



Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria

Iván Aróstica Maldonado

Profesor de Derecho Administrativo
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Hace varios años (en 1982 exactamente), en un memorable artículo el profesor Eduardo Soto Kloss discurría por primera vez en Chile en torno al “procedimiento administrativo” bajo una óptica de conjunto, subrayando –ya por aquella época– la necesidad que las decisiones del Ejecutivo (decretos y resoluciones) sean la consecuencia lógica de un previo proceso de formación, conducido con racionalidad y justicia.¹

Y (con pie en la mejor doctrina extranjera²) planteó allí la conveniencia de trasladar, sin incompatibilidad, la antigua regla del *audi alteram partem* desde su primigenia sede judicial al campo de la administración, con el nombre de “principio de contradictoriedad” como base fundamental de todo procedimiento administrativo. Ello tendiente a “posibilitar a los administrados el hacer valer sus derechos y pretensiones, y que sean efectivamente considerados y sopesados antes de decidir la Administración. Es –decía en esa oportunidad– la materialización del derecho a ser escuchado y que se estudien y tengan en consideración las observaciones formuladas por los interesados en el transcurso del procedimiento”.

De ahí que avizorara como una etapa indispensable del procedimiento administrativo la llamada “fase de instrucción”, donde a la Administración le toca recabar y ponderar aquellos antecedentes de hecho que, a la pos-

¹ “El procedimiento administrativo. Algunas nociones básicas”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 79 (1982) 1ª parte sección Derecho, páginas 79-94. Antes, v. su “Estado de Derecho y procedimiento administrativo”, en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), N° 28 (1980), págs. 106-114.

² Un autor que ha preferido estudiar el trámite de audiencia pública, con acierto y detalle, es Agustín Gordillo, en *Después de la reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo (Buenos Aires) 1ª edición (1996), capítulo I, págs. 27-39, y VIII, págs. 1-33. Ahora en su *Tratado de Derecho Administrativo* (tomo 2) *La defensa del usuario y del administrado*, misma fuente, 3ª edición (1998), capítulo XI, págs. 1-30.

tre, habrán de constituir el motivo o fundamento fáctico del decreto o resolución en grado de elaboración, con miras a salvar cualquier reproche de "arbitrariedad". "Es aquí, en la adquisición o recolección de datos o antecedentes, donde aparece fundamental la colaboración de los interesados, a través de su participación activa, consciente y responsable", insistía el profesor Soto Kloss.

Retomaremos el tema para demostrar que –derivado de los principios de razonabilidad y contradictoriedad– el ordenamiento constitucional y legal vigente hace hoy exigible la "audiencia pública", con carácter de trámite esencial del procedimiento administrativo, especialmente cuando la autoridad desee evacuar algún nuevo reglamento a) que no requerirá la mediación de actos singulares para ser aplicado,³ y b) cuyos efectos habrán de recaer, de manera directa e inmediata, sobre la esfera o situación jurídica de unos destinatarios perfectamente conocidos y determinados.⁴

Fundamento

1. En un Estado de Derecho como el nuestro, no hay lugar a poderes puramente personales. Esto, que fue dicho por la Corte Suprema,⁵ viene a significar que, a diferencia de lo que ocurre en la esfera privada, donde las personas pueden actuar libremente, movidas por sus particulares e inescrutables designios, en el campo del derecho público no cabe el voluntarismo o mero decisionismo, ni menos la arbitrariedad.

Es que nuestro ordenamiento proscribe las decisiones caprichosas o irreflexivas de la autoridad, en el fondo, porque ello se asemejaría peligrosamente al proceder de un dueño o propietario, único a quien le es

³ Existen dos clases de reglamentos. Unos cuyas consecuencias llegan directamente a sus destinatarios, es decir, éstos quedan obligados a cumplirlos sin necesidad de que la Administración, mediante resoluciones, individualice a cada receptor del reglamento (y a éstos son los que nos referiremos en seguida). Los efectos de otros reglamentos sólo llegan a cada uno de los componentes del grupo, al que aquéllos se dirigen, mediante actos concretos de aplicación (y es al emitir cada una de estas resoluciones específicas de ejecución cuando deberá tener lugar la instancia de audiencia previa). José María Boquera Oliver, "La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos", en *Revista de Administración Pública* (Madrid) N° 149 (1999), págs. 23-36.

⁴ Siendo la "generalidad" característica peculiar de todo reglamento, en cuanto acto administrativo dirigido a una pluralidad abstracta de sujetos, hay casos en que es posible anticipar cuáles personas concretas serán alcanzadas por sus disposiciones (y es a ellas a quienes se debe convocar a participar en la elaboración de dicho reglamento).

Es el caso, por ejemplo, de los concesionarios o permisionarios de servicios de utilidad pública (provisión de energía eléctrica, agua potable, gas, de telefonía, etc.), que adquieren esta calidad en virtud de un acto nominativo de la autoridad y que, por ello, se encuentran afectados tanto a las leyes que regulan la actividad, como a los reglamentos de ejecución de dichas leyes.

⁵ En el caso *Rosas Díaz*, publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 88 (1991) 2.5, págs. 123-131.

permitido “disponer arbitrariamente”; sí, pero sólo de lo suyo, de las “cosas” que componen su dominio (según la formulación clásica del Código Civil, art. 582).

Por eso el aserto “así lo quiero, así lo ordeno; valga mi voluntad por razón”, que puede predicarse respecto de los bienes afectos a un señorío, resulta claramente inadmisibles en boca de gobernantes que no pueden pretender erigirse en amos para someter esclavos, sino que en genuinos rectores de “personas libres”, conforme previene nuestra Constitución (arts. 1° inciso 1° y 19 N° 2).

2. De donde se explica la consagración definitiva –primero en la jurisprudencia,⁶ y ahora en la legislación– del “principio de racionalidad” como premisa rectora que debe orientar a toda la Administración del Estado, a objeto que sus actuaciones obedezcan a un previo estudio y meditación suficientes; que respondan a una ponderación mesurada, equilibrada, de todos los intereses involucrados.

Citaremos, a este efecto, la norma primordial del art. 53 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuando a propósito de la “probidad administrativa” estatuye que:

“El interés público exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficaz y eficiente. Se expresará en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

“Interés público”, “medios idóneos de diagnóstico y decisión”, “lo razonable e imparcial de sus decisiones”: todas exigencias provenientes, en último término, del mandato contenido en el art. 1° inciso 4° de la Carta Fundamental, en cuanto fuerza al Estado a procurar al “bien común... con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, entre otros, el derecho a un procedimiento “racional y justo” que le asiste

⁶ En la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, v. Dictámenes 16.973 de 1999, 3.744 de 2000 y 10.219 de 2002, por mencionar los más importantes pronunciamientos. Los tribunales del Poder Judicial han ido sentando varios precedentes en análoga dirección, siendo de citar el caso *Sociedad Clínica Iquique S.A.* (acción de amparo económico/Ley 18.971), Corte de Apelaciones de Iquique 7.3.2001, Corte Suprema 2.4.2001, en RDJ 98 (2001) 2.5, págs. 50-66.

a todas las personas antes que el Estado pueda tomar cualquier determinación tocante a sus libertades y facultades, según prescribe el art. 19 N° 3 inciso 5° del mismo texto supremo.⁷

3. Siendo así, la propia Constitución suministra un medio privilegiado tendiente a cuajar armónicamente estos requerimientos, con miras a lograr que los reglamentos y actos administrativos en general sean la conclusión de un estudio sopesado de todos los intereses comprometidos:

“Es deber del Estado... asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, dice –en lo pertinente– su art. 1° inciso 5°.

Tanto más cuando este derecho a participar y a ser oído previo a la decisión administrativa, a los actos reglamentarios con incidencia directa en la situación de personas determinadas, aparece actualmente potenciado por otras normas supranacionales e internacionales que obligan al Estado en igual sentido. Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25)⁸ y el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23 N° 1 letra a),⁹ pues ambos instrumentos son coincidentes en declarar el derecho y oportunidad que tienen todos los ciudadanos a “participar en la dirección de los asuntos públicos”, lo que no tiene por qué reducirse exclusivamente al ámbito electoral.

4. Discurre en la misma lógica la Ley 19.880 (29.5.2003), al establecer las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado y prever que “El procedimiento administrativo estará sometido –entre otros– a los principios de contradictoriedad (e) imparcialidad” (art. 4°).

Respecto al primero, el art. 10, luego de señalar que “Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio” (inciso 1°), y que “Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses” (inciso 3°), concluye disponiendo que:

⁷ Es el *due process of law* (en la terminología norteamericana), que no sólo encuentra aplicación en el orden judicial (civil y penal), puesto que también se extiende con todas sus potenciales garantísticas, al plano administrativo, según dejaron constancia sus redactores, la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, en sesiones 101 a 103 (9.1.1975 a 16.1.1975). Lo ha admitido así también la invariable doctrina de la Contraloría General, expresada en Dictámenes 589 de 1986, 2.196 de 1993, 4.714 de 1999, y 7.744 de 2000.

⁸ Aprobado por DS 778 (RR.EE.) de 1989 (publicado en el Diario Oficial del 20.4.1989).

⁹ Aprobado por DS 873 (RR.EE.) de 1990 (publicado en el Diario Oficial del 5.1.1991).

“En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento” (inciso 4°).

Y atinente al segundo de los principios nombrados, al art. 11 expresa que:

“La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte” (inciso 1°).

Aplicación

1. Desde luego, todo reglamento, sea que tenga por objeto crear normas nuevas o modificar uno anterior, traduce la voluntad de la Administración de innovar en el ordenamiento jurídico preexistente mediante la emisión del correspondiente decreto supremo, el cual –acorde con la citada Ley 19.880– goza de “imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia” (art. 3°), por ser actos de la Administración que “causan inmediata ejecutoriedad” a contar de su publicación en el Diario Oficial (arts. 48 y 51). En buenas cuentas, esto significa que quienes venían actuando de una determinada forma al amparo de unas asumidas “reglas del juego”, de inmediato tienen que ajustar su conducta, la gestión de sus negocios y actividades, a la nueva reglamentación.

Mas lo anterior no fomenta, ni siquiera tolera, que –por su intermedio– la Administración pueda acometer verdaderas operaciones de *coup de main*, tan caras a los regímenes dictatoriales, pero ajenas a nuestra declarada república democrática (art. 4° de la Constitución), cuya virtualidad y efectiva vigencia no solo amerita consultar a los ciudadanos respecto al cambio de las autoridades gobernantes, sino también cuando se trata de cambiar las normas que les atañen directamente.

De modo que el mero deseo de introducir alteraciones normativas no valida, por sí solo, la emisión de un reglamento, comoquiera que para hacerlo la autoridad debe basarse en ciertos y determinados hechos o circunstancias que así lo justifiquen. Lo que lleva a reiterar el imperativo jurídico de derecho público con que se encuentra la Administración del Estado antes de decidir, en orden a arbitrar un procedimiento administrativo que denote una meditación sosegada de las razones que avalan el cambio, así como de las repercusiones concretas que éste habrá de producir en la práctica.

2. Y este acopio previo de antecedentes pasa por oír a los interesados, o sea, a las personas “que tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte” (art. 20 N° 2 de la Ley 19.880).

No por simple deferencia o concesión gratuita. Antes bien, como un mecanismo idóneo de formación de consenso en la opinión pública respecto a la juridicidad y conveniencia del obrar estatal; como una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos administrativos; por ser un elemento de democratización del poder y un modo de participación ciudadana en la gestación de los actos que les incumben, así como una manera eficaz y efectiva de acreditar que la Administración ha procedido razonablemente, exenta de arbitrariedad.¹⁰

Además, porque la virtualidad de escuchar todas las voces de la comunidad involucrada contribuye a un mejor acierto de la decisión tomada, con claro provecho para el interés general y en beneficio de la misma autoridad: para evitar errores, he ahí el inestimable aporte que pueden hacer las empresas especializadas en el sector que se trata de reglamentar, si se les da la oportunidad de allegar sus puntos de vista, sus aprensiones y toda su rica experiencia profesional, en un clima de colaboración solidaria con la Administración.¹¹

3. Incluso, estas ideas han sido recogidas para el caso en que vaya a dictar un acto administrativo que afecte potencialmente o en abstracto a personas indeterminadas, por el art. 39 de la Ley 19.880:

“Información pública. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá ordenar un período de información pública.

“Para tales efectos, se anunciará en el Diario Oficial o en un diario de circulación nacional, a fin de que cualquier persona pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se indique.

“El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular observaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a diez días.

“La falta de actuación en este trámite, no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

¹⁰ Tomado de A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* citado, XI, págs. 8 y 9.

¹¹ En este sentido, David Blanquer, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas (Madrid) 1ª ed. (1998), págs. 189 y ss.

“La actuación en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. En todo caso, la Administración otorgará una respuesta razonada en lo pertinente, que podrá ser común para todas aquellas observaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales”.

Entonces, si el debate público rige para la comunidad en general, con mayor razón deben ser admitidos a participar los que tienen derechos o intereses legítimos comprometidos. Todavía más cuando el art. 17 de la propia Ley 19.880 reconoce a las personas, en sus relaciones con la Administración, el derecho a:

“a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos administrativos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa”, y

“f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.

4. Por ende, de acuerdo a la normativa preanotada y a las reglas comunes a todo procedimiento, cualifican naturalmente el trámite de “audiencia pública” la realización de las siguientes diligencias básicas:

a) ofrecer a los interesados el proyecto con la debida antelación y con suficiente grado de detalle, a fin de posibilitar una intervención informada y una discusión eficaz;

b) luego, tendiente a allanar una participación activa de los mismos, debe conferírseles la oportunidad de presentar sugerencias u observaciones, dentro de los plazos que prudencialmente fije la autoridad;

c) si es del caso, contemplar las rondas de intercambio de opiniones, estudios e informaciones entre los participantes y la autoridad, en la forma y oportunidades que ésta determine;

d) sin desmedro, lo anterior, del derecho procesal que asiste a los interesados para ofrecer y producir pruebas, si es pertinente, conforme a las pautas dadas por la autoridad, y

e) dejar constancia de todo lo obrado en el expediente, lo mismo que de

las apreciaciones hechas por la autoridad, porque –a la postre– estos antecedentes van a constituir el sustento o complemento directo y esencial del reglamento que se adopte.¹²

Conclusión

1. A estas alturas, ya no es posible obviar el trámite de audiencia pública, a pretexto de que las solemnidades son de derecho estricto, o porque la Ley 18.575 dice que “Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”.¹³

A fin de asegurar que los actos administrativos se formen correctamente, tomando en consideración todos los intereses involucrados y que los factores relevantes sean ponderados razonablemente, la Constitución (arts. 1° incisos 1°, 4° y 5°, y 19 N° 3 inciso 5°), los acuerdos internacionales suscritos por Chile (como las citadas normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de San José de Costa Rica), y las Leyes 18.575 (art. 53) y 19.880 (arts. 4°, 10, 11, 17 y 39), son fuentes concordantes y suficientes para exigir a la Administración del Estado la participación o consulta previa de los interesados, esto es, de los que tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que adopte la autoridad, en el curso del correspondiente procedimiento administrativo.

2. Tratándose, entonces, de reglamentos que vienen a alterar el *statu quo* vigente, con incidencia directa e inmediata en quienes han ajustado el ejercicio de sus derechos a la reglamentación que es materia de cambio, la “audiencia pública” constituye un trámite esencial del procedimiento administrativo.

Que la Administración debe incoar de oficio, por propia iniciativa; sin perjuicio del derecho de los interesados a pedir copia del proyecto y la oportunidad de plantear alegaciones, sugerencias u observaciones, al amparo de la Constitución (art. 19 N° 14) y de la Ley 19.880 (art. 17 letras a y f).

3. En estas condiciones, omitir el referido trámite, o expedir un acto administrativo sin prestar atención a las sugerencias u observaciones expresa-

¹² De manera que todas estas piezas pasan a ser de acceso público, de conformidad con las Leyes 18.575 (art. 13) y 19.880 (arts. 16 y 17 letra d).

¹³ Artículo 8° inciso 2°, que, en todo caso, debe entenderse establecido a favor de las personas, y nunca invocarse en su contra, habida cuenta que su objetivo es impedir que éstas sufran demoras o postergaciones indebidas por la imposición de trámites inútiles y dilatorios.

das por los interesados, revela inequívocamente que dicho acto no responde al fruto de una reflexión racional, sino al puro ejercicio de la superioridad o imperio estatal, lo que faculta calificarlo como "arbitrario", por este concepto.

E "ilegal", porque aparte de importar el desconocimiento del derecho esencial a participar, a que se ha hecho mención, consagrado por la Carta Fundamental y las leyes, implica que la decisión inconsulta no fue tomada "en la forma" o conforme al procedimiento que prescribe el ordenamiento, circunstancia que nuevamente la pone en contradicción flagrante con la Constitución (art. 7°).