

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN CLAVE INDIVIDUAL Y EN CLAVE COLECTIVA

Por Homero Miguel Villafañe

AGRADECIMIENTOS

Ante todo deseo poner de manifiesto mi agradecimiento a los organizadores de este evento –particularmente al profesor y amigo, Carlos Alfredo Botassi, a quien desde hace muchos años acompaño en la Cátedra-, por la generosidad de invitarme a exponer en un ámbito tan destacado.

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es insistir sobre la trascendencia de un adecuado procedimiento administrativo como tránsito necesario para la construcción de decisiones en el ejercicio de la función administrativa, particularmente a propósito de los cambios operados desde su concepción hasta el presente.

La exposición no pretende originalidad.

El camino teórico ya fue trazado por distinguidos profesores; existen pautas, orientaciones y compromisos asumidos en diversas Cartas Iberoamericanas que impactan en la temática; los órganos jurisdiccionales -nacionales y supranacionales- han aportado lo suyo en diversos precedentes, e inclusive existen antecedentes novedosos en el derecho comparado¹.

No obstante, por lo menos en Argentina –tanto en el ámbito federal, como en la Provincia de Buenos Aires-, pese a haberse convocado una y otra vez a comisiones de juristas a elaborar diversos proyectos de reforma a las leyes de procedimiento administrativo (el Dr. Botassi –que ha sido parte- puede dar fe de ello), no ha habido, en el derecho positivo, avances concretos.

En consecuencia, como anticipara, la propuesta es insistir en tal necesidad, particularmente en lo relativo a la elaboración de actos de alcance general.

¹ Vgr. Ley Española 39/2015, de 1° de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

I- INTRODUCCIÓN

1. Como sabemos, la toma de decisiones estatales está sujeta a formas: la ley se construye siguiendo las pautas del procedimiento parlamentario; la sentencia siguiendo las formas establecidas en los códigos procesales; el acto administrativo (utilizada esta expresión en sentido lato) debe resultar fruto de un procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo, entonces, se erige como el instrumento concebido para la construcción de decisiones que se adoptan en el ejercicio de la función administrativa.

En el sentido indicado, se ha señalado ilustrativamente que “*el procedimiento administrativo es la sucesión legamente ordenada de actos y hechos, tendientes al nacimiento de una decisión, final materialmente administrativa*”² o bien que “*es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado*”³.

El profesor Agustín Gordillo ha definido al procedimiento administrativo como “*la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, p. ej. una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados*”⁴.

² BOTASSI, Carlos A. OROZ, Miguel “Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, segunda edición corregida, actualizada y ampliada, LEP, 2011, pág. 19 y sigs.

³ COMADIRA, Julio Rodolfo “Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos anotada y comentada” Tomo I, Editorial La Ley, 1º edición, Buenos Aires, 2003, pág. 3;

⁴ GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, Capítulo IX-8, pág. 396 (puede consultarse en www.gordillo.com).

El procedimiento administrativo debe cumplir dos funciones principales y complementarias: garantizar jurídicamente los derechos de los ciudadanos, a la vez que el acierto y eficaz satisfacción de los intereses colectivos⁵.

En palabras de la Suprema Corte de Justicia bonaerense “*el procedimiento administrativo se presenta como un conjunto de hechos y actos concatenados que se hallan dirigidos hacia la adopción de una decisión final. Ahora bien, el desarrollo del mismo no debe ser caótico ni puede resultar arbitrario, debe aparecer ordenado en un determinado sentido ya que el respeto de las distintas etapas resulta necesario no sólo para la eficacia de la tarea administrativa sino para la preservación de la legalidad objetiva y el efectivo ejercicio del derecho de defensa en favor de los administrados*”⁶.

2. Ciertamente es que a diferencia de las otras dos funciones estatales, la función administrativa es heterogénea y multiforme porque sus cometidos dependen de contingencias de tiempo y lugar, de la cultura jurídica de cada época.

En efecto, la función administrativa, entendida –desde una perspectiva material u objetiva- como *aquella actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran*⁷, conlleva –supuestas las habilitaciones constitucionales y legislativas necesarias- la difícil tarea de conjugar los tres tipos de justicia de las que hablaban Aristóteles⁸ y Santo Tomás⁹: en ocasiones estableciendo relaciones de tipo conmutativas (vgr. contratos administrativos), en otras exigiendo a cada uno en favor de todos, esto es imponiendo la justicia legal o general (vgr. cargas públicas, impuestos) y por fin practicando la justicia distributiva, dando a cada uno según sus necesidades (vgr. acciones de fomento, otorgamiento de subsidios).

⁵ GARCIA DE ENTERRIA – FERNANDEZ, “Curso de derecho Administrativo”, Civitas, Tomo II, pag. 383. BEZZI, Osvaldo Héctor “La importancia institucional del procedimiento administrativo en la función pública”, en D’ARGENIO (Directora) “Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia”, LEP, La Plata, 2007, pág. 218 y sigs.

⁶ SCJBA, causa B-65.207 “Suarez Acosta”, sent. del 12-IX-2003

⁷ MARIENHOFF, Miguel Santiago “Tratado de Derecho Administrativo”, 5ª edición, 2º reimpresión, Abeledo Perrot, 2011, pág. 60 y sigs.

⁸ ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco”, Libro V “La Justicia”.

⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, “Summa Theologiae”, segunda sección de la segunda parte, quaestio 57 a 122.

Por cierto, al ejercerla no se reconoce a sus gestores un fin propio o en sí; su despliegue es en el interés ajeno, en tanto consiste en procurar el bien común *entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección*¹⁰.

3. No se nos escapa que en numerosas ocasiones la satisfacción de las necesidades generales se concreta en el ámbito de la actividad prestacional, mediante actuaciones materiales de los funcionarios públicos (vgr. el médico o la enfermera que atiende al paciente en el Hospital; el profesor que imparte su clase en la escuela; el policía que lleva a cabo tareas de prevención; el bombero que acude a extinguir un incendio; etc.).

Aunque a primera vista en tales circunstancias el derecho pareciera ausente, una mirada más profunda deja en evidencia que ello no es así. Dejando de lado que en ocasiones dichos funcionarios pueden emitir actos administrativos (vgr. el médico cuando dispone la internación o el alta del paciente; el profesor cuando formula la evaluación final del alumno; el policía cuando emite la voz de alto o cuando desvía el tránsito), las aludidas actividades materiales resultan –o deberían resultar– el producto final preconcebido y consecuente de un diseño estratégico y planificado, plasmado en la normativa que las disciplina.

Con ello quiero significar que las conductas de quienes encarnan cotidianamente la satisfacción de los cometidos públicos están –o deberían estar– previamente establecidas en leyes, reglamentos, protocolos o manuales de procedimiento.

De tal modo, al tiempo de generar seguridad-certeza respecto de lo debido (tanto para el ciudadano como para el propio funcionario), se facilitaría el establecimientos de estándares de control y, a partir de sus resultados, definir las modificaciones que fueren menester, asignar las responsabilidades pertinentes, etc.

4. Concentrándonos ahora en las decisiones que pueden ser adoptadas en el ejercicio de la función administrativa, podemos distinguir entre: **i)** aquellas destinadas a producir efectos directos e inmediatos sobre uno

¹⁰ Juan XXIII, Carta Encíclica “Pacem in terris”, 58; CSJN, Fallos 296:65.

o varios interesados o afectados individuales (actos administrativos); **ii**) las dispuestas para proyectar sus efectos sobre gran parte o toda la comunidad, esto es, un conjunto indeterminado o indeterminable de interesados o afectados (actos de alcance general [sean normativos o no normativos]) y **iii**) aquellas que tienden a establecer vínculos contractuales o convencionales.

Cada una de ellas debe ser el resultado de un tránsito procedimental.

En la Provincia de Buenos Aires la norma general sobre procedimientos administrativos vigente, Decreto ley 7647 del año 1970 –con algunas modificaciones menores–, se dedica, en detalle, a regular los diversos aspectos del trámite tendiente al dictado de actos administrativos. Lo mismo acontece en el ámbito federal¹¹.

Sobre los actos de alcance general la regulación provincial sólo contempla, en el capítulo XV, algunas pautas básicas acerca de su inicio¹², instrucción¹³, posibilidad de participación mediante un pedido de información pública¹⁴, etapa de asesoramiento y control¹⁵ y eficacia¹⁶. La regulación federal sobre el punto es aún más parca¹⁷.

¹¹ Ley 19.549 de procedimientos administrativos y su Decreto Reglamentario 1759/72 –y sus modificatorios–.

¹² *Art. 120: La elaboración de actos de carácter general, reglamentos administrativos y de anteproyectos de ley, se iniciarán por el ente u órgano de la Administración que disponga el Poder Ejecutivo; art. 122: Toda iniciativa que modifique o tienda a sustituir normas legales o reglamentarias, deberá ser acompañada de una relación de las disposiciones vigentes sobre la misma materia y establecerá expresamente las que han de quedar total o parcialmente derogadas. Cuando la reforma afecte la sistemática o estructura del texto, éste se reordenará íntegramente.*

¹³ *Art.121: El órgano delegado realizará los estudios y obtendrá los informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la iniciativa, acumulando los dictámenes y consultas evacuadas, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación.*

¹⁴ *Art. 124: La iniciativa podrá ser sometida a información pública por disposición y plazo que señale el Poder Ejecutivo. En este caso, podrá concederse a las organizaciones profesionales y gremiales, y demás entidades que ostenten la representación de intereses de carácter general, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe. Igualmente, se podrá requerir informes a sociedades o personas ajenas a la Administración.*

¹⁵ *Art. 123: Los proyectos de actos de carácter general serán sometidos como trámite final, al dictamen jurídico del Asesor General de Gobierno y la vista del fiscal de Estado.*

¹⁶ *Art. 125: Los reglamentos administrativos producirán efectos jurídicos a partir del día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial” de la Provincia, si en ellos no se dispusiere la publicación por otro medio.*

Art. 126: Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior, los reglamentos que se refieren a la estructura orgánica de la Administración, normas o instrucciones de procedimiento interno, que entrarán en vigencia sin necesidad de aquella publicación.

¹⁷ Impugnación de actos de alcance general (art. 24 de la ley 19.549 y arts. 73, 83 y ccdtes. del Decreto 1759/72); eficacia (arts. 103 y 104 del Decreto 1759/72).

Por su parte, los procedimientos tendientes a la celebración de contratos tienen su regulación específica¹⁸.

¹⁸ En la Provincia de Buenos Aires, principalmente, ley 7764 de Contabilidad y su Decreto Reglamentario n° 3300/72 -T.O. Decreto 89/07- (para suministros; locaciones de inmuebles) ; Ley 6021, de Obras Públicas y su Decreto Reglamentario n° 5488/59 -T.O. Decreto n° 4536/95- (obras públicas); y a la espera del dictado de la reglamentación a que se encuentra condicionada la entrada en vigencia de la nueva normativa en materia de contrataciones públicas, ley 13.981 “Subsistema de Contrataciones del Estado” (art. 33).

En Nación a través del Decreto n° 1023/01 y su Decreto Reglamentario n° 1030/16 (régimen general); Ley 25.164 y su Decreto Reglamentario n° 1421/02 (empleo público); Ley 13.064 (obra pública); Ley 17.520 (concesión de obra pública).

Respecto de la trascendencia de la observancia de los procedimientos establecidos por la ley, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –seguida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires- es rigurosa: *“la validez y eficacia del contrato se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”* (“Hotel Internacional Iguazú” sent. del 22-IV-1986, Fallos 308:618; “Vicente Robles”, sent. del 30-III-1993, Fallos 316:382). Tal doctrina posteriormente fue precisada estableciéndose que: *“la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”* (“Mas Consultores”, sent. del 1-VI-2000, Fallos 323:1515; “Servicios Empresarios Wallabies”, sent. del 11-VII-2000, Fallos 323:1841; “Ingeniería Omega”, sent. del 5-XII-2000, Fallos 323:3924; “Carl Chung Ching Kao”, sent. del 25-IX-2001, Fallos 324:3018; “Magnarelli”, sent. del 10-IV-2003, Fallos 326:1280; “Laser Disc”, sent. del 1-IX-2003, Fallos 326:3206; “Indicom”, sent. del 10-II-2004, Fallos 327:84; “Punte”, sent. del 21-III-2006, Fallos 329:809; “Cardicorp”, sent. del 27-XII-2006, Fallos 329:5976; “Sciarmella”, sent. del 4-VIII-2009, Fallos 332:1651; “Case”, sent. del 5-X-2010 (C. 482. XLIII); “Lix Klett”, sent. del 31-VII-2012 (L. 249. XLV).

II- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN CLAVE INDIVIDUAL

1. Tal vez por una mirada en exceso individualista o por una traslación indebida de los límites de la función jurisdiccional que le sirviera de fuente (ausente, por entonces, el moderno fenómeno de los procesos colectivos), lo cierto es que la participación del ciudadano en la construcción de las decisiones administrativas se ha visto circunscripta a los actos administrativos que pueden afectarlo en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Seguramente ha pesado para ello una concepción acerca del modo de ejercicio del poder, que ha tenido su traducción en el ámbito jurídico.

Así, sin otra pretensión que brindar unas pinceladas, podemos afirmar que en tal esquema originario:

- i)** el ejercicio de la función administrativa estuvo exclusivamente asignado a las Administraciones Públicas;
- ii)** la interpretación del interés público estuvo confiada a los administradores de turno –a propósito de la forma representativa de gobierno-¹⁹;
- iii)** las fuentes del derecho administrativo fueron exclusivamente nacionales (e, inclusive locales, en países federales como Argentina);
- iv)** el estándar para asegurar tanto el interés público como el interés privado fue el respeto al principio de “juridicidad” –legalidad objetiva- en el obrar de la Administración;
- v)** en cuanto al procedimiento administrativo –como ya apuntáramos- el derecho positivo vigente regula, en sustancia, aquél que tiende al dictado de actos administrativos (efectos unilaterales individuales), alcanzando al “administrado” en sentido vertical descendente, siendo un reflejo de la concepción asimétrica de la relación Administración-administrado;
- vi)** consecuentemente, sólo reconoce condición de parte interesada en el procedimiento, a quien ostente determinada situación jurídica activa, personal y diferenciada, en clave básicamente individual: derecho subjetivo o interés

¹⁹ Art. 22 de la Constitución Federal Argentina: “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

legítimo²⁰; negándosele tal carácter en aquellos procedimientos relacionados con obras o servicios públicos o en las que administración obrare en ejercicio de facultades potestativas, o a los iniciados a partir de una denuncia²¹. Se desconoce la categoría de “derechos colectivos” o “de incidencia colectiva”, prevaleciendo el carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales (y por tanto, su inexigibilidad);

vii) el procedimiento es, en principio, escrito -formato papel-, monopolizando quien ejerce la función administrativa la información emergente de su desarrollo y conservación.

2. En el escenario descrito, en el que la autoridad competente decidirá unilateralmente, el procedimiento administrativo se constituye –como quedara expresado- en un instrumento garantizador tanto del interés individual comprometido, cuanto del propio interés público imbricado en cada decisión estatal.

A tales fines, durante su sustanciación deben observarse diversos principios (vgr. juridicidad, igualdad, razonabilidad, buena fe, impulso de oficio, instrucción de oficio, imparcialidad, búsqueda de la verdad material, contradicción, colaboración, sencillez, economía, eficacia, transparencia, debido procedimiento adjetivo, formalismo moderado a favor del ciudadano), así como el cumplimiento de actos o de sub-procedimientos considerados esenciales.

La inobservancia de tales exigencias -su omisión o grave afectación- redundarán en la nulidad del acto administrativo definitivo consecuente.

²⁰ Art. 3 Decreto PEN n° 1759/72: *“Iniciación del trámite. Parte interesada: El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo. También tendrán ese carácter aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente...”*. Art. 10 Decreto Ley 7647/70: *“La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona o entidad pública o privada, que tenga derecho o interés legítimo. El que instare ante la Administración Pública un procedimiento relacionado con obras o servicios públicos, o el que peticionare con el objeto de lograr una decisión de la Administración, comprendida en las facultades potestativas no será tenido por parte en el procedimiento; lo que se le hará saber”*.

²¹ Art. 84: *“El denunciante no es parte en las actuaciones, salvo cuando por la denuncia se pretenda a reclame algún derecho”*.

3. Focalizaremos el análisis de los dos últimos principios enunciados -por su trascendencia y particularidades en el ámbito administrativo-, para luego pasar revista somera a los actos o sub-procedimientos esenciales.

a) En cuanto al “debido proceso adjetivo”²², derivación del derecho de defensa y de la tutela administrativa efectiva, ha sido conceptualizado como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

Cabe descomponerlo en tres vectores principales:

i) *Derecho a ser oído*²³: que presupone la posibilidad de: tomar vista de las actuaciones a fin de conocer acabadamente los antecedentes de la cuestión, incluida la posibilidad de obtener copias; la interrupción de los plazos para presentar el descargo o interponer el recurso, hasta tanto el pedido de vista sea despachado y efectivizado; disponer de patrocinio letrado o de hacerse representar profesionalmente; exponer las razones o argumentos tendientes a defender su posición o reclamar el reconocimiento de derechos o intereses, antes de que la decisión sea adoptada y, en caso de ser adversa, recurrirla;

²² Art. 18 de la Constitución Nacional; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15 de la Constitución Provincial; CSJN “Astorga Bratch” (Fallos 321:4185); Corte Interamericana, Caso “Del Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, serie C n° 71, párr. 71; “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C n° 72, párr. 124 y sigs; caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sent. del 6 de febrero de 2001, serie C n° 74, párr. 104; caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19-IX-2006, Serie C n° 151, párrs. 114 y 116 a 119; caso “Vélez Loo vs. Panamá”, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, n°. 218, párr. 170; BOTASSI, Carlos “Debido proceso, fuentes supranacionales y procedimiento administrativo”, LL-2015-B-41; FERRER ARROYO, Francisco Javier “El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 14, n° 1, mayo de 2015, págs., 155 y sigs.; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2012; GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, capítulo IX, pág. 11 y sigs, HITTERS, Juan Carlos – FAPPIANO, Oscar “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, tomo II, volumen 1, capítulo IX, Ediar, Buenos Aires, 2012, pág. 461 y sigs.; SAGRARIO, Ramiro “El procedimiento administrativo a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, LA LEY 2016-A, 1096;

²³ Art. 1 inciso f) apartado 1 de la ley 19.549; arts. 38 y 76 del Decreto 1759/72; arts. 11, 13 del Decreto Ley 7647/70; doctrina SCJBA B-61.897 “Valente”, sent. del 6-II-2008; B-60.297 “Edea”, sent. del 25-III-2009; B-64.810 “Quiroga”, sent. del 7-VI-2010; B-63.718 “Ferrerres”, sent. del 26-X-2010; A-70.399 “Müller”, sent. del 10-XII-2014; B-63.949 “Busto”, sent. del 15-VII-2015 y sus citas; BOTASSI, Carlos “Debido proceso, fuentes supranacionales y procedimiento administrativo”, LL-2015-B-41.

- ii) Derecho a ofrecer, producir, controlar y alegar sobre la prueba²⁴:** que fuere pertinente para acreditar los hechos conducentes, en la búsqueda de la verdad real o material;
- iii) Derecho a una decisión fundada, en plazo razonable²⁵:** es decir, el acto administrativo debe asumir el tratamiento expreso de la cuestión o cuestiones propuestas, argumentando su estimación o desestimación en cada caso. No es sino la contracara de la exigencia -como requisito esencial de validez- de la motivación del acto administrativo²⁶.

Además supone que la decisión será adoptada sin dilaciones indebidas, para cuya ponderación –además de los plazos previstos²⁷- cabe tener presente: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procedimental del interesado, iii) la conducta de las autoridades y iv) el análisis global del procedimiento²⁸.

b) En cuanto al formalismo moderado que sólo opera a favor del ciudadano atendiendo a que éste tiene el derecho -pero no la obligación- de hacerse patrocinar jurídicamente, el ordenamiento impone que la Administración lo excuse de las inobservancias de exigencias no esenciales, que puedan ser satisfechas ulteriormente²⁹, a cuyo fin puede formularle los señalamientos o intimaciones pertinentes.

El principio de formalismo moderado garantiza un procedimiento administrativo dinámico, generador de una actividad realmente útil para el interés general, a condición de que sea aplicado de consuno con el principio de la buena fe, dando primacía a la verdad jurídica objetiva y a la legalidad objetiva.

Así, entre sus aplicaciones en la Provincia de Buenos Aires, pueden señalarse:

²⁴ Art. 1 inciso f) apartado 2 de la ley 19.549; Título VI del Decreto 1759/72 (arts. 46 a 62); art. 33 inc. e), 54, 55, 56, 58, 96 del Decreto Ley 7647/70.

²⁵ Art. 1 inciso f) apartado 3 y 7 inciso e) de la ley 19.549; art. 108 Decreto Ley 7647/70.

²⁶ Art. 7 inciso e) de la ley 19.549: “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; art. 108 del Decreto Ley 7647/70: Todo acto administrativo final deberá ser motivado y contendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho cuando: a) Decida sobre derechos subjetivos; b) Resuelva recursos; c) Se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

²⁷ Art. 1 inc. e) de la ley 19.549; art. art. 77 Decreto Ley 7647.

²⁸ CSJN “Losicer, Jorge”, sent. del 26-VI-2012, Fallos 335:1126; “Bonder Aaron”, sent. del 19-XI-2013, Fallos 336:2184.

²⁹ Art. 1 inc. c) ley 19.549.

- i)** en caso de duda respecto de si una presentación ha sido efectuada en término, deberá estarse a la enunciada en el escrito y si éste a su vez no la tuviera se considerará que así lo ha sido³⁰;
- ii)** los términos para recurrir se interrumpen por la interposición de recursos administrativos, aun cuando hayan sido mal calificados, adolezcan de otros defectos formales de importancia secundaria o hayan sido presentados ante órgano incompetente por error justificable³¹;
- iii)** los recursos deben proveerse y resolverse cualesquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable su impugnación o disconformidad con el acto administrativo³²
- iv)** La interposición del recurso tiene por efecto: "...interrumpir el plazo del art. 92 aunque haya sido deducido con defectos formales o ante órgano incompetente"³³.
- v)** El requisito de fundamentación recursiva en sede administrativa debe ser analizado con menor rigor, alcanzando con que satisfaga exigencias mínimas de cumplimiento. De otro modo se vería seriamente comprometido el acceso a la justicia³⁴.

c) Dentro de los considerados trámites esenciales, de carácter obligatorio, aunque no vinculantes, cabe destacar –con particular referencia a la Provincia de Buenos Aires–:

- i)** el dictamen jurídico previo a la emisión del acto: producido por el órgano con competencia específica a tal efecto -en el ámbito federal los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento; en el ámbito provincial la Asesoría General de Gobierno-, sin que puedan ser suplidos por profesionales designados en el gabinete de cada jurisdicción³⁵;

³⁰ Art. 25 del Decreto 1759/72; art. 69, Dec. ley 7647/70 y Ordenanza General 267/80.

³¹ Art. 75, dec. ley 7647/70 y Ordenanza General 267/70); CSJN "The Nichiren Shoshu", sent. del 16-IV-2002, Fallos 325:717; SCJBA B-60.263 "Peralta, Juanita", sent. del 24-II-2010.

³² Art. 81 del Decreto 1759/72; art. 88, Decreto ley 7647/70 y Ordenanza General 267/80.

³³ Art. 98, dec. ley 7647/70 y Ordenanza General 267/80.

³⁴ SCJBA, B-57.700 "Montes de Oca", sent. del 10-IX-2003; B-60.104 "Delledone", sent. Del 29-VIII-2007; B-68.871 "Terraciano", sent. Del 21-X-2009; B-59.999 "D.L.," sent. del 21-XII-2011.

³⁵ Art. 7 inciso d) de la ley 19.549; art. 61 y 92 del Decreto 1759/72; art. 57 del Decreto Ley 7647/70;

La ley 14.803 de Ministerios de la Provincia de Buenos Aires, establece en su art. 38: Le corresponde a la Asesoría General de Gobierno asistir jurídicamente al Poder Ejecutivo y a todos los Organismos que integran la Administración Pública, centralizada y descentralizada, representarlos en juicio, con excepción de los casos en los que se controviertan intereses

ii) la intervención de la Contaduría General de la Provincia, órgano con raigambre constitucional desde la primera constitución provincial (1873), que tradicionalmente ha ejercido un control de legalidad contable y presupuestaria, pero a partir de la ley de administración financiera, tiene a su cargo un control interno de la Administración de carácter integral e integrado³⁶. Volveremos sobre el punto.

iii) la vista del Fiscal de Estado, cuando estuviesen comprometidos los intereses patrimoniales de la Provincia de Buenos Aires, en tanto órgano de control de juridicidad del obrar estatal, con raigambre constitucional desde 1889³⁷;

fiscales de competencia de la Fiscalía de Estado, o de los que la ley les atribuyese. Emitirá opinión jurídica no vinculante en relación con las temáticas que se enuncian a continuación: 1. La interpretación de las normas jurídicas y su correcta aplicación; 2. La constitucionalidad de los proyectos de leyes que propicie el Poder Ejecutivo, de los proyectos de reglamentos autónomos y de ejecución de las leyes; 3. Las reclamaciones y denuncias administrativas promovidas contra la Administración o sus agentes, y en los recursos e impugnaciones que se deduzcan contra actos administrativos; 4. Todo conflicto de competencia que se suscite entre Organismos de la Administración; 5. Los sumarios administrativos, cuando corresponda medida expulsiva; 6. El cumplimiento de los requisitos legales de los pliegos de Bases y Condiciones para las licitaciones públicas de obras o servicios públicos y la interpretación de contratos a suscribir y su rescisión con los adjudicatarios, en los casos y oportunidad que indique la reglamentación; 7. Todo pedido de exención o franquicia de impuestos, tasas o contribuciones provinciales y en aquellos casos en que deba decidirse sobre tributaciones que no se hallen expresamente previstas en las leyes y reglamentaciones; 8. Las observaciones que, desde el punto de vista jurídico, estime convenientes respecto de las leyes remitidas por el Poder Legislativo para su promulgación; 9. La reforma o derogación de las leyes, decretos o resoluciones que hayan sido declarados inconstitucionales o ilegítimos, en su caso, por el Poder Judicial; así como en el supuesto de colisión de normas, las que motiven conflictos de competencia entre organismos de la Administración, y el dictado de normas cuando resulte necesario legislar con relación a algún aspecto de la actividad estatal”; SCJBA, B-64.413 “Estudiantes de La Plata”, sent. del 4-IX-2002; B-58.622 “Marín”, sent. del 30-V-2007; B-65.796 “Deyherabehere de Shearer”, sent. del 3-IX-2008; B- 65.739 “Burtin”, sent. 9-XII-2010; ³⁶ Arts. 156 y 157 de la Constitución Provincial; art. 103 y sigs. de la ley 13.767 y su Decreto Reglamentario 3260/08.

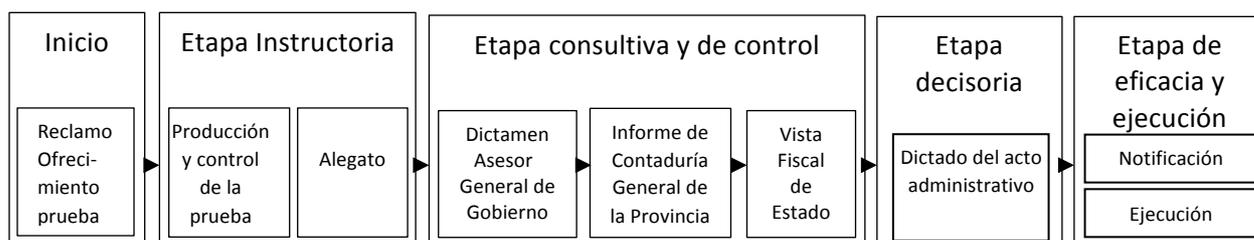
³⁷ Art. 155 de la Constitución Provincial: “*Habrá un Fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso administrativos y en todos aquéllos en que se controviertan intereses del Estado. La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones. Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia*”; art. 38 del Decreto Ley 7543/69: “*El Poder Ejecutivo y los institutos autárquicos sólo podrán decidir los expedientes en que pudieren resultar afectados los intereses patrimoniales de la Provincia con el previo informe de la Contaduría General, dictamen del Asesor General de Gobierno y vista del Fiscal de Estado. Esta disposición comprende: a) Todo proyecto de contrato que tenga por objeto bienes del Estado, cualquiera sea su clase; b) Toda licitación, contratación directa o concesión; c) Las transacciones extrajudiciales que se proyecten; d) Todo asunto que verse sobre la rescisión, modificación o interpretación de un contrato celebrado por la Provincia; e) Las actuaciones por contratación directa de los bienes declarados de utilidad pública; f) El otorgamiento de jubilaciones y pensiones; g) Toda reclamación por reconocimiento de derechos por los que puedan resultar afectados derechos patrimoniales del Estado, en cumplimiento de lo normado por el*

iv) la evaluación y consecuente declaración de impacto ambiental cuando se propiciare la aprobación de un proyecto consistente en la realización de una obra o actividad que produzca o sea susceptible de producir algún efecto negativo al ambiente y/o sus recursos naturales³⁸;

v) la apertura de un registro de oposición: vgr. ante la propuesta de habilitación de establecimientos recreativos con actividades incómodas (confiterías bailables, discotecas, bares, confiterías, restaurantes con música o manifestaciones artísticas)³⁹;

vi) La sustanciación de audiencias públicas, aunque lo frecuente es que sean previstas previo a adoptar decisiones de carácter general⁴⁰.

3) Lo hasta aquí expuesto permite esquematizar un procedimiento administrativo de gestión tipo, en clave individual, en el ámbito provincial, del siguiente modo:



4) Con todo, no son desconocidas –por su frecuencia– las dificultades suscitadas a propósito de la falta de avance del procedimiento por causas atribuibles a la Administración, incluyendo la omisión en el dictado de la decisión definitiva.

artículo 143° de la Constitución de la Provincia; h) (Texto según Decreto-Ley 9140/78) Todo sumario administrativo cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados. Se exceptúan los sumarios sustanciados contra personal de Policía y Servicio Penitenciario de la Provincia; i) Todo recurso contra actos administrativos para cuya formación se haya requerido la vista del Fiscal de Estado”; art. 102 de la ley 13.767; SCJBA B. 50.241 "Clínica Centro Médico Privado", sent. 26-IV-1988, Ac. y Sent. 1988-I-765; B-59.201 "Fiscal de Estado", sent. del 19-X-2005; B-59.869 "R., G.V.", sent. del 29-VI-2011.

³⁸ Art. 11 y sigs. Ley 25.675; art. 10 y sigs. De la ley 11.723; SCJBA B-68.965 "Rodoni", sent. del 3-III-2010; A-71.421 "Cámara Argentina de Pescadores de Monte Hermoso", sent. del 3-X-2012;

³⁹ Vgr. art. 4 y sigs. Decreto 1248/00 de la Municipalidad de La Plata.

⁴⁰ Arts. 1, 33, 41 y 42 de la Constitución Nacional; Decreto PEN n° 1172/03; CSJN "Mendoza", Fallos 330:2746 y 335:1777; "Comunidad Aborigen Santuario Tres Pozos", Fallos 334:1861; "Centro de Estudios para la promoción de la igualdad y la solidaridad", sent. del 18-VIII-2016; Arts. 28, 38, 44 de la Constitución Provincial; Ley 13.569; doctrina causa SCJBA A-72.408 "Negrelli", sent. del 3-XII-2014.

Aunque en tal escenario a un mismo tiempo se ven incumplidos el carácter obligatorio de la competencia y de los plazos previstos para su ejercicio, así como el derecho del ciudadano a una decisión expresa, fundada y en plazo razonable, mientras se libra la batalla cultural tendiente a que los administradores tomen conciencia de sus obligaciones y los ciudadanos de sus derechos, han sido desarrolladas algunas herramientas tendientes a superar estas omisiones formales de la Administración.

Algunas se despliegan en el propio ámbito administrativo (queja ante el Superior⁴¹; el pedido de avocación al superior ante la demora en resolverse un recurso de revocatoria⁴²), otras en el ámbito jurisdiccional (ya sea para obtener una orden judicial de pronto despacho dirigida a la Administración⁴³; ya para franquear el acceso a la jurisdicción en lo que hace al reconocimiento del derecho o interés de fondo gestionado y no resuelto en sede administrativa⁴⁴).

⁴¹ Art. 71 del Decreto 1759/72.

⁴² Art. 93 del Decreto Ley 7647/70.

⁴³ El conocido “amparo por mora”, regulado por el art. 28 de la ley 19.549 y por el art. 76 del Código Procesal Administrativo Bonaerense, la ley 12.008 –texto según ley 13.101-.

⁴⁴ Instituto inicialmente conocido como “retardación” (en las Constituciones bonaerenses de 1889 y 1934, y, consecuentemente, en la anterior codificación procesal contencioso administrativa, ley 2961 “Código Varela” [art. 7]) y más acá en el tiempo como “silencio administrativo” (art. 10 de la Ley 19.549; art. 79 del Decreto Ley 7647/70; 16 del Código Procesal Administrativo, ley 12.008 –texto según ley 13.101-).

III- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN CLAVE COLECTIVA

A- Nuevas bases para concebir el ejercicio del poder:

El devenir histórico parece haber modificado los cimientos de la concepción del modo de ejercicio del poder a que hiciéramos referencia en el capítulo precedente.

i) Hoy día el ejercicio de la función administrativa no está exclusivamente asignado a las Administraciones Públicas:

Efectivamente, además de las Administraciones Públicas, otras personas –públicas no estatales⁴⁵ e incluso privadas⁴⁶- llevan adelante parte de tal faena, en un fenómeno de delegación que –inclusive- en algunos supuestos cuenta con respaldo constitucional⁴⁷.

Dicha actividad –otro tanto podría sostenerse respecto de la suerte de los dineros públicos que son confiados a terceros en tanto coadyuvantes del interés público⁴⁸- no puede escapar a la regulación del procedimiento administrativo –y eventualmente a su control- por la simple circunstancia de tratarse de una persona no estatal, porque las afectaciones a derechos o intereses de los ciudadanos que pueden derivarse de su quehacer son equivalentes a las que puede generar una Administración.

Tal es el criterio asumido por el constituyente bonaerense al delinear las bases subjetivas del nuevo sistema de enjuiciamiento contencioso administrativo⁴⁹.

⁴⁵ El ejemplo típico lo constituyen las corporaciones profesionales: Colegios o Consejos Profesionales que tienen confiada la policía de la profesión; Cajas de Previsión Social para cada Profesión, que asumen la seguridad social del sector.

⁴⁶ Vgr., concesionarios de servicios públicos.

⁴⁷ Vgr. art. 41 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: *“La Provincia reconoce a las entidades intermedias expresivas de las actividades culturales, gremiales, sociales y económicas, y garantiza el derecho a la constitución y desenvolvimiento de colegios o consejos profesionales. Asimismo fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza”*.

⁴⁸ Vgr. otorgamiento de subsidios a concesionarios o entidades.

⁴⁹ En efecto, el art. 166, quinto párrafo, de la Constitución Provincial transita dicho sendero, cuando legitima pasivamente ante el fuero contencioso-administrativo a “otras personas” en tanto ejerzan función administrativa: *“Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de*

En definitiva, el ámbito de aplicación de las leyes de procedimiento debe extenderse y alcanzar a todos los sujetos que ejercen la función administrativa, aunque respecto de estos últimos, obviamente, sólo en aquellos aspectos vinculados al cumplimiento de tal cometido.

ii) Las fuentes tradicionales del derecho administrativo se ven complementadas, influidas y hasta puestas en jaque por fuentes supranacionales:

El impacto de la “globalización” en las fuentes del derecho administrativo es innegable.

El derecho administrativo ya no se define exclusivamente puertas adentro del Estado, sino que cada vez es más marcada la influencia de las fuentes supranacionales, tal como lo deja en evidencia el maestro Gordillo⁵⁰.

Los sistemas supraestatales (para Argentina, vgr. Organización de Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos; Convención Americana de Derechos Humanos, Mercosur, etc.), impactan plenamente en el derecho interno.

Ello no sólo por el conjunto de obligaciones que el Estado ha asumido ante la comunidad internacional, sino –particularmente- por los efectos del ordenamiento supranacional en el ámbito interno.

En particular, el análisis de compatibilidad entre el derecho interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otros tratados internacionales ratificados por la Argentina –que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos-, el *ius cogens* y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, ha dado espacio al denominado “control de convencionalidad”⁵¹, que no sólo deben practicar los órganos supranacionales sino –antes bien- las autoridades de cada país –inclusive las que ejercen funciones legislativas y ejecutivas-, ya para obrar de conformidad a sus pautas,

acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

⁵⁰ GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Tomo I, parte general, Capítulo VI.

⁵¹ HITTERS, Juan Carlos “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. La Ley, 2009-D, pág. 1205 y sigs.; HITTERS, Juan Carlos “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, La Ley, 2013-C, pág. 998; HITTERS, Juan Carlos “Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos”, La Ley 2015-B-, pág. 625.

ya para promover, en su caso, la supresión, modificación, adaptación o corrección de las normas o prácticas contrarias a tales ordenamientos.

De otro modo -como lo explica con claridad el profesor Juan Carlos Hitters- sobreviene la responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos.

Esta "...se apontoca como regla general —como es por demás sabido— en dos normas fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica”.

“En efecto el art. 1.1 señala que los países se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio; y el art. 2 completa el concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionadas en el art. 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter "... los Estados parte se comprometen a adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

“Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales —sin perjuicio de los deberes especiales que luego veremos— que operan como el árbol de levas de todo el sistema. El Estado debe *respetar y garantizar* el cumplimiento de sus deberes y si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2)”.

Continúa “... no debemos olvidar que, según la Corte, para cumplir con el mandato del mencionado art. 2, es necesario: 1) el *dictado de normas*; y 2) el *desarrollo de prácticas* conducentes al acatamiento efectivo de los derechos y libertades consagrados en el pacto de marras. Por ello resulta obligatorio *suprimir los preceptos y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías previstas en la Convención*”.

"Este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención"⁵².

⁵² HITTERS, Juan Carlos “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”, La Ley, 2007-C- pág. 875 y sigs.

De tal modo la noción de soberanía se desdibuja; el derecho administrativo se internacionaliza o supranacionaliza, poniendo como eje y centro del sistema al hombre.

iii) La operatividad de los derechos y la necesidad de ampliar la legitimación en el procedimiento administrativo.

1. La reforma constitucional de 1994 también innovó en materia de derechos humanos; no sólo incorporó una nueva generación de derechos en la parte dogmática⁵³, sino que incluyó, con jerarquía constitucional, diversas Declaraciones, Convenciones y Pactos, dejando abierta la posibilidad de que el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, pueda otorgar dicha jerarquía a nuevos tratados y convenciones de tal carácter⁵⁴.

Entre las consecuencias más trascendentes de dicha enmienda cabe detener la atención en el decisivo impulso hacia la operatividad de los derechos⁵⁵.

Como lo pusiera de manifiesto el Dr. Hitters en diversos precedentes: “A diferencia de los derechos civiles y políticos, que resultan enteramente operativos, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales está llamada -en algunas circunstancias- a ser progresiva, habiéndose comprometido los Estados a adoptar las medidas apropiadas (inclusive legislativas o de cualquier otro carácter) hasta el máximo de los recursos disponibles (art. 2.1 del P.I.D.E.S.C.) y a garantizar que en su ejercicio o goce no habrá discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición

⁵³ Arts. 41, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁵⁴ Artículo 75 inciso 22: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁵ Ver, entre otros, los precedentes SCJBA: A-70.717 “P., C.I.”, sent. del 14-VI-2010 (derecho a la vivienda; subsidios); A-69.412 “P.L.”, sent. del 18-VIII-2010 (cobertura integral educación de un discapacitado); A. 70.138, “B.”, sent. del 3-VII-2013 (derecho a la vivienda); A-71.535 “A., G.C.”, sent. del (derecho a la vivienda, cobertura integral de la salud y alimentación); A-71.230 “Gutiérrez”, sent. del 15-VII-2015 (plan de refuerzo de la planta de enfermeros –en cantidad no menor a 130- y plan de mejoras edilicias de un hospital neuro-psiquiátrico bonaerense).

económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 2.2 del P.I.D.E.S.C.)".

“Según las palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité D.E.S.C.): "La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2° es la de adoptar medidas 'para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]'. La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga".

“Con todo, las insuficiencias económicas no dispensan al Estado de su obligación de adoptar programas de relativo bajo costo que protejan a los miembros vulnerables de la sociedad, así como tampoco del deber de desarrollar un adecuado diagnóstico y evolución de la situación en relación a cada uno de los derechos comprometidos”.

“En este último sentido el Comité D.E.S.C. ha indicado que 'Un segundo objetivo es garantizar que el Estado Parte vigile de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que todos los individuos que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción disfrutan, o no disfrutan, de los diversos derechos. De la experiencia adquirida hasta ahora por el Comité se deduce claramente que este objetivo no puede alcanzarse limitándose a preparar estadísticas o estimaciones nacionales de carácter general, sino que exige también prestar especial atención a las regiones o zonas menos favorecidas, así como a determinados grupos o subgrupos que parezcan hallarse en situación particularmente vulnerable o desventajosa. Por eso, el primer paso indispensable para promover la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es el diagnóstico y conocimiento de la situación existente. El Comité tiene presente que este proceso de vigilancia y de reunión de información puede requerir mucho tiempo y resultar muy costoso, y que tal vez sea necesario disponer de asistencia y cooperación internacionales, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 2 y en los artículos 22 y 23 del Pacto, a fin de que algunos Estados Partes puedan cumplir con las obligaciones pertinentes. En tal caso, si el Estado Parte llega a la conclusión de que no cuenta con la capacidad necesaria para llevar a cabo el proceso de vigilancia, que es parte integrante del esfuerzo destinado a promover las metas aceptadas de política y resulta indispensable para una aplicación efectiva del Pacto, podrá señalar este hecho en su informe al Comité e indicar la naturaleza y el alcance de cualquier asistencia internacional que pueda necesitar. 4. La vigilancia tiene por objeto proporcionar una visión general y detallada de la situación existente, y esta visión resulta importante sobre todo porque proporciona una base para elaborar políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación, entre ellas el establecimiento de prioridades que reflejen las disposiciones del Pacto. En consecuencia, un tercer objetivo del proceso de presentación de informes es permitir al gobierno que demuestre que se ha iniciado esta adopción de políticas en función de los principios. Si bien el Pacto enuncia de manera explícita esta obligación sólo en el artículo 14, cuando no se haya podido instituir 'la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria' para todos, existe una obligación

comparable de 'elaborar y adoptar ... un plan detallado de acción para la aplicación progresiva' de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto, según se deduce claramente de la obligación prevista en el párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de 'adoptar medidas ... por todos los medios apropiados...".

En la misma sintonía, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al tratar la problemática de la operatividad del derecho a la vivienda, sostuvo que: **i)** que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, **ii)** que la mencionada operatividad tiene un carácter 'derivado' en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, cuya implementación, en principio, requiere una ley o una decisión del Poder Ejecutivo, por resultar necesaria una valoración general de otros derechos y de los recursos necesarios; **iii)** que por tal razón no es predicable una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial; **iv)** que, ello no obstante, los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, toda vez que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos cuando se acredita una amenaza grave para la existencia misma de la persona (considerandos 10, 11 y 12 del voto de la mayoría).

En definitiva, para el cimero Tribunal Federal Argentino los derechos fundamentales están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (considerando 17 del voto de la mayoría)⁵⁶.

2. La clasificación tripartita de situaciones jurídicas activas clásicas (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple) se muestra actualmente insuficiente, por cuanto a la par de los derechos o intereses

⁵⁶ CSJN, causa "Q, C.S.", sent. del 24-IV-2012, Fallos 335:452.

individuales existen derechos colectivos o de incidencia colectiva (protección o remediación del medio ambiente, natural y urbano; de lugares o monumentos históricos; de yacimientos arqueológicos o paleontológicos; de pueblos originarios; de consumidores, de usuarios, etc.). Y aún más. Si bien en numerosos supuestos es posible reconocer relaciones individuales (vgr. usuario-prestador del servicio; consumidor-proveedor), la afectación masiva (pluralidad relevante de personas) derivada de una causa u origen común (sea fáctica o jurídica), en tanto el reclamo o pretensión se focalice en los aspectos comunes, permite su colectivización a efectos de facilitar la tutela⁵⁷. Se trata de los derechos individuales homogéneos que no resultan de incidencia colectiva por necesidad (como los colectivos -a propósito de la indivisibilidad de su objeto-), sino por razones de conveniencia, en tanto construcción facilitadora del acceso y labor de la justicia⁵⁸.

3. En nuestra disciplina muchas acciones u omisiones en diversos cometidos públicos esenciales subsumen sin esfuerzo en tal registro: la educación, la salud, la seguridad, etc.

El reconocimiento de esta nueva categoría (derechos de incidencia colectiva) como vemos, ha incidido en el ámbito procesal, abriendo las puertas a enjuiciamientos colectivos⁵⁹. Mientras ello sucede, increíblemente, la regulación del procedimiento administrativo permanece inmutable.

En definitiva, ya no puede reconocerse condición de parte interesada en el procedimiento administrativo sólo a aquellos que ostenten derechos subjetivos o intereses legítimos, debiendo abrirse paso a los que pretendan actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva y aún –según el caso- a quienes tengan interés en un buen gobierno⁶⁰.

⁵⁷ CSJN “Halabi”, sent. del 24-II-2009, Fallos 332:111; “Padec” c/ Swiss Médical”, sent. del 21-VIII-2013, Fallos 336:1236; “Unión de usuarios y consumidores”, sent. del 06-III-2014, Fallos 337:196; “Consumidores Financieros”, sent. del 24-VI-2014, Fallos 337:753; “Consumidores libres”, sent. del 9-XII-2015, Fallos 338:1492; SCJBA C-91.576 “Lopez”, sent. del 26-III-2014; ⁵⁸ GIANNINI, Leandro “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, LEP, La Plata, 2007.

⁵⁹ CSJN Acordada n° 32/2014 “Creación de un Registro de Procesos Colectivos”; Acordada n° 12/2016 “Reglamento de actuación en procesos colectivos”.

⁶⁰ En la XVI Cumbre del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), celebrada en Uruguay durante el año 2006, en que se suscribió el “Código Iberoamericano de Buen Gobierno”, se estableció que un buen gobierno es “...*aquel que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho*”. A partir de tal búsqueda articula tres tipos de reglas de conductas: i)

iv) El ciudadano pretende participar en la definición del interés público:

1. El monopolio de la definición del interés público en manos de los administradores está en crisis. El interés público ha dejado de ser un concepto que, a modo de caballo de Troya, permita a los administradores de turno decidir lo que les plazca. La ciudadanía desconfía de sus dirigentes; hay una crisis de legitimidad, de credibilidad, del modelo representativo.

El ciudadano pretende resultados⁶¹; reclama conocer⁶², participar⁶³ y aun colaborar en su definición, en tanto las decisiones públicas lo impactan vitalmente; exige que éstas sean suficientemente motivadas, es decir, que expresen las causas que las justifican, su objeto y finalidad.

las vinculadas a la naturaleza democrática del gobierno; ii) las vinculadas con la ética gubernamental y iii) las vinculadas con la gestión pública.

⁶¹ En la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (CLAD) celebrada en San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008, se aprobó la “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública”. La calidad en la gestión pública constituye una cultura transformadora que impulsa a la Administración Pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de los recursos públicos. La calidad en la gestión pública debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas, alineadas con los fines y propósitos superiores de la Administración Pública y de acuerdo a resultados cuantificables que tengan en cuenta el interés y las necesidades de la sociedad. 3) Una gestión pública se orientará a la calidad cuando se encuentre referenciada a los fines y propósitos últimos de un gobierno democrático, esto es, cuando se constituya en: a) Una gestión pública centrada en el servicio al ciudadano; b) Una gestión pública para resultados. La calidad de la gestión pública implica la práctica del buen gobierno, mediante una formulación de políticas públicas convenientes a toda la sociedad, dentro de parámetros equilibrados de racionalidad política, técnica y económica... La calidad en la gestión pública tiene sentido si su fin último es alcanzar una sociedad del bienestar, con justicia y equidad, garantizando el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la cohesión social y la garantía del cumplimiento efectivo e integral de los derechos humanos. En especial, asegurando a todas las personas el acceso oportuno y universal al disfrute de información, prestaciones y servicios públicos de calidad.

⁶² En tal sentido la citada “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública” establece que: “6) *Las Administraciones Públicas tienen que ser transparentes en su gestión, abiertas al escrutinio público, tolerantes a la crítica y permeables a las propuestas de mejora y de cambio provenientes de la ciudadanía.*”

⁶³ Por su parte, la “Carta Iberoamericana de Participación ciudadana en la gestión pública” que fuera aprobada en la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (CLAD), celebrada en Estoril, Portugal, el 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2009, entiende por participación ciudadana en la gestión pública *el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuestas o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y pueblos indígenas. La participación ciudadana en la gestión pública es consustancial a la democracia. Los principios democráticos de representación política deben complementarse con mecanismos de participación de la ciudadanía en la gestión pública, que permitan expandir y profundizar la democracia y su gobernabilidad.*

Ya no sólo le preocupan “sus” intereses individuales, sino que pretende incidir en la definición, planeamiento, programación, ejecución y control de las distintas políticas públicas⁶⁴ encaminadas a satisfacer los cometidos estatales, sea por sí, sea a través de organizaciones de la sociedad civil. En definitiva, pretende una gestión pública de calidad⁶⁵.

Abrir canales de información, participación y colaboración ciudadana puede ser una forma de reencuentro de la dirigencia con la ciudadanía; un modo de lograr consensos o, por lo menos, un modo de robustecer la legitimidad en el ejercicio del poder⁶⁶.

Es que, no debemos olvidar que -tal como enseña Jean Rivero-, la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder.

2. La evolución hacia una república más participativa o deliberativa (el abandono de una república representativa en sentido estricto, o aún peor, la denominada república delegativa) ha sido decidida en Argentina por el propio Constituyente reformista de 1994.

En efecto, tal reforma constitucional ha generado un profundo impacto en el ideario constitucional: **i)** avanzado decididamente hacia formas

⁶⁴ En la aludida “Carta Iberoamericana de Participación ciudadana en la gestión pública”, en lo concerniente a la participación ciudadana en el proceso de formación de las políticas públicas se sostiene que debe ser un elemento transversal y continuo en la actuación de los poderes públicos, que velarán para que pueda ser ejercida a lo largo del proceso de formación de las políticas públicas, los programas sociales y los servicios públicos. *“La participación ciudadana en el proceso de formación de las políticas públicas tiene que preverse tanto en su fase de formulación como en las de planificación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, mediante mecanismos apropiados. En congruencia con ello, los Estados iberoamericanos deberán garantizar la participación ciudadana en la gestión pública en todos los ámbitos sectoriales y niveles territoriales: supranacional, nacional, regional o local y en sus correspondientes sistemas de gestión”.*

⁶⁵ La aludida “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública” detalla entre sus principios inspiradores: a) Principio de servicio público; b) Principio de legitimidad democrática; c) Principio de transparencia y participación ciudadana; d) principio de legalidad; e) principio de coordinación y cooperación; f) principio de ética pública; g) principio de acceso universal; h) principio de continuidad en la prestación de servicios; i) principio de imparcialidad; j) principio de eficacia; k) principio de eficiencia; l) principio de economía; m) principio de responsabilización; n) principio de evaluación permanente y mejora continua.

⁶⁶ La “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública” indica, entre los principios inspiradores de una gestión pública de calidad, al de legitimidad democrática: ... *“5) Una gestión pública de calidad tiene que estar inspirada en valores democráticos y, en tal sentido, constituirse en una garantía y protección de las libertades públicas consagradas a los ciudadanos. La legitimidad democrática de la gestión pública proviene de la elección popular de las autoridades políticas y de la participación y control de la ciudadanía sobre los asuntos públicos. También, es una fuente de legitimidad el ejercicio independiente de una función pública profesional, seleccionada bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, al servicio de un programa de gobierno resultante de un gobierno democrático”.*

de participación ciudadana en el ámbito parlamentario (iniciativa popular⁶⁷; consulta popular⁶⁸); **ii**) otorgando raigambre constitucional, en función del art. 75 inciso 22 (aunque ya estaba implícito en los artículos 1 y 33 [inclusive en el 18]), al derecho a la participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos⁶⁹; y **iii**) legitimando judicialmente no sólo al afectado, sino también al Defensor del Pueblo y a asociaciones para la defensa de los derechos de incidencia colectiva⁷⁰.

3. En el escenario descrito aflora la necesidad de construir canales de participación⁷¹, de diálogos fructíferos, legitimadores; la

⁶⁷ Art. 39: “Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

⁶⁸ Art 40: “El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

⁶⁹ Art.23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “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” y art. 21.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”, en función del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, además de la consagración implícita que deriva del art. 42.

⁷⁰ Art. 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

⁷¹ La ya aludida “Carta Iberoamericana de Participación ciudadana en la gestión pública” señala: 20) “Para garantizar la participación individual y colectiva las Administraciones Públicas propiciarán: a) el acceso a información de interés general, su difusión activa y la posibilidad de consulta a través de medios físicos, audiovisuales y electrónicos; b) la difusión pública de los canales de comunicación abierta y permanente con cada área de la Administración; c) la invitación pública a la ciudadanía a vincularse con la Administración sin otro requisito que su condición de ciudadano y ciudadana; d) la respuesta en tiempo y forma adecuada a toda consulta, solicitud o propuesta presentada; e) la provisión de mecanismos participativos especiales para incluir a todo ciudadano y ciudadana que por su lengua, condición social y cultural, discapacidad, ubicación geográfica u otras causas tenga dificultades para comunicarse con la Administración, o limitaciones para acceder a los mecanismos de participación ordinarios; f) instrumentar

unilateralidad de una Administración autista y autoritaria⁷² deberá abrir paso a la construcción de decisiones resultantes del consenso, o cuanto menos, emergentes de un tránsito que asegure una participación suficiente y útil de los diversos interesados en la cuestión comprometida.

No se trata de lo que la Administración quiera ceder, se trata de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la participación ciudadana.

Puede inferirse de ello un círculo virtuoso: la ciudadanía participará en tanto se sienta escuchada; la Administración mejorará su legitimidad de ejercicio cuanto mayor sea la participación de la ciudadanía; el nivel de litigiosidad disminuirá si las decisiones son producto del diálogo y consenso, o si, siendo adoptadas por la Administración, la ciudadanía, en vista de todos los antecedentes, entiende que resulta razonable.

4. Aunque desde la perspectiva de la participación procedimental la modalidad más difundida es la audiencia pública⁷³, no es la única⁷⁴.

mecanismos de colaboración adecuados para que los pueblos indígenas, las comunidades o colectivos de ciudadanos, se estructuren y definan sus propias fórmulas de representación interna a fin de hacer viable el diálogo con las Administraciones Públicas; g) la gestión transparente de intereses a instancias de colectivos ciudadanos para manifestar reclamos, propuestas o consultas en el marco de las políticas y normas vigentes”.

Respecto de los componentes básicos del derecho de participación ciudadana en la gestión pública, la Carta establece: 35) “Los Estados iberoamericanos procurarán que sus ordenamientos jurídicos reconozcan a todos los habitantes el derecho genérico de participación ciudadana en la gestión pública y garanticen su ejercicio efectivo. Al menos se establecerán los derechos específicos siguientes: a) intervenir en las distintas fases del proceso de formación de políticas públicas; b) presentar solicitudes, proyectos y propuestas en el ámbito competencial de los entes y órganos públicos de los diferentes ámbitos territoriales, así como recibir un trato digno y oportuna y adecuada respuesta, independientemente del derecho de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la legislación aplicable; c) vigilar y controlar la prestación de los servicios públicos y la inversión de los recursos públicos; d) participar, a través del trámite previsto, en la elaboración, modificación y revisión de proyectos normativos y disposiciones de carácter general que les afecten, en particular a determinados colectivos sociales; e) ser consultado previamente y participar en la elaboración, modificación y revisión de las normas y decisiones que afecten a los intereses de los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados; f) solicitar y obtener información pública necesaria, referida a la gestión pública, que sea completa, oportuna, veraz y actualizada; g) ser informado expresamente sobre el derecho de participación ciudadana en la gestión pública, sus contenidos, las formas y procedimientos para su ejercicio y los entes y órganos de la respectiva Administración Pública competente con la que se puedan relacionar para participar; h) denunciar ante las autoridades competentes, cuando se perciba la obstaculización del ejercicio de la participación, de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional; i) organizarse en colectivos sociales y organizaciones representativas de los ciudadanos y las ciudadanas, y conformar redes sociales, con miras a potenciar la capacidad de incidencia sobre la gestión pública; j) seguir, medir y evaluar la gestión pública y sus resultados, de conformidad con las necesidades y ópticas de la ciudadanía, de los colectivos sociales y de los pueblos indígenas”.

⁷² Ver una profunda crítica a tal concepción en D'ARGENIO, Inés. “La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario”. LEP. Buenos Aires, La Plata, 2012.

⁷³ Ver GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación Derecho Administrativo, Tomo II, Capítulo XI; REIRIZ, María Graciela “La participación ciudadana en la

De hecho, en el ámbito federal, mediante Decreto 1172/03 se aprobaron: **i)** el reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional; **ii)** el reglamento general para la elaboración participativa de normas y **iii)** el reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

Como subespecies de la elaboración participativa de normas podemos mencionar: **i)** los documentos de consulta⁷⁵; **ii)** la intervención en la

gestión administrativa y en el control”, Revista Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2004, pág. 387 y sigs.; USLENGHI, Alejandro “Audiencias Públicas”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Ciencias de la Administración, 1998.

En la Provincia de Buenos Aires, mediante la ley 13.569 se reguló el procedimiento para la realización de audiencias públicas convocadas por los Poderes Ejecutivo o Legislativo. La ley define a la audiencia pública como “*la instancia de participación de la ciudadanía en el proceso de decisión administrativa o legislativa, destinada a conocer la opinión de los ciudadanos y/o asociaciones intermedias que puedan verse afectados o tengan un interés particular sobre el asunto objeto de la convocatoria*” (art. 2); dispone que puede ser objeto de audiencia pública todo asunto de interés general que a criterio de la autoridad convocante amerite ser sometido a consideración de la ciudadanía, quedando expresamente excluidos los referidos a reforma constitucional, aprobación de tratados y convenios, presupuesto, impuestos, recursos, creación de municipios y de órganos jurisdiccionales.

⁷⁴ La “Carta Iberoamericana de Participación ciudadana en la gestión pública” citada, al abordar las formas de participación, destaca: “*20) La participación ciudadana en la gestión pública puede adoptar distintas formas según si se ejerce sobre la toma de decisiones públicas, sobre la actividad administrativa o sobre la evaluación de sus resultados, si se realiza individual o colectivamente, o se institucionaliza a través de procedimientos, instancias o ambos, y por último, según los tipos de sujetos sociales concernidos. 21) La participación ciudadana en la gestión pública, ya sea en la formación de las decisiones, en la ejecución de éstas, o en el seguimiento, evaluación y control de sus resultados, debe combinar formas orgánicas con formas procedimentales, teniendo en consideración tanto la necesidad de tender a la institucionalización de la participación como a la modificación de los equilibrios de poder a favor de aquellos que se encuentren sub-representados en los circuitos de decisiones*”.

Ver, USLENGHI, Alejandro, GATTI, Walter “Aportes para una teoría de la participación administrativa”, RAP n° 162, 1992, pág. 41 y sigs.; REIRIZ, María Graciela “La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control”, Revista Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2004, pág. 387 y sigs.

⁷⁵ HUICI, Héctor “El documento de consulta como una forma especial de la audiencia pública”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Ciencias de la Administración, 1998, pág. 305 y sigs.

etapa de elaboración de proyectos de bases y condiciones de contrataciones⁷⁶; **iii)** los presupuestos participativos⁷⁷.

Además, se han establecido formas de participación ciudadana en los procedimientos de designación de las máximas autoridades judiciales o de control⁷⁸.

Por su parte, la participación orgánica supone cierto espacio de representación de la ciudadanía o sector en órganos colegiados de decisión, de asesoramiento o de control de la Administración (vgr. consejos consultivos).

5. Un presupuesto fundamental de cualquier participación ciudadana es el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública⁷⁹. No es posible concebir tal participación sin tomar previamente conocimiento profundo de los antecedentes, del mismo modo que no es posible ejercer el derecho a ser oído sin saber de qué se trata la cuestión.

⁷⁶ Art. 8 del Decreto PEN n° 1023/01: Observaciones al proyecto de pliego: “Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación”. Art. 26 del Decreto reglamentario n° 1030/16: “Cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares”.

⁷⁷ SCHEIBLER, Guillermo “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en AHE, Dafne (coordinadora). El derecho administrativo de la emergencia II. Fundación de Derecho Administrativo. 2002, pág. 269 y sigs.

⁷⁸ Decretos PEN n° 222/03 (Ministros de la CSJN) y n° 588 (Procurador General y Defensor General de la Nación). En el ámbito provincial, en el expediente B – 282/13-14, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos del Senado convocó a una audiencia pública, antes de prestar su acuerdo al Dr. Hernán Gómez para su designación como Fiscal de Estado.

⁷⁹ La “Carta Iberoamericana de Participación ciudadana en la gestión pública” citada, establece que el derecho de acceso a la información es el sustento de la participación: 40) “... El acceso a la información es un derecho que sustenta el adecuado funcionamiento de la democracia puesto que es condición para garantizar otros derechos y, en particular, el de participación ciudadana en la gestión pública. Como tal, estará protegido jurídicamente. Cualquier excepción al libre acceso a la información pública estará prevista expresamente en los ordenamientos jurídicos nacionales. 41) Para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer los derechos siguientes, de acuerdo con lo previsto en los ordenamientos nacionales: a) acceder a la información que obre en poder de las Administraciones Públicas, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado; b) acceder a los archivos y registros de las Administraciones públicas; c) ser asistidos en su búsqueda de información; d) recibir la información que soliciten, en los plazos máximos establecidos en la norma correspondiente; e) recibir la información solicitada en forma o formato accesible para quienes la demanden; f) conocer los motivos por los cuales no se les suministra total o parcialmente la información, o en la forma o formato solicitados. Sin perjuicio del principio de gratuidad del proceso de participación, conocer las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la recepción de la información solicitada, las normas que establecen dichas tasas y precios así como las circunstancias en las que se puede exigir o dispensar el pago.

En consecuencia, no sólo el Defensor del Pueblo o del usuario, o las asociaciones que propendan a efectivizar los derechos de incidencia colectiva (diseño e implementación de políticas públicas incluidas), sino cualquier afectado debe tener garantizado el derecho a la información pública del asunto que le interesa, lo que –por lo demás- no es sino una derivación del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno. En ese sentido, inclusive, podría irse aún más lejos y considerar que el derecho alcanza a cualquier habitante en tanto interesado en el manejo de la cosa pública⁸⁰.

La salud de la República exige que los funcionarios den cuenta de sus actos, explicando la evolución de las distintas políticas implementadas o por implementar. Si en otra época las dificultades de acceso a tal información derivaban del soporte en que estaban contenidas (papel, ficheros), la tecnología actual permite superar tales fronteras.

En Argentina, en el año 2000 se dictó el Decreto 229 “Programa Carta Compromiso con el ciudadano”, que contemplaba, entre otros, el derecho a la información. En el año 2003, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante Decreto 1172, aprobó –entre otros- el Reglamento General del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional, estableciendo pautas sobre la materia.

Durante el corriente año ha habido dos novedades de importancia.

Por un lado, mediante el Decreto 117 el Poder Ejecutivo Nacional estableció un “Plan de Apertura de Datos”⁸¹.

Por el otro, recientemente ha sido sancionada la ley nacional n° 27.275, cuyo objeto es “*garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la*

⁸⁰ CSJN “CIPPEC”, sent. del 26-III-2014, Fallos 337:256; “Oehler”, sent. del 21-X-2014, Fallos 337:1108; “Giustiniani”, sent. del 10-XI-2015, Fallos 338:1258; “Garrido”, sent. del 21-VI-2016, Fallos 339:827

⁸¹ Se dispuso que en un plazo no mayor de noventa días debía publicarse y mantenerse actualizado, a través del Portal Nacional de Datos Públicos: a) la estructura orgánica del Poder Ejecutivo Nacional; b) la nómina de Autoridades Superiores del Poder Ejecutivo Nacional, así como la Declaración Jurada Patrimonial Integral de carácter público que a cada uno de ellos corresponda; c) la nómina del personal contratado vigente, según conste en la Oficina Nacional de Empleo Público; d) los escalafones y escalas salariales aplicables a los diferentes regímenes de empleo público; e) los créditos presupuestarios, según surjan del Sistema Integrado de Información Financiera; f) las contrataciones que tramiten en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas; g) las Solicitudes de Acceso a la Información recibidas en virtud del Reglamento de Acceso a la Información Pública; h) las Audiencias de Gestión de Intereses, según consten en el Registro Único de Audiencias de Gestión de Intereses del Poder Ejecutivo Nacional.

información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia en la gestión pública” (art. 1); sus principios rectores: presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación; informalismo; máximo acceso; apertura, disociación; no discriminación; máxima premura; gratuidad; control; responsabilidad; alcance limitado de las excepciones; ‘in dubio pro petitor’; facilitación; buena fe (art. 2); reconoce legitimación activa a toda persona humana o jurídica, pública o privada, sin que pueda exigírsele la acreditación de derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado (art. 4). La citada ley entrará en vigencia al año de su publicación en el Boletín Oficial, es decir, el 29-IX-2017.

En la Provincia de Buenos Aires rige la ley n° 12.475 [BOP 29-VIII-2000] de acceso a documentos administrativos, inspirada en una concepción mucho más anticuada: **i)** exige interés legítimo del solicitante (art. 1), en escrito fundado (art. 5); **ii)** el derecho se podrá ejercer mediante el examen y/o extracción de copias de los documentos administrativos (art. 3); entendiéndose por tales *“toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética, informática, digital o de cualquier otra especie, que contenga datos o informaciones provenientes de órganos públicos del Estado Provincial cuya divulgación no se encuentre prohibida expresamente por la Ley”* (art. 2); **iii)** contempla una denegatoria tácita si transcurridos 30 días hábiles la autoridad no se hubiere expedido (art. 7), aunque dejando abierta la posibilidad de interponer acciones de amparo o habeas data (art. 8).

Se impone una reforma que adapte la normativa a las nuevas exigencias.

iv) Los estándares para asegurar tanto el interés público como el interés privado en el obrar de la Administración es el respeto a un conjunto de principios: “juridicidad”, “transparencia”, “eficacia, eficiencia, economicidad”; “ética”; “medio ambiente”

1. En la hora actual la juridicidad es una condición necesaria pero no suficiente de un buen ejercicio de la función administrativa.

Aunque las leyes de administración financiera, dispusieron la ampliación del alcance del control⁸², en la práctica no han satisfecho las expectativas en términos de eficacia.

Ya hemos dicho que los ciudadanos hoy pretenden que sus derechos resulten efectivos; que los recursos públicos sean invertidos o gastados con transparencia, eficacia, eficiencia, economicidad; que se gestione en función de resultados; que se establezcan estándares o parámetros de medición, de tiempos, cantidades invertidas, resultados obtenidos, que se ponderen los costos medio-ambientales de cada proyecto.

Ya no alcanza con verificar la viabilidad jurídica de un emprendimiento delineado por el administrador de turno –por mejores intenciones que lo inspire–, sino que se imponen nuevas perspectivas de análisis.

2. Allí es donde el control de “juridicidad” deja al desnudo sus limitaciones.

Actualmente, a efectos de asegurar una gestión de calidad⁸³, resulta insuficiente verificar si los actos fueron realizados de acuerdo con las atribuciones, objetivos y procedimientos fijados en las normas jurídicas.

Se impone analizar también: el ajuste de la actuación a las previsiones, reglas y técnicas previstas en el presupuesto y en la administración financiera (control contable), la ejecución de movimiento de fondos (control financiero), el aumento o disminución del activo y pasivo estatal (control patrimonial), la eficiencia, eficacia y economicidad con que el órgano da cumplimiento a sus planes de acción, sean generales o específicos (control de gestión), el impacto de las decisiones en términos medio-ambientales (control de sustentabilidad ambiental) y la actuación ética de los funcionarios,

⁸² Ley Nacional 24.156, art. 103: “El modelo de control que aplique y coordine la sindicatura deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”; ley provincial 13.767, art. 101: “El modelo de Control a aplicar deberá ser integral e integrado, abarcar aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

⁸³ Tener presente la “Carta Iberoamericana de Calidad en la gestión pública” (CLAD), 2008, ya referida.

a partir de la vigencia irrestricta del principio de transparencia (la Administración como caja de cristal)⁸⁴.

Si el estándar vertebral de la anterior concepción, focalizado en la juridicidad, era congruente y consistente con el ulterior control judicial de la actuación de la Administración (sin ingresar ahora en el análisis de sus limitaciones), los nuevos orientan tal faena hacia esquemas multidisciplinarios, que exceden lo jurídico.

3. Por lo demás, la práctica ha permitido advertir que en numerosas oportunidades el conocimiento, en el ámbito jurisdiccional, de pretensiones en materia de derechos fundamentales, deja al desnudo la ausencia, insuficiencia o ineficacia de las políticas públicas.

En tales condiciones el juez tutela la situación mediante mandatos concretos si ésta se encuentra circunscripta a un caso individual (condena a entregar un medicamento, alimentos, tratamiento médico, cobertura integral para un discapacitado; solución habitacional para el careciente, etc.).

En cambio, si el caso tuviere incidencia colectiva no puede asumir por sí solo tales definiciones. Es que la Justicia no está en condiciones constitucionales, ni prácticas de sustituir a la Administración; por tal razón, usualmente las sentencias contienen una condena abierta, que invita a un diálogo institucional, requiriendo a la Administración un plan, con programas, etapas, tiempos y financiamiento e informes periódicos acerca de los avances alcanzados en determinada problemática (vgr. déficits en la infraestructura carcelaria que conllevan agravamiento en las condiciones de detención⁸⁵; saneamiento del Riachuelo⁸⁶), abriéndose, inclusive, espacios para la búsqueda

⁸⁴ En la XVI Cumbre del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), (Uruguay, 2006), en que se suscribió el “Código Iberoamericano de Buen Gobierno”, entre las reglas vinculadas a la gestión pública se indicaba que los miembros del Poder Ejecutivo: “...26) Actuarán de acuerdo a los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad, eficiencia y vigilarán siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado; 27) Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos y de los pueblos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las especificaciones que establezcan las leyes; 34) Promoverán la creación, la mejora de la calidad y el uso compartido de las estadísticas, bases de datos, portales de gobierno en línea y, en general, todo aquello que facilite la labor interna de sus empleados y el mejor acceso de la ciudadanía a la información y los servicios públicos; 35) Fomentarán la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas, en condiciones de igualdad y razonabilidad; 36) Promoverán la evaluación permanente de sus políticas y programas para asegurar el rendimiento y eficacia.”

⁸⁵ CSJN, “Verbitsky, Horacio”, sent. del 3-V-2005

⁸⁶ CSJN “Mendoza, Beatriz”, sent. 8-VII-2008.

de soluciones consensuadas entre las partes en conflicto (mesas de trabajo o de diálogo), que, alcanzados, son puestos a consideración de los jueces para su homologación (vgr. construcción de estadios de fútbol en el bosque de la ciudad de La Plata⁸⁷; construcción de una nueva planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos para, entre otros, el Partido de La Plata⁸⁸; mejoras en la planta de enfermeros y en la infraestructura edilicia del Hospital Alejandro Korn, de la ciudad de La Plata⁸⁹, entre otras).

En definitiva, a efectos de concretar la ejecución de sentencias de condena de alcance colectivo que supongan definir e implementar una política pública existe una vuelta a la Administración, que –si bien condicionada por el mandato jurisdiccional- continúa siendo protagonista.

De allí que, más allá de la indudable trascendencia que ha tenido y tendrá el control judicial de la Administración en su ámbito, se impone avanzar en la construcción de nuevas herramientas (dentro del procedimiento administrativo) que sean suficiente garantía de una gestión de calidad.

Hay que romper con la prédica según la cual el paso por la Administración es inútil o un dispendio y que, en cambio, en la justicia el ciudadano encontrará todas las respuestas a sus conflictos; la función administrativa debe dar las respuestas adecuadas, sin dilaciones indebidas, sin que sea menester a ese efecto una condena judicial previa.

Por lo expuesto, es hora de estudiar en profundidad las formas de construcción de las decisiones administrativas de carácter general, su implementación, su supervisión, su control; es necesario mejorar los sistemas de rendición de cuentas; los de establecimiento de responsabilidades, etc.

4. Mediante ley 14.828 (BOP 29-VII-2016) la Provincia aprobó el “Plan Estratégico de modernización de la administración pública de la Provincia de Buenos Aires”, que estará compuesto por un conjunto de programas, normas y procedimientos destinados a instalar en el ámbito de la Provincia un nuevo modelo de gestión de los recursos públicos, sustentado en la planificación y control, en el proceso de reforma de los sistemas

⁸⁷ Causa “Hoja de Tilo”, que tramitara por ante la justicia del Departamento Judicial La Plata.

⁸⁸ SCJBA A-68.857 “Asociación Civil Nuevo Ambiente”, sent. 1°-IV-2015.

⁸⁹ SCJBA, A-71.230 “Gutierrez”, sent. del 15-VII-2015.

administrativos, a fin de lograr una administración orientada a los resultados, a la transparencia y control ciudadano en la gestión pública.

Sus principios rectores son: promover políticas públicas que impulsen las gestiones con calidad; la optimización en el uso de los recursos públicos; la economía y racionalidad administrativas; ética y transparencia en la gestión pública; el fortalecimiento de la democracia mediante la participación de la ciudadanía en la gestión pública.

Habrá que esperar su implementación, pero es una iniciativa auspiciosa.

v) Gobierno electrónico:

1. Vivimos en la era digital. La incorporación de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones Públicas⁹⁰, permitirá avanzar hacia el “gobierno electrónico”⁹¹.

Más allá de la economía en logística, la neutralización de las distancias físicas, la reducción de tiempos que –siempre que seamos capaces de superar, con carácter general, la brecha digital-, facilitarán la vida del ciudadano al momento de emprender una gestión⁹², hay un aspecto

⁹⁰ En la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Santiago de Chile, el 10 de noviembre de 2007, se aprobó la “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico”. Esta establece que 23) “Los Estados deberán prepararse para la efectiva implantación del Gobierno Electrónico acometiendo las transformaciones organizativas que consideren necesarias, así como la progresiva implantación de sistemas, equipos y programas en las administraciones públicas. En tal sentido es recomendable que los Estados: a) Reconozcan los desarrollos propios de sistemas o sus adaptaciones como capital estatal intangible, generando mecanismos de transferencia y sistemas de apoyo, para lo cual se requiere acordar nuevos marcos regulatorios; b) Establezcan programas de adaptación de los nuevos empleados públicos a los nuevos sistemas de gobierno electrónico, promoviendo la profesionalización de los mismos de conformidad con la Carta Iberoamericana de la Función Pública, a los fines de conservar y desarrollar las nuevas competencias garantizando de esta manera la sostenibilidad en el tiempo de la ejecución de los procesos electrónicos; c) Adapten las reglas de procedimiento a las posibilidades que ofrecen las comunicaciones electrónicas; d) Implanten nuevos modelos de gestión en la Administración Pública que fomenten la mejora continua de los procesos y la constante innovación”.

⁹¹ En la aludida “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico” se entiende por “Gobierno electrónico” o “Administración electrónica” (expresiones sinónimas) el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos. El gobierno electrónico se inspira en los siguientes principios: a) Igualdad; b) legalidad; c) conservación; d) transparencia y accesibilidad; e) proporcionalidad; f) responsabilidad; g) adecuación tecnológica.

⁹² Conforme la “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico”: “...8) el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas debe ser tan amplio como lo permita la naturaleza del trámite y pretensión de que se trate. 9) Los

sumamente trascendente: el “gobierno electrónico” trae aparejado la caída del “monopolio de hecho de la información” derivado del formato papel.

Si hasta el presente, varias limitaciones al derecho a la información ciudadana encontraron razones en el formato en que los datos se encuentran registrados (siendo necesario para su ejercicio dar con el expediente o con el dato existente en un fichero), hoy es posible que, gobierno electrónico mediante, la Administración exhiba sus registros en tiempo real y que la sociedad civil pueda reutilizar dicha información, agregándole valor.

Aquella sencilla y nociva práctica de “reservar” el expediente-papel (no exhibirlo), por todos conocida, tiene sus horas contadas; su contracara, la posibilidad cierta de una precisa información actual respecto del estado del trámite o cuestión del interés del consultante⁹³.

ciudadanos podrán relacionarse electrónicamente con los gobiernos y las Administraciones Públicas, entre otros, a efectos tales como los siguientes: a) Dirigir por vía electrónica todo tipo de escritos, recursos, reclamaciones y quejas a los gobiernos y Administraciones Públicas, quedando éstos igualmente obligados a responder o resolver como si dichos escritos, reclamaciones y quejas se hubieran realizado por los medios tradicionales; b) Realizar por medios electrónicos todo tipo de pagos, presentar y liquidar impuestos y cualquier otra clase de obligaciones; c) Recibir por medios electrónicos notificaciones cuando tal medio sea aceptado por el ciudadano o si el ciudadano así lo solicita; d) Acceder por medios electrónicos a la información administrativa general con igual grado de fiabilidad que la que es objeto de anuncio en diarios o boletines oficiales o la que se publica en anuncios oficiales por cualquier medio; e) Acceder los interesados electrónicamente a los expedientes para conocer el estado en que se encuentra la tramitación de los mismos; f) Acceder por medios electrónicos a información pública de alto valor agregado que sirva a aumentar la competitividad de los países, lo que supone garantizar estándares consensuados entre los Estados iberoamericanos respecto al modo en que esa información debe ser procesada y difundida con la ayuda de las nuevas tecnologías disponibles; g) Utilizar y presentar ante el gobierno o las Administraciones Públicas las resoluciones administrativas en soporte electrónico, así como los documentos administrativos electrónicos en las mismas condiciones que si fueran documentos en papel, así como poder remitirlas por medios electrónicos a la Administración de que se trate; h) evitar la presentación reiterada ante la Administración de documentos que ya obren en poder de la misma o de otra, especialmente si son electrónicos, todo ello en el supuesto de que el ciudadano de su consentimiento para la comunicación de tales documentos entre Administraciones y entre distintas dependencias de la misma Administración, lo que supone acciones de interoperabilidad y simplificación registral”.

⁹³ Entre las consecuencias del “gobierno electrónico” sobre el procedimiento administrativo, la Carta aludida predica que: “...17) Los Estados deberán prever que el derecho de los ciudadanos a emplear medios electrónicos o no emplearlos puede suponer que en un mismo expediente o conjunto de relaciones en que concurren diversos interesados, puede haber quienes quieran relacionarse con medios electrónicos y quienes no lo deseen. Ello obligará a reconocer el derecho de ambos y permitir la concurrencia de modos de acceso. En esas condiciones el acceso al expediente y la toma de conocimiento del estado del mismo deberá poder hacerse por comparecencia en la oficina pública en la que se podrá exhibir a los interesados un expediente en soporte papel o, en su caso, un expediente electrónico al que se acceda a través de los dispositivos que ponga a disposición del ciudadano la propia administración en la oficina pública. También podrá hacerse el acceso en forma electrónica para los expedientes tramitados en soporte electrónico. En todo caso el ciudadano deberá poder conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los expedientes. Con independencia de las formas de acceso a los expedientes y de mantenimiento de formas convencionales de acceso a que se refieren los párrafos anteriores, las Administraciones en las oficinas de información deberán facilitar y poner a disposición de

La Provincia de Buenos Aires comienza a transitar este sendero⁹⁴.

vi) Gobierno abierto

Llegamos, por fin, a la idea de “gobierno abierto”.

Conforme el preámbulo de la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto que fuera aprobada por Ministros y Ministras de Administración Pública y Reforma del Estado en Bogotá, Colombia, el 8 de julio de 2016 y que será tratada por los Jefes de Estado en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a desarrollarse el 28 y 29 de octubre del año en curso en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, cabe entenderlo *“como un tema de alcance político y de defensa de derechos, de redistribución y trabajo conjunto en la toma de decisiones públicas; del uso de las nuevas tecnologías de la información (TIC) para la reducción de las desigualdades y asimetrías; de la creación y el acceso a los espacios de participación ciudadana y deliberación pública; de rendición de cuentas, responsabilidad y control social efectivo; de un proceso más sustantivo de diálogo, consenso y construcción entre Estado, sociedad civil, sector privado y otros actores del desarrollo. En definitiva, el gobierno abierto lleva en su base un cambio cultural, una nueva forma de gobernar: por, para y con la ciudadanía”*.

Es definido en dicho documento como *“el conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrando e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo”*.

quienes no estén familiarizados con las tecnologías de la información y las comunicaciones, o no quieran emplearlas desde sus propios domicilios y oficinas, aparatos y equipos y el apoyo del personal preparado para acceder electrónicamente desde dichas oficinas públicas. Asimismo a través de dichas oficinas podrán acreditar su identidad los ciudadanos no familiarizados con las TIC, o que no deseen o no puedan hacerlo de otro modo, ante funcionarios públicos habilitados para ello, de modo que, aunque no cuenten con certificados de firma electrónica, se identifique su personalidad por medios convencionales y se remitan sus escritos por medios electrónicos desde la propia oficina pública de información”.

⁹⁴ Aunque los primeros pasos pueden remontarse a la ley 13.981 a propósito de las contrataciones electrónicas (normativa que aún no se encuentra vigente). Actualmente cabe mencionar la ley 14.815 de emergencia administrativa y tecnológica (BOP 26-V-2016) y su decreto reglamentario n° 592 (BOP 31-V-2016) y el Decreto 805 (BOP 22-VII-2016) “Portal de Datos Abiertos de la Provincia de Buenos Aires”.

Los pilares del gobierno abierto son: a) Transparencia y Acceso a la Información Pública; b) Rendición de Cuentas Públicas⁹⁵; c) Participación Ciudadana y) Colaboración e innovación pública y ciudadana⁹⁶.

Sus criterios orientadores: a) la apertura de datos e información pública y b) la apertura de procesos públicos y de gobierno a través del uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación, y en especial, de las emergentes de plataformas digitales y redes sociales.

Los principios del gobierno abierto son: a) apertura; b) legitimidad democrática; c) calidad del servicio público; d) ética pública e integridad; e) transversalidad y coordinación interinstitucional; f) interoperabilidad; g) eficacia y eficiencia; h) responsabilidad pública y corresponsabilidad con la ciudadanía; i) innovación pública; j) inclusión y multiculturalidad.

⁹⁵ En un sentido amplio, este pilar se basa en las normas, procedimientos y mecanismos institucionales -como deber legal y ético- que obligan a las autoridades gubernamentales a fundamentar sus acciones y asumir la responsabilidad sobre sus decisiones, responder oportunamente e informar por el manejo y los rendimientos de fondos, bienes o recursos públicos asignados, y por los resultados obtenidos en el cumplimiento del mandato conferido. Los gobiernos iberoamericanos deberán propender al perfeccionamiento de mecanismos (sistemas) de rendición de cuentas que desarrollen no solo su dimensión horizontal, entendida como las relaciones de control y vigilancia que establecen entre sí las agencias gubernamentales, sino además, a sus dimensiones vertical, que supone el desarrollo y fortalecimiento de mecanismos para que la sociedad pueda exigir cuentas a sus representantes, y diagonal, que alude a la activa participación de los ciudadanos en actividades de control social de las instituciones públicas con miras a materializar su incidencia en la toma de decisiones y en la provisión de bienes y servicios públicos. Los sistemas de rendición de cuentas estarán vinculados a la idea de la responsabilidad pública, que supone la capacidad de dar respuesta y dar cumplimiento del mandato público conferido en cualquier sistema democrático, empoderando con herramientas de seguimiento y fiscalización a la sociedad civil y a la ciudadanía en su conjunto”.

⁹⁶ “El pilar de la colaboración se entiende como la generación de nuevos espacios de encuentro, diálogo y trabajo que favorezcan la co-creación de iniciativas y coproducción de nuevos servicios públicos. Ello supone por un lado, el promover nuevos enfoques, metodologías y prácticas para potenciar y fortalecer la innovación al interior de las instituciones públicas y favorecer la colaboración con otros actores de la sociedad, el sector privado, las organizaciones del tercer sector, entre otros. Por otro lado, supone reconocer las capacidades disponibles en la propia sociedad y los beneficios que estos pueden aportar en el diseño e implementación de políticas públicas, dejando atrás el enfoque de una ciudadanía receptora pasiva de acciones institucionales, para convertirse en protagonista y productora de sus propias soluciones. 8 Ello supone la co-responsabilidad, cooperación y trabajo coordinado, no solo con la ciudadanía, sino con las empresas, asociaciones, academia, organizaciones de la sociedad civil y demás actores, así como el esfuerzo conjunto dentro de las propias administraciones públicas, entre ellas y sus funcionarios. Por otro lado, en el marco de esta Carta se asumirá a la innovación ciudadana como el involucramiento y compromiso activo de los ciudadanos en iniciativas que buscan contribuir al interés general, a fin de alcanzar una mayor inclusión y promover la cultura de la igualdad mediante prácticas colaborativas y trabajo en red. Se reconocerá por ello el papel clave de las organizaciones públicas como entidades facilitadoras de la apertura y dinamización de estas plataformas colaborativas, así como su papel de promotoras de espacios que favorezcan una innovación efectiva, robusta y sostenible”.

B- Hacia un procedimiento administrativo en clave colectiva:

1. Si bien, por lo señalado líneas arriba, el derecho administrativo no concibió originariamente un modo de construcción de decisiones de alcance general que brindara suficientes garantías tanto a los intereses privados como públicos, confiando tales definiciones a los administradores de turno, hoy día su regulación es imprescindible.

De una parte, porque los instrumentos de protección del ciudadano ideados (principio de juridicidad, control de la Administración por órganos imparciales e independientes [sea Judicial como en Argentina; o administrativo, como en Francia, o mixto como en Italia] y, eventualmente, la responsabilidad del Estado y del funcionario), con ser necesarios, no han sido lo suficientemente eficaces. El grado de insatisfacción de los derechos o, su contracara, el incumplimiento de los diversos cometidos públicos -sobre todo en países como Argentina que no ha padecido calamidades y cuenta con recursos de todo tipo- lo deja en evidencia.

2. La conclusión, aun cuando elemental no deja de ser trascendente: es necesario moldear un procedimiento administrativo para la construcción de actos administrativos de alcance general, para lo cual puede aprovecharse -mediante las necesarias modulaciones adaptativas-, la esencia estructural del procedimiento administrativo consagrado en clave individual.

De tal modo:

i) Impulso: a consecuencia de un impulso oficioso o a requerimiento de uno o varios interesados que dejen en evidencia la necesidad de adoptar una decisión de carácter general, la Administración dará inicio a un procedimiento, ordenando su registración y difusión públicas (vía web, eventualmente medios de comunicación), para que todo aquel a quien la cuestión afecte o pueda afectar en su esfera vital (comprendiendo a las entidades que -conforme sus estatutos- acrediten interés suficiente) o en sus competencias funcionales (vgr. Defensor del Pueblo, Defensor del Usuario; Ministerio Público), tomen conocimiento de su existencia y objeto, y estén en condiciones de decidir su participación. En la oportunidad se designará una autoridad encargada de la dirección del procedimiento.

ii) Etapas iniciales: A efectos de determinar los sujetos que intervendrán, los intereses comprometidos y sus representantes, en esta etapa podrá: **i)** fijarse

un tiempo para que los interesados se presenten, estableciendo una tabla de requisitos mínimos a completar para conocer la posición relativa de cada quien frente a la cuestión; **ii)** analizar la posibilidad de unificar la representación de aquellos que comparten un mismo interés, para permitir una sustanciación más simple; **iii)** examinar que el grupo sea adecuadamente representado.

iii) Etapa de Instrucción: la autoridad que dirige el procedimiento debe ordenar, de oficio o a propuesta de los distintos participantes, la producción de las medidas de prueba pertinentes, tendientes a la búsqueda de la verdad material respecto de todas las circunstancias conducentes vinculadas a la problemática a decidir, posibilitando su control y evaluación.

Ulteriormente dará intervención al o los órganos técnicos, con competencia especializada, a fin de que, en base a la información obtenida: produzcan un diagnóstico de la situación, analicen el o los diversos cursos de acción posibles para obtener el o los resultados que resuelvan o mitiguen la problemática, estableciendo para cada alternativa etapas, tiempos, costos, estándares de medición.

iv) Etapa de participación: con tales elementos, deberá abrirse una instancia o etapa de participación ciudadana, que permita la exposición de los diferentes intereses y contra-intereses en juego o las diversas miradas posibles sobre una cuestión de interés general.

Desde tal perspectiva los diversos modos de participación ciudadana se erigen –más que en un procedimiento especial- en una instancia esencial incluida en un procedimiento en clave colectiva.

Si la normativa de aplicación no fijare a la autoridad que dirige el procedimiento determinada forma⁹⁷ y ésta optara por la audiencia pública, deberá, además del labrado del acta dando cuenta de lo sustancial, adoptar los recaudos para el registro de su desarrollo e inclusive su difusión (transmisión en vivo vía internet, videograbación, versión taquigráfica, etc.).

⁹⁷ Sería conveniente que hasta tanto culturalmente madure la necesidad de la participación ciudadana, esta instancia sea establecida como obligatoria explícitamente, pudiendo dejar librado a la autoridad que dirige cual es la modalidad que mejor se ajusta a cada supuesto.

Para su sustanciación es posible distinguir las siguientes etapas: **a) Etapa previa:** i) Convocatoria⁹⁸; ii) Publicidad⁹⁹; iii) inscripción¹⁰⁰; **b) Desarrollo:** i) asistencia libre¹⁰¹; ii) el Presidente fijará las reglas para su sustanciación¹⁰²; iii) uso de la palabra; iv) preguntas por escrito; v) intervención de investigadores o especialistas; vi) carácter consultivo, no vinculante, de las opiniones¹⁰³; vii) confección del acta de la audiencia; **c) Etapa final:** proyecto de decisión¹⁰⁴.

v) Etapa consultiva y de control: tránsito que permitirá obtener un análisis enriquecido con miradas multidisciplinarias de acuerdo a cada problemática, estableciendo no sólo el análisis y control jurídico o de regularidad contable y presupuestaria, sino también de transparencia, eficacia, eficiencia, economicidad¹⁰⁵ y evaluación medioambiental, en su caso.

A partir de ponderadas razones los constituyentes se ocuparon de establecer la estabilidad del empleado público¹⁰⁶: no sólo preocupados por el agente a propósito del sistema de despojo que sobreviene a cada cambio de administración, sino principalmente para asegurar una burocracia

⁹⁸ Art. 6 ley 13.659: “...La convocatoria se efectuará con una antelación no inferior a los treinta días corridos respecto de la fecha fijada para su realización, contendrá el objeto del llamado, la fecha y lugar de realización y de inscripción...”

“...Deberá consignar: a) Autoridad convocante; b) Una relación de su objeto; c) Día, lugar y hora de celebración de la audiencia; d) Dependencia pública donde se podrá tomar vista del expediente, inscribirse para ser participante de la audiencia, presentar documentación y efectuar las consultas pertinentes; e) Plazo para la inscripción de los participantes; f) Autoridades de la audiencia pública”

⁹⁹ Art. 6 de la ley 13.659: “...Se publicará en el Boletín Oficial, en dos medios de mayor circulación y en un medio correspondiente a la zona donde el proyecto pudiera tener sus efectos por el plazo de tres (3) días. Este plazo podrá reducirse sólo cuando la autoridad convocante, mediante decisión fundada, considerara que la urgencia del asunto objeto de la convocatoria así lo exige...”

¹⁰⁰ Art. 8 de la ley 13.659: “...Los interesados en hacer uso de la palabra deberán inscribirse con una antelación de cinco (5) días al fijado para la realización...”

¹⁰¹ Art. 8 de la ley 13.659.

¹⁰² Art. 7 de la ley 13.659.

¹⁰³ Art. 9 Ley 13.659.

¹⁰⁴ Art. 9 de la ley 13.659: “... La autoridad convocante consignará en los fundamentos de su decisión de qué manera se han tomado en consideración las opiniones vertidas en la audiencia pública”.

¹⁰⁵ Conforme el art. 103 de la ley 13.767, en la Provincia de Buenos Aires ese alcance de control está asignado a la Contaduría General de la Provincia: “La Contaduría General de la Provincia desarrollará e instrumentará un sistema de control interno que incluya los objetivos de eficiencia y eficacia, las instancias previas, concomitantes y posteriores, contables, normativas e informáticas, de todo acto que impacte o afecte el patrimonio estatal, y la adecuación de sus procedimientos a las pautas establecidas en el Artículo 101 de la Ley N° 13.767”

¹⁰⁶ Arts. 16 y 14 bis de la Constitución Nacional, respectivamente; CSJN “Madorrán”, Fallos 330:1989, 3-V-2007 y sus citas.

profesionalizada e idónea, estable. Los órganos de asesoramiento y control tienen un rol relevante en la construcción de la decisión administrativa.

De tal modo, la decisión no puede ser “a priori” sobre la base exclusiva del “sentido político” (sin que ello signifique desmerecer un ápice su real trascendencia), sino que debe ser la resultante del tránsito por un sendero en que, tras la acreditación de los hechos determinantes y la participación ciudadana, desarrolle un análisis enriquecido con miradas multidisciplinarias, conforme cada problemática.

De allí que no haya espacios para confusiones: la voluntad subjetiva del funcionario no debe imponerse a la realidad de los hechos, ni a las directrices emergentes de las ciencias o al ordenamiento jurídico; si ello sucede estaremos ante un acto arbitrario, ilegal.

Por el contrario, bien entendidas las cosas, la “iniciativa política” enriquecida por los aportes de una “ciudadanía responsable” y una “burocracia profesional” no puede dar como resultado sino una “buena decisión administrativa”.

vi) Etapa decisoria: las decisiones con mayor legitimidad serán las resultantes del consenso, del equilibrio de intereses encontrado por los propios afectados. En tal sentido, cabría alentar y promover toda práctica que tienda a la solución paccionada.

Si ello no resultara posible, la decisión que se adopte deberá asumir el tratamiento de los planteos y argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento, mediante una motivación razonada.

vii) Etapa de eficacia del acto: mediante la notificación a los que asumieron el rol de interesados desde la etapa inicial, la publicidad, difusión y comunicación a los órganos de control.

viii) Etapa de implementación: en el supuesto que fuere menester, podría suponer –inclusive– la sustanciación de un nuevo procedimiento.

En definitiva, con las adaptaciones del caso, cabe extender las exigencias del debido procedimiento administrativo y cumplimiento de los trámites esenciales, al procedimiento que se instrumente para la adopción de decisiones en clave colectiva. Su omisión o grave inobservancia traerá aparejada la nulidad del acto de alcance general.

Esquema de un procedimiento para la construcción de una decisión de alcance general tipo, en Provincia de Buenos Aires, asumiendo el desarrollo de una audiencia pública



IV- COLOFON

En definitiva, las decisiones que se adopten en ejercicio de la función administrativa, sea en clave individual o colectiva, deben construirse a partir de la sustanciación de un procedimiento administrativo que, asegurando la objetividad y transparencia, la participación útil de o los interesado/s, la observancia de sus principios rectores, el conocimiento real y acabado de todas las circunstancias que configuren la/s cuestión/es a resolver y ponderando los diversos intereses o perspectivas en juego desde la juridicidad, eficacia, eficiencia, economicidad, ética y –en su caso- sustentabilidad medio ambiental, resulten fruto del consenso o de una motivación razonada, teniendo siempre por norte el bien común.

07-10-2016