

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Denise L. Bloch - Ezequiel Cassagne - Analía Conde - Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Fernando E. Juan Lima - Jorge I. Muratorio - Marisa L. Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Consejo Consultivo Internacional

Hermann-Josef Blanké (Alemania)
Christian Pielow (Alemania)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)
Odete Medauar (Brasil)
Fabio Medina Osorio (Brasil)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)
Felipe de Vivero (Colombia)
Jorge Enrique Ibáñez Najjar (Colombia)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)
Consuelo Sarria (Colombia)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)
Tomás Ramón Fernández (España)

José Luis Martínez López-Muñiz (España)
Santiago Muñoz Machado (España)
Luis Martín Rebollo (España)
Franck Moderne (Francia)
Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Carlo Marzuoli (Italia)
Domenico Sorace (Italia)
Aldo Travi (Italia)
Luciano Vaudelli (Italia)
Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Richard Martín Tirado (Perú)
Lino Torgal (Portugal)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

JUNIO 2012

81

Director

Juan Carlos Cassagne

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471
(C1050AAC),
Cdad. de Buenos Aires,
Argentina

Director Editorial
Alejandro P. F. Tuzio

Editor
Leandro T. Pacheco Barassi

Redacción
Pablo G. Gliemann

ISSN 1851-0590

 **AbeledoPerrot®**

públicas, ellas no han estado encuadradas en el derecho administrativo; por tanto, están ausentes las garantías que tal ordenamiento supone para los oferentes.

Recordemos el fundamento para acudir a estas formas jurídicas: se aspira con ellas a amalgamar la flexibilidad operativa propia de las sociedades anónimas, con las garantías de orden social inherentes a la propiedad estatal absoluta³⁷. Es decir, lo mejor de uno y otro mundo, el público y el privado.

Elo me recuerda —para concluir— la siguiente anécdota: Cuentan que en una reunión social, Marilyn Monroe se cruzó con Einstein y ella le sugirió lo siguiente:

— ¿Qué dice, profesor; deberíamos casarnos y tener un hijo juntos? ¿Se imagina un bebé con mi belleza y su Inteligencia?

Einstein, muy seriamente, le respondió: — Desafortunadamente temo que el experimento salga a la inversa, y terminemos con un hijo con mi belleza y su inteligencia.

LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO (CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS SISTEMAS ANGLOSAJONES)

por ESTELA B. SACRISTÁN*

I. PLANTEO

La expresión "audiencia pública", en nuestro país, ofrece un cúmulo de rasgos llamativos. Primero, las audiencias públicas estuvieron en la primera hoja de muchos diarios en los años '90, razón por la cual podría haberse creído —erróneamente¹— que eran sinónimo de privatizaciones o de marcos regulatorios sectoriales.

Segundo, la expresión "audiencia pública" parecería hallarse dotada de un significado no sólo literal sino también emotivo², como si en ella se concentrara algo más que un "exponer o solicitar en público", rozando incluso la catarsis o —como se sostuviera— la terapia grupal³.

En tercer lugar, la audiencia pública sería asociable a aquellos mecanismos de morigeración o control del poder y, así, sería insertable en el campo de esa cierta creencia que privilegia, ante todo, la democracia, y que califica a la audiencia pública

* Trabajo basado en la exposición efectuada en el marco de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo, Procedimiento Administrativo, Instituto de Derecho Administrativo del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 28/4/2011.

¹ Un primer antecedente, del año 1958, aparece reseñado en nuestro "El reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo nacional", en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2006, ps. 229/264, esp. p. 230.

² Significado "emotivo" se opone a significado "cognoscitivo", pues el primero hace a los sentimientos que la expresión en cuestión genera; conf. HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, t. I, Macchi, Buenos Aires, 1969, p. 80.

³ Así las califica TAWIL, Guido S., "Control judicial sobre los servicios públicos", en AA.VV., *Control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2003, ps. 571/583, esp. p. 581.

³⁷ Del mensaje de elevación del Proyecto de Ley de Creación de las Sociedades del Estado. Del Diario de Sesiones del Senado correspondiente a las 56ª reunión, 7ª sesión extraordinaria, 10/1/1974.

como herramienta de democratización de la toma de decisión, esto es, como democratizadora del poder pues, de hecho, lo atomiza, lo subdivide⁴.

La importancia de todos estos rasgos se potencia si la "decisión" en cuestión es el dictado de un acto de alcance general, como podría ser, por ejemplo, uno del campo de la regulación de los servicios públicos. La propuesta de tal clase de medida podría generar un universo de "afectados" (p. ej., todos los usuarios de tal clase son recategorizados por resolución del ente respectivo), así como un universo de lo que podríamos llamar —permítaseme la expresión—"afectantes" (v.gr., los lobbistas que impulsan un régimen de compra nacional, que impondrá el ente regulador sectorial a los prestadores).

Este trabajo indagará en tres cuestiones que creo relevantes para asomarnos al universo de las "audiencias públicas en el derecho comparado", a saber: el significado de esa expresión (apart. II); los fundamentos de técnicas participativas como las audiencias públicas (apart. III) y, por último, la perspectiva constitucional, que lleva a considerar el problema del carácter mandatorio o meramente potestativo de la norma que requiere la celebración de una audiencia pública previa al dictado del acto de alcance general de que se trate, género que incluye a los que se dictan en el campo de los servicios públicos. Veamos.

II. ASPECTOS SIGNIFICATIVOS

Literalmente, *public hearing* significa audiencia pública. Dicha expresión, de carácter genérico, abarcaría diversas especies que se detectan al efectuar un muestreo legislativo, que cubra a los diversos poderes u órganos constitucionales.

En los Estados Unidos, hay audiencias públicas o *public hearings* que son celebradas en el procedimiento de formación y sanción de las leyes, por ejemplo en el ámbito de la *House of Representative* o Cámara de Diputados: cuando un proyecto (*bill*) tiene suficiente importancia, se fija fecha para audiencias públicas. Cada Comisión —excepto la Comisión de Reglas— debe anunciar públicamente la fecha, lugar y materia de cualquier audiencia que vaya a ser celebrada por la Comisión al menos con una semana de antelación, salvo que, con ciertos recaudos, se decida que existe justa causa (*good cause*) para celebrar la audiencia antes.

Los anuncios públicos se efectúan en el *Daily Digest* del *Congressional Record* y se suelen enviar invitaciones por misiva a expertos, académicos, organizaciones, órganos y entes relevantes. Cada audiencia será abierta al público por regla, salvo cuando la Comisión (o, en su caso, la Subcomisión), en sesión pública y con mayoría presente, determina, previa votación de viva voz, que todo o parte de lo que reste de la audiencia será cerrada al público en virtud de que dar a conocer el testimonio, prueba y demás pondría en peligro la seguridad nacional, comprometería información sensible sobre el cumplimiento de la ley o violaría una ley, o una regla de la *House*⁵.

⁴ Ampliar en "El fundamento de la idea participativa. Ventajas y desventajas", en CASSAGNE, Juan Carlos (Sacristán, Estela B., colab.), *El contrato administrativo*, 2ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 261/263.

⁵ Acerca de todo ello se puede ampliar en JOHNSON, Charles W., *How our Laws are Made*, US Government Printing Office, Washington DC, 1996, ps. 10/11; y en McNeil, Mary L. (ed.), *How Congress Works*, Congressional Quarterly, Washington DC, 1983, ps. 41/42.

El fundamento de estas audiencias se halla históricamente asociado al derecho de la ciudadanía de petionar al Parlamento, sea a favor o en contra, de una determinada propuesta de decisión, y las leyes, eventualmente, la corporizarán. En dichas audiencias, entonces, se obtienen todas las pruebas y se escucha a todas las partes, y es raro que un proyecto emerja de una Comisión sin haber sido objeto de audiencia pública⁶. Así, las audiencias dan base a los dictámenes de Comisión o, eventualmente, a la legislación⁷.

También hay *publichearings* que celebran órganos del Estado estadounidense, del área Ejecutiva; así, puede citarse el supuesto que se desarrolla en el Departamento de Justicia, la *United States Sentencing Commission* u órgano que se ocupa de sancionar los lineamientos para la fijación de penas, libertad condicional, etc., que, en audiencia pública, llama a testigos expertos, académicos y demás para que opinen sobre las modificaciones a esos lineamientos. Se celebran bajo la *Rule 3* de esa Comisión y están abiertas al público.

Existen *publichearings* o audiencias públicas —audiencias abiertas al público, en las cuales se puede convocar a expertos, académicos, organizaciones, etc.— en el marco de la producción de reglas o normas procesales por parte de los órganos de la justicia federal por delegación efectuada en el 28 USC §§ 2071-2077. Estas audiencias son de evidente importancia para magistrados y funcionarios de la rama judicial, así como para los abogados litigantes.

Todas estas *publichearings* —y otras similares— tienen la particularidad de preceder la toma de una decisión que afecta a un público indeterminado, esto es, la toma de decisión de alcance general.

En el campo de la elaboración de decisiones de alcance general emanadas de órganos o entes localizados en la rama Ejecutiva del gobierno, si se efectúa un repaso del derecho norteamericano⁸, se advierte un amplio abanico de técnicas⁹ mediante las cuales puede disponerse normativamente la participación de la ciudadanía en el procedimiento previo al dictado de actos de alcance general. En este contexto, se ha considerado que tanto la audiencia pública como el intercambio de documentos son dos medios aptos para generar aquel foro en el cual se puede debatir y, eventualmente, obtener alguna clase de beneficio y ahorros derivados de la eficiencia en la producción de regulaciones eficaces¹⁰.

⁶ En tal sentido, KEEFE, William J. - Ogul, Morris S., *The American Legislative Process. Congress and the States*, 9ª ed., Prentice Hall, New Jersey, 1997, ps. 204/205.

⁷ DICKSON, Paul - CLANCY, Paul, *The Congress Dictionary. The Ways and Meanings of Capitol Hill*, Wiley & Sons, New York, 1993, p. 153.

⁸ Sobre ello, es casi inevitable la remisión a TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 198 y ss.

⁹ En nuestro país también ocurre lo mismo: acerca de la pluralidad de técnicas participativas, véase CASSAGNE, Juan Carlos, "Reflexiones sobre la justicia contencioso-administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI", *ReDA*, nro. 46, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2003, ps. 847/885, esp. p. 866.

¹⁰ PROSSER, Tony, "Participation and the Regulatory Order", en CAMPBELL, David - LEWIS, N. Douglas (eds.), *Promoting Participation: Law or Politics?*, Cavendish Publishing Ltd., London - Sidney, 1999, ps. 349/362, esp. p. 362.

Cabe apuntar, con sentido práctico, que existe, en el ámbito estadounidense, en el nivel federal, una página web que enumera todos los órganos y entes —de la Administración o no— que llevan adelante procedimientos participativos de elaboración de actos de alcance general¹¹. Allí aparecen muchos de los que mencioné precedentemente.

Veamos, ahora, cuáles son algunas técnicas específicas para llevar adelante la participación en la toma de decisión. A tal fin, se repasa la legislación y doctrina.

1. Audiencias públicas

Las audiencias públicas se hallan consagradas en la APA o *Administrative Procedure Act*¹². En pos de la claridad, tenemos que recordar que dicha ley contempla dos supuestos de participación: recepción de comentarios en el marco de un procedimiento informal —5 USC § 553— o audiencia o *hearing* en el marco de un procedimiento formal —5 USC §§ 556 y 557—¹³. En este acápite repasaremos esta última hipótesis, esto es, la audiencia en el marco de un procedimiento formal; en el siguiente acápite nos detendremos en la técnica de recepción comentarios.

La audiencia que una ley específica puede exigir¹⁴ es de índole naturalmente contradictoria; además, se da sólo en los casos legislativamente previstos, y depara un procedimiento formal con los mismos requerimientos del procedimiento de resolución de casos particulares (*adjudicatory proceeding*)¹⁵. Tendría, entonces, cierta similitud con un proceso civil o penal¹⁶.

Se ha señalado que el procedimiento de elaboración de reglamentos con participación pública de índole formal con esta clase de audiencia previa —que resulta ser semejante a la que se celebra ante un juez— puede “apresar al proceso normativo dentro de un estrecho traje (...) que puede producir la parálisis del proceso administrativo”¹⁷.

Ante esta reflexión, no aparecen sino como razonables las reglas generales que surgen de dos precedentes de la Corte Suprema estadounidense: por un lado, “Ameri-

can Trucking Association”¹⁸, conforme al cual en el procedimiento de dictado de medidas de alcance general no se requiere *hearing*, salvo cuando la ley específica que rige al organismo establece tal recaudo; y, por el otro, el conocido precedente de 1978, “Vermont Yankee”¹⁹, en el cual aquel tribunal afirmó que ningún magistrado podría exigir una modalidad procedimental participativa más exigente que la adoptada por el organismo administrativo, pues tal opción es de la discrecionalidad de este último.

Para un sector de la doctrina, la audiencia que nos ocupa es aplicable al dictado de reglamentos en el ámbito de las *Commissions* o Comisiones de Servicios Públicos²⁰, y, de acuerdo con lo dicho, tal afirmación estará condicionada a la ley previa que disponga la participación en audiencia. Asimismo, se entiende que no ameritan *hearing* formal previa las cuestiones técnicas²¹, ni tampoco los procedimientos de fijación de tarifas cuando éstas vayan a regir en el futuro²². Vuelvo sobre ello en el acápite siguiente.

2. Recepción de comentarios

La modalidad participativa de recepción de comentarios u observaciones, como vimos, emerge de 5 USC § 553, y también aparece como gobernable por las reglas emergentes de “American Trucking Association”²³ y “Vermont Yankee”²⁴, ya reseñados, y es de tinte consultivo²⁵, alejándose del modelo que guarda notas en común con los procesos civiles y penales del acápite precedente.

El respectivo procedimiento incluirá, a modo de recaudos mínimos²⁶, la publicación de un aviso²⁷ en el *Federal Register* —si bien hoy la publicación más importante es *online*—, informando que se dictará un reglamento²⁸ y la oportunidad para que los in-

¹⁸ “American Trucking Association, *Inv. v. United States*”, 344 US 298 —1953—, esp. ps. 310/320.

¹⁹ “Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC”, 435 US 519 —1978—.

²⁰ PHILLIPS, Charles F., *The Regulation of Public Utilities. Theory and Practice*, Public Utilities Reports, Inc., Arlington, Virginia, 1993, p. 188.

²¹ *In re Iroquois Gas Transmission System, L. P.*, 53 FERC 194 —1990—.

²² GOODMAN, Leonard S., *The Process of Rulemaking*, t. I, Public Utilities Reports, Vienna, Va., 1998, p. 58.

²³ “American Trucking Association, *Inv. v. United States*”, 344 US 298 —1953—, esp. ps. 310/320.

²⁴ “Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC”, 435 US 519 —1978—.

²⁵ Ver Galligan, Dennis, *Due Process...*, cit.

²⁶ Ampliar en TAWIL, Guido S., *Administración y Justicia*, cit., t. I, p. 198 y ss.; CARBONELL, Eloisa - MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 70 y ss.

²⁷ 5 USC § 553.b).1-3. El aviso incluirá la hora, lugar y naturaleza del procedimiento de emisión de reglamentos; mención de la autoridad en la esfera de la cual se propone la norma, y los términos o la sustancia de la norma propuesta o una descripción de las materias y temas involucrados.

²⁸ Que no podrá ser ni un reglamento interpretativo o de procedimiento, o una declaración general de políticas; tampoco habrá participación pública cuando la entidad emisora decida fundadamente que ello es impracticable, innecesario o contrario al interés público, 5 USC 553

¹¹ www.archives.gov/federal-register/public-participation/rulemaking-sites.html.

¹² Ley de Procedimiento Administrativo, del orden federal.

¹³ “United States v. Florida East Coast Railway Co.”, 410 US 224 —1973—.

¹⁴ Según § 553.c) de la APA, el procedimiento formal se emplea “cuando legislativamente se establece que los reglamentos deben dictarse con una audiencia previa ante la agencia”.

¹⁵ Por ejemplo, la *Food, Drug and Cosmetics Act*, de 1938, tít. 21 del USCA, secc. 371.e).3. Allí se establece que, antes de que esa Administración dicte un reglamento, debe: 1) convocar a audiencia pública para que los interesados sean oídos; 2) basar su decisión en la evidencia sustancial recogida en el expediente; 3) estructurar el reglamento tal que incluya las evidencias volcadas en la audiencia formalizada en el expediente; 4) proveer a la revisión de lo actuado antes de que esas probanzas, que fundamentan el reglamento, puedan ser consideradas concluyentes.

¹⁶ Sobre el llamado “modelo adjudicativo” puede verse Galligan, Dennis, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 130.

¹⁷ Conf. SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law. A Casebook*, 3ª ed., Little, Brown and Co., Boston - Toronto, 1988, p. 162.

interesados participen haciendo llegar sus opiniones²⁹; se podrá o no brindar oportunidad para efectuar una presentación oral, se considerarán los aspectos pertinentes que se hayan planteado³⁰, se efectuará una declaración concisa del propósito de dictar el reglamento³¹ y, finalmente, se efectuará la publicación del reglamento al menos treinta días antes de su entrada en vigencia³².

La doctrina ordena todos estos recaudos en un *iter* procedimental que sigue este orden³³: i) se proyecta el reglamento con o sin participación previa de los interesados; ii) se publica la norma propuesta; iii) todos los interesados se hallan habilitados para remitir información escrita u opiniones acerca de aquélla; iv) la agencia evalúa los comentarios cosechados o *feedback* y puede reformar el proyecto de conformidad con la información suministrada y también puede requerir comentarios orales de los interesados; v) se publica el reglamento con su nueva redacción; vi) se repiten los pasos iii y iv; vi) el proyecto final se publica al menos treinta días antes de tener vigencia, acompañado de una declaración concisa de sus fundamentos y fines.

Es dable destacar que en el fallo "Florida East Coast" la Corte norteamericana sostuvo que la "audiencia (*hearing*) debida" podía ser considerada "equivalente" a los comentarios escritos remitidos en el procedimiento informal recién reseñado³⁴. A partir del caso citado, son pocas las oportunidades en que judicialmente se ha obligado a un organismo a emplear el procedimiento participativo formal de audiencia del acápite precedente de este trabajo.

Tal principio tiene, sin embargo, las excepciones antes avizoradas: a) que la ley prescriba expresamente el procedimiento formal; b) que la ley expresamente requiera la audiencia contradictoria oral, o c) que se hallen en juego intereses relativos a la propiedad o a la libertad, en cuyo caso la audiencia debe ser formal³⁵.

Las tarifas son una especie de *rule* bajo la APA³⁶. Si lo que se halla en debate es una tarifa, que se aplicará hacia el futuro, la participación se concreta con mucho me-

§ b).A).B). Véanse, en este trabajo, las salvedades consecuentes formuladas en el apart. II, párr. final, y en el apart. III, párr. final.

²⁹ Que podrán ser remitidas por escrito, existiendo o no la oportunidad para efectuar presentaciones orales, 5 USC 553.c).

³⁰ 5 USC 553.c).

³¹ 5 USC 553.c).

³² 5 USC 553.d).

³³ WARREN, Kenneth, *Administrative Law in the Political System*, 3ª ed., Prentice Hall, New Jersey, 1996, p. 252.

³⁴ "United States v. Florida East Coast Railway", 410 US 224 —1973—: "La Comisión promulgó un proyecto tentativo de orden, y acordó a todas las partes interesadas sesenta días para efectuar presentaciones, remitir pruebas, y hacer observaciones relevantes. Las partes tuvieron adecuado aviso de qué, exactamente, proponía la Comisión, y se les concedió oportunidad para hacer comentarios, formular objeciones, o para hacer alguna otra clase de presentación por escrito. La orden final de la Comisión indica que tomó en consideración las presentaciones de ambos apelantes".

³⁵ DAVIS, Kenneth Culp - PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, vol. I, 3ª ed., Little, Brown & Co., Boston, 1994, p. 294.

³⁶ § 551.4, APA: El término "rule (...) incluye la aprobación o prescripción para el futuro de tarifas...".

nos que una audiencia, bastando la publicación y recepción de comentarios o la modalidad que, dentro de su discrecionalidad, adopte el ente³⁷; en cambio, si esa tarifa será aplicada retroactivamente, y se entiende que se afecta el derecho constitucional de propiedad, deberá llevarse adelante la audiencia del procedimiento formal (cuasi-judicial, si se quiere) a la que antes nos referíamos.

3. Open meetings

La implementación de *open meetings* —reuniones públicas o sesiones públicas—, modalidad que implica abrir a la observación del público determinados tramos de la actividad que se lleva a cabo en el seno del órgano o ente de que se trate³⁸, se halla consagrada, en el ordenamiento norteamericano, en la GSA o *Government in the Sunshine Act*, literalmente, "ley de gobierno a la luz del sol", suerte de ley de transparencia gubernamental. Permite participar políticamente en un foro, involucrarse en reuniones, sesiones, audiencias, con oídos, pero sin voz en ese foro.

Como se afirmara, "(e)l argumento básico de las sesiones públicas consiste en que el conocimiento público de las motivaciones que fundan la actuación del gobierno resulta esencial para el proceso democrático. El pueblo debe poder 'ir más allá y por detrás' de las decisiones tomadas y conocer los 'pros y contras' del caso si de juzgar sabiamente las cuestiones de política y de elegir inteligentemente a los representantes se trata. La presencia de observadores externos constituye una ayuda insustituible en el proceso de hacer que esa información esté disponible, ya que los informes oficiales, si es que son emitidos, pocas veces proveerán un resumen completo del debate que llevará a un curso de acción en particular. Aun cuando sólo unos pocos periodistas y ciudadanos interesados estén presentes, el beneficio de conceder acceso a las sesiones se expandirá a un segmento aún más amplio de la población, porque los presentes transmitirán la información obtenida"³⁹.

Nótese que las *open meetings* se diferencian de las audiencias públicas, pues aquéllas brindan a los convocados la oportunidad para estar presente, y las segundas brindan la oportunidad de ser oído⁴⁰.

³⁷ GOODMAN, Leonard S., *The Process of Rulemaking*, cit., t. I, p. 58.

³⁸ Ampliar en HAMMIT, Harry A. - SOBEL, David L. - ZALD, Mark S. (eds.), *Litigation under the Federal Open Government Laws 2002*, 21ª ed., Epic Publications, Access Reports y The James Madison Project, Washington DC - Lynchburg, VA, 2002, ps. 345/359; TAYLOR SCHWING, Ann, *Open Meeting Laws*, National Institute of Municipal Law Officers, Fathom Publishing Co., Anchorage, Alaska, 1994, esp. cap II; también puede verse nuestro "Las sesiones públicas (*open meetings*) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa", *ReDA*, nros. 27/29, Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 389/434.

³⁹ Nota sin autor: "Open Meeting Statutes: The Press Fights for the Right to Know", *Harvard Law Review*, vol. 75, p. 1199, esp. p. 1200, 1962, transcripto en BREYER, Stephen G., *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little, Brown & Co., Boston, 1992, p. 963.

⁴⁰ Así, "Gernatt Asphalt Products, Inc. v. Town of Sardinia" —1996 N.Y. Int. 58—, del 28/3/1996, ilustra sobre ambas funciones. En él se debatía, entre otras cuestiones, si el municipio había violado las respectivas disposiciones de la ley de sesiones públicas local al sancionar modificaciones a unas ordenanzas vigentes durante una sesión ejecutiva secreta celebrada con posterioridad a la audiencia pública. La ley de sesiones públicas local establecía que el

4. Otras técnicas participativas

La experiencia norteamericana también enseña acerca de la utilización de otras técnicas participativas. Así, podemos considerar brevemente las que siguen.

Los *contactos clave* constituyen una modalidad que, según la doctrina, aparece como tal vez la forma más simple de involucrar al público: el organismo consulta a líderes del ámbito de la economía o a dirigentes de otros grupos organizados. Parecería que este recurso —de larga data en cuanto a su utilización— sigue siendo popular en los Estados Unidos en lo que hace a controlar la opinión de la comunidad⁴¹. Bajo el recurso de acudir a las *comisiones asesoras* se solicita que los representantes de diversos grupos relevantes de la comunidad presten servicios en una comisión que asesora sobre una determinada política o un determinado asunto. A diferencia de lo que ocurría antaño, las comisiones asesoras en la actualidad representan a una variedad más amplia de agrupaciones, incluyendo a asociaciones de consumidores, de personas con capacidades diferentes, etc.⁴². La técnica de *encuestas ciudadanas* se comenzó a emplear en las décadas del '60 y '70 en los Estados Unidos y consisten en cuestionarios para obtener la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés público o sobre servicios que presta el Estado⁴³; se sostiene que si se las efectúa en sectores relevantes de la población tomados al azar, estas encuestas prometen proveer opiniones muy representativas que, de emplearse otra técnica, resultarían inciertas⁴⁴.

Con carácter más restrictivo, los *contactos con la ciudadanía* permiten la participación de un modo altamente idóneo, y, por lo general, se emplean para el tratamiento de cuestiones específicas, tales como anomalías en la recolección de residuos o agujeros o pozos en las aceras que no han sido reparados. La tendencia del empleo de esta técnica parecería hallarse en franco ascenso en los Estados Unidos⁴⁵. Finalmente, la *negociación y mediación* depara que algunos asuntos de escaso atractivo como para merecer alguna de las anteriores técnicas se encaren mediante esta técnica, en la cual intercede un tercero para poner fin a una disputa. Se la ha empleado para resolver conflictos relativos al medio ambiente entre el gobierno, los ejecutores

gobierno municipal no debatiría ni decidiría en privado lo que debía debatir y decir en público. Lo destacable es que la ley local respectiva establecía que debería celebrarse una audiencia pública en la cual el público tendría la "oportunidad de ser oído" (*opportunity to be heard*). En cambio, en otros casos, la ley local de sesiones abiertas o públicas únicamente establece que el público tendrá la "oportunidad de estar presente" (*opportunity to be present*) en palabras de la pieza citada —en pasiva o muda actitud de observación— durante los debates y toma de decisión correspondiente, sin tener la oportunidad de ser oído; de allí las diferencias entre ambos conceptos.

⁴¹ THOMAS, John Clayton, *Public Participation in Public Decisions. New Skills and Strategies for Public Managers*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1995, p. 12.

⁴² THOMAS, John Clayton, *Public Participation...*, cit., p. 12.

⁴³ WEBB, Kenneth, *Obtaining Citizen Feedback. The Application of Citizen Surveys to Local Governments*, The Urban Institute, Washington DC, 1973.

⁴⁴ THOMAS, John Clayton, *Public Participation...*, cit., ps. 13 y ss.

⁴⁵ THOMAS, John Clayton, *Public Participation...*, cit., ps. 13 y ss.

de un proyecto y los defensores del medio ambiente; actualmente, tanto la negociación como la mediación han sido adaptadas para cubrir una amplia gama de temas⁴⁶.

5. Una salvedad

Debe formularse una salvedad de importancia: en forma paralela a las modalidades participativas —previas al dictado de la medida de alcance general— reseñadas, y en especial en forma paralela a la existencia de *actos de alcance general dictados con audiencia previa* y de *actos de alcance general dictados con recepción de comentarios*, existe una tercera clase de actos de alcance general denominados "de emergencia"⁴⁷, que deben ser motivados, y que, al tener vigencia inmediata⁴⁸, son de carácter provisional; estos actos se emiten sin participación previa por mediar lo que se denomina una buena o justa razón (*good cause*). Y también existen una cuarta y quinta clase de actos de alcance general que tampoco se hallan precedidos de participación, acerca de los cuales me permito remitir a la sección siguiente.

III. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN PREVIA A LA ELABORACIÓN DE ACTOS DE ALCANCE GENERAL

Con alto sentido crítico, y de cara a las modernas exigencias de la democracia, se ha sostenido que el dictado de actos de alcance general, por parte de los órganos y entes de la Administración, es profundamente antidemocrático porque muchos de los dictados en torno a cuestiones críticas emanan de "burócratas no votados", esto es, no elegidos popularmente⁴⁹. Por ende, sus decisiones carecerían de legitimidad, así como de aceptación⁵⁰ al ser dictadas en la soledad de un escritorio, sin considerar la opinión previa de los interesados.

En otras palabras, admitiendo que la democracia constituye el único principio actual de legitimación política⁵¹ —o al menos el estado más avanzado de dicha legitimación—, como los órganos y entes dotados de facultades reglamentarias no son votados ni elegidos democráticamente —salvo el titular del Poder Ejecutivo y alguna participación del Senado en la integración de ciertos entes—, no podrían dictar disposiciones de carácter general, y, a todo evento, aun cuando pudieran hacerlo, no exis-

⁴⁶ THOMAS, John Clayton, *Public Participation...*, cit., ps. 13 y ss.

⁴⁷ Ampliar en KANNAN, Phillip M., "The Logical Outgrowth Doctrine In Rulemaking", en *Administrative Law Review*, ABA, vol. 48, nro. 2, Chicago, 1996, ps. 213/225, esp. p. 214; y en TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, cit., t. I, ps. 210 y ss.

⁴⁸ 5 USC §§ 553.b).B) y d).3.

⁴⁹ ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980, p. 131; WELLINGTON, Harry H., *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the Process of Adjudication*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. 70.

⁵⁰ Estos dos conceptos se vinculan con el principio de buena administración; ampliar en NEHL, Hanns Peter, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 21.

⁵¹ En nuestro país, así lo afirma el Dr. Fayt en su disidencia en el fallo "Electores y Apoderados", Fallos 314:1915, consid. 32.

tiría una presunción de legitimidad de las reglamentaciones administrativas similar a la denominada "presunción de legitimidad" de las leyes democráticamente votadas en el Congreso⁵². El problema, así enfocado, sería uno de "déficit democrático"⁵³, y posee tanta entidad que incluso lo estudian los británicos⁵⁴.

El problema no parecería ser exclusivamente estadounidense: en el foro francés ha destacado Hauriou que, a diferencia de la ley, el reglamento no es objeto de "aceptación formal" por el pueblo o por sus representantes; así, dicho acto de alcance general deviene una disposición general escrita, dictada por una autoridad que tenga el poder reglamentario y cuyo título de validez se halla en que emana de un gobierno cuyo poder es aceptado como legítimo⁵⁵.

El principal ámbito de estudio doctrinario acerca del problema de la potestad reglamentaria por parte de la Administración en una escena de "déficit democrático" se ha originado en los Estados Unidos, a propósito de la posibilidad de que en el seno de la Administración se dicten actos de alcance general —*rulemaking power*—⁵⁶, e involucre múltiples objeciones⁵⁷.

Sin ánimo de ser reiterativa⁵⁸, tendríamos que tener presente, a efectos de estas líneas, que en ese país se prevé el procedimiento participativo de elaboración de actos de alcance general, mas tal temperamento tiene excepciones. Por un lado, las señaladas en el último párrafo de la sección precedente (*medidas de emergencia*)⁵⁹.

⁵² KRENT, Harold, "Turning Congress into an Agency: The Propriety of Requiring Legislative Findings", en *Case Western Law Review* (Spring 1996), ps. 731 y ss., esp. p. 747; TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, vol. I, 3ª ed., Foundation Press, New York, 2000, p. 989, con cita de STEWART, Richard, "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, p. 1667. En igual sentido, GALLIGAN, Dennis, *Due Process...*, cit., p. 456.

⁵³ Aun así, tengamos en cuenta que la doctrina ha señalado que existe una diferencia entre las decisiones consensuadas y unánimes, y las que suelen tomarse dentro de una democracia, por mayoría; ello ha llevado al Interrogante de si pueden aceptarse a ciegas "las decisiones de las mayorías legislativas", como se arguye en GARGARELLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 100/103.

⁵⁴ JONES, Rhion - GAMMELL, Elizabeth, *The Art of Consultation. Public Dialogues in a Noisy World*, Biteback, London, 2009, p. 10.

⁵⁵ Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. de José A. González Casanova de la ed. de 1970 por Ed. Montchrestien), Ariel, Barcelona, 1971, p. 169.

⁵⁶ El debate, ciertamente, parece corresponderse con una concepción realista del derecho. En efecto, desde el punto de vista normativista —véase KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 9ª ed. (trad. de Roberto J. Vernengo de la 2ª ed. de 1960), Porrúa, México DF, 1997, p. 233— la producción de normas jurídicas generales tiene el carácter de legislación, y su regulación implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas reglamentarias.

⁵⁷ Ampliar en BALDWIN, Robert, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 41 y ss.

⁵⁸ Me permito remitir a nuestro "La Administración Legislativa (y dos saludables recaudos)", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 391/437.

⁵⁹ Acerca de ellas, ampliar en LAVILLA, Juan J., "The Good Cause Exemption to Notice and Comment Rulemaking Requirements under the Administrative Procedure Act", *Administrative*

Por el otro, las denominadas declaraciones de políticas (*declarations of policy*)⁶⁰, exentas de participación previa por no tener efectos vinculantes hacia los administrados o los tribunales.

IV. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN PREVIA A LA ELABORACIÓN DEL ACTO DE ALCANCE GENERAL

Bajo la Constitución de los Estados Unidos, no existe previsión alguna que contemple la participación pasiva o activa de la ciudadanía en la actividad legislativa de la Administración.

En este sentido, sostuvo la Corte Suprema federal en un fallo de 1915, "Bi-Metallic"⁶¹, que "(c)uando una norma de conducta se aplica a más de una pocas personas, es impracticable que todas ellas tengan una voz directa en su adopción(...) (L) a Constitución no exige que todos los actos públicos se dicten previa (...) asamblea pública⁶². Se sancionan leyes en general que, dentro de los poderes que poseen los Estados, afectan a las personas o a su propiedad, a veces llevándoles casi a la ruina, sin que se les dé una oportunidad de ser oídos. Se protegen los derechos a través de la única forma en que se los puede proteger dentro de una sociedad compleja, por medio de su poder, inmediato o remoto, sobre aquellos que hacen las leyes".

La severa pero tal vez realista doctrina de este fallo fue reiterada en posteriores pronunciamientos⁶³.

A la estrictez de "Bi-Metallic" debe, asimismo, sumarse el hecho de que diversos superiores tribunales estatales han rechazado la tesis de que exista un derecho implícito de raigambre constitucional al acceso del público a las sesiones o reuniones de los organismos administrativos o a sus documentos. En este sentido se ha afirmado que "(e)xiste una indudable conexión entre las libertades de la Primera Enmienda —que consagra la libertad de expresión— y el acceso a la información del gobierno, especialmente aquella que registra la actuación estatal (*official action*). Sin embargo, las sentencias judiciales aún no han establecido el fundamento constitucional de ese derecho de acceso"⁶⁴.

Law Journal, vol. 3, ps. 317/385 —1989-1990—; y en LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 4ª ed., ABA, Chicago, 2006, ps. 105/123.

⁶⁰ El régimen de tales declaraciones puede verse LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide...*, cit., ps. 73/105.

⁶¹ "BiMetallic Investment Co. v. State Board of Equalization", 239 US 441, esp. p. 445 —1915—. Se trataba de un caso en el que se cuestionaba la validez de la decisión, emanada de determinados organismos administrativos del Estado de Colorado, de elevar en un 40% el valor de la propiedad a los efectos tributarios sin haberse dado participación de ninguna índole a los afectados. La opinión fue redactada por el Justice Holmes.

⁶² Se sigue la traducción de LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991, p. 115.

⁶³ P. ej., en "City of Madison, Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission", 429 US 167, esp. p. 178 —1976—.

⁶⁴ "Black Panther Party v. Kehoe", 117 California Reporter 106, ps. 111/112 —1974—. También puede verse Dayton Newspaper, "Inc. v. City of Dayton", 259 N.E.2d 522 —1970—, confirmado en 274 N.E.2d 766 —1971—.

Este esquema difiere sutilmente del que surge de la experiencia británica⁶⁵: allí no existe bajo el *common law* o bajo la ley una obligación general de consultar en forma previa al dictado del acto. Es que, en la perspectiva general, la participación ciudadana directa, en el proceso de toma de decisión de alcance general, en políticas o programas públicos, respecto de medidas en las que porciones de esa ciudadanía será afectante o afectada, ha suscitado opiniones como la siguiente: "Mi postura es contraria a volcar baldazos de participación sobre cada comunidad, cada grupo y cada planteo en cada etapa. La razón por la que eso puede ser inconveniente es simple. En la política, los grandes asuntos se hallan generalmente enlazados a una red más amplia. Raramente poseen una línea estable delimitándolos (...). El peor pecado de la moderna política británica (...) es retroceder ante esa verdad histórica conforme la cual la política trata del choque de intereses, y el liderazgo político trata acerca de tener la valentía de arbitrar"⁶⁶.

Desde esta escéptica plataforma, no nos sorprenderá que Baldwin afirme que no existe un deber generalizado de consulta previa al dictado de normas reglamentarias⁶⁷, o que Craig⁶⁸ asevere que, bajo el *common law*, no existe obligación de convocar a audiencia previa cuando el acto impugnado es de naturaleza normativa⁶⁹; además, no existiría el derecho a un pronunciamiento razonado (*reasoned decision*) o motivado cuando el acto es de tal naturaleza⁷⁰. Tampoco nos llamará la atención que Supperstone y Goudie se sumen a esta interpretación restrictiva apuntando igual inexistencia respecto de toda la legislación delegada (*delegated or subordinate legislation*)⁷¹, pues su sanción se tornaría inoperable⁷². No neutralizan esta interpretación ni la teoría del mandato legal implícito ni el principio cardinal de la justicia natural⁷³ ni la invocación de una legítima expectativa a participar⁷⁴. Desde la perspectiva institucional, la *Hansard Society*⁷⁵, por su parte, ha calificado a la participación

⁶⁵ Ampliar en BUDASSI, Iván F., "Participación ciudadana y regulación de servicios públicos: La experiencia inglesa", LL 2000-E-508 y ss.

⁶⁶ Nota periodística de Matthew Parris, en *The Times*, reproducida en Jones, Rhion - Gammell, Elizabeth, *The Art...*, cit., p. 7.

⁶⁷ BALDWIN, Robert, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 112.

⁶⁸ CRAIG, Paul, *Administrative Law*, 6ª ed., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2008, p. 733: "There is no common law duty to consult where the order is of a legislative nature".

⁶⁹ CRAIG, Paul, *Administrative Law*, cit., p. 256, con cita de "Bates v. Lord Hailsham" —1972—, 1 W.L.R. 1373, 1378.

⁷⁰ CRAIG, Paul, *Administrative Law*, cit.: "[T]he right to a reasoned decision does not apply where the order is of a legislative character", con cita de la *Tribunals and Inquiries Act 1992*, s.10.5.b).

⁷¹ SUPPERSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review*, Butterworths, London - Brussels - Dublin - Edinburgh, 1992, p. 143.

⁷² SUPPERSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review...*, cit., p. 186.

⁷³ SUPPERSTONE, Michael - GOUDIE, James, *Judicial Review...*, cit., ps. 143/144, con cita del mismo fallo mencionado en n. 69.

⁷⁴ *Re Westminster City Council* —1986— AC 688. La expresión *legitimate expectation* aparece como equivalente a "confianza legítima", concepto sobre el cual es inevitable remitirse a COMIELLO, Pedro J. J., "La confianza legítima", ED 177-894 y ss.

⁷⁵ Informe de la Comisión de la *Hansard Society*, 1993, p. 226.

previa en forma realista: "Puede haber mucha, poca, o nada de consulta; puede ser general o detallada; puede ser formal (...) o informal, consistiendo sólo en unos pocos llamados telefónicos (...); puede consistir en un genuino pedido de contribución o meramente en un intento de legitimar propuestas que el gobierno ya ha decidido convertir en norma obligatoria (...). Esto lleva a una combinación de buenas y malas prácticas de consulta y más fundamentalmente a una distorsión de todo el procedimiento de consulta"⁷⁶.

Empero, existen regímenes británicos de participación específicos, en instrumentos legislativos aislados⁷⁷, como, por ejemplo, la ley que regla sobre planificación urbana y rural⁷⁸, de 1990, que prevé un sistema de publicidad y consulta previa para los diversos emprendimientos en áreas no metropolitanas, del tenor de la técnica de recepción de comentarios previsto en la APA norteamericana; también ha ocurrido lo propio en los marcos regulatorios sectoriales, publicados en la web. Incluso hay instituciones públicas que han sido creadas por el Parlamento, estableciéndoles el deber legal de consultar a la ciudadanía⁷⁹. En este escenario, es natural que se haya interpretado que cuando la ley expresamente establece la consulta, en forma mandatoria, su omisión genera en principio la nulidad del acto⁸⁰. Pero si la consulta, que es el objetivo principal, se ha cumplimentado por otros medios, no interesa que no se hayan cumplido en forma estricta ciertas formalidades específicas destinadas a asegurar ese objetivo⁸¹. Es por ello que se distinguen las consultas previas mandatorias u obligatorias⁸², y meramente indicativas o potestativas⁸³.

Por último, entiendo que nada impediría la aplicabilidad de las consideraciones efectuadas, en punto a las consultas previas al dictado de la medida de alcance general, al específico supuesto de audiencias públicas previas al dictado de tal clase de acto.

⁷⁶ Opinión citada en WEIR, Stuart - BEETHAM, David, *Political Power and Democratic Control in Britain. The Democratic Audit of the United Kingdom*, Routledge, London - New York, 1999, p. 292.

⁷⁷ Conf. JONES, Rhion - GAMMELL, Elizabeth, *The Art...*, cit., p. 6.

⁷⁸ "Town and Country Planning Act", en MOORE, Victor - HUGHES, David (eds.), *Statutes on Planning Law*, 2ª ed., Blackstone Press Ltd., London, 1995.

⁷⁹ JONES, Rhion - GAMMELL, Elizabeth, *The Art...*, cit.

⁸⁰ CRAIG, Paul, *Administrative Law*, cit., p. 732: "Where the obligation to consult is mandatory, failure to comply with the duty will result in the order subsequently made being held void", con cita de nutrida jurisprudencia en su nro. 98.

⁸¹ "Coney v. Choyce" —1975— 1 W.L.R. 422. Ampliar en CRAIG, Paul, *Administrative Law*, cit., ps. 849/850.

⁸² P. ej., en la *Competition and Service (Utilities) Act de 1992*, s. 1.27.A. Se cita la versión online de www.legislation.gov.uk. Ver CRAIG, Paul, *Administrative Law*, cit., p. 732, y nutrida jurisprudencia citada en su nro. 95.

⁸³ Establecen esta diferenciación, entre otros, CRAIG, Paul, *Administrative Law*, cit., p. 732; FENWICK, Helen - PHILLIPSON, Gavin, *Sourcebook on Public Law*, Cavendish, London, 1997, p. 755.

V. UNA REFLEXIÓN FINAL

Enseña Habermas que "(l)as prácticas administrativas participativas no deben ser consideradas simplemente como sustitutos de la protección de la ley, sino como procedimientos que son eficaces, *ex ante*, para legitimar decisiones que, desde un punto de vista normativo, sustituyen a las leyes que sanciona el legislador o a los actos de alcance individual"⁸⁴.

Las audiencias públicas son, como vimos, uno de los procedimientos adecuados para lograr tan elevado fin. Así se colegiría a partir de la muestra de experiencia del derecho comparado reseñada en los párrafos precedentes.

LAS FACULTADES JURISDICCIONALES DE LOS ENTES REGULADORES (A PROPÓSITO DEL CASO "ÁNGEL ESTRADA")

por JUAN CARLOS CASSAGNE

I. TRASCENDENCIA DEL FALLO Y CUESTIONES INVOLUCRADAS

La reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Ángel Estrada"¹ no puede menos que ser calificada de notable, y lo es por varias razones que seguidamente pasamos a exponer en forma sucinta.

Como los hechos y las cuestiones planteadas en la causa han sido debidamente difundidas en distintos diarios y revistas jurídicas especializadas, vamos a circunscribir este comentario al núcleo del debate suscitado en el juicio.

Ese debate giró sobre el alcance de las facultades del ENRE (Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica), atribuidas por el art. 72, ley 24.065, para resolver controversias. En tal sentido, dicho artículo prescribe:

"Art. 72. Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.

"Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

En lo esencial, el eje de la cuestión discutida en el pleito pasaba por determinar si la atribución de facultades jurisdiccionales al ENRE para resolver "toda controversia" que se plantee entre las empresas distribuidoras y los usuarios comprenderá o no los reclamos de daños y perjuicios que estos últimos dedujeran contra las concesionarias, lo cual incluye desde el procedimiento probatorio, la determinación del tipo y alcance de responsabilidad, así como el juzgamiento acerca de los eximentes de ella (caso fortuito y fuerza mayor en el supuesto de haberse invocado) hasta el cálculo final de la indemnización (en caso de hacerse lugar al reclamo).

La cuestión debatida contenía un punto central consistente en determinar si la pretensión deducida por la actora implicaba un asunto destinado a ser resuelto con arreglo

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms* (William Rehg, trad.), The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, p. 441.

¹ "Ángel Estrada y Cía. S.A v. Res. 71/1996 Secretaría de Energía y Puertos", del 5/4/2005.