

CONSTITUCIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

CONSTITUTION AND ADMINISTRATIVE LAW

Miriam M. IVANEGA*

RESUMEN: El orden jurídico constitucional al crear el Estado y reconocerle facultades frente a los habitantes, también establece y reconoce los derechos que los individuos poseen frente al Estado. La Constitución marca un equilibrio entre atribuciones públicas y derechos inalterables de las personas. Con esa perspectiva, se aborda brevemente los roles que cumplen el Defensor del Pueblo y la ciudadanía en la gestión pública, en especial en materia de servicios públicos, considerando para ello dos decisiones judiciales dictadas en la República Argentina durante el 2016, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PALABRAS CLAVE: Constitución argentina; derecho administrativo; defensor del pueblo; servicio público; participación ciudadana.

ABSTRACT: The constitutional legal order creates the State and recognizes the faculties in front of the inhabitants, it also establishes and recognizes the rights that the individuals possess before the State. The Constitution marks a balance between public attributions and inalterable rights of the people. With this perspective, briefly discuss the roles of the Ombudsman and citizens in public management, especially in the area of public services, considering two judicial decisions handed down in Argentina in 2016 by the Supreme Court of Justice.

KEYWORDS: Argentine Constitution; Administrative Law; Ombudsman; Public Service; Citizen Participation.

* Doctora en derecho y ciencias sociales. Master en derecho administrativo, Miembro fundador de las Asociaciones Internacional de Derecho Administrativo y Derecho Municipal, integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, profesora universitaria, autora de libros y artículos de la especialidad. Actualmente es la Autoridad de Aplicación de la Ley de Ética Pública del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contacto: <mimaiv@hotmail.com>.

Fecha de recepción 15 de noviembre de 2016, fecha de aprobación para su publicación 23 de febrero de 2017.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Defensor del Pueblo*. A) *Generalidades*. B) *La autonomía*. III. *Comentarios sobre los servicios públicos, la participación ciudadana y el Defensor del Pueblo*. A) *La participación ciudadana*. B) *El rol del Defensor del Pueblo*. IV. *Fijación de tarifas de servicios públicos sin participación ciudadana y la vacancia de la Defensoría del Pueblo en la jurisprudencia argentina*. V. *Reflexiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La totalidad de la actividad estatal se sujeta a la Constitución Nacional, ninguna de las funciones del Estado —en todas sus manifestaciones— puede ser ejercida sorteando el marco constitucional. A su vez, el complejo universo de la organización encuentra su base en la Ley Fundamental ya que los principios y derechos fundamentales constituyen la esencia y contorno de la estructura estatal.

De esta forma, desde las fuentes del derecho hasta las formas de control de las actividades del Estado, han de ser analizadas abarcando lo teórico y su aplicación práctica, con un enfoque que incluya necesariamente el contenido constitucional. En realidad, esto surge de la propia noción de Estado de Derecho, aspecto que la doctrina especializada ha desarrollado profusamente.

Desde la óptica de la ciencia jurídica y específicamente de la división del derecho, la relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional explica tal enfoque, pues conforme lo señala el profesor Jorge Fernández Ruiz, esta última disciplina es identificada en un sentido amplio con el propio orden jurídico y por ende constituye el tronco del que se desprenden las ramas del derecho, dado que “establece la base y los principios generales de las mismas y determina los procedimientos de la creación, modificación y supresión de toda norma del orden jurídico, por lo que su vinculación con el derecho administrativo es evidente,

toda vez que el constitucional estructura al Estado contemporáneo caracterizado como Estado de derecho, y en especial a la administración pública amén de fijar los lineamientos generales para la actuación de la misma”.¹

Por otra parte, como indica el profesor Agustín Gordillo, en la transición del estado de la legalidad al estado de la constitucionalidad, el principio del sometimiento a la ley, sin ser excluido, quedó relegado el reconocimiento de que ya no alcanzaba con que la Administración estuviera sujeta a la norma legal, pues resultaba necesario que la propia ley estuviera sometida a la Constitución, “que haya un orden jurídico superior al propio legislador, superando así el dogma de la soberanía popular, representada en el parlamento y pasando a la representación de la soberanía del pueblo en la Constitución”.²

En realidad, la Constitución no constituye un programa de gobierno que puede cumplirse o no; pues se está ante “un auténtico y efectivo orden jurídico imperativo tanto para el Estado como para los habitantes”. Ese orden jurídico constitucional al crear el Estado y reconocerle facultades frente a los habitantes, también establece y reconoce los derechos que los individuos poseen frente al Estado. La Constitución marca un equilibrio entre atribuciones públicas y derechos inalterables de las personas. Bajo este enfoque “los derechos individuales preexisten a las leyes y a los actos administrativos”.³

Con esa perspectiva, hemos de abordar brevemente los roles que cumplen el Defensor del Pueblo y la ciudadanía en la gestión pública, en especial en materia de servicios públicos, consideran-

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y Administración Pública*, México, Porrúa, 2006, p.169.

² GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, E.D.A, 2009, t. I, pp. III-13.

³ *Idem.* Ver también CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015

do para ello dos decisiones judiciales dictadas en la República Argentina durante el 2016, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. DEFENSOR DEL PUEBLO

A) GENERALIDADES

Estamos frente a un funcionario que si bien sus orígenes se remontan a Esparta y Atenas, (*Eflore* y *Euthynoi*) adquiere su perfil de defensor del pueblo partir de 1809, con la institucionalización en Suecia.

Sin embargo es necesario reconocer antecedentes en Roma, en el Tribuno de la Plebe, magistrado que representaba los intereses de los plebeyos, con la misión de defenderlos ante el abuso de los magistrados patricios, propendiendo a la eliminación de las diferencias entre ellos. A través de las facultades que se le otorgaron defendía a los débiles frente a los más poderosos. Luego, en época imperial, surgen los *curatores rei publica* o curadores *civitatum*, antecedentes del Defensor *Civitatis*, figura creada en el siglo III d.c. magistrado popular cuya función principal fue la de proteger a las personas contra los abusos de la autoridad y de los poderosos.⁴

Luego de su instalación en Suecia, iniciado el siglo XX es aceptado en Finlandia y posteriormente a mediados de esa centuria en Dinamarca para extenderse por el resto de Europa, bajo diversas denominaciones y con funciones también de diferente alcance: “Defensor del Pueblo” en España; “Comisionado Par-

⁴ Ampliar en MARTIN MINGUIJÓN, Ana Rosa, *El Defensor del Pueblo. Antecedentes y realidad actual*. Consultado en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx>>.

lamentario” en Gran Bretaña; “Defensor Cívico” en Italia; “Mediador” en Francia.

Es importante destacar que en América Latina su creación no ha sido uniforme, aunque durante la década de 1980 fue incorporándose constitucional y/o legislativamente, con diversas denominaciones e incluso con funciones variables según las realidades nacionales y las necesidades sociales.

El impulso a su establecimiento fue producto principal del Instituto Latinoamericano del Ombudsman, creado en Caracas el año 1983, que promovió la instalación del Ombudsman pero siguiendo el esquema escandinavo. Dos años después, en el coloquio celebrado en Buenos Aires, Argentina, se optó por tomar como modelo el previsto en la Constitución española de 1978.⁵

Las diferencias entre el Defensor del Pueblo en Latinoamérica y el Ombudsman escandinavo radican en que éste es manifestación del sistema parlamentario, representativo y monárquico de origen anglo-germánico, mientras que el primero se inserta en el modelo republicano, independiente del parlamento, y en la defensa de derechos. Otra diferencia radica en que el Ombudsman ejerce una magistratura de opinión, en cambio el Defensor del Pueblo puede también ejercer facultades que limitan al poder público y en algunos supuestos accionar judicialmente.

⁵ Artículo 54:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

Artículo 162.

I. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

El primer país que reconoce al Defensor del Pueblo (Procurador de los Derechos Humanos) de América Latina con rango constitucional fue Guatemala, en 1985, con el objetivo de evitar las graves violaciones a los derechos humanos que se vivían. De similar forma lo previó la República del Salvador.

Sucesivamente se van reconociendo en Colombia (1991), México (1992), país que con una reforma constitucional le acuerda carácter de Ombudsman a la Comisión Nacional de Derechos Humanos ya existente, designada por el Poder Ejecutivo. En el mismo año se incorporó en Costa Rica a nivel legal (Defensor de los Habitantes). En la República de Paraguay si bien fue incluido en la Constitución de 1992, recién en 2001 se designó al primer Defensor del Pueblo. Perú y Panamá lo establecieron en 1993, el primero en su Constitución (su primer titular fue designado en 1996) y en segundo mediante ley. La Argentina lo estableció por ley en 1993 y en su Constitución Nacional en la reforma de 1994. Entre 1995 y 1999 se instituyó en Nicaragua, Honduras, Bolivia, Venezuela. La República Oriental del Uruguay, en el año 2012 creó por ley la Institución Nacional de Derechos Humanos–Defensoría del Pueblo.⁶

Cabe indicar que en los países con sistemas federales, la existencia o no del Defensor nacional no es óbice para su creación también en los ámbitos estadales (por ejemplo si bien en Brasil aún no se instituyó, existe a nivel local como en San Pablo. En Argentina antes de crearse a nivel nacional, en varias provincias actuaban organismos con funciones similares en Córdoba, San Luis, San Juan, Santa Fe). A ello cabe agregar la existencia de Defensores del Pueblo municipales o departamentales.

De las particularidades de esta figura nos interesan destacar dos: la autonomía y su rol en materia de servicios públicos.

⁶ Pueden verse otros antecedentes en: <[www http://www.ilo-defensordel-pueblo.org](http://www.ilo-defensordel-pueblo.org)>.

B) LA AUTONOMÍA

Ser autónomo puede comprender variadas situaciones en el derecho público.

De acuerdo a la Real Academia Española, la segunda acepción de ese término es: “2. f. Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”.

Éste es el entendimiento —que lo identifica con “independencia”— que interesa destacar en el caso de la actuación de un órgano estatal.

Ahora bien, a nuestro criterio con esa inteligencia, la autonomía solo puede ser interpretada a partir del ejercicio práctico de las facultades atribuidas por un ente; porque es la “real actuación” la que indica el horizonte y los límites de las influencias que afectan tal exigencia.

El Instituto Latinoamericano de Ombudsman Defensor del Pueblo, fija como condiciones a respetar por tales funcionarios, a la autonomía y la independencia del poder político, estableciendo que “Constituye la condición primaria para reconocer la existencia de un Defensor del Pueblo. Esto quiere decir que no debe depender de ninguna autoridad ni recibir instrucciones de nadie. Debe gozar de autonomía funcional y administrativa”. “Neutralidad política: No puede existir autonomía sin una real prescindencia política. Las obligaciones políticas son funestas para toda institución cuya misión es la de proteger derechos porque los procedimientos del Defensor del Pueblo estarán de ese modo condicionados por sus compromisos partidarios”.

Ello implica, ser independiente en el desarrollo de sus funciones y en su organización interna; a lo que agregamos la autonomía presupuestaria, requisito ineludible para cumplir con las competencias asignadas, ya que no existe mejor herramienta

restrictiva de la actuación de un organismo público que limitarle las facultades para planificar y ejecutar los gastos e ingresos.

Sin perjuicio de ello, el problema de la mayor o menor dependencia de las presiones políticas puede encontrar una salida en tres condiciones que se resumen en el principio general de la transparencia pública, medio que —de concretarse en acciones prácticas a través de diversas modalidades de control— se convierte en freno de las influencias de tal naturaleza y que también, permiten visualizar las formas que adoptan tales presiones.

Los tres requisitos o condicionamientos a los que nos referimos son: la idoneidad, la ética y la forma de selección.

Ser idóneo implica un conocimiento técnico-jurídico, que dará a quien ejerza el cargo y a la sociedad, el grado de seguridad de que sus decisiones se adoptan basados en el conocimiento.⁷

A su vez, la idoneidad ha de implicar cumplir con los principios éticos; una y otra se deben alimentar como pilar que justifica la existencia de un funcionario cuya misión es defender los derechos humanos.⁸

La especialidad que envuelve sus atribuciones son las que exigen una mayor atención a las normas éticas.

La independencia ha de implicar imparcialidad y objetividad, esenciales para que el ejercicio de sus funciones esté imbuido de credibilidad y por ende deriven en resultados efectivos.

En cuanto a la forma de elección del Defensor del Pueblo, en general se presentan dos modalidades: designación a cargo del Poder Ejecutivo o de los Poderes Legislativos (una o ambas Cámaras según el caso). En este supuesto puede ser a propuesta

⁷ Consultado en: <www.rae.es>: “Idóneo/a: I. adj. Adecuado y apropiado para algo”.

⁸ Acerca de la independencia y la ética de los organismos de control: IVANECA, Miriam M., *El Control Público*, Buenos Aires, Astrea, 2016, capítulo II.

del Poder Ejecutivo.

En nuestra opinión, este aspecto es el que merece más cuestionamientos a la hora de valorar la independencia de tal funcionario.

Son evidentes los resortes políticos que se mueven en el seno de ambos poderes constitucionales, alrededor de nombramientos de esta naturaleza.

Intereses y acuerdos partidarios, presiones sociales sectoriales, empresariales, etc., configuran moneda corriente, aun en países con previsiones constitucionales que pueden ser considerados como limitantes de influencias políticas.⁹

Esta situación puede incluso afectar injustamente a los aspirantes a ocupar tales cargos, quienes no obstante su capacidad y acabada idoneidad se ven inmersos en entrecruzamientos de poder.

Aun cuando no es ésta la oportunidad para analizar causas, medios y efectos de un procedimiento de selección, sí corresponde indicar que ninguna modalidad es perfecta y que si bien tampoco el control social garantiza una absoluta objetividad en la elección del funcionario, éste es el mecanismo que permite

⁹ El caso argentino es ejemplo, el artículo 86 de la Constitución Nacional establece: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”. Sin embargo desde el año 2009 dicho cargo se encuentra vacante, tal como se explicará en este trabajo.

acercarnos en forma más directa al logro de la transparencia que debe imperar en esas circunstancias.

Por último, cabe recordar que la figura del Defensor del Pueblo fue creada para defender a la comunidad, y que por lo tanto ha de estar alejado de las presiones políticas o sectoriales.¹⁰

Sin embargo, cabe admitir que el objetivo de encontrar un funcionario libre de toda influencia, se convierte en una quimera; por eso los principios éticos propios de la función pública deben configurar el cimiento principal de la actuación de aquel.

En síntesis, la función del Defensor del Pueblo no consiste primariamente en “oponerse a...”, sino en “defender a...”. La perspectiva de análisis es diferente, y vulgarmente diríamos que el objetivo no debe ser “me opongo porque soy opositor” sino “defiendo porque existió una violación de derechos”.

III. COMENTARIOS SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

La noción de “servicio público”, es una de las más complejas y debatidas en el derecho administrativo, confluyendo en su definición posicionamientos no solamente jurídicos, sino también económicos y políticos.¹¹

¹⁰ Acerca de la condición de independencia y su relación con la neutralidad y objetividad ver: IVANEGA, Miriam M., *op. cit.*

¹¹ En la doctrina argentina, entre otros autores: MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, III-B, 2da. ed. actualizada, 1993; Mairal, Héctor A., “La ideología del servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 359 y ss.; Salomoni, Jorge, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 126; Pérez Hualde, Alejandro, “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control”, en *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. I-III; Bianchi, Alberto, “Una noción restringida del servicio público (aportes para su cuarta etapa)”, *Revista de Derecho Administrativo*, año 17, Buenos Aires, Lexis

En tal sentido, el profesor Fernández Ruiz afirma que se han elaborado muchas teorías y propuesto un gran número de definiciones, encontrándose discrepancia respecto a cuándo un servicio tiene carácter público. Algunos autores ponen el acento en el órgano a cuyo cargo está la prestación, mientras que para otros tal calificativo lo aporta el régimen jurídico exorbitante del derecho privado al cual se somete el procedimiento de su organización y funcionamiento. Incluso, hay quienes rechazan ambos criterios (orgánico y jurídico, respectivamente) en la medida que tal rasgo lo brinda el objeto del mismo (criterio funcional) o el reconocimiento por la ley (criterio legal). Por supuesto que se suelen emplear varios de estos criterios para elaborar un concepto o definición de servicio público.¹²

Una mirada por el derecho comparado permite reflexionar acerca de las diferentes regulaciones constitucionales y legales y verificar que determinadas actividades definidas como servicios públicos en un país, no lo son en otros, situación que también se extiende a los ámbitos internos de los Estados Federales, en los que a partir de las autonomías estatales —o provinciales— se califican como públicos servicios de diversa índole.

Excede al presente considerar las implicancias de esta noción desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos, aunque debe recordarse que previo a esa calificación ciertas prestaciones configuran derechos humanos, esencia que obliga a reformular el enfoque de su regulación y gestión. No se trata de un análisis conceptual o teórico, sino de la naturaleza de la

Nexis, 2005; Ivanega, Miriam M., "Anotaciones acerca de los servicios públicos" en Matilla Correa, Andry, Prado Maillard, José Luis y Rodríguez Lozano, Luis G. (coords.), Ensayos de derecho público, México, Obra Homenaje al profesor León Duguít, 2011, pp.199-223; Comadira, Julio R., Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, t. II, pp. 601-610; Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014, p. VI-I y VI-12

¹² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *op.cit.*, pp.61-63.

actividad y de las bases constitucionales que la sustentan, aspecto que variará la óptica bajo la cual se valore la posición del destinatario de tal servicio. Tal es el caso del suministro de agua potable y la educación pública.

Por lo tanto, corresponde al derecho administrativo abordar en un futuro inmediato, las implicancias de estos vínculos, en clara protección del individuo y de la sociedad en su conjunto.

El término usuario designa a la persona física o jurídica que utiliza y es beneficiaria de un servicio público¹³. El concepto de cliente es más amplio que aquel, pues identifica a la persona a quien se le ofrece bienes o servicios; mientras que la denominación usuario queda circunscripto al que contrata un servicio. Cierta doctrina argentina asimila la noción de usuario a la de consumidor entendiendo que la relación de consumo se suscita, entre el proveedor del servicio y el administrado usuario, sin interesar si el servicio es —o no— un servicio público, bancario o de otra naturaleza¹⁴.

También se distingue al “usuario efectivo” del “eventual o potencial”, ambos merecedores de protección. El primero, es el habitante que utiliza un servicio público en funcionamiento. El potencial, representa a quien está jurídicamente en condiciones de hacer uso del servicio público en funcionamiento.¹⁵

Tal condición se refuerza con el derecho que tiene a participar en los asuntos vinculados al servicio, pues él es el primer interesado en que la prestación se brinde conforme a los desig-

¹³ MURATORIO, Jorge, “Situación jurídica del usuario del servicio público. Participación en el control. La tutela administrativa y jurisdiccional”, en *Servicios Públicos, Policía y Fomento*, op. cit., p. 299.

¹⁴ GOZAÍNI, Osvaldo A., “¿Quién es consumidor, a los fines de la protección procesal?”, LL 23 de abril de 2003; Lowenrosen, Flavio I., “Carácter, naturaleza y alcance de la relación de consumo que surge entre el usuario de un servicio público y el prestador del servicio público”, disponible en <www.elDial.com>, DC416.

¹⁵ Muratorio, Jorge, op.cit., p. 299.

nios constitucionales.

A) LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA¹⁶

El análisis de una decisión judicial dictada en la República Argentina por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, vinculada a la determinación de aumentos tarifarios del servicio público de gas y a la necesaria participación ciudadana en tal procedimiento, en virtud de la exigencia prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional, nos lleva a tratar brevemente las principales características del tema.

El individuo es el destinatario de la actividad estatal, carácter que no corresponde identificar con la idea de “receptor imponible” de aquella. Todo lo contrario, tal condición lo lleva a que pueda actuar, participando en el diseño y en la ejecución de políticas públicas.

Ahora bien, la importancia sustancial del reconocimiento y defensa de la participación ciudadana, no puede convertirlo en un “objeto de idolatría”, dado que su idealización pone en riesgo su verdadero valor constitucional.

En efecto, opinamos que la participación debe coadyuvar al logro de los derechos fundamentales y a cumplir con los fines estatales a cargo de cada Poder constitucional, y no convertirse en una herramienta de presión producida por intereses espurios, direccionados a objetivos que terminan por afectar aquellos derechos.

Es cierto que por la propia esencia humana, sería utópico desprender a la participación de ideologías políticas e intereses

¹⁶ Utilizamos el término “ciudadano” en el sentido indicado en la presente Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Administración, es decir, asimilándolo a la noción de todo habitante.

sectoriales, pero también lo es que para evitar los desvíos, resulta necesario que sea protegido a través de una regulación preferentemente de base constitucional, previéndose los mecanismos más idóneos en función de la realidad cultural, social, económica de cada región o país.

La preocupación en torno a la Administración Pública, no impide expandir tal exigencia a toda la organización estatal, involucrando también a los particulares si se les ha encomendado funciones administrativas o la gestión de determinados servicios públicos.

La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública,¹⁷ entiende a la participación ciudadana como “el proceso de construcción ciudadana en la gestión pública social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta 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”.

Allí se expresa 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”.¹⁸

Ese enfoque se reafirma con el criterio de que la creciente provisión de bienes y servicios públicos mediante entidades mercantiles y de organizaciones sociales, obliga a fijar mecanismos de participación ciudadana vinculados a la gestión privada o social de servicios públicos transferidos por el Estado. “Las

¹⁷ CLAD: Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009 y adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Estoril, Portugal, 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2009.

¹⁸ Capítulo Segundo, punto II.

políticas y normas de regulación sobre los bienes y servicios públicos transferidos por el Estado podrán contemplar los mecanismos de participación ciudadana pertinentes a tales formas de gestión”.¹⁹

En consonancia con lo previsto en dicho instrumento, la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública,²⁰ prevé que los poderes públicos deben fomentar la participación ciudadana “a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana”.

En ese texto, se incluye a la participación como principio²¹ y como derecho,²² integrante de la llamada “buena administración”.²³

En el primer sentido y remitiéndose a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, establece que los ciudadanos podrán, de acuerdo a la legislación interna de los países, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general, mediante de los mecanismos previstos en las regulaciones normativas de aplicación. Igualmente, establece que

¹⁹ Capítulo Segundo, punto 17.

²⁰ CLAD: Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá, Panamá, 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

²¹ Capítulo Segundo, punto 13.

²² Capítulo Tercero, punto 32.

²³ El Preámbulo de dicha Carta Iberoamericana, indica que La buena Administración Pública es “una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”.

deberá propiciarse su participación en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la Legislación administrativa correspondiente”.

Como derecho, se prevé que los ciudadanos pueden participar en las actuaciones administrativas en que tengan interés, en especial a través de audiencias y de informaciones públicas. También tiene derecho a participar conforme a la Carta Iberoamericana antes mencionada, en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, según el respectivo ordenamiento jurídico.

Es entonces indudable que el ciudadano asume una condición especial ante el reconocimiento del derecho aquí comentado, el cual deberá ser ejercido bajo cánones solidarios, es decir aceptando el valor que rodea la identificación de metas sociales comunes y su logro.

B) EL ROL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Explica el citado Instituto Latinoamericano de Ombudsman Defensor del Pueblo, que son muchos los estatutos normativos que omiten regular las facultades de intervenir a tales funcionarios en protección de los usuarios de los servicios públicos, considerando que ello más que proscripción es una imprevisión.

Sin embargo reconoce que a pesar que la noción del servicio público pueda estar cuestionada en la actualidad, su prestación, calidad y accesibilidad “constituyen derechos fundamentales que pueden afectar gravemente la condición y la calidad de vida de las personas”. Justamente una de las consecuencias de los procesos de privatización ocurridos en varios países de Latinoamérica durante la década de los '90, colocó al usuario en una condición de cliente, subordinado a las empresas prestadoras.

Por lo tanto, tal institución asevera que “el derecho a recibir una adecuada prestación de los servicios públicos, es hoy un derecho fundamental, y acreedor en consecuencia de la intervención del Defensor del Pueblo”.

En la República Argentina, ha sido sustancial en el reconocimiento de las potestades del Defensor del Pueblo de la Nación en la reforma constitucional de 1994, aunque su creación data del año 1993. (Ley 24.284).

Se trata de un órgano unipersonal, creado en el ámbito del Poder Legislativo, independiente, con autonomía funcional y que conforme al texto de la ley no recibe instrucciones de ninguna autoridad.

Fue la Constitución Nacional que le reconoció legitimación para interponer acción de amparo “(...) 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” (artículo 43).

En consecuencia entre la regulación legal y la constitucional la competencia del organismo abarca tanto la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses –tutelados en la Constitución y en las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración– como el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Además, tiene atribuciones de investigación y puede solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil. No puede la autoridad administrativa requerida negarse a brindar la información solicitada. Al Defensor se le permite también realizar inspecciones y verificaciones y, en general, determinar la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.²⁴

²⁴ Cfr. CANOSA, Armando, “El Defensor del Pueblo y el control de la Administración”, en *Control de la Administración Pública* (administrativo, legislativo

En función de todas las atribuciones asignadas, el Defensor del Pueblo tendría una competencia preventiva y reparadora, generando tanto las investigaciones y las recomendaciones ya aludidas como accionando judicialmente, peticionando y demandando ante los organismos administrativos y jurisdiccionales.²⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tuvo oportunidad de señalar que el Defensor del Pueblo cuando actúa ante los tribunales de justicia cumple con la función social que le ha sido encomendada por expreso mandato constitucional. Tal intervención no encuentra sustento en un poder individual otorgado por los integrantes de un grupo determinado, sino que se origina en la Ley Fundamental que le impone el deber de accionar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva, en beneficio de la comunidad en su conjunto. “La actuación de este órgano estatal procura garantizar la tutela judicial efectiva de sectores desprotegidos o que se encuentran muchas veces en condiciones asimétricas respecto de quienes afectan sus derechos”.²⁶

Respecto a la legitimación procesal se considera que tiene el carácter de anómala, extraordinaria o diferente a la general, pues el derecho de acción es ejercido en nombre propio, pero en defensa de un derecho, garantía o interés cuya titularidad resulta ajena a él.²⁷

y judicial) Buenos Aires, Editorial RAP; 2002.

²⁵ GELLI, María A., *Constitución Nacional comentada y concordada*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, t. II, 2008, p. 316.

²⁶ CSJN Fallos: 339:464 “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN - MO de Planificación - resol. 1961/06 s/ proceso de conocimiento”, del 19 de abril de 2016.

²⁷ PÉREZ CORTES, María Jeanneret de *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*, LL 2003-B, 1333.

Si bien su actuación en materia de servicios públicos ha sido relevante, la justicia no ha sido uniforme a la hora de reconocer la legitimación de ese funcionario, para interponer acciones de amparo.²⁸

IV. FIJACIÓN DE TARIFAS DE SERVICIOS PÚBLICOS SIN PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LA VACANCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Se hará referencia a dos decisiones judiciales de la CSJN dictadas en el año 2016 vinculadas al aumento de tarifas de servicios públicos (gas y electricidad respectivamente) cuya importancia está dada, por el análisis que realiza acerca del rol que cumple el ciudadano en el procedimiento de la fijación de tales tarifas, los efectos de políticas económicas que llevaron a la pérdida del autoabastecimiento, el aumento del gasto público, importaciones por parte del Estado Nacional, el déficit de la balanza comercial, la relación del servicio público involucrado con el derecho a la vivienda digna, etc.

Dentro de los aspectos que se analizan, la Corte Suprema aborda la situación particular del Defensor del Pueblo, cargo no cubierto ni en la Nación ni en la Provincia de Buenos Aires, aspecto que si bien no incide en los incrementos tarifarios cuestionados, influye en el derecho de los usuarios.

En el primero de los precedentes del 18 de agosto de 2016 –“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros/ el Ministerio de Energía y Minería por amparo colectivo”– los pretensores solicitan que se garantice el

²⁸ IVANEGA, Miriam M., *Instituciones de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014, pp. 405-408.

derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y de que, en forma cautelar, se suspendiese la aplicación del nuevo “cuadro tarifario” aprobado por resolución ministerial “hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía”.

Del meduloso análisis realizado por el Tribunal Cimero nos interesa recalcar:

- I. La reforma del año 1994, implicó el reconocimiento “por parte del derecho constitucional de las hondas desigualdades inmanentes al mercado y al consumo, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas”. Estas condiciones advertidas por el Constituyente, lo llevó a consagrar en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional,²⁹ herramientas destinadas a pro-

²⁹ Artículo 42.

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Artículo 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

teger a los consumidores y usuarios de las consecuencias de tal desequilibrio, entre ellas la participación referida al control en materia de servicios públicos y el reconocimiento de acciones judiciales específicas en cabeza de aquellos, asociaciones de usuarios y consumidores y el Defensor del Pueblo.

2. Frente a las disposiciones constitucionales, la habilitación de procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación en cabeza de los usuarios, tiene el evidente fin de que sus intereses sean debidamente tutelados.
3. En materia tarifaria la participación de los usuarios “no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida”, pues debe garantizarse en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de fijarse el precio del servicio. Esta participación se canaliza conforme a los marcos regulatorios oportunamente aprobados mediante la celebración de audiencias públicas. Sin embargo, estas audiencias no son la única alternativa (ya que no están previstas expresa o implícitamente en la Ley Fundamental) sino que se deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación.
4. La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa, es un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” exigida por el artículo 42 constitucional. Y también es “un elemento de legitimidad

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 (...). Lo resaltado nos pertenece.

para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (...) Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. En este sentido, el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia. (Rawls, John, *Justice as Fairness. A restatement*, Harvard, Harvard University Press, 2001)”.

5. Resulta destacable la relación que la Corte realiza entre acceso a la información y participación; ello en la medida en que el Estado está obligado a informar de manera adecuada, veraz e imparcial; ese conocimiento es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fundamentalmente, “oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado que habrá de fijar la tarifa de los servicios públicos”.
6. Tal participación, es una etapa de deliberación, de discusión, teniendo en cuenta que quien debe tomar la deci-

sión siempre será la autoridad pública aunque escuchando a todos los interesados. En similar sentido, el juez Horacio Rosatti, en su voto, expresa que la participación deliberativa es lo que permite diferenciar al usuario del mero administrado y también lo que impregna de legitimidad a la decisión de la autoridad de aplicación. Existe un vínculo entre la participación y el fortalecimiento de la democracia reconocido en instrumentos internacionales.

7. Con remisión a fallos anteriores, recuerda “que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (Fallos: 327:3677)”.
8. El Juez Rosatti desarrolla un criterio sumamente relevante, en cuanto al vínculo costo del servicio y capacidad de pago del usuario. Considera que “la aplicación del principio de ‘gradualidad’ no debe verse como un obstáculo para compensar el retraso histórico en el valor de las tarifas sino como la condición de posibilidad para su concreción jurídica irreprochable”. Por ello, resulta necesario incorporar como factor de ponderación los ingresos individuales o familiares del usuario, a fin de determinar la tarifa de los servicios públicos, que “no implica consagrar una casuística individual que contemple las casi infinitas situaciones fácticas de los usuarios

del país, dificultando al extremo la tarea de cálculo propia del poder administrados, sino el establecimiento de categorías dentro de las cuales puedan agruparse conjuntos homogéneos, de modo de validar el criterio de igualdad que se expresa en el igual trato para quienes están en igualdad de circunstancias y que ha tenido seguimiento inveterado por parte de la Corte en distintas épocas y con distintas composiciones (...).”

Otorgamos especial importancia a estas expresiones, por entender que se alejan de la dogmática que a veces las decisiones judiciales contienen, para ubicarse en el plano real de los principios constitucionales (entre ellos el de igualdad). Así tal como lo señala el mismo Juez, para garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible la existencia de una clara diferenciación de sectores y regiones, “con atención especial a los más vulnerables”.

9. Por último parte, corresponde destacar las dificultades que presenta la vacancia de la Defensoría del Pueblo de la Nación. En virtud de ello, la CSJN expresa que el Defensor del Pueblo es una institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva, cargo que se encuentra vacante, “circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios”. Por ello, exhorta al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución³⁰.

³⁰ Es importante mencionar que La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal también había ordenado al Congreso Nacional cubrir esa vacante. Se trató de una causa iniciada en el marco de una acción de amparo presentada en el año 2015 por la Asociación por los Derechos Civiles, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Sur

La otra decisión judicial a considerar se dicta poco tiempo después, el 6 de Septiembre de 2016, en la causa “Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacional Ministerio de Energía y Minería y otros/amparo Ley 16986” (Nº FLP 1319/2016/CSI), la que tuvo una resolución adversa a la pretensión instaurada. En esa ocasión se demandaba la nulidad de actos del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y del Ente Regulador de Electricidad que fijaban un nuevo cuadro tarifario —además una medida cautelar solicitando la suspensión de los efectos de dichos actos—.

La acción fue iniciada por legisladores de la Provincia de Buenos Aires, un funcionario en representación del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el presidente, vicepresidente y apoderado de un partido político y el presidente de un club social y deportivo y su rechazo se basó en la falta de legitimación de éstos.³¹

En lo que nos interesa, destacamos la situación particular de la Defensoría del Pueblo provincial, dado que el presentante en juicio fue el Secretario General “interinamente a cargo” de tal Defensoría. Ese funcionario invocó la representación colectiva de los usuarios del servicio público de electricidad en el ámbito de dicha provincia, que residían en las áreas de concesión correspondientes a las empresas privadas prestadoras.

Pero el Tribunal consideró que aquel Secretario General no se encontraba habilitado para poner en ejercicio las atribuciones que correspondían al Defensor provincial, atento que no se trataba de una vacancia temporal sino definitiva, ya que el Defensor del Pueblo había cesado en sus funciones en febrero de

y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, contra ambas cámaras legislativas.

³¹ La Corte Suprema rechazó la acción por unanimidad al considerar que no había “causa o controversia” que habilitara la intervención del Poder Judicial en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y del art. 2 de la Ley Nº 27.

2015, por vencimiento del plazo de su mandato. Por lo tanto hubiera correspondido su reemplazo siguiendo el procedimiento constitucional a cargo de la Legislatura local. A ello agrega que la acción judicial instaurada no configuraba una especie de acto conservatorio concerniente al funcionamiento de la institución ni a la preservación de sus recursos, aspecto que acentuaba la falta de legitimación de aquel funcionario.

V. REFLEXIONES

Los servicios públicos, la participación del ciudadano y el papel a cumplir por las Defensorías del Pueblo, deben contar con base constitucional y afianzarse en los derechos fundamentales involucrados.

Resulta imprescindible reconocer que los principios que los informan, han de tener una aplicación práctica y concreta para permitir el desarrollo y crecimiento digno del individuo. La ciencia jurídica puede contribuir a cumplir con tales objetivos, en la medida que parta de la exploración de la realidad social y de las necesidades concretas de la persona humana.