede acordar la celebración de una preaudiencia para ordenar o simplificar asuntos, convenir el intercambio de testimonios y/o documentos, limitar el número de testigos, fijar fechas, y emitir instrucciones para el mejor desarrollo del proceso. Los hechos expuestos en preaudiencia serán privilegiados. Sin acuerdo de partes no podrán ser invocados contra las partes intervinientes, salvo que se demuestren por otro medio de prueba.” Entendemos preferible que la preaudiencia sea obligatoria en todos los casos en que se resuelve hacer la audiencia pública, con la posibilidad de que ella permita arribar a un acuerdo de partes que, en tanto no se vincule al interés público, permita evitar la audiencia pública por razones de economía procesal. El reglamento general de audiencias públicas aprobado por el decreto 1172/03 no contempla la realización de una preaudiencia, aunque dicha omisión puede ser suplida por decisión de la autoridad convocante.⁵⁵

El carácter privilegiado de la información entregada en la preaudiencia no es posible preservarlo porque atentaría contra la publicidad, objetividad e instrucción del procedimiento. Al no estar así recogido en la norma, las partes saben de antemano que toda la información que proporcionen en la preaudiencia no tendrá ni podrá tener carácter reservado, secreto o de otro modo privilegiado.

⁵⁴ Ver CHAUMET, MICHEL, *Conduire l'enquête publique*, París, Juris, 1993, cap. III, p. 43 y ss. A nivel nacional el decr. 1.172/03 regula el procedimiento de audiencia pública, bajo la dirección de un presidente. El art. 26 dispone que el presidente de la audiencia pública da comienzo al acto, efectuando una descripción sucinta de los hechos y el derecho especificando los objetivos de la convocatoria. El Presidente cuenta con las facultades que le da el art. 27: Designar un secretario; decidir sobre grabaciones y/o filmaciones; decidir sobre las intervenciones de expositores no registrados, modificar el orden de las exposiciones; establecer la modalidad de respuesta a las preguntas formuladas por escrito; ampliar excepcionalmente el tiempo de las alocuciones, exigir en cualquier etapa del procedimiento la unificación de la exposición de las partes con intereses comunes y, en caso de divergencia entre ellas decidir respecto de la persona que ha de exponer; formular las preguntas que considere necesarias; disponer la interrupción, suspensión, prórroga o postergación de la sesión, así como su reapertura o continuación; desalojar la sala, expulsar personas y/o recurrir al auxilio de la fuerza pública, a fin de asegurar el normal desarrollo de la audiencia; y declarar el cierre de la audiencia. El art. 28 le impone al presidente el deber de garantizar la intervención de todas las partes, así como la de los expertos convocados; mantener su imparcialidad absteniéndose de valorar las opiniones y propuestas presentadas por las partes; asegurar el respeto de los principios consagrados por el decreto 1.172/03. Las personas que asistan sin inscripción previa a la audiencia pública pueden participar únicamente mediante la formulación de preguntas por escrito, previa autorización del presidente quien, al finalizar las presentaciones orales, establece la modalidad de respuesta (art. 30.) Finalizadas las intervenciones de las partes, el presidente declara el cierre de la audiencia pública y a los fines de dejar debida constancia de cada una de las etapas de la misma, se labra un acta que es firmada por él, las demás autoridades y funcionarios, como así también por los participantes y expositores que quisieran hacerlo.

⁵⁵ Ver BRUNO DOS SANTOS, FERNÁNDEZ LAMELA y LÓPEZ OLVERA, *op. cit.*, pp. 91-113.

La legislación del Estado de Wisconsin prevé que los funcionarios de la comisión no intervienen apoyando ni oponiéndose a la causa tratada, sólo lo hacen para conocer los hechos relacionados con ella.⁵⁶ En nuestro derecho la Procuración del Tesoro de la Nación ha consagrado la necesaria imparcialidad del instructor en los sumarios administrativos, proscribiendo p. ej. el prejuzgamiento aunque en esencia no juzgue ni resuelva el sumario. No es indispensable que la audiencia sea llevada a cabo por funcionarios; nada impide encargarla a un tercero ajeno al tema en debate. Ello permite también disminuir el *estrépito fori* que han tenido los funcionarios en algunas audiencias públicas y les hace por ende reticentes a asumir un alto nivel de confrontación y exposición.

3.2. Reglas sobre la prueba. Registro

El criterio es el de la amplitud de la prueba, bajo los principios genéricos de instrucción e informalismo. Conviene evitar tanto el extremo de algunas legislaciones comparadas que legislan con un inexplicable detallismo reglamentarista la minucia de la admisibilidad y producción de la prueba, como el de otras, como la *Cocoa and Sugar Exchange Commission*, en la cual un art. determina que “No se aplicará ninguna de las reglas sobre la prueba,” lo cual, si bien es una voluntaria exageración semántica, expresa con todo la idea de acercarse informal e instructoriamente a la verdad del asunto, más allá de las reglas procesales sobre la producción de la prueba.

La ausencia de normas minuciosas no importa en modo alguno que la decisión pueda basarse en pruebas falsas o inexistentes, ni carecer de adecuada y proporcionada relación con los hechos alegados y probados, pues ello ya deviene de un principio constitucional claro en nuestro derecho y recogido en todo caso expresamente en este proyecto, como es la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo, o garantía de razonabilidad. Algunas normas prevén minutas taquigráficas del interrogatorio a los testigos.⁵⁷ En la etapa inicial de la experiencia nacional parece preferible dejar librado a la decisión del ente, conforme sus recursos materiales y las preferencias de sus funcionarios y el público, realizar versión taquigráfica, grabar o videgrabar (un procedimiento actualmente creciente en los Estados Unidos y Gran Bretaña, por su doble utilización para preparar programas informativos al estilo de *C Span*, *World Net* o *BBC*) todo o parte de ellas.

Es muy posible que la videgrabación, que no requiere el fatigoso trabajo de desgrabado de casetes y es accesible a una amplia franja del público que puede estar interesado en el procedimiento, puede significar un registro adecuado sin un costo excesivo, pero se trata en todo caso de una decisión que deben explorar

⁵⁶ Sección 2, apartado 4, p. 7, *Register*, diciembre de 1982, n° 324.

⁵⁷ Así en el Estado de Nueva York, parte 4, sección 4.5., ap. a).

las propias autoridades a través de diferentes audiencias públicas, sin tener reglas preestablecidas a las cuales necesariamente atenderse. En el caso de las audiencias mencionadas más arriba, la videograbación de toda la audiencia pública proporciona una cierta intermediación virtual, facilita en todo caso su consulta ulterior. Lo importante es lograr algún tipo de registro razonable de lo sustancial que ha ocurrido en la sesión, conforme al principio de publicidad. De todas maneras no siempre el resultado es percibido como satisfactorio por la opinión pública.

3.3. *Publicidad de la sesión del ente*

En muchos sistemas la sesión del directorio del ente es siempre pública. En otros casos la sesión se realiza a puertas cerradas aunque con cumplimiento, desde luego, de los requisitos de sesión, quorum y deliberación.

En el orden nacional, las reuniones de los órganos de dirección de los entes reguladores de los servicios públicos se presumen públicas y abiertas, aunque la participación de los ciudadanos se limita a la observación del proceso de toma de decisiones según lo previsto en el reglamento aprobado por el decreto 1172/03.

Es factible prever la posibilidad de circularizar oficialmente el proyecto de resolución entre las partes interesadas, a fin de que éstas puedan hacer presente los eventuales errores u observaciones que el proyecto pudiere tener o merecer, permitiendo así corregir o mejorar la decisión que en definitiva se adopte. Se trata de una facultad y no de una obligación del ente, que éste podrá utilizar o no según su apreciación de las circunstancias del caso. Puede ser un mecanismo útil para prevenir eventuales recursos o acciones posteriores, resolviendo *ex ante* las observaciones que pudieren justificarlo.

Sin perjuicio que, en algunos casos, los entes cumplen con la convocatoria previa a través de sus páginas de *Internet*, el trámite para consultar los expedientes resulta ser complejo y materialmente imposible de realizar en el exiguo plazo de 5 días, que es la anticipación requerida por el art. 11, anexo VIII, del decreto 1172/03.⁵⁸

4. *Partes*

Algunas reglamentaciones comparadas establecen expresamente en forma amplia el concepto de parte, pero aclaran que la determinación de admitirlos es una facultad instructoria a ejercer conforme a la utilidad o beneficio que puedan presumiblemente presentar para la solución del caso (Estado de Nueva York). En nuestro sistema es más frecuente el criterio de admitir a quien tiene derecho subjetivo o interés legítimo y también, en las más recientes orientaciones, interés

⁵⁸ Ver sitio web ENRE (<http://www.enre.gov.ar/>) y ENARGAS (<http://www.enargas.gov.ar/>), entre otros.

difuso; y ya parece ineludible aplicar los art. 41, 42 y 43 de la Constitución, admitiendo los derechos de incidencia colectiva que explicamos en los caps. II a IV.

Cabe admitir como partes a personas públicas supranacionales, internacionales o extranjeras, o simplemente privadas, según las particularidades de cada caso. Se trata de la creciente evolución hacia un derecho supranacional, que explicamos en el cap. VI del t. 1, y sobre el cual volvemos en el cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*. La existencia y funcionamiento de un Defensor del Usuario y de un fiscal *ad hoc* son indispensables en la actualidad, sin perjuicio de la eventual intervención del Defensor del Pueblo de la Nación. La presencia de un fiscal *ad hoc* deja abierta la posibilidad de que el Defensor del Usuario conciba su función en el sentido de tutelar tanto los intereses directos e inmediatos de los usuarios pero no los demás intereses comprometidos. Si de hecho ello ocurriera, puede en algún caso resultar conveniente contar con un fiscal *ad hoc* que tenga por misión considerar los intereses del sistema y de la sociedad en conjunto.

La experiencia del Defensor del Usuario ha sido positiva en nuestro sistema: A pesar de integrar la organización administrativa de la autoridad que convoca la audiencia pública, la función que se le encomienda es clara e inequívoca y al contar con la información necesaria dentro de la organización pública puede realizar una eficaz labor de coadyuvante a la defensa que los propios usuarios hagan de sus derechos e intereses, por sí o por las asociaciones que los agrupen o defiendan.

El decreto 1.172/03 para la administración pública nacional dispone que la realización de una audiencia pública puede ser solicitada, mediante presentación fundada, por toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública. Estas mismas personas pueden por su puesto ser partes en la audiencia que se convoque;⁵⁹ las personas jurídicas participan por medio de sus representantes, los que acreditarán representación mediante el instrumento correspondiente (que el decreto, en innecesario formalismo, requiera que sea debidamente certificado); se admite la intervención de un sólo orador por persona jurídica. Las personas físicas pueden actuar por sí o por representación, pudiendo ser asistidas por patrocinio letrado.⁶⁰

5. *Mediación o inmediación*

La conciliación de los diversos elementos en juego se realiza conjugándolos con los principios de delegación procesal y un adecuado equilibrio entre los principios

⁵⁹ El art. 18 establece un registro para la inscripción y la incorporación de informes y documentos con una antelación no menor a quince días corridos a la audiencia.

⁶⁰ Ver BRUNO DOS SANTOS, FERNÁNDEZ LAMELA, y LÓPEZ OLVERA, , *op cit.*, pp. 91-113.

de oralidad y escritoria, dentro del marco contradictorio e informal de todo el procedimiento y con debido respeto a la garantía del debido proceso en sentido sustancial y material.

Si se optara por la intermediación total, bajo el principio *He who decides must hear*, entonces la preaudiencia se limita a ser un ordenamiento previo de la secuencia previsible de las exposiciones, quiénes expondrán, cuándo, etc. El rol real a desempeñar en esta hipótesis por el órgano puede variar dentro de una gama que llega hasta la total y plena intervención instructoria a lo largo de todo el procedimiento: Mezclando sus propias preguntas con las de las partes y formando *ab initio* los propios elementos de juicio con los cuales tendrá luego sustento fáctico suficiente para la decisión a adoptar. En tanto el órgano instructorio tenga personalidad y un cabal conocimiento de los hechos, no necesariamente es un procedimiento objetable. Sólo cabe tener una adecuada dosis de cautela con él.

En otra alternativa el órgano que dirige la audiencia trata de que primero se agote la actividad probatoria de las partes para pasar recién al final a su propia actividad instructoria, que resulta así posterior a la producción de la prueba. Desde luego, esto es exactamente una inversión del orden de la prueba en el sumario disciplinario y en el penal, en que primero el instructor produce la prueba de oficio y recién entonces, una vez agotada la etapa instructoria, se produce luego, por la defensa, la prueba de descargo. En el último caso comentado, la prueba de los particulares se produce primero y la del instructor después, en tanto que en el procedimiento que describimos en el apartado precedente, ambas etapas se dan en forma simultánea, a discreción del órgano, pero en todo caso nunca precediendo la actividad instructoria a la actividad probatoria de las partes.

Las sucesivas intervenciones de las partes irán ilustrando progresivamente al órgano de decisión, sin comprometer ni siquiera implícitamente una posición y sólo al concluir la etapa probatoria privada, cuando ya están definidos en la mente de los funcionarios cuáles son los puntos oscuros o que no han recibido suficiente prueba, pueden pasar a la actividad instructoria o de oficio previa a la clausura de la audiencia pública y antes de la decisión final. Ello puede hacerse antes o después de producidos los alegatos de las partes. Una opción intermedia es delegar⁶¹ el máximo de actividad probatoria privada e incluso instructoria para la preaudiencia, en un procedimiento que sería entonces sustancialmente escrito en los primeros pasos de aplicación de la audiencia pública. En este criterio, en el procedimiento de la preaudiencia deberá fomentarse la presentación escrita y completa o detallada de todo cuanto las partes tengan a bien argumentar o probar, con la mayor latitud posible y con contralor de todas las partes presentes.

⁶¹ A nivel nacional el decreto 1.172/03, anexo I, en su art. 37 faculta a la autoridad convocante a encargar la realización de estudios especiales relacionados con el tema tratado en la audiencia pública, tendientes a generar información útil para la toma de decisión.

Tal como señalamos antes, el intercambio de *e-mails* y la publicación en Internet han producido resultados a nuestro juicio aceptables.

Incluso la deposición de los testigos puede realizarse en esta etapa de la preaudiencia, admitiendo las preguntas y repreguntas de las partes y eventuales preguntas del instructor de la preaudiencia. En este esquema, al realizarse la audiencia pública se tiene ya producida por escrito la totalidad o al menos la parte sustancial de la prueba y sólo quedan para el procedimiento oral las manifestaciones sumarias que en forma verbal realicen las partes conforme al tiempo que se les acuerde, destacando los aspectos de prueba o de derecho que a su juicio correspondan.

Cabe reconocer que si el número de partes es muy amplio la posibilidad de debate sereno disminuye, lo mismo que si el tema está muy presente en la opinión pública. El debate puede realizarse en forma previa a los alegatos orales y sus réplicas y dúplicas, o iniciarse la audiencia pública en forma directa con los alegatos orales y pasar luego el órgano que dirige la audiencia a ordenar las pruebas de oficio que estime pertinentes, o formular las preguntas que estime del caso a las partes, o llamar nuevamente a los testigos para nuevas preguntas de oficio, etc.

La ventaja de este procedimiento, a nuestro modo de ver, es que el expediente llega con suficientes elementos de juicio, virtualmente completos, como para que el órgano pueda apreciar si tiene o no aclarados todos los aspectos y puntos de vista que le importe tener esclarecidos, para pasar entonces directa y simplemente a los alegatos, preguntas a las partes y cierre de la audiencia, o para completar los aspectos instructorios que a su juicio puedan haber quedado pendientes.

Lo expuesto permite manejar el procedimiento sin adelantar hipótesis alguna sobre la decisión final, lo cual no sólo impide la posible objeción de prejuzgamiento sino también la eventual imagen pública implícita de un posible decisorio que luego no sea el que finalmente resulte de las deliberaciones del Directorio de Ente.

Esto también se resuelve si se delega en un particular desinteresado del tema la instrucción de la audiencia: Sus puntos de vista no comprometerán en ningún caso a la autoridad. Es ésta una nueva modalidad de trabajo profesional que se ha extendido bastante.

6. Instrucción

Parafraseando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes, sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio.”⁶² No se trata

⁶² Fallos, *Luis César Rojo*, 215: 357, 1949, con cita de 193: 405; 198: 78, explicado en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 92 y ss. y sus referencias; ampliar *supra*,

tan sólo de cumplir los pasos procedimentales y tener la organización adecuada del espacio, sino dar también vida al principio de la audiencia pública.⁶³ No se trata de atarse a estrictos cánones reglamentaristas preconcebidos, sino de tener presente la necesidad de asumir la responsabilidad tanto del cumplimiento de los principios generales del procedimiento de audiencia pública como de satisfacer la esencia del objetivo buscado por la ley y la Constitución.

Lo primero que debe establecerse es que la supuesta distinción que algunos autores formulan entre el sistema europeo y el sistema americano, en que el segundo sería más “adversarial” que el primero, no se ajusta a la realidad. Dado que se trata de un procedimiento administrativo, cabe respetar el pleno derecho de las partes a producir todas las pruebas que hacen a su derecho, con carácter contradictorio y contralor de la producción de la prueba, etc.⁶⁴ y cumplimentar al mismo tiempo el carácter de oficialidad e instrucción. La tarea de quienes tienen a su cargo el procedimiento de audiencia pública debe cumplimentar con el otorgamiento de la más plena y amplia producción y contralor de la prueba por las partes interesadas y con una amplia actividad instructoria pero imparcial e independiente de los órganos del proceso.

7. *Forma y sustancia*

WADE destaca ¡cuánto de la sustancia reside en la forma! Ello es particularmente así en el caso de las audiencias públicas. Pero cuando le damos su importancia a la forma como indicador de la sustancia no nos estamos refiriendo a un desiderátum de reglamentación detallada. Debemos evitar la reglamentación minuciosa del procedimiento, pues el exceso de previsión normativa coarta la libertad de decisión del funcionario que preside la audiencia y lo transforma en un burócrata más. Dirigir una preaudiencia o audiencia pública supone necesariamente asumir responsabilidades en forma pública y ningún reglamento podrá ni deberá procurar eludir dicha responsabilidad a cambio de una norma precisa que regule y predetermine lo que ha de resolverse en una audiencia que por necesidad debe ser dinámica y flexible. Una audiencia pública realizada ineficazmente bajo procedimientos muy reglados no salvará al ente de ver anulados sus actos por la justicia, por defectuoso o ineficaz cumplimiento de los principios rectores de la audiencia pública que era requisito previo de validez de su acto. En suma, se debe evitar el excesivo reglamentarismo del procedimiento de audiencia pública y dejar

cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” § 10.4, “Elementos de la garantía de la defensa.”

⁶³ P. ej., Perú, art. 184 inc. 4): “La autoridad instructora debe explicitar, en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación.”

⁶⁴ Un análisis de la audiencia pública como requisito del debido proceso en SCHEIBLER, GUILLERMO, “Algunas cuestiones relativas al procedimiento de designación de magistrados en la Ciudad de Buenos Aires,” nota al fallo *Spisso, LL*, 2002-D, 740.

en cambio librado en amplia medida al instructor, bajo la guía de los principios generales del procedimiento (debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo, publicidad, oralidad, informalismo, contradicción, participación, congruencia, instrucción e impulsión de oficio, imparcialidad, economía procesal y gratuidad), la dirección concreta del procedimiento, prestando atención a sus aspectos prácticos y materiales en el cumplimiento de los principios jurídicos enunciados.

