

Servicios Públicos y Audiencias ¿Públicas?

Por DANIELA ALETTI y LEONARDO TOIA

1. Planteo

La Ciudad en todos sus planos normativos establece, entre otros, el procedimiento de audiencia pública¹.

Ya en otra oportunidad² desarrollamos los aspectos y características de la ley 6,³ y concluimos que, en la práctica institucional, su objetivo y finalidad, en muchas ocasiones, no se alcanzan.

En el plano de los servicios públicos,⁴ como sabemos, también hay disposiciones diversas sobre la participación ciudadana y la audiencia pública.

Puntualmente sobre la cuestión, el art. 13 de la ley n° 210 dispone que: “La convocatoria y realización de Audiencia Pública es obligatoria antes del dictado de resoluciones en las siguientes materias:

- a. Conductas contrarias a los principios de libre competencia o abuso de situaciones derivadas de monopolio natural o de posición dominante en el mercado.
- b. Cuando las obras a realizar por un prestador amenacen interferir o interfieran con la normal prestación de alguno de los servicios o afecten el ambiente.

¹ Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. II, “Derechos de incidencia colectiva”, esp. § 10.5, “El derecho a la previa audiencia pública”, pp. 30-3, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva”, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública”, § 4, “Partes”, pp. 15-6; GORDILLO, AGUSTÍN; LOIANNI, ADELINA; FLAX, GREGORIO; GORDO, GUILLERMO A.; LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO; FERREIRA, MARCELO; TAMBUSSI, CARLOS E.; RONDANINI, ALEJANDRO y GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, cap. VIII, “Derechos de incidencia colectiva”; de acceso gratuito en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar.

² DANIELA ALETTI- LEONARDO TOIA, “Audiencias públicas: Sólo para entendidos”, *LL, SJDA*, 2007 (mayo), 1.

³ *BOCBA* 420, 03-IV-1998.

⁴ Ampliar en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. VI, “Servicios Públicos.”

- c. Cuando una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un prestador sea considerada, con fundamento como inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial, según la naturaleza del servicio o cuando se considere alterado el principio de razonabilidad y justicia tarifaria; asimismo en caso de solicitud de modificación de la tarifa.⁵
- d. Cuando sea modificado el reglamento del servicio o los términos del contrato original en la relación usuario - empresa - Estado.

El Poder Ejecutivo a requerimiento del Ente convoca a audiencia pública no vinculante en los casos señalados precedentemente, como asimismo en los casos en que deba resolver cuestiones de naturaleza técnica o regulatoria en el ámbito de su competencia específica. La convocatoria y el procedimiento de la audiencia se llevarán a cabo según el trámite dispuesto por la Ley N° 6 salvo en lo referido a la presidencia de la misma que quedará a cargo del Presidente del Ente o de quien legalmente lo reemplace.”

2. *El discurso y las audiencias*

Dice ALEXY que “la idea básica de la Teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos con una pretensión de rectitud.”⁶

Recuerda RUSSO que “el discurso, tanto sea el cotidiano cuanto el científico, el informativo o el directivo, deben ser interpretados. Pero, además, el propio discurso es una interpretación de ciertos signos [...] Porque lo observado es también ambiguo [...]

⁵ Ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. VI, “Servicios Públicos”, § 4.1, “La audiencia pública como garantía constitucional del usuario”, p. 23: “La modificación de la tarifa requiere de una audiencia pública para la defensa de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo. Este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.”

⁶ ALEXY, ROBERT, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 47. Sobre la cuestión del derecho como “sistema” abierto remitimos a RUSSO, EDUARDO ÁNGEL, *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, 3ª ed., caps. VII, VIII y IX. Hacemos propias sus reflexiones sobre el fenómeno jurídico, en sentido que aquel “forma parte del más amplio ámbito de lo social, por lo que un estudio que pretenda no ser reduccionista debe estar atento a los avatares que sufran las ciencias sociales en general [...] La negación del principio de neutralidad científica obliga a reconocer que el observador es parte interesada del fenómeno observado [...] El abandono tanto de la «razón sustantiva» propia del mundo antiguo, cuanto de la «razón instrumental» y de la «razón histórica» del mundo moderno, solamente en la medida de su pretensión de herramienta única, universal y absoluta para la obtención de «verdades», y su reemplazo por una «razón hermenéutica» entendida como la búsqueda y el estudio de las «buenas razones» por las que, bajo ciertas circunstancias, un sentido o un significado resulta preferible a otros” (*Teoría ...*, *op. cit.*, p. 351).

la racionalidad hermenéutica es la búsqueda de buenas razones para la preferencia de una interpretación sobre otra.”⁷

A partir de ello, podemos definir la audiencia como una instancia discursiva que requiere para la conformación de la decisión —como mínimo— la sujeción a ciertas pautas: *(a)* todo el que tiene un interés puede tomar parte, *(b)* todos pueden introducir sus argumentos, *(c)* todos pueden exteriorizar sus críticas y necesidades, *(d)* la decisión debe fundar cuáles son sus “buenas razones.”⁸

Estas reglas, responden, a nuestro juicio a un estado de derecho.⁹ Ahora bien, las audiencias públicas, son parte del discurso democrático que —en la actualidad constitucional— se conforma con la participación de todos los que tengan interés, debiendo ser la decisión la resultante del confronte entre los distintos argumentos que se aporten en el procedimiento previo a aquélla.

Por tanto, si bien la audiencia pública es uno de los mecanismos en los cuales participa la sociedad civil aportando argumentos para avalar o no el proyecto de decisión para el que se la ha convocado, la realidad muestra que existen problemas centrales en esta institución que anula su finalidad, toda vez que los ciudadanos terminan no siendo participantes activos del discurso.

No hay audiencia sin convocatoria y no hay efectiva participación si la información que se brinda es insuficiente y, mucho menos, si es confusa o indescifrable por su alto contenido técnico.

En el llamado a la audiencia, naturalmente, tiene que estar claramente reseñado el objeto, brindándose la información de un modo que sea comprensible para la ciudadanía en general y, asimismo, su difusión tiene que ser amplia.

⁷ RUSSO, *op. cit.*, p. 321.

⁸ Debemos reiterar que la autoridad se encuentra obligada a explicitar las razones por las que desestima o admite los argumentos brindados por los participantes de la audiencia, no siendo ésta —por tanto— una instancia meramente formal de participación, sino todo lo contrario. Está obligada a fundar sus “buenas razones” lo cual comprende la obligación de precisar por qué no son admitidas las observaciones de los participantes.

Ver CCAYT CABA, Sala II, *in re* “Comercio de Maderas S.A. y Denali S.A.”, de fecha 08-XI-2001.

⁹ JNFed. CA N° 6, *in re* “*Isser Mune*”, sentencia del 10-VIII-2005. Obviamente que tomar parte en la decisión, exige de deberes previos, para el Estado y el ciudadano. Por un lado, los canales de participación ciudadana no deben constituir una mera garantía adjetiva, ritual y nominal; por otra parte, “el ideal democrático prevé una ciudadanía atenta a los desarrollados de la cosa pública, informada sobre los acontecimientos políticos, al corriente de las principales cuestiones, capaz de elegir entre las distintas alternativas propuestas y comprometida de manera directa o indirecta en forma de participación.” SANI, GIACOMO, *Voz: participación política, Diccionario de Política*, BOBBIO NORBERTO y otros, citado por la Sala II de la CCAYT CABA, en la causa “Comercio de Maderas”, de fecha 08-XI-2001, cons. 10.1.

Es que si no se conoce para qué es el llamado, ni se pueden comprender los *puntos críticos* a debatir, la participación será simplemente “nominal”, aparente pero no real.

De tal modo, se transforma la riqueza práctica e institucional de la audiencia pública (legitimar democráticamente una decisión) en un recaudo ritual.

3. Pero qué se informa en la audiencia y quién lo decide

Los ciudadanos actualmente no son verdaderos participantes activos en la formación del discurso que supone el instituto de la audiencia pública, debido —entre otros problemas— a *la falta de determinación de los aspectos centrales del debate*, no desde un enfoque técnico sino conciso y concreto, que precise la cuestión a tratarse.

En materia de servicios públicos, evidentemente, se intensifica el problema debido al alto grado de tecnicismos interdisciplinarios (jurídicos, económicos, ambientales, etc). Por tanto es, en esta materia, particularmente, que adquiere suma relevancia resolver cuál es y cómo se debe brindar la información, suficiente y adecuada, para que los ciudadanos puedan comprender el núcleo central del tema a resolver y sus proyecciones.

Es, entonces, necesario establecer *cómo* se debe definir *qué* información se ha de brindar a los usuarios al momento de convocarse la audiencia y, para el supuesto en que estén involucradas cuestiones técnicas o científicas, *qué* profesionales *deberán* intervenir como expertos para *hacer posible y facilitar la comprensión del asunto*.¹⁰ De allí que nos preguntemos, si tales extremos tienen que ser fijados —unilateralmente— por los órganos burocráticos de la Administración, o en este caso, del Ente o si es conveniente, en cambio, que previo al llamado intervenga —veremos con qué alcance— alguna instancia más que otorgue legitimación democrática a la *programación y definición* de los aspectos centrales de la audiencia, transformando en *discusión* y, en definitiva, en decisión verdaderamente fundada, lo que hoy es, producto de una viciada práctica institucional.

¹⁰ La norma establece que se podrá invitar a expertos a fin de que faciliten la comprensión del tema a debatirse (arts. 39 y 40, ley 6). Sin embargo, para nosotros el “podrá” se transforma en “deberá”, habida cuenta que cuando median cuestiones técnicas es un imperativo que sean

4. Legitimar “democráticamente” el discurso como paso previo

Parece necesario —entonces— que el “escenario” previo¹¹ sea un eslabón más del discurso en el proceso democrático, y no una mera definición de cuerpos burocráticos. No decimos que haya una suerte de audiencia antes de la audiencia, pero sí que los *puntos críticos* a ser tratados sean definidos mediante un procedimiento que salvaguarde los intereses de la sociedad civil de poder —efectivamente— tomar parte del debate, de manera que la información dada a conocer a través de la convocatoria pueda ser expresada de forma sencilla, para que todo aquel interesado en participar pueda hacerlo, sin que la presencia se reduzca a los “entendidos”, es decir, a los que están en tema y al tanto.

Se nos ocurre que, a tales fines, el Defensor del Pueblo, es el órgano constitucional idóneo para *asesorar* y *aconsejar* en la programación de los diversos aspectos de la audiencia a celebrarse, de modo que la información que se comunique resulte adecuada, comprensible, sin exceso de tecnicismos o, en su caso, que se designen los expertos necesarios, que deban intervenir para que los *puntos críticos* puedan ser objeto de verdadera discusión.

En tal orden, parecería adecuado que el Defensor, que es quien tiene por función velar por el respeto de los derechos humanos contra la disfuncionalidad administrativa, sea quien *recomiende* y *colabore* en la diagramación de la audiencia.

No decimos que decida por sí; sino simplemente que *aconseje* al órgano técnico para que la audiencia sea un efectivo canal de participación del proceso democrático.

Demás está decir que el hecho de que la autoridad no siga los consejos del Defensor del Pueblo no tornarían por sí ilegítimos tal proceder, pero deberá ser fundada la elección de no atenderlos. En efecto, si de la audiencia llevada a cabo surge que no hubo una efectiva participación ¿acaso ello no llevaría a la ilegitimidad de la decisión por violación al procedimiento constitucional establecido? Entendemos que sí,¹² toda vez que aquéllos tienen, en la especie, una finalidad sustancial y no ritual.

comprendidas por los ciudadanos, de forma que haya realmente participación y se conozcan todos los aspectos del debate. Lo contrario, necesariamente, vicia el procedimiento.

¹¹ Ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, § 1.2, “La doble naturaleza «pública» de la audiencia pública”, p. 8 *in fine* y § 3.1, “La preaudiencia”, pp. 13-4.

¹² No se nos escapa la dificultad de acreditar ese extremo, pero si se logra probar (bien sea por medio de las actas labradas, testimonios, etc.) que la participación fue ritual y se retaceó información o no se la brindó adecuadamente, en tal caso entendemos que el procediendo se encuentra viciado, trasladando su ilegitimidad a la decisión final. Ampliar en GORDILLO,

En definitiva, si se comprueba que la audiencia se frustró, por carecer los ciudadanos de la información adecuada y oportuna, también se malogra la decisión así tomada, por omisión —como dijimos— de cumplir de forma sustancial con el procedimiento previo. Una participación signada por el “nominalismo” quiebra el espíritu y la letra de la Constitución de la Ciudad.

5. Posibles objeciones

Si bien puede objetarse que de implementarse el mecanismo aquí propuesto se incrementaría el costo y los tiempos ya extensos de las audiencias públicas, lo cierto es que el “costo económico” no lo advertimos y en ningún caso supera los beneficios que la *participación* implica.

Respecto al tiempo o extensión de los trámites, creemos que no es más que seguir utilizando la burocracia en un doble rol, pues a las consecuencias ya conocidas de ella se le suma el servir de excusa anticipada a nuevos aspectos a introducirse como valla a cambios y progresos, afectando así, doblemente, la eficacia del instituto.

6. Propuesta

Para que la audiencia pública constituya una verdadera instancia de participación, debe legitimarse¹³ democráticamente su etapa previa, el “antes” de ella,

Tratado de derecho administrativo, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, § 1.1, p. 4: “No es posible subsanar judicialmente la previa indefensión [...] 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 posible de cumplirse en sede judicial, ni siquiera con la acción de clase”; § 1.1, p. 6 y § 1.4, p. 10: “El incumplimiento o defectuoso cumplimiento del precepto de la audiencia pública es causal de nulidad absoluta e insanable del acto. Ello surge de lo dispuesto en el art. 14 del decreto-ley 19.549/72 y de 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.”

¹³ Ver RUSSO, EDUARDO ÁNGEL, *Il Terzo Scacchiere. Una approssimazione alle teorie dello Stato e del Diritto a partire dalla Teoria dei giochi*, Verona, CEDAM, 2003, con prólogo de GIANNI VATTIMO; “Legitimidad, racionalización, eficacia y consenso. (Acerca de los conceptos básicos de las teorías del Estado y del Derecho)” en FACULTAD DE DERECHO y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 43 y ss.; *Teoría General del Derecho*, *op. cit.*, cap. X, “Derecho y poder”, pp. 297-316.

habida cuenta que sin conocimiento no hay debate, y sin éste es *ilegítima* la decisión adoptada.

Se trata de que la administración *verdaderamente oiga* las razones expuestas por los administrados, con lo cual la publicidad del llamado debe ser lo suficientemente clara y precisa como para que *todos* los que deseen tomar parte del discurso, puedan hacerlo.

De modo que para que los puntos esenciales del proyecto no se pierdan en tecnicismos e información superflua, sobreabundante o demasiado compleja, será sin duda *útil y efectivo* contar con el *asesoramiento* del Defensor del Pueblo, en el proceso de *determinación* de los datos que los ciudadanos deben conocer para ser parte activa en la toma de decisiones, en lugar de meros espectadores¹⁴ que luego sufran las consecuencias de la puesta en marcha de aquellas *en la que debieron participar pero no pudieron hacerlo*.

Claro que para que una audiencia sea *pública* no basta con calificarla así, su convocatoria también debe serlo, así como la información que en ella se brinde.

¹⁴ Ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, § 1.2, “La doble naturaleza «pública» de la audiencia pública”, p. 8.