

EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CONTROL

AGUSTÍN GORDELO

I. INTRODUCCIÓN

A) La fractura del poder como control

Si tomamos como punto de partida la teoría de Montesquieu, el control del poder se logra por su división entre distintos órganos, no para aumentar la eficacia del Estado, sino para limitarla poniendo límites a su accionar: "que el poder detenga al poder".

A su vez, la clave de la democracia norteamericana (la más vieja del mundo en funcionamiento continuo), según el profesor Peter Schuck de la Universidad de Yale, es la fractura del poder: nadie puede controlarlo todo.

Es el famoso sistema de frenos y contrapesos, que nuestra nueva Constitución ahora profundiza no solamente creando diversos órganos nuevos de control sino también redistribuyendo poder entre órganos existentes, y creando mecanismos nuevos que también importan formas de control en uno u otro tipo de órgano.

B) Viejos órganos, nuevos procedimientos

Es importante destacar así que en los órganos tradicionales del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial ya apare-

cen nuevos mecanismos de control que perfilan de distinto modo a cada órgano. El objetivo, nos parece claro, es mejorar el sistema de control o frenos y contrapesos. Ello forma parte, igualmente, del tema de la presente exposición. Lo mismo otras figuras de poder que aparecen fortalecidas frente al poder tradicional.

C) Control del poder político y económico

La Constitución es clara en instituir la tutela de los derechos de usuarios y consumidores frente a monopolios naturales o legales, como así también de los vecinos respecto al medio ambiente. En ambos supuestos es un mecanismo de control no ya solamente del poder político, sino también del poder económico que actúa en función de concesiones, licencias o contratos del poder político.

D) La operatividad del control

En cualquier caso conviene recordar que, como ya lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re Ekmekdjian, Miguel Angel c. Solóvich, Gerardo y otros, Fallos, 308:647, 1992; E. D., 148, 338*), el Congreso no puede tornar inoperante una norma constitucional por una irrazonable demora en su reglamentación, caso en el cual corresponde al Poder Judicial proceder a la ejecución directa de la Constitución.

El precedente de los casos *Kot* y *Siri* en la creación jurisprudencial del amparo no regulado legislativamente, o de la Corte Suprema declarando la inconstitucionalidad de la falta de previsión legislativa del divorcio vinculante, son también pruebas de ello.

No sólo las leyes que se dicten sino también las que se dejan de dictar no podrán, entonces, prevalecer sobre el texto y el espíritu de la Constitución.

En lo inmediato, a mero título de ejemplo son, inmediatamente operativos los artículos 41, 42 y 43, y parecen requerir necesaria legislación, a título de ejemplo, los referidos a la ciudad de Buenos Aires (arts. 75, incs. 30 y 31, 129, cláusulas transitorias séptima y decimoquinta).

A nuestro juicio, de las disposiciones transitorias surge claro el espíritu de la puesta en marcha de la totalidad del sistema en el curso del año 1995 (iniciativa popular, un máximo de 18 meses desde la reforma, según la disposición transitoria tercera; 360 días a partir de la reforma del 23 de agosto de 1994, para la designación de los jueces inferiores, disposición transitoria decimotercera; elección del jefe de gabinete local, año 1995, disposición decimoquinta).

Es posible que la Corte Suprema no tome rápidamente la decisión de hacer cumplir judicialmente, en los casos ocurrientes, las normas constitucionales que el legislador no implementó en el curso del año 1995, pero parece también claro que no podrán tanto el legislador como el juez ignorar juntos por demasiado tiempo la nueva Constitución.

La vieja historia del juicio por jurados que nunca el legislador implementó y nunca la justicia aplicó en defecto de aquél, no puede ya hoy en día repetirse sin incurrir en una violación manifiesta del espíritu y del texto constitucional, tanto más grave aun cuando se trata nada menos que del sistema de control del poder.

II. TRANSFERENCIAS DE PODER Y CONTROL

A) Estatales

a) Provincias

El poder nacional, y con él el de sus tres órganos principales, se limita cuando el artículo 124 faculta expresamente a las provincias a celebrar convenios internacionales. El reconocimiento expreso de su dominio originario de los recursos naturales, si bien no cambia la interpretación preexistente, también enaltece el rol provincial.

En materia de medio ambiente el artículo 41 autoriza a las Provincias a dictar normas complementarias de las nacionales, eventualmente de mayor rigor que aquéllas. Una jurisdicción que podría ser federal en forma exclusiva, puede aquí llegar a ser concurrente aun cuando la lesión al medio ambiente exceda el de una sola jurisdicción.

En lo que hace a los servicios públicos nacionales, los entes regulatorios u "organismos de control" contarán con la

"necesaria participación" de las provincias interesadas (art. 42, *in fine*). Si el Congreso omite dictar la legislación correspondiente o el Poder Ejecutivo cumplirla, las Provincias deben unirse en reclamar judicialmente el lugar que como mínimo les corresponde en todos y cada uno de los entes de control de servicios públicos nacionales.

b) Ciudad de Buenos Aires

Si bien el artículo 124 deja librado al Congreso el régimen de esta ciudad, parece evidente que la Constitución impone algún régimen de autonomía que evita luego la legislación exclusiva del Congreso de la Nación (disposiciones transitorias séptima y decimoquinta).

Sin embargo, no es muy claro el inciso 30 del artículo 75 en cuanto a si le deja legislación exclusiva, ya que no en "todo" el territorio de la Capital, presumiblemente sólo en los lugares federales dentro de la Capital, o si en cambio existe jurisdicción federal sólo en lo que hace al fin del establecimiento de utilidad nacional, como dispone la segunda parte del mismo inciso.

En cuanto al Poder Ejecutivo, se ha suprimido del actual artículo 99 el anterior inciso 3º del artículo 86, conforme al cual era "el jefe inmediato y local de la Capital de la Nación", lo cual significa que desde el 23 de agosto de 1994 carece de competencia para dictar decretos en materia local.

Termina también, desde luego, la designación presidencial del intendente, previéndose en su lugar un jefe de gobierno local que debe ser necesariamente elegido, a más tardar, en el curso del año 1995.

c) Municipios

El artículo 143 obliga a las provincias a garantizar la autonomía municipal. Es una transferencia más de poder desde el centro a la periferia.

d) Islas Malvinas

Si bien el tema de las Islas Malvinas parece algo remoto al presente, se reconoce el modo de vida de sus habitantes (disposición transitoria primera, segundo párrafo), lo cual obviamente incluye no sólo su cultura, lengua, costumbres y tradiciones, sino también su legislación, jurisdicción y auto-

gobierno local pleno. Su régimen no podrá sino ser parecido al de los estados libres asociados, posiblemente con algún ingrediente de derecho internacional.

B) No estatales

a) Partidos políticos

El artículo 38 otorga jerarquía constitucional a los partidos políticos, y el artículo 85 da la presidencia de la Auditoría General de la Nación al candidato que proponga el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

b) Asociaciones de usuarios

Las asociaciones de usuarios y consumidores deben tener "necesaria participación" en los entes reguladores de los distintos servicios públicos nacionales.

Aquí también cabe tener presente que, al igual que las provincias, tienen derecho a reclamar judicialmente su designación en los cuerpos directivos de todos los entes reguladores de servicios nacionales, hasta tanto se dicte en su caso, o se modifique o implemente, la legislación de los diversos marcos regulatorios.

c) Indígenas

El inciso 17 del artículo 75 impone al Congreso reconocer a las comunidades indígenas argentinas su preexistencia étnica, personalidad jurídica comunitaria, propiedad comunitaria de sus tierras, las que son no enajenables ni gravables: es pues un dominio público indígena, que en parte será regido por un Derecho propio no-estatal, como en las demás comunidades indígenas del mundo.

III. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

A) Entes reguladores y de control del poder económico

La Constitución habla de "órganos de control" para referirse a lo que la legislación y la práctica denominan "entes reguladores"; o sea, los específicos organismos o autoridades

descentralizadas encargadas de controlar al poder económico de los licenciatarios y concesionarios de la administración, para proteger a los usuarios y consumidores. Creemos que la genérica mención constitucional a órganos de control no obsta al uso de la segunda expresión, más específica, que por nuestra parte preferimos.

a) Protección de los usuarios

La tutela que establece el artículo 42 de la Constitución requiere la incrementada presencia institucional de los organismos o entes reguladores hoy existentes y los que deberán crearse, como así también define claramente y en forma directamente operativa que su función no es tan sólo tutelar el sistema concedido o licenciado, sino principalmente proteger los derechos e intereses de los usuarios actuales y futuros.

b) Participación de los usuarios

✕

La misma norma establece en forma directamente operativa la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en la dirección de los organismos o entes de control.

Si el gobierno no dicta la legislación pertinente, corresponde a la justicia reconocerles por imperio constitucional al menos un lugar en los cuerpos colegiados existentes, procediendo a designarlos u ordenando su designación.

Dado el origen y el sentido de su participación como representantes de la comunidad, entendemos que constituiría un absoluto contrasentido considerarlos funcionarios públicos, lo que además lesionaría el concepto constitucional.

Siguen pues siendo particulares, que en la especie ejercen funciones públicas, al igual que son particulares ejerciendo funciones públicas los propios concesionarios o licenciatarios cuyo poder económico habrán de contribuir a regular desde los entes reguladores, en favor de los usuarios o consumidores actuales o futuros.

c) Participación de las provincias

Lo mismo cabe decir de las provincias, con la salvedad que en algunos marcos regulatorios tienen dos lugares sobre cinco, sin que hasta el presente se haya provisto a su designación. De continuar esta inacción, corresponderá igual-

✕

mente a la justicia remediaria por directa aplicación de la Constitución.

d) Audiencias públicas

La exigencia de realización del procedimiento de audiencias públicas previo a la emisión de normas reglamentarias o de grandes proyectos que afectan por ejemplo el medio ambiente, si bien aparece por ahora exigido sólo en algunas leyes, creemos que ya puede considerarse un principio constitucional operativo, emergente de la garantía de defensa y el nuevo sistema constitucional¹.

Las normas o proyectos realizados sin el cumplimiento de este requisito de audiencia pública son, a nuestro juicio, nulas de nulidad absoluta. Uno de los primeros reglamentos en la materia es la resolución 39/94 del Ente Nacional Regulatorio de la Electricidad, ENRE, *Boletín Oficial* del 9-V-94, páginas 11 y 12.

e) Estabilidad en el cargo

Los integrantes de los órganos de control de estos servicios son designados por períodos determinados. Convendrá tener presente que los cambios del Poder Ejecutivo, del jefe de gabinete o ministros del área, jamás podrán constitucionalmente alterar dicha estabilidad ni dar lugar a la "Constitución paralela" de exigir y obtener renunciaciones antes de la expiración de los mandatos.

B) La Auditoría General de la Nación

Este organismo de control externo dependiente del Poder Legislativo tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la administración pública centralizada y descentralizada y por ende de los servicios concedidos o licenciados que están a su vez controlados por la administración: mal

¹ Ver Gordillo, Agustín, "El Estado Actual del Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Año 5, setiembre-diciembre de 1993, n° 14, p. 287 y siga., 307; sobre los caracteres de ésta ver también Cassagna, Juan Carlos, "Los nuevos entes regulatorios", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Año 5, setiembre-diciembre de 1993, n° 14, p. 488.

puede controlarse a los entes reguladores descentralizados, en el caso, si no se controla la actividad de los que ellos deben controlar.

Este doble control de la auditoría en nombre del Poder Legislativo es el *quis custodiet custodiat* que permitirá saber si los entes reguladores ejercen adecuadamente su propia función de contralor de ellos. Es el sistema de dobles o múltiples controles.

Es una lástima que se haya dispuesto para su titularidad un miembro del principal partido de oposición; más bien hubiera correspondido que debiera tratarse de un representante de algún partido minoritario independiente, o simplemente de alguna personalidad independiente.

Algo parecido puede decirse de la Defensoría del Pueblo, donde la Constitución no ha establecido exigencia específica como en el caso de la Auditoría.

Yendo al fondo del ejercicio del control, cabe apuntar liminarmente que si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a perseguir, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación, los ladrones de gallinas, la pequeña rapiña, las faltas de hurto famélico, no merecerá sino el mismo juicio crítico que en su momento se ganó el Tribunal de Cuentas de la Nación².

Para que su contralor sirva de algo deberá procurar detectar:

- a) las fallas sistemáticas y generales,
- b) las normas y reglamentos que las sustenten,
- c) las grandes operaciones en perjuicio del Estado o de los usuarios,
- d) y también deberá hacerse cargo de la investigación del enriquecimiento doloso, público o privado, que el artículo 36 iguala un poco exageradamente al delito de los infames traidores a la patria.

Todo lo demás es anécdota para intentar adormecer la conciencia pública o privada, para llenar informes y papeles sin utilidad alguna.

² En tal sentido, nuestro prólogo y el libro de Rogedasebes, José Rafael, *El Control Público*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984.

C) El Defensor del Pueblo

Mucho se bregó en el país por adoptar esta institución destinada a mejorar el control de la administración². Finalmente ella ha alcanzado jerarquía constitucional. Esta magistratura independiente tiene como función, según el artículo 86, "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".

La norma de referencia incluye la protección:

a) no sólo de los derechos (los de la Constitución y los de los pactos internacionales del artículo 75, inciso 22, y otros que se suscriban en el futuro),

b) sino también de los intereses legítimos y difusos:—

b.1) así, los referidos al medio ambiente mentado en el artículo 41;

b.2) los de los usuarios y consumidores a que se refiere el artículo 42,

b.3) y especialmente los de los usuarios de los servicios públicos concedidos o dados en licencia bajo condiciones monopólicas o de exclusividad.

Además, "El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal", lo que lo habilita procesalmente para impugnar:

a) ante la administración (reclamos, recursos, denuncias) y

b) ante la justicia en cualquier competencia dentro de la jurisdicción nacional (o sea ante la justicia procesal administrativa, civil, comercial, penal) tanto como parte actora civil o contencioso administrativa, o como parte querellante en la sede penal.

² Padilla, Miguel M., *La Institución del Comisionado Parlamentario*, Ptas Ultra, Buenos Aires, 1972; Maizorano, Jorge, *El Ombudsman: Defensor del Pueblo y de las Instituciones Repúblicas*, Marzchi, Buenos Aires, 1987; nuestro artículo "An Ombudsman for Argentina: Yes, but...". *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, Vol.-1984, n° 3, pp. 299 y sigs., traducido al portugués y publicado en la *Revista de Direito Público*, n° 75, São Paulo, 1985, pp. 76 a 81; nuestro libro *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, capítulo V, etc.

En ese múltiple carácter puede demandar, querellar, recurrir, reclamar, denunciar, los actos, hechos u omisiones lesivos a los derechos y garantías mencionados, y no sólo los de base constitucional o de pactos supranacionales, sino también los de origen legal o reglamentario.

Puede impugnarlos sea que ellos provengan de las administraciones públicas o de los licenciatarios y concesionarios de servicios públicos otorgados por el Estado en condiciones de monopolio o exclusividad (abuso de posición dominante, sobrefacturación sistemática, etc.) y demás particulares en su caso.

Desde luego, lo que el Defensor del Pueblo debe procurar es la corrección de los sistemas o mecanismos, normas o regulaciones, prácticas o costumbres, que por su carácter genérico sean las causantes de las violaciones concretas y particulares.

Más que su actividad en la solución de controversias individuales concretas, interesa a la colectividad que ellas le permitan detectar el disfuncionamiento sistemático de las administraciones o de los licenciatarios o concesionarios de servicios públicos, y entonces contribuir a corregir las causas de los problemas observados y superar las fallas generalizadas del sistema.

D) El Consejo de la Magistratura

El segundo párrafo del mismo inciso cuarto del artículo 99 menciona la creación del Consejo de la Magistratura, cuya integración y funciones regula esquemáticamente el artículo 114.

El Consejo de la Magistratura hace las propuestas vinculantes sobre el Poder Ejecutivo para que éste eleve necesariamente al Senado las ternas preparadas por el Consejo para los demás jueces federales.

Dichas ternas deberán luego ser tratadas en audiencia pública en el Senado, a fin de resolver si se otorga o no el acuerdo. A ello nos referiremos luego.

Será cuestión de ver cómo se regula e integra en la práctica el Consejo de la Magistratura para ver luego como se mejora, o no, la designación de los demás jueces federales integrantes del Poder Judicial de la Nación.

En cualquier caso y al igual que en lo referente a los representantes de los usuarios y consumidores en los entes

reguladores de servicios dados en monopolio o exclusividad, nos parece más acorde con el sentido de la norma constitucional que los particulares que integran dicho Consejo no adquirieran con ello la condición de funcionarios públicos, para mayor independencia en el ejercicio de su función.

E) El Jurado de Enjuiciamiento

El Poder Judicial de la Nación es el pilar básico del sistema de control de la administración y los prestadores de servicios licenciados o concedidos por ella en condiciones monopólicas o de exclusividad.

De acuerdo a la remisión que el artículo 115 hace al artículo 53, los jueces y camaristas pueden ser removidos por las mismas causales que el presidente y vice, jefe de gabinete, ministros y jueces de la Corte Suprema: no sólo por delito en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes, sino también por "mal desempeño";

A título de ejemplo, será mal desempeño de la función y causal eficiente de iniciar el procedimiento de remoción por el jurado de enjuiciamiento, el defectuoso cumplimiento de las demás funciones que la nueva Constitución les impone.

Básicamente, se trata:

- a) de su deber de tutela de los derechos individuales,
- b) con más las que impone el artículo 36 en materia de enriquecimiento ilícito doloso de funcionarios y particulares,
- c) el 41 en la protección del medio ambiente,
- d) el 42 en la protección de los derechos e intereses económicos del usuario de los servicios públicos actuales y futuros,
- e) el 43 en los cuatro medios de tutela que determina operativamente.
- f) Los demás derechos del Pacto de San José de Costa Rica y otros tratados internacionales: la tutela de la privacidad e intimidad en el derecho de rectificación y respuesta para la defensa del individuo contra las empresas de medios de prensa, la no discriminación, etcétera.

IV. EL PODER EJECUTIVO

A) *El Jefe de Gabinete*

El jefe de gabinete no será un organismo de control si lo designa y remueve un Poder Ejecutivo cuyo partido gobernante tenga mayoría de votos asegurada en el Congreso. Sin embargo, en tanto división real del poder, puede dar lugar a una hipartición recíproca de funciones como la que ocurre hoy entre los ministros "fuertes" y el presidente de la Nación.

Si se diera el no imposible caso de un presidente que carezca de mayoría parlamentaria propia, es previsible que dada la responsabilidad política del jefe de gabinete el Poder Ejecutivo deba negociar su designación con el o los partidos de oposición.

En tal caso la situación se aproximará, conceptual y sólo lateralmente, a la distinción francesa entre presidente y primer ministro y consiguiente "cohabitación" cuando ambos responden a diferentes partidos; o también puede darse, a la europea, un gobierno de coalición, cediendo el presidente algunos cargos ministeriales al partido que haya de acompañarlo en su gestión, para contar con apoyo legislativo⁴.

Ella, en cuanto de hecho existirá entonces una división de competencias en lugar de una relación jerárquica entre el presidente y el jefe de gabinete.

En cualquier caso, estimamos que lo más probable es que el presidente establezca una importante Secretaría General de la Presidencia de la Nación, y el jefe de gabinete haga lo propio, pero con varias secretarías.

Muchas secretarías y órganos hoy adscriptos a la Presidencia de la Nación por razones más de cercanía al poder que institucionales, deberán necesariamente pasar al ámbito del jefe de gabinete o de algún ministerio del ramo.

⁴ Es una alternativa que por nuestra parte hace tiempo propiciamos: "Necesitamos gobierno parlamentario", suelta de dirección en la revista *Discusiones* de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, F.A.C.A., Año 7, nº 1, enero de 1983, p. 14.

B) Prohibición de delegación legislativa

Antes de la Constitución de 1994 generalmente se admitía la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo, siempre que no fuera "en blanco" y estableciera parámetros concretos dentro de los cuales el Poder Ejecutivo podría integrar la norma legislativa.

Ahora la Constitución ha cercenado esta posible facultad del Poder Ejecutivo, limitándola sólo a casos de emergencia o relativos a la administración.

En el segundo caso, es obvio que dado el carácter excepcional y por ende restrictivo de la admisión constitucional no podrá delegarse materia alguna, en lo que hace a la administración, que pretenda tener efectos jurídicos frente a terceros ajenos a la administración.

V. EL PODER LEGISLATIVO

A) Organos de contralor

a) La Comisión Bicameral Permanente

La Comisión Bicameral Permanente prevista en el párrafo cuarto del inciso 3° del artículo 99, es el organismo de control previsto para producir despacho sobre los reglamentos de necesidad y urgencia, sobre el cual se pronunciará luego el Congreso.

Esta norma rige sólo para el futuro y está sujeta a regulación legislativa.

En cualquier caso, la falta de comunicación por el jefe de gabinete de la medida a la Comisión Bicameral Permanente puede llevar al decaimiento automático de la norma, pues se trata, obviamente, de un trámite constitucional sustancial sin cuya ejecución no puede considerarse validada, en el ínterin, la vigencia de tales reglamentos².

² "Ello es así singularmente cuando una autoridad administrativa encargada de tomar una decisión se pronuncia sin proceder a las investigaciones y consultas requeridas por legislación en vigor. Su decisión es nula de pleno derecho aunque la ley no haya establecido esa sanción para la omisión de tales formalidades"; Alibert, *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, Paris, 1928, p. 224; Odent, R., *Contentieux Administratif*,

B) Instituciones de contralor

a) Las audiencias públicas del Senado

Lo que el Senado no ha hecho por propia iniciativa se lo impone ahora la Constitución en el inciso cuarto, primer párrafo, del artículo 99: realizar el procedimiento administrativo de verdaderas audiencias públicas, al estilo norteamericano, para la designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sería una verdadera desinterpretación leguleya, impropia para un texto constitucional, la que quiera encontrar un sentido diferente entre *sesión pública* y *audiencia pública*.

Pero si no ha habido audiencias públicas hasta el presente, no cabe ser demasiado optimistas en cuanto a que la interpretación resultante, en los primeros años de aplicación de la Constitución, no haya de ser la de crear precisamente la distinción entre sesión pública y audiencia pública.

De aquí en más y dada la operatividad de la norma constitucional, será inválida cualquier designación en la Corte Suprema que no siga prolijamente este procedimiento de audiencia pública en el Senado.

El concepto de audiencia pública o *public hearing* tiene un doble carácter público:

a) por la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e inmediatez, asistencia y registro gráfico y fílmico de los medios de comunicación, publicación de las reuniones, etcétera, y

b) más especialmente por la *participación procesal* y el acceso del público en general a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal de ellos.

Lo primero hace a la calidad necesariamente transparente y abierta al conocimiento del público de virtualmente todos los actos estatales: el secreto es sólo un resabio medieval que las modernas democracias ya no aceptan sino en contados

t. III, Paris, 1958, pp. 809 y 819; Petracchi, Enrique C., "Los órganos consultivos y el acto administrativo", en la *Revista de Derecho y Administración Municipal*, n° 100, Buenos Aires, 1938, pp. 52 y sigs., p. 57. Ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, "El acto administrativo", Buenos Aires, 1979, Macchi, reimpresión, cap. IX, p. 9.

asuntos de Estado que hacen a la seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger al secreto comercial.

Lo segundo es entonces lo que cualifica de modo especial estas denominadas "audiencias públicas", y es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico, y no ya como mero "espectador".

Las audiencias públicas o sesiones públicas en el Senado no pueden diferir sustancialmente de lo que han de ser las audiencias públicas en los entes reguladores⁶.

b) Voto de censura al jefe de gabinete

El artículo 101 faculta al Congreso a remover al jefe de gabinete por un voto de censura.

Va de suyo que una vez removido el presidente debe designar a otro en el cargo, sea en forma permanente o transitoria, y que también éste puede ser removido: no existe ninguna limitación constitucional al efecto, ni siquiera la necesidad de expresión de causa suficiente y adecuada.

c) Informe al Parlamento

El mismo artículo 101 establece la obligación del jefe de gabinete de concurrir cada mes alternativamente a cada una de las Cámaras a informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de la preexistente facultad de interpelación a todos los ministros conforme al artículo 71.

d) Iniciativa y consulta popular

El derecho de iniciativa popular que muy tímidamente introduce el artículo 39, es cuanto menos el germen de un control del parlamento en sus omisiones legislativas.

Hubiera sido mejor establecer en la Constitución que cuando hay un determinado número de votos en la iniciativa,

⁶ Sobre esto último nos remitimos a nuestro ya citado artículo "El estado actual del derecho administrativo", en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1974, n° 14; Cassagna, Juan C., *La Intervención Administrativa*, 2ª ed. actualizada (con estudios sobre los nuevos entes y marcos regulatorios), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1944, p. 164; resolución n° 3894 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, E.N.R.E., publicada en el *Boletín Oficial* n° 27.387 del 9-V-94, ps. 11 y 12.

el Estado debe obligatoriamente someterla a consulta popular en la siguiente elección general, si antes el Congreso no la sanciona como ley. Pero esto también puede establecerlo el propio Congreso en la ley que dicte reglamentando los artículos 39 y 40.

No creemos que exista todavía el suficiente desarrollo político como para que el Congreso, dando un paso más allá de lo que la Constitución exigió, reconozca al pueblo este derecho de tener automáticamente la consulta popular cuando reúne los votos que sean del caso, y no quede ésta librada al arbitrio del Congreso en cada oportunidad puntual.

VI. EL PODER JUDICIAL

A) Organismos

a) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷ y la Corte Suprema había declarado en 1993 la operatividad de sus cláusulas aun en ausencia de regulación legislativa⁸.

No obstante ello, el artículo 75 inciso 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inciso 24.

Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional.

No ha de olvidarse el principio de "la irreversibilidad de los compromisos comunitarios"; "Juridicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no

⁷ Nuestro artículo "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno", *L.E.*, 17-IV-80.

⁸ "Esmekdjian, Miguel Angel c. Safevich, Gerardo y otros", *Fallos*, 308-647; *E.D.*, 148-338.

está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad".

"Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver"⁹.

Del mismo modo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico¹⁰.

b) El Poder Judicial de la Nación

El Poder Judicial argentino como órgano de control se ha visto fortalecido por la restablecida independencia del Ministerio Público y la creación de otras diversas magistraturas independientes como el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, con más el procedimiento de audiencia pública en el Senado para la designación de miembros de la Corte Suprema.

Sin perjuicio de ello, se ha fortalecido también la misión de nuestro Poder Judicial, al otorgársele atribuciones que será obviamente su deber constitucional ejercer, pero que en el corto plazo difícilmente pueda hacerlo. Ello, aunque más no sea que por limitaciones cuantitativas derivadas de la irrisoria cantidad de jueces contencioso administrativos existentes en materia de protección de los derechos de los indi-

⁹ Pescatore, Pierre, "Aspectos judiciales del 'acervo comunitario'", *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, ps. 331 y sigs., p. 338, citada en nuestro libro *Derechos Humanos. Doctrina, Casos y Materiales Parte General*, edición de la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1990, reimpresión, 1992, p. 43.

¹⁰ Pescatore, op. cit., p. 348; nuestro *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 44.

¹¹ Ver nuestro libro *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 44.

viduos y usuarios contra el Estado y sus licenciatarios y concesionarios. Es un tema que hemos tratado ampliamente en otro lugar¹². Un Poder Judicial que cuantitativamente es tan exiguo como para superar el nivel de lo cualitativo, en materia contencioso administrativa, implica de hecho la virtual inexistencia de un Estado de Derecho pleno.

Las nuevas tareas que se han impuesto constitucionalmente a la justicia no se limitan a la justicia contencioso administrativa, con todo, sino que alcanzan también a la justicia penal.

c) *El Ministerio Público*

La independencia del Ministerio Público, que promoverá entre otras materias las causas penales por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y particulares, es ahora materia regulada en forma inmediatamente operativa por la Constitución.

Si bien tradicionalmente se justificaba la entonces indiscutible independencia que debían tener los fiscales en el ejercicio de su ministerio público por su alegada pertenencia al Poder Judicial, lo cierto es que al momento de la reforma vienen de formar parte de la administración; también es cierto que una vez establecido categóricamente en la Constitución que son independientes de la administración, poco importa ya dilucidar si integran el Poder Judicial o son otras autoridades administrativas independientes como las ya comentadas.

En todo caso, nos parece más apropiado retornar a la interpretación que no debió nunca abandonarse, con el ahora doble sustento de que integran el Poder Judicial de la Nación y son autoridades independientes a texto constitucional expreso.

La importancia de esta independencia se advierte con un solo ejemplo: sólo fiscales independientes pueden intentar hacer verdad la equiparación inmediatamente operativa que realiza el artículo 36 entre la corrupción y la traición a la patria.

Ello es así, tanto que el enriquecimiento doloso provenga de funcionarios públicos o de particulares, por ejemplo licenciatarios o concesionarios del Estado y contratistas del Estado en general.

¹² *Derechos Humanos...*, op. cit., capítulo V.

B) Instituciones sustantivas de control

a) El enriquecimiento como "traición a la patria"

Encontramos en el párrafo quinto del artículo 36 un tema de Derecho Penal constitucional operativo, no legal.

Los responsables de enriquecimiento doloso son ahora equiparados a los "infames traidores a la patria" que condenan el artículo 29 y los párrafos uno a cuatro del mismo artículo 36.

La norma penal de referencia se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los particulares, puesto que la norma no distingue y generalmente van unidos: es el mismo actuar doloso de uno y otro que produce el enriquecimiento de ambos en perjuicio del Estado y la sociedad de usuarios y consumidores.

Si bien parece un poco exagerada la solemnidad de la condena constitucional, de todos modos no puede ignorarse que su espíritu es claro y frontalmente punitivo, y su normativa inmediatamente operativa.

Otorga a los fiscales y jueces penales un rol sustancial como órganos de control de la administración y de quienes ejercen poder bajo licencia o concesión de la administración. Se trata de una facultad que es, al mismo tiempo, un deber jurídico impuesto por la misma Constitución.

b) Usuarios de servicios públicos

El artículo 42 de la Constitución establece la obligación de todas las autoridades nacionales, tanto legislativas como administrativas y jurisdiccionales, de tutelar los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios.

El empleo de la palabra "autoridades" no puede hacer suponer que se refiere sólo a las administrativas, como es obvio. Sería una burda manera de incumplir la tutela judicial de los derechos individuales de los usuarios y consumidores y por ende un obvio mal desempeño de la función.

Antes de la reforma del Estado el poder lo ejercía el Estado, ahora lo ejercen monopólicamente en nombre y por privilegio concedido por el Estado, las licenciatarias o concesionarias. Se ha vuelto así al sistema previo al fallido crecimiento del Estado empresario y consecuentemente corresponde reajustar el control judicial.

No pueden clamar la protección que fue concebida para los débiles, los usuarios e individuos frente al poder, no para los gigantesos prestadores monopólicos del servicio en contra del usuario indefenso frente a su facturación: *la máxima potencia, mínima licencia*. Dicho en otras palabras, al más poderoso le corresponde la mínima licencia, la mínima libertad¹³.

Como dice Radbruch, "La idea central en que el Derecho... se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico"¹⁴.

De lo contrario se violentará el mandato bíblico de proteger al débil contra el poderoso¹⁵, el elemental principio jurídico de que el Derecho debe equilibrar las desigualdades existentes (como en el derecho laboral, como en el derecho público y administrativo general), y también se estará violentando el texto constitucional puntual del artículo 42, expreso e inequívoco de 1994.

También violentará las convenciones internacionales, ahora con fuerza constitucional o supraconstitucional (art. 75, inc. 23), que imponen a los tres poderes del Estado la discriminación positiva, a favor del débil, y no la discriminación a favor del prestador y en perjuicio del usuario, agravante también al artículo 1º del Pacto de San José de Costa Rica.

Cuando el Estado sale en defensa del usuario, como es ahora su deber después de la reforma del Estado y más aún de la Constitución, no ha de ser precisamente *el fuerte quien invoque con visos de randa el derecho del débil*, ni el juez quien imparcialmente tutele al poderoso en desmedro del desprotegido.

¹³ *Black's Law Dictionary*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1989, p. 708.

¹⁴ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1951, p. 162, citado en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, *Parte General*, 2ª ed. corregida y aumentada, Buenos Aires, 1994, Cap. III, p. 29.

¹⁵ Noonan jr., John T., *Bribes*, Macmillan Publishing Company, New York, 1984, capítulo I, parágrafo 3, especialmente página 69, y sus múltiples referencias.

1) Inversión de la carga de la prueba

Ya algunas empresas han comenzado a invertir sabiamente la carga de la prueba a favor del usuario. Mientras las demás no sigan el ejemplo o los entes reguladores no lo impongan, es una tarea que le corresponde al Poder Judicial implementar.

2) Resolución fundada de los reclamos

Del mismo modo corresponde imponer a los licenciatarios y concesionarios el deber de resolver fundamentadamente y no por agraviantes formularios preimpresos, los reclamos de los usuarios de sus servicios prestados en condiciones de exclusividad o monopolio.

3) Suspensión del pago hasta la resolución fundada

Corresponde de igual manera resolver que hasta tanto el concesionario o licenciatario no haya resuelto satisfactoriamente en forma fundada y convincente el reclamo del usuario, debe quedar suspendida la obligación de pago del servicio en la medida que el usuario cuestiona.

c) Control de monopolios y exclusividades

Cabe decir que en los últimos tiempos el Poder Judicial, en sus instancias de primero y segundo grado, no ha tomado aún debida cuenta de que la renuencia con que controló a las empresas públicas en el pasado no puede además trasladarla a las empresas privadas que tienen un privilegio de monopolio o exclusividad.

Es como imposibilitar un fundamental posible efecto positivo de la privatización y reforma del Estado: la disminución del poder monopolizado (antes poder estatal incontrolado, hoy poder privado de igual indefensión del particular) sin control judicial suficiente y adecuado.

Sin adecuado control judicial del poder económico ahora concentrado en manos privadas por el traspaso de manos del Estado por vía de concesión o licencia monopólica o exclusiva, las cosas seguirán estando tan mal como cuando estaban en manos del Estado, en cuanto a tutela del individuo se refiere.

La Constitución da un fuerte llamado de atención al Poder Judicial, al enfatizar de diversos modos este punto. Le

curioso es que no se trata en la especie de principios nuevos, sino que ya existían en nuestro Derecho y jurisprudencia desde la época de las antiguas concesiones que las nacionalizaciones eliminaron.

Antes de las nacionalizaciones se sabía del control de las empresas concesionarias y monopólicas de servicios públicos, pero ese conocimiento parece como si se hubiera perdido con medio siglo de estatismo. La Constitución de 1994 viene, como una lección de instrucción cívica, a recordar los principios elementales en la materia.

Cabe pues esperar que una adecuada comprensión de esta elemental lección constitucional de instrucción cívica sirva en la práctica diaria al Poder Judicial de la Nación: ha sido harto remiso en tutelar a los usuarios y en algún caso ha llegado al extremo de proceder a la inversa, tutelando al licenciatario contra los usuarios y la autoridad de contralor que en la especie procuraba defender sus derechos e intereses.

Las ideas son simples:

- a) debe protegerse al ciudadano del poder monopólico o exclusivo;
- b) interpretar a este último en forma restrictiva¹⁶;
- c) invertir la carga de la prueba a favor del usuario o consumidor y en contra del prestador de bienes o servicios¹⁷;
- d) proteger contra la sobrefacturación, fomentar la competencia, la libre circulación de las ideas y la información;
- e) en general, tutelar todos los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

¹⁶ Sobre la materia los antecedentes son copiosos, aunque se los ignora en la práctica. Esperemos que con la nueva Constitución, el Poder Judicial recuerde que las facultades de los concesionarios y licenciatarios se interpretan en forma restrictiva, pues *in suavis potentia*, mínima licencia, y en su consecuencia, tutelen más los derechos de usuarios y consumidores de servicios prestados bajo licencia o concesión, exclusividad o monopolio.

¹⁷ Lo dijimos hace mucho tiempo en "Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos", *L.L.*, t. 108, pá. 1187 y sigs. Algunos servicios privatizados, como el gas, han laudablemente adoptado la regla *per propria iniciativa*: es un ejemplo que los demás deberían seguir. En todo caso, si en los demás servicios la propia iniciativa no funciona, deben imponer la regla los entes reguladores y los jueces del Poder Judicial de la Nación.

Dado lo viejo y olvidado de estos principios, séanos permitido recordarlos, ya que la Constitución expresamente enuncia la necesaria tutela del usuario frente al poder de los monopolios naturales o legales.

Ya el concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, sugiere etimológicamente la idea de "trato ilegal"¹⁸ y si bien nuestra legislación actual se inclina por el concepto de punir, incluso penalmente, el abuso de posición dominante en el mercado, el resultado para nuestro caso es el mismo. "Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay 'privilegios' implícitos"¹⁹.

El clásico principio *in dubio pro libertate*²⁰, también expresado como *in fauorem libertatis*²¹ tiene especial aplicación cuando se trata de las libertades fundamentales de nuestra Constitución, una de las cuales, en la interpretación de la nueva legislación sobre reforma del Estado y de la nueva política económica mundial, es la libertad de comercio y la libre competencia.

En la duda entonces, lógicamente corresponde estar al principio de libertad de comercio y no de monopolio o exclusividad, lesiva de dicha libertad de comercio e industria.

Cabe también expresar, *ab initio*, que las cláusulas restrictivas a la libre competencia en los contratos de licencia o concesión han de interpretarse, como es tradicional en Derecho, en forma restrictiva. Se trata del viejo y firme criterio conforme al cual *privilegia sunt strictissimae interpretationis*, que expuesto de otro modo se expresa como *privilegia non sunt trahenda ad exemplum*²², *in obscurum*

¹⁸ Corominas, Juan, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª ed., Gredos, Madrid, 1976, pp. 401 y 402.

¹⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, Abelado-Perrot, 3ª ed., reimpresión 1983, op. cit., p. 626.

²⁰ Schneider, Peter, *In Dubio Pro Libertate*, Karlsruhe, 1960, a quien recordamos en la mencionada segunda edición actualizada del Tomo I de nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, Maschi, Buenos Aires, 1994.

²¹ *Black's Law Dictionary*, 3ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1989, p. 699.

²² 14 D.L. 3, recordados en Piccirilli, Rodolfo, *El Privilegio en las Concesiones de Servicios Públicos*, Valerio Abelado, Buenos Aires, 1928, prólogo de Rafael Bielsa, p. 9.

libertatem prevalere: en los casos de duda, debe prevalecer la libertad²³.

O si se prefiere, *in favorem libertatis omnia presumuntur*: toda presunción debe hacerse en favor de la libertad²⁴, lo que en el caso significa de la competencia.

Dicho principio plurisecular se halla también recogido desde siempre por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵ y por doctrina uniforme²⁶.

En la IVa. Conferencia Nacional de Abogados, p. 37, se definió con particular énfasis este grupo de principios y su recepción en la jurisprudencia nacional y comparada:

"La interpretación del contenido contractual de la concesión tiene carácter restrictivo"; "El derecho del concesionario no puede ir más allá de lo que la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que *toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara*" (Fallos, C.S.J.N., t. 155, p. 12). "No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario. "La afirmativa —en materia de interpretación de concesiones— necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario" (Fallos, C.S.J.N., t. 49, p. 224, cit. de Cooley, *Const. Limit.*, 7ª ed., p. 565). La jurisprudencia norteamericana es concordante con el principio de la interpretación restrictiva (97. U. S. 659, *in re Northwestern Fertilizing Co v. Village of Hyde Park*).

Recuerda igualmente Bielsa (en el mencionado *Consideraciones Sumarias sobre la Concesión de Servicios Públicos*,

²³ D. 40, §. 50. Marcian. 7 ins.; J. Iglesias - Redondo, *Definiciones, Reglas y Máximas Jurídicas Romanas*, Civitas, Madrid, 1986, p. 131.

²⁴ Black's, *op. cit.*, p. 699.

²⁵ Fallos, 146:297; 149:219; 114:124, hasta los más recientes que luego veremos.

²⁶ Carrillo, P., "Concesión de servicios públicos", *L. L.*, t. 62, ps. 948 y sigs.; Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. II, *La Ley*, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, ps. 259 y sigs.; del mismo autor, *Consideraciones Sumarias sobre la Concesión de Servicios Públicos (A propósito de la IVª Conferencia Nacional de Abogados)*, Buenos Aires, Abeledo, 1937; *IVª Conferencia Nacional de Abogados, Régimen Jurídico de la Concesión de Servicio Público*, Buenos Aires, 1938, Talleres de "Artes Gráficas", ps. 30 y 31.

ps. 52 y sigs.), que a tenor de lo resuelto por nuestra Corte Suprema en el caso registrado (tomo 149, ps. 219 y sigs.),

— es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser *contra de los concesionarios*, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expuestos resulte de ellos”.

“Vacilar acerca de la extensión del privilegio es estar resuelto y toda resolución que dimana de una duda debe ser en contra de la concedida. Y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado reiteradamente, en ese mismo sentido, lo siguiente: “la regla de interpretación más segura en esta clase de casos es la de que aquella es en contra de la corporación. Toda razonable duda debe ser resuelta en forma adversa. Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación, y la duda es fatal para el derecho del concesionario. (97 U. S. 659/77”.

En cualquier caso, ese tradicional principio de derecho público extranjero y nacional ha sido reiterado por nuestro más alto tribunal en el fallo recaído el 22-IV-66 *in re Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Gob. Nac., J.A., 1967-II, p. 241*), considerando noveno, en que manifestó:

“Que, además, es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias o concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expuestos resulte de ellos (Fallos, 149:218 —último considerando—) (C.S.J.N., Iguazú, 1966).

d) Los intereses económicos de los usuarios

Prescribe también la Constitución la protección de los intereses económicos de los usuarios: esto significa que no deben pagar tarifas que otorguen una excesiva onerosidad al

²¹ Cooley's, *Constitutional Limitations*, ps. 565 y 566, 7^o ed.

contrato²⁸, en perjuicio económico de los usuarios y correlativo beneficio incausado de los prestadores del servicio.

Cabe así añadir un fundamento empírico en modo alguno desprovisto de fuerza jurídica: en aquellos casos en que se adviertan más que considerables ganancias de las licenciatarias o concesionarias demostrarán que el privilegio o monopolio concedido ha sido no solamente un privilegio jurídico sino un privilegio económico. La ecuación económico-financiera de estos contratos no es entonces simplemente más que beneficiosa para las licenciatarias, sino que excede una razonable aplicación de la teoría de la ecuación económico financiera del contrato.

En esta teoría, en efecto, se resguarda "que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable"²⁹.

El Consejo de Estado francés, en igual tesitura, viene hablando desde comienzos de siglo de la *équivalence honnête* u *honesta* (*equivalence honnête*) entre las cargas y los beneficios del concesionario³⁰.

Esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad y los usuarios, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos.

Por igual tipo de razonamiento, ya en materia de obras públicas hace tiempo que quedó aclarado que la ecuación económico-financiera del contrato no sólo debe ser modificada en más por los mayores costos, sino que también puede serlo en menos, de allí la terminología de algunas legislaciones de que no se trata de mayores costos sino de "variaciones de costos".

²⁸ El concepto de "excesiva onerosidad" también se encuentra previsto expresamente, por ejemplo, en el contrato de transferencia a las licenciatarias de telecomunicaciones, tanto a favor como en contra de ellas (arts. 16.9, 16.9.1., 16.9.2., *Boletín Oficial*, 29-I-91, p. 11, contratos aprobados por decreto 2133/90).

²⁹ Escala, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Vol. I, *Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 453.

³⁰ *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno Léon Blum, *Conseil d'Etat*, 21-III-10.

A título de ejemplo vale la pena recordar el artículo 55 in fine de la Ley de Obras Públicas de la provincia de Buenos Aires, que expresa: "En la misma forma beneficiarán al Estado los menores precios que, generados en las mismas causas, se reflejen en los conceptos antedichos"²⁰.

Si bien el precedente norteamericano de los *Windfall benefits*²¹ no se halla limitado a situaciones de emergencia o necesidad pública, ello se aplica entre otros a aquellos casos en que el beneficio extraordinario emerge de un estado de emergencia o necesidad del Estado que le impidió negociar condiciones en circunstancias normales de mercado.

Se trata de otra aplicación de la ya recordada regla conforme a la cual *De similibus ad similia eadem ratione procedendum est* (en otra formulación, *in consimili casu, consimile debet esse remedium, o de similibus idem est iudicandum*), con lo cual mal se advierte qué razón fáctica o jurídica podría existir para actuar en la especie exactamente a la inversa, aumentando el monopolio o privilegio concedido con excesiva onerosidad en condiciones de emergencia.

Cuando la excesiva onerosidad del servicio queda demostrada por ganancias excesivas, se acredita con ello la falta de causa fáctica y jurídica para la extensión que se ha dado al privilegio otorgado: como ya lo dice el adagio latino, *allegatio contra factum non est admittenda*²²; o también *facta sunt potentiora verbis*, los hechos son más poderosos que las palabras²³.

Existe pues más que suficiente fundamento para reducir el esquema de privilegio otorgado a las licenciatarias (*ex facto ius oritur*: el derecho nace de los hechos, *Black's...*, p. 514).

²⁰ Ver por ejemplo Carol, Guillermo C. - Sansoni, Félix J., *Estudio de la Legislación de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires*, T. II, edición de la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1989, p. 594 y sigs.

²¹ En los Estados Unidos nació la teoría de los *windfall benefits*, beneficios incausados originados en situaciones de emergencia y que en su consecuencia, por diferentes mecanismos, vuelven al patrimonio de la sociedad. Graves, Harold M., *Finanzas Públicas*, Trillas, México, 1965, pp. 324 y sigs.; Hick - Rostas, *The Transition of War Wealth*, Clarendon Press, Oxford, 1941, pp. 180 y sigs., y sus referencias.

²² *Black's Law Dictionary*, 8ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1989, p. 68.

²³ Como se explica en *Black's...*, *op. cit.*, p. 532.

Luego de la privatización el derecho sigue avanzando y con la actual Constitución, comienza o debe comenzar y profundizarse el control, no el descontrol.

Es un desafío que tienen tanto los entes reguladores como el Poder Judicial, éste como custodio último en el orden interno de los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores, que la nueva Constitución expresamente protege y manda proteger.

e) El derecho a un medio ambiente sano

Tal como lo adelantamos en nuestro libro *Derechos Humanos a tenor de las normas del Pacto de San José de Costa Rica*, ahora el texto constitucional reconoce en el artículo 41 el derecho a un ambiente sano.

f) Los futuros tratados

Va de suyo que los nuevos tratados que la Nación vaya suscribiendo en el futuro, en la medida que reconozcan derechos a los individuos, se tratará de derechos de carácter constitucional al menos; para nosotros y según quedó expuesto en otro lugar, supranacional y supraconstitucional.

C) Instituciones adjetivas de contralor

a) El amparo

El artículo 43 contiene en cada uno de sus cuatro párrafos un distinto medio de tutela de los individuos contra la administración y demás particulares, a ser aplicado por el Poder Judicial. El primero es el amparo clásico, mejorado y ampliado.

b) Amparo del usuario consumidor, y del medio ambiente

El segundo es el amparo por la tutela del medio ambiente, del usuario o consumidor de bienes y servicios y de los derechos e intereses legítimos o difusos, que refuerza a nivel procesal los derechos conferidos en los artículos 41 y 42.

En esto hay cuestiones de dos órdenes: una, en cuanto derecho de fondo, otorga un específico campo de control al Poder Judicial en las materias antedichas, reconociendo explícita-

mente el deber jurisdiccional de controlar la actividad administrativa o de particulares que afecte el medio ambiente.

c) Legitimación procesal del interés legítimo y difuso

La segunda cuestión, no menos importante, es la legitimación procesal del interés legítimo y difuso. Importa la legitimación procesal, desde ya en el amparo y por ende en el juicio ordinario, de las asociaciones de usuarios, vecinos, consumidores, fundaciones y demás entidades no gubernamentales.

Posiblemente se la extienda también a los usuarios, consumidores y vecinos mismos, pues no tiene en verdad mucho sentido limitarla a las asociaciones excluyendo a los individuos que la integran, pero en cualquier caso constituye en el ejercicio de nuestro Derecho una práctica que no todos los tribunales aceptaban. Una vez más, lo que no hizo la ley ni el juzgador, viene a tener que hacerlo el constituyente.

Una primera aplicación se ha visto en estos días con la anulación, en primera y segunda instancia contencioso administrativa federal, de un llamado a licitación cuya ejecución afectaba potencialmente el medio ambiente local sin prever ni haber realizado una audiencia pública para la participación de las personas interesadas.

Aunque el resultado en la Corte Suprema sea adverso, lo cual aún está por verse, ya sólo es cuestión de tiempo que los tribunales se habitúen a reconocer y aplicar el Derecho ahora taxativamente vigente.

d) Hábeas data

El tercero es el hábeas data contra los registros o bancos de datos públicos, y contra los privados destinados a proveer informes.

Es de destacar que el texto constitucional extiende el habeas data respecto de los bancos de datos privados solamente cuando ellos estén "destinados a proveer informes", lo cual puede dar lugar a algunos problemas de interpretación. Pensamos que cabe darle el sentido de que estén destinadas, actual o potencialmente, a proveer informes.

Por lo demás, la ley reglamentaria puede darle una extensión más amplia, por ejemplo para tutelar el derecho de los clientes de bancos y empresas de tarjetas de crédito, que

aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: el particular tiene derecho a saber qué consta sobre ellos en tales bancos de datos, y en su caso a requerir la modificación de los errores que contengan.

e) Hábeas corpus

El cuarto es el hábeas corpus, destinado a corregir trágicos errores del pasado reciente. Sin que ello importe crítica a la norma, con todo, lo cierto es que su efectividad depende de que el sistema jurídico y social tenga condiciones tales como para que no se repitan los mecanismos que crearon la necesidad de esta norma. El artículo 36 hace bastante en tal sentido, al privar del necesario sustento civil a cualquier intención de arrebatarse el poder constitucional.

f) Rectificación y respuesta

También debe el Poder Judicial aplicar el derecho de rectificación y respuesta que tutela el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, que en modo alguno limita la libertad de prensa, sino que equilibra el poder de unos pocos frente al derecho a la intimidad y a la privacidad de toda la ciudadanía.

Basta pensar en el constante abuso que alguna prensa televisiva hace actualmente sobre la privacidad e intimidad de las personas a quienes somete, sin previo consentimiento escrito, a sus infamados *bloopers*; o en cualquier caso su engaño al público; y los programas televisivos que se aprovechan de la inocencia o buena fe de personas inexpertas a quienes ridiculizan en desmedro del respeto mínimo a la persona humana, para comprender que existe un amplio campo para la aplicación de este derecho humano básico en la era contemporánea.

D) Observaciones comunes. La poca cantidad de jueces

En los casos mencionados, la efectividad del sistema dependerá en gran medida del esfuerzo, voluntad de servicio, coraje e independencia de los integrantes del Poder Judicial, pero también de su número.

Ante el posible rebasamiento del Poder Judicial con causas de esta naturaleza, si el Poder Legislativo no incrementa más que sustancialmente y en forma inmediata el número de jueces, es muy probable que al verse éstos superados por el número de peticiones terminen cercenando en la práctica la eficacia de la norma constitucional.

Si ello llega a suceder, será una responsabilidad política del Poder Judicial, pero compartida con el Poder Legislativo y los partidos políticos cuyo acuerdo llevó al texto constitucional: *éste de nada sirve si no hay jueces en cantidad y con medios suficientes.*