

## Capítulo XI

### LOS GRANDES FALLOS DE LA ACTUALIDAD <sup>1</sup>

#### 1. Un punto de inflexión en la historia

El año 1997 —y en parte 1996— fue de importantes cambios en el derecho constitucional, internacional, procesal, penal y administrativo a distintos niveles: supranacional, <sup>2</sup> federal, local. <sup>3</sup>

<sup>1.1</sup> Versión corregida del artículo publicado en LL, 1997-F, 1318, bajo el título *Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia*. El título de esta nota, por supuesto, lo tomamos prestado de LONG., M., WEIL, P., y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7° ed., París, 1978. Es un gran cambio, después de lamentarnos tanto de la jurisprudencia: *Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneración e independencia de los magistrados*, LL, 1996-E, 90 y ss.; *Para la patria pleitera nada; a los demás, algo*, “Ambito Financiero”, 10 de julio de 1996, pág. 16; *El sorteo de causas y otros dilemas forenses de hoy*, LL, 1996-D, 96; *Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual*, en la revista “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública”, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, n° 227, ps. 5 y ss.

<sup>1.2</sup> Por la múltiple circunstancia de haberse ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción y depositado el instrumento en la OEA, con lo cual tiene vigencia internacional, y firmada la convención internacional que veremos al final de este comentario, con más la necesaria aplicación de la jurisprudencia internacional (*Giroldi*, LL, 1995-D, 462; *Bramajo*; *Arce*, LL, 1998-A, 326) y la palabra de nuestros representantes, como se ha dicho en *Arce*.

<sup>1.3</sup> En el ámbito local cabe destacar en primer lugar la entrada en funcionamiento del Consejo de la Magistratura en la Provincia de Buenos Aires; y el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Pro-

Puede considerárselo un año *casí* tan importante —pero no tanto— como lo fueron los de la suscripción del Pacto de San José o la reforma constitucional de 1994: ello por el efecto sinérgico de los fallos y actos procesales que se verá y la vigente Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC),<sup>4</sup> más la suscripción de la convención internacional contra la corrupción.<sup>5</sup> Es cierto que hay algunos puntos negros en el camino, pero quedarán como accidentes de la historia, sin alterar su curso.<sup>6</sup>

Si bien los nuevos fallos nacionales son derivación razonada del Pacto y demás derecho supranacional y de la Constitución de 1994, es la primera vez que el conjunto de ambos sistemas comienza a dar frutos en la realidad del derecho viviente. Y cabe celebrar, dentro de todo, que no hayan pasado más de dos o tres años para que el nuevo orden jurídico comience a vivenciarse. Otras veces se tardó más.

vincia que con sus más de doce millones de habitantes representa una parte sustancial del país. El Código establece el moderno principio de la unidad de acción y pluralidad de pretensiones y da amplias facultades al tribunal tanto en medidas cautelares como en la sentencia, siendo al propio tiempo muy flexible en cuanto al proceso, que puede iniciarse como sumario y ordinarizarse y viceversa.

<sup>1.4</sup> Ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, *Parte general*, 5° edición, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1998, capítulo XVI (también se lo puede consultar en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)).

<sup>1.5</sup> Ver *infra*, número 13.

<sup>1.6</sup> Es el caso *Nieva*, resuelto por la CS el 17-XII-97, LL, 29-XII-97, que interpretado restrictivamente como corresponde, niega legitimación a los diputados que invocan su sola calidad de tales y no la de usuarios afectados. La cuestión es simple: en otras acciones judiciales deberán abstenerse de invocar su condición de diputados como causal de legitimación, y utilizar la de usuario o afectado, si lo son (en materia de aeropuertos lo eran, pero al parecer no lo invocaron: CS, *Nieva*, cons. 24), y sumar alguna asociación de usuarios o usuarios directos para encuadrar claramente en el párrafo 2° del artículo 43. El tema de la legitimación en este caso está claramente expuesto en PADILLA, MIGUEL M., *Los poderes implícitos del Poder Judicial*, LL, 1998-A, 442; ver también, en otra variante crítica, QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos*, LL, 1998-B, 987.

## 2. *Derechos de incidencia colectiva*

Desde 1997 la jurisprudencia nacional ha ido perfilando cada vez con trazos más seguros la aplicación del artículo 43 —segundo párrafo— de la Constitución en cuanto introduce como garantía federal el acceso a la justicia en virtud de un derecho de incidencia colectiva,<sup>1</sup> que en primer lugar también incluye lo dispuesto en los artículos 41 y 42.<sup>2</sup>

<sup>2.1</sup> Una primera aproximación al tema, ya superada por la jurisprudencia de 1997, puede verse en GORDILLO, *Derechos de incidencia colectiva*, en el libro *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 274 y ss.; *Los fallos repetitivos como merma de justicia : cómo evitarlos en el derecho actual*, RAP, Buenos Aires, 1997, n° 227, ps. 5 y ss.; ver también BARRA, RODOLFO C., *Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia*, ED, 169: 433; *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, LL, 1994-E, 1087; *La discrecionalidad administrativa y su control judicial*, ED, 146: 829; GOZAÍNI, OSVALDO, *La noción de afectado a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo*, LL, 1996-D, 1004; CERMESONI, JORGE, *Acerca de la acción de clase y los intereses difusos*, en *Homenaje a Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, 1998. A menos de un año, ya la jurisprudencia ha evolucionado sustancialmente en el sentido marcado por la Constitución de 1994.

<sup>2.2</sup> Esto incluye los bienes colectivos, como el precedente de la CCIV. Y COM., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros*, en LL Buenos Aires, año 4, número 3, abril de 1997, ps. 272 y ss.; y LL, 1997-E, 1640, con nota de ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario*, ps. 283 y ss. A ello cabe agregar el citado fallo de la Sala IV en *Consumidores Libres*, 17 de octubre de 1997, LL, 1997-F, 273. Y desde luego, si encuadramos en esta vía de los derechos de incidencia colectiva a los derechos de los artículos 36 y siguientes, entonces son extensivos al derecho de tratar de evitar judicialmente la corrupción administrativa los afectados, las asociaciones y el Defensor del Pueblo: CARELLO, LUIS ARMANDO, *La Convención Interamericana contra la Corrupción y el "derecho a la no corrupción"*, en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, ps. 25 y ss. Ver también el final del presente artículo y el capítulo XVI de nuestro *Tratado de derecho administrativo, Parte general*, 5° ed., 1998; otras ideas pueden buscarse en nuestro artículo *Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos*, "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", n° 182, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1994, ps. 8 y ss. y sus remisiones.

Ya había antecedentes en medio ambiente y otras materias,<sup>3</sup> y en particular en *Ekmekdjian c. Sofovich* (1992)<sup>4</sup> y *Monges* (1996),<sup>5</sup> pero ahora la jurisprudencia se generalizó, ante una serie de medidas administrativas ostensiblemente lesivas al sistema constitucional; alguna ha sido revocada por la mayoría de la Corte (*Nieva*, LL, 29-XII-97), pero el sistema ha quedado cambiado para mejor. La defensa de algunos de los decretos de la época inicial del '90 y la falta de un control judicial eficaz en los primeros malos pasos, de pronto se volvió insostenible respecto a los nuevos actos en el nuevo entorno.<sup>6</sup>

Lo que la sociedad de algún modo aceptó para el otorgamiento de la licencia telefónica ya no lo tolera para su pos-

<sup>2.3</sup> Para un análisis evolutivo de la cuestión ver las referencias del artículo citado en la nota 1 y nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 3° edición, Buenos Aires, 1998, capítulos II y III. Ver también JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO, *Los derechos humanos de la tercera generación*, Ediar, Buenos Aires, 1997, capítulo V.

<sup>2.4</sup> *Ekmekdjian, Fallos*: 308:647; La Ley, 1992-C, 543; ED, 148:338, uno de cuyos considerandos señalaba que la sentencia tenía alcances para todos los posibles legitimados activos, por lo tanto con efectos *erga omnes*. Ver QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Ha nacido el amparo colectivo con motivo del derecho de réplica*, LL, 2-IX-92.

<sup>2.5</sup> CSJN, sentencia del 26-XII-96, LL, 1997-C, 150: "dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro... [para] quienes... se hallaban ajenos al conflicto suscitado... En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos" (considerando 34 del voto mayoritario y 18 del voto concurrente del Dr. VÁZQUEZ).

<sup>2.6</sup> El verdadero estado de necesidad, ya lo dijimos, fue de 1989 hasta 1992 a lo sumo; pueden encontrarse vestigios tardíos o sobrevivientes, pero no puede postularse como norma el apartamiento de la ley, la sustitución de la ley por decreto, la omisión de crear casi todos los entes reguladores, la acción de intervenir o disolver los pocos que hay, no hacer audiencias públicas y renegociar todas las concesiones y licencias, más aprestarse a dar nuevas en iguales condiciones. El campo estaba así sembrado fértilmente para un cambio jurisprudencial. Para el preaviso de lo que llegó ver los capítulos III, VII, VIII, y el capítulo VI del tomo 1 de nuestro *Tratado*, 1998; otros presupuestos en este mismo libro, capítulos I, V, VI y XI.

tergación una vez vencida e incumplida, o para la renegociación de otras concesiones. Y hay un límite a lo que una mayoría de la Corte puede hacer con fundamento político y no jurídico, o aprovechando el error de táctica procesal de los diputados en encuadrar demasiado puntualmente su legitimación.<sup>7</sup>

Tampoco es cierto que todos sus votos tengan naturaleza política; bien al contrario, entre los pronunciamientos que cabe celebrar del año está uno que precisamente deja sin efecto, aunque tardíamente, una errónea decisión de la instancia *a quo*: *Solá*. Y hay otros casos en que todavía los justiciables esperamos justicia, como es el de la intervención a la CNT *de iure* (*Consumidores Libres*, Sala V).

Son dos órganos de control (Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Comisión Nacional de Telecomunicaciones) de los que la administración privó a los usuarios y administrados, y ello no puede sino merecer reproche jurídico. No lo recibió oportunamente en Cámara, sí lo acaba de recibir en el primer caso en Corte.

El año 1997 se inicia con un amparo<sup>8</sup> por derechos de incidencia colectiva planteado por la CGT contra los decre-

<sup>2.7</sup> Pues al parecer omitieron invocar su calidad de usuarios del servicio y afectados como tales, y de sumar alguna asociación de usuarios y convocar al Defensor del Pueblo; prefirieron el camino, de difícil éxito, de invocar *exclusivamente* su calidad de *diputados*. Otro problema de su encuadre es que también hubiera resultado mejor hacer un juicio de conocimiento y no un amparo, dadas las restricciones jurisprudenciales a éste. Nuestra opinión al respecto es amplia, pero no es así la jurisprudencia. Ver en esto nuestro capítulo "Los amparos de los artículos 43 y 75 inc. 22 de la Constitución", en el libro de GORDILLO—GORDO—LOIANNO—ROSSI, *Derechos Humanos*, 3° edición, 1998. Todo lo cual no importa una defensa del fallo, que elocuentemente censura QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos*, LL, 1998-B, 987; el tema de la legitimación en este caso está claramente expuesto en PADILLA, MIGUEL M., *Los poderes implícitos del Poder Judicial*, LL, 1998-A, 442.

<sup>2.8</sup> Hubo dos amparos y dos sentencias de primera instancia. El Juez de Primera Instancia GARCÍA MARTÍNEZ dictó el año de su muerte una sentencia

tos en materia laboral, en base al referido párrafo segundo del artículo 43. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de Feria,<sup>9</sup> hace lugar a la demanda y declara la inconstitucionalidad de tales decretos. Por la calidad gremial de la parte actora el efecto de la sentencia es obviamente *erga omnes*, o todo el juicio y la propia Constitución perderían sentido.

Pero no es imprescindible hacer un amparo para defender derechos de incidencia colectiva, ni que sea una entidad gremial, sino que puede serlo por ejemplo una asociación en una acción meramente declarativa (CSJN, *AGUEERA*);<sup>10</sup> y nada impide que sea un juicio sumarísimo, sumario u ordinario (Salas IV y V, *Consumidores Libres*),<sup>11</sup> pues no hay en ello lesión alguna a los derechos de la parte demandada.

La única excepción a esta latitud de vías procesales es la clásica de los casos en que la ley prevé un recurso directo ante una Cámara contra la decisión administrativa (que di-

que tiene valor testamentario: pues llevando al perfecto equivalente absurdo la tesis de algunos jueces de que pueden sin violar la Constitución rechazar *in limine litis* las demandas de amparo que creen no habrán de aceptar, hizo exactamente la contracara: en un solo acto decidió no dar traslado de la demanda porque sabía lo que la administración habría de contestar (en lo cual acertó) y dictó sentencia anulando los decretos (en lo cual también acertó con la decisión final de la Sala de feria en un amparo igual). La Cámara anuló su fallo por violación al debido proceso, pero de ser coherente el sistema *también deberían anularse todos los fallos que hacen lo mismo a favor de la administración*, que supuestamente deberían controlar en forma imparcial e independiente. El deliberado legado del absurdo que nos deja GARCÍA MARTÍNEZ no debiera ser desaprovechado para los absurdos contrarios que otros cometen y debieran dejar de cometer.

<sup>2.9</sup> MORANDO, GUIBOURG, GUTHMANN, causa 17/97, *in re Confederación General del Trabajo de la República Argentina c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional)*, 24 de enero de 1997, LL, 1997-B, 332.

<sup>2.10</sup> CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, LL, 1997-C, 322.

<sup>2.11</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, 17-X-97, LL, 1997-F, 273.

cho sea de paso, ahora se comienza a abrir a prueba):<sup>12</sup> ese y no el amparo en primera instancia<sup>13</sup> y ni siquiera la acción ordinaria,<sup>14</sup> será el ámbito en el cual ejercer el derecho de incidencia colectiva en los actos respecto de los cuales la ley especifique dicha instancia.<sup>15</sup>

Basta la calidad de usuario *potencial* de un servicio público para poder impugnar tales modificaciones al régimen de los servicios, por ejemplo el aumento del cospel de subterráneos de 0,47 a 0,50 (Sala IV, *Fernández*).<sup>16</sup> Tampoco tiene sentido entrar en grandes disquisiciones sobre cuán “afectada” es una persona, ni pedirle que traiga un cospel (Sala IV, *Fernández*), o que un abogado demuestre su calidad de

<sup>2.12</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, *Banco Regional del Norte Argentino c. Banco Central de la República Argentina*, LL, 1997-D, 667, con nota de CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos*.

<sup>2.13</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Metrogas c. Enargas*, LL, 1997-D, 249, con nota de SCHAFRIK, FABIANA HAYDÉE y BARRAZA, JAVIER INDALECIO, *El amparo: estudio de su naturaleza, acción ordinaria o de excepción. Condiciones de admisibilidad. Reflexiones en torno de un pronunciamiento judicial*.

<sup>2.14</sup> La solución es tradicional: GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 5ª edición, *Parte general*, Buenos Aires, 1998, n° 13 b), p. VI-30 y nota, con su referencia.

<sup>2.15</sup> Como así se hizo en el caso de los recursos directos contra las decisiones de la Universidad, previsto por el artículo 32 de la ley de educación superior 24.521. En ese marco la Sala I dictó las sentencias con efecto *erga omnes* de los casos *Blasy Barsanti*: CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Blas Humberto Agustín c/ Universidad de Buenos Aires- Resol. 3214/95*, sentencia del 27-XI-97, LL, 1998-A, 288; CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Barsanti, Agustina c/UBA (Universidad de Buenos Aires) resol. 2314/95*, sentencia del 20-XI-97, LL, 1998-A, 293.

<sup>2.16</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, 5 de agosto de 1997, LL, 1997-E, 535. Ello surge también de la ley 24.240 de defensa del usuario y el consumidor, cuyo artículo 52 los legitima judicialmente tanto cuando sus intereses se vean afectados como amenazados: “Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las

usuario telefónico aunque no tenga una línea a su nombre (Sala IV, *Youssefian*: los letrados de la administración cayeron en el ridículo de fotocopiar una página de la guía telefónica para “demostrar” que no era usuario telefónico),<sup>17</sup> o una persona su calidad de conductor o familiar de víctimas de accidentes de tránsito para pedir medidas de esta naturaleza (*Dalbon*, Juzgado Civil 54),<sup>18</sup> o invoque alguna discapacidad y en su virtud reclame por un amparo la realización de una obra pública (Sala V, *Labaton*),<sup>19</sup> o invoque su fe religiosa,<sup>20</sup> etc.

El C.P.A.C.F. puede demandar por derechos de todos los miembros de la profesión (Sala III),<sup>21</sup> lo mismo que las diversas asociaciones reconocidas (Sala III),<sup>22</sup> lo que se interpreta con criterio amplio (Sala I, *Consumidores Libres*).<sup>23</sup>

asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.”

<sup>2.17</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Youssefian Martín c/ Estado Nacional-Secretaría de comunicaciones s/ amparo*, causa 22.776/97, sentencia del 6 de noviembre de 1997, LL, 1997-F, 270. El mismo criterio deviene del fallo de la CS *in re Nieva*, LL, 29-XII-97, donde se indica que el exigido “perjuicio directo, real y concreto”, puede ser “actual o en ciernes” (cons. 24).

<sup>2.18</sup> Juzgado Nacional Civil N° 54, RICARDO LI ROSI, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, LL, 1997-F, 291, confirmado por la Sala B de la CNCiv.

<sup>2.19</sup> Primera instancia Dr. SILVA GARRETÓN, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia Sala V, 25-XI-96.

<sup>2.20</sup> El ya citado caso *Ekmekdjian*, Fallos: 308: 647; LL, 1992-C, 543; ED, 148: 338.

<sup>2.21</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Sec. de Estado y Rel. de la Com. (Dir. Nac. de Migraciones) s/ amparo ley 16.986*, causa 6128/96, 17-IV-97.

<sup>2.22</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Centro Despachantes de Aduana c/ P.E.N. —Dto. 1160/96 s/ amparo Ley 16.986*, causa 30.710, 11-IV-97.

<sup>2.23</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Consumidores Libres*, 17-VII-97.

En ese contexto es lógico que se admitan también las presentaciones *amicus curiae*, lo que así se ha hecho.

También tiene legitimación amplia, por supuesto, el Defensor del Pueblo de la Nación, nada menos que a tenor del artículo 86 de la Constitución (Salas II, III y otras); <sup>24</sup> aunque existen opiniones contrarias a reconocérsela en forma plena, lo cual nos parece contrario a la letra y el espíritu de los artículos 43 y 86 de la Constitución. <sup>25</sup> El pronunciamiento de la CSJN en *Frías Molina*, <sup>26</sup> adverso a tal legitimación, quedó sin efecto luego de la denuncia del Defensor del Pueblo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <sup>27</sup> que llevó al dictado del demorado fallo *Chocobar*. <sup>28</sup> De persistir la Corte en su anterior criterio obviamente obligaría a un pronunciamiento adverso al país en los foros internacionales, lo cual no parece ser una tesitura que razo-

<sup>2.24</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparo*, 4-II-97; *Nieva, Alejandro y otros c/ PEN Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16.986*, Sala II, 26-VIII-97, punto 7°, "RAP", n° 228, Buenos Aires, 1997, ps. 124 y ss., 126/7 y sus referencias; y en LL, 1998-B, 546.

<sup>2.25</sup> Para esa lectura distinta de distintos fallos ver ROSSI, ALEJANDRO, *El Defensor del Pueblo y el control de los servicios públicos privatizados*, "RAP", n° 228, 1997, ps. 79 y ss., p. 89.

<sup>2.26</sup> LL, 1997-A, 67, con nota de QUIROGA LAVIÉ, *Luz del Día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema*; MAIORANO, *La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: De la Constitución a la Corte Suprema*, LL, 1997-A, 808; QUIROGA LAVIÉ, *El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia*, LL, 1995-D, 1058; CREO BAY, *El Defensor del Pueblo y su legitimación en sede judicial*, LL Actualidad, 26-3-96; GOZAINI, *Legitimación Procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)*, LL, 1994-E, 1378; CERMESONI, *op. ult. cit.*; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, *Parte general*, 5° edición, 1998, capítulo XII, ps. 41 y ss.; ver también capítulo XV, nota 107; capítulo II, 5.1. e) y notas 86 a 88.

<sup>2.27</sup> "RAP", Buenos Aires, 1997, n° 218, ps. 58 y ss.

<sup>2.28</sup> Sentencia del 27-XII-96, DJ, año XIII, 1997-1, 749. La Corte no lo ha reconocido explícitamente, pero ese prurito es el mismo que tuviera la administración ante la COMISIÓN IDH *in re Verbitsky c. Belluscio*, causa 11.012, sin que tampoco le sirviera para tapar el cielo con un harnero.

nablemente adopte la CSJN, con los antecedentes de *Giroldi*<sup>29</sup> y *Arce*,<sup>30</sup> que más adelante comentamos.

En este tipo de acciones por derechos de incidencia colectiva los efectos de la sentencia serán necesariamente *erga omnes*. Es verdad que ya había antecedentes en *Ekmekdjian* y *Monges*, como ya dijimos, y que también hay precedentes tutelando expresamente intereses o bienes colectivos,<sup>31</sup> pero de todos modos cabe destacar la circunstancia de que finalmente se resuelva en forma categórica y expresa el efecto *erga omnes*. Es así como en los casos *Barsanti*<sup>32</sup> y *Blas*, fallados por la Sala I de la CNFed. Contenciosoadministrativo el 20 y 27 de noviembre de 1997,<sup>33</sup> se resolvió lo expuesto aplicando la tesis de *Monges*<sup>34</sup> en materia universitaria: “no cabe duda que la Corte Suprema de Justicia autoatribuyó a su fallo efectos ‘erga omnes’ ” (considerando III, segundo párrafo).

Es que no hay otra opción razonable que el efecto *erga omnes* de la sentencia, y eventuales sentencias distintas se uniformarán en su caso por un plenario merced al recurso de inaplicabilidad de la ley, o por un fallo de Corte. Pues es obvio que resultaría absurdo, teniendo una nueva Constitución con nuevos derechos y garantías de naturaleza colecti-

<sup>2.29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Giroldi*, 1995, publicado en la “RAP”, n° 215, Buenos Aires, 1996, ps. 151 y ss., con nuestra nota *La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales*.

<sup>2.30</sup> CSJN, *Arce*, LL, 1997-F, 696, con nota *Los derechos humanos no son para sino contra el Estado*.

<sup>2.31</sup> CCIV. Y COM., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros*, en LL Buenos Aires, año 4, número 3, abril de 1997, ps. 272 y ss., y LL, 1997-E, 1640, con nota de ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario*, ps. 283 y ss. A ello cabe agregar el citado fallo de la Sala IV en *Consumidores Libres*, 17 de octubre de 1997, LL, 1997-F, 273.

<sup>2.32</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Barsanti*, LL, 1998-A, 293.

<sup>2.33</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Blas*, LL, 1998-A, 288.

<sup>2.34</sup> CSJN, *Monges*, LL, 1997-C, 150.

va, resolver que *decenas de miles* de estudiantes (no se olvide que una Facultad grande tiene más de *medio centenar de miles* de alumnos) hagan decenas de miles de juicios individuales que tendrán decenas de miles de providencias iguales y decenas de miles de sentencias iguales; o decenas de miles o millones de obreros litiguen por lo mismo, o decenas de miles de abogados por su profesión, *centenares* de miles o media docena de *millones* de usuarios por las tarifas de sus servicios públicos, <sup>35</sup> una *treintena de millones* de creyentes por su fe, etc.

Todo ello violentaría el más elemental sentido común e impediría el acceso a una tutela judicial efectiva y razonablemente pronta. Además, harían falta decenas o centenas de miles de juzgados, lo cual es manifiestamente imposible al Estado realizar hoy. Y una Corte abarrotada con cien mil o más causas, como le ocurrió en materia jubilatoria.

También se ha admitido el derecho de una asociación de consumidores, o cooperativa (Sala I, *Consumidores Libres*), etc., <sup>36</sup> a que pueda iniciar, al amparo de la ley de defensa del consumidor 24.240, una acción de clase para la devolución a todos los usuarios de las ganancias de la licenciataria por encima de lo autorizado y previsto en el pliego de la licitación (Sala IV, *Consumidores Libres*). <sup>37</sup> Si bien hay quienes se preguntan cómo funcionará en la práctica una sen-

<sup>2.35</sup> Además, si la administración dicta actos *erga omnes* como un aumento tarifario, que la justicia no pudiera anularlo con iguales efectos si resultan contrarios a derecho desequilibraría totalmente el balance del poder.

<sup>2.36</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Consumidores Libres*, 17-VII-97, expte. 6627/97. El nombre completo de la causa es *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. de Serv. Acc. Com. c/ E.N. -M° de E. y O.S.P. (Sec. Com. e Inver.)*, nota SICM 403/97 s/ amparo ley 16.986.

<sup>2.37</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, causa 43.384/95, 17-X-97, LL, 1997-F, 273.

tencia de condena, hay ejemplos recientes difundidos en el propio país que ilustran suficientemente al respecto.<sup>38</sup>

Es que todavía hay quienes se resisten a ver que es cuestión de sumar en cada caso más actores y más juicios, como se vieron obligados a hacer los usuarios telefónicos:<sup>39</sup> no es una discusión útil ni conducente a esta altura de la evolución del derecho. No es cumplir fiel y lealmente con la Constitución de 1994, la única que tenemos.

El concepto de afectado es el que prima en materia de legitimación, y ha de ser interpretado con criterio amplio, o los legisladores deberán recurrir siempre en forma adicional a una asociación, al defensor del pueblo y a un usuario. Es un dispendio de energía a la sociedad que los tribunales de primera y segunda instancia nos evitan desde 1997. En todo caso, ya hace mucho que se ha abierto paso la idea de que los derechos individuales en muchos casos son al mismo tiempo colectivos, como ya surge de la OC 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>40</sup>

<sup>2.38</sup> Recordamos al efecto la página 21 completa publicada en “La Nación” del 17 de noviembre de 1997, con la “Notificación del arreglo propuesto sobre el litigio entablado en representación de un grupo y de la audiencia del acuerdo final” y en [www.kinsella.com/broin](http://www.kinsella.com/broin), con la indemnización por enfermedades producidas “por la exposición al humo producido por otros fumadores de cigarrillos en las cabinas de aeronaves”.

<sup>2.39</sup> Ver las notas *La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor*, LL, 1997-F, 265; *La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva*, LL, 1995-E, 516; *Sorteando el artículo 43 de la Constitución Nacional*, LL, 1996-B, 517; *El usuario y la estrategia judicial telefónica*, LL, 1996-B, 520; *Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad)*, LL, 1997-C, 322.

<sup>2.40</sup> Esta situación se presenta en casi todos los derechos de incidencia colectiva, que encierran al mismo tiempo derechos subjetivos de los individuos, como ha sido reconocido en medio ambiente, libertad de prensa, etc. En este último caso y como dijo el camarista CATTANI, “cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no es sólo el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir

Algunos se lamentan de que estamos abandonando la democracia representativa y adoptando figuras de democracia semidirecta.<sup>41</sup> La respuesta es que sí, cambió la Constitución en 1994 y ahora finalmente se empieza a cumplirla. La nueva Constitución incorporó en los artículos 36 a 43 *nuevos derechos y garantías*, y además a través de los *pactos internacionales* que la integran consagra entre otros el derecho ciudadano no solamente a la *elección* de sus representantes, sino también a la *participación* directa e indirecta en los asuntos públicos.<sup>42</sup>

informaciones e ideas", lo que ha llevado a sostener que es "*Un derecho de cada individuo, pero también un derecho colectivo*" (VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Planeta, Buenos Aires, 1997, p. 231). "Por tanto cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de este individuo el que está violando sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas... Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto ésta requiere por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto un derecho de cada individuo pero implica también, por otro, lado, un derecho colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (*op. cit.*, p. 212).

<sup>2.41</sup> Es la posición que asumen los letrados de la administración *in re Youssefian*, Juzgado de la Dra. EMILIA MARTHA GARCÍA, sentencia del 26-XI-97, tal como relata el punto III del pronunciamiento, confirmado por la Sala IV, LL, 1997-F, 270.

<sup>2.42</sup> Pacto de San José de Costa Rica, artículo 23.1.; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.1.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos XIX y XX. Para un mayor desarrollo del tema, que genera más temores que serias dificultades, ver GORDILLO, *Cauces de participación ciudadana*, en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, Instituto de Estudios de Administración Local, tomo I, ps. 1057 a 1085; *La participación de los particulares en la formación del acto administrativo*, en el libro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Bogotá, 1978, ps. 57 y ss; *Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina*, "Revista Internacional de Ciencias Administrativas", Bruselas, 1981, volumen XLVII-1981, número 2, ps. 126-132; *La participación administrativa*, en el libro del Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares-Madrid, España, 1985, *Congreso Ibe-*

La respuesta es dos veces sí, estamos entrando en una nueva y superior forma de democracia.

### 3. *Audiencia pública administrativa y judicial*

Las salas del fuero federal en materia administrativa son ya virtualmente unánimes en reconocer la necesidad de realizar audiencia pública antes de dictar actos de trascendencia como la renegociación de una concesión o licencia monopólica, de sus tarifas, etc.<sup>1</sup> y también el Presidente de la Nación ha destacado la importancia de la audiencia pública como instrumento de prevención de la corrupción,<sup>2</sup> lo cual tiene importancia jurídica por la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe, tantas veces invocados por la CS y el derecho internacional, además de constituir de tal modo una interpretación de una de las partes alcanzadas por la vigente CICC en cuanto a las medidas preventivas que ella ordena.

*roamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, ps. 199 a 211; reproducido en la "Revista de Derecho Público", n° 74, San Pablo, 1985, ps. 15 a 25, etc.

<sup>3.1</sup> Ver *Adelco*, Sala III, LL, 1997-C, 836; *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, 31-III-97, LL, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, *Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración*, ps. 6 y ss.; ver también CINCUNEGUI, JUAN DE DIOS, *Reflexiones acerca de las competencias para el dictado de regulaciones en materia de servicios públicos de gestión privada y el desenvolvimiento del control social (Un caso concreto: la modificación de la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico)*, en "RAP", n° 222, 1997, ps. 138 y ss.

<sup>3.2</sup> MENEM, CARLOS, *Corrupción y el doble ocaso de la impunidad*, "Ambito Financiero", 19 de noviembre de 1997, p. 20: "Podemos citar también, entre otros avances en el control, ... la instrumentación de audiencias públicas." Esto hace efectivamente al requisito de la publicidad en las contrataciones públicas, exigido por el artículo III inciso 5° de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, como medida preventiva de la corrupción. En el mismo sentido habría dicho uno de sus ministros que "Hay medidas que antes de publicarlas hay que consultarlas", en otro contexto y alcance pero con el mismo significado objetivo ("Clarín", 9-XII-97, p. 4, ERMAN GONZÁLEZ).

En el caso *Youssefian*, en que el actor quedó legitimado también en forma amplia, la sentencia de primera instancia en el amparo confirma el 26-XI-97 que la administración debe realizar audiencia pública para considerar una eventual prórroga de la exclusividad de la licencia. La no prórroga de la exclusividad es por lo demás la tesitura del Defensor del Pueblo de la Nación, que sostuvo el 29-X-97 que no se debía concederles la prórroga en atención a los comprobados incumplimientos reiterados y sistemáticos al pliego y demás obligaciones.<sup>3</sup>

El 10-XII-97 la CSJN realizó por primera vez en su historia una audiencia pública judicial: ocurrió en *Nieva*, el recurso de amparo interpuesto por legisladores y el Defensor del Pueblo contra la decisión administrativa de privatizar los aeropuertos sin marco regulatorio legal, ni audiencia pública previa en sede administrativa, ni ente de control organizado antes de ponerse en marcha la actividad. Aunque la decisión final el 17-XII-97 les negó legitimación, no cabe quitar valor a un fundamental avance procesal que cabe afirmar, y que la misma CSJN repitió en noviembre de 1998 con el caso de los “senadores” “electos” por el propio Senado.

Ese nuevo comportamiento también autoobliga a los miembros del tribunal a abandonar la práctica de las reuniones

<sup>3,3</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN, actuación 14869/97, caratulada *Defensor del Pueblo de la Nación, sobre presunta solicitud al Poder Ejecutivo Nacional de las empresas Telefónica de Argentina S.A., Telecom Argentina S.A. y Telintar S.A., para que se extienda en 3 años el período de exclusividad en la prestación del servicio básico telefónico*, resolución n° 5340/97, 29-X-97, acompañada en los autos *Youssefian* en que al igual que *Consumidores Libres* se presentó adhiriendo a la pretensión de la actora.

<sup>3,4</sup> En las reuniones privadas parece que hasta intentan extorsionar a algunos ministros, según habría denunciado uno de sus miembros. Eso no ocurre en las audiencias públicas: debería aceptarse la existencia de una — aquí nueva— norma de ética, la de no recibir en privado a ninguna de las partes y en caso de requerirlo éstas o ser conveniente para mejor proveer, llamar a *todas simultáneamente a audiencia pública*. Como lo hizo la Corte en 1997, aunque el resultado fuera adverso: ello no quita el mérito del procedimiento previo.

privadas <sup>4</sup> con una u otra de las partes (las reuniones *ex parte*, prohibidas e impensables en el derecho norteamericano) y recibir a todas las partes al mismo tiempo, en una audiencia conjunta, oral, contradictoria y pública, para mantener el principio de imparcialidad, igualdad y publicidad y de paso agregar la inmediación. Es un ejemplo a seguir por todos los tribunales, pues como dijo BRANDEIS, “La luz del sol... es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía”. <sup>5</sup>

En cualquier caso, es obvio que la audiencia pública tanto administrativa como judicial debe grabarse o videograbarse, y puede ofrecerse y usarse como prueba. Así lo ha hecho la Sala IV citando los *cassettes* agregados a la causa —u otra agregada *ad effectum videndi et probandi*— en diversos pronunciamientos.

#### 4. *Los privilegios de la administración no se aplican a sus concesionarios y licenciatarios*

Los privilegios del título IV del decreto-ley 19549/72 no se extienden a los concesionarios y licenciatarios, <sup>1</sup> los cuales no pueden entonces invocar —ni les resulta aplicable— falta de agotamiento de la vía administrativa ni los demás requisitos de admisibilidad de la acción dirigida contra el Estado.

#### 5. *Interpretación de los privilegios monopólicos. Ganancias sin límite objetivo alguno. Call Back, servicios en competencia*

Ha sido trascendente en 1997 un pronunciamiento de la

<sup>3.5</sup> Citado por SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, 1976, p. 127.

<sup>4.1</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, Sala IV, 17-X-97, LL, 1997-F, 273, citando *Caplan, Ariel R. c. Telefónica de Argentina S.A. y otros*, LL, 1997-F, 277.

Corte Suprema denegando el recurso de queja de las licenciatarias por el fallo adverso de la Cámara en su reclamo contra el *call back: Telintar*, CSJN, 22-IV-97. <sup>1</sup> Ello confiere firmeza al fallo de segunda instancia que recuerda la sempiterna jurisprudencia nacional y extranjera conforme a la cual los derechos de los concesionarios y licenciatarios monopólicos se interpretan *restrictivamente*. <sup>2</sup>

Pero además dos de los votos que rechazan la queja recuerdan e invocan adicionalmente la jurisprudencia del Tribunal en el sentido que “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *mas la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de Fallos 231:311; 258:322, consid. 6°; y 262:555, consid. 10)”. <sup>3</sup>

Es que, en suma, debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable”; <sup>4</sup> también el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* en-

<sup>5.1</sup> CSJN, *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, LL, 1997-C, 320, con nota *Las ganancias sin límite objetivo alguno*. Los dos votos de Corte pertenecen a magistrados que habitualmente integran el voto mayoritario (BOGGIANO y VÁZQUEZ), lo que permite razonablemente inferir un similar resultado en una votación plena. El fallo de la Cámara en *Telintar* se publicó en LL, 1995-A, 220, con nota que aquí reproducimos en el capítulo III.

<sup>5.2</sup> Es el fallo de la Sala IV en la misma causa *Telintar*, LL, 1995-A, 220, con nuestra nota *La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios*, reproducidos como capítulo III de este libro.

<sup>5.3</sup> El destacado es nuestro.

<sup>5.4</sup> ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, Parte General, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, ps. 453 y 454.

<sup>5.5</sup> *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LEON BLUM, *Conseil d'État*, 21-3-1910.

tre las cargas y los beneficios. <sup>5</sup> La ecuación económico financiera de estos contratos nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional. <sup>6</sup> Bien se comprende que entre el fallo de Cámara que queda ahora firme y definitivo y los dos votos de Corte (BOGGIANO y VÁZQUEZ), ya no pueden quedar dudas en el derecho argentino actual sobre la interpretación del alcance de los derechos y privilegios de las concesionarias y licenciatarias monopólicas.

En 1997 la Cámara determinó que el juicio por devolución a los usuarios de las ganancias excesivas (conforme los dos votos de Corte en cuanto al fondo), debía progresar en cuanto al trámite, sin adelantar criterio en cuanto al fondo: *Consumidores Libres* del 17 de octubre de 1997, LL, 1997-F, 273.

Igualmente en esta materia, la Cámara resolvió el 23-XII-96 que las empresas licenciatarias no pueden prestar servicios en competencia mientras detentan el monopolio. <sup>7</sup>

### 6. *El amparo desde otros ángulos*

Sigue progresando el informalismo en el amparo por mora,<sup>1</sup>

<sup>5.6</sup> Es lo que hemos sostenido en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 5° edición, *Parte general*, Buenos Aires, 1998, página XI-34.

<sup>5.7</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Impsat S.A. c/ Estado Nacional -M° de Economía y O.S.P.- s/ amparo ley 16.986*, LL, 1998-A, 239, con nota de AGUIAR, HENOCH D., *Monopolio telefónico y servicios en competencia*. Previamente tramitó en esta causa el amparo contra la resolución 100 del Ministerio, que autorizaba tales servicios, concluyendo con su nulidad (primera instancia 9-XI-95), y fue dejado sin efecto por la Sala IV el 21-XII-95 por falta de intervención de las licenciatarias. Reiniciada la causa, esta vez con su citación, el Juzgado del Dr. MARINELLI dictó similar pronunciamiento anulando la resolución 100, el 27-V-96; la Cámara lo confirmó el 23-XII-96.

<sup>6.1</sup> Del cual ya había precedentes, por ejemplo CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, *Rodríguez Fuchs*, LL, 1997-A, 81, con nota *Informalismo y amparo por mora*.

que permite que se soliciten y obtengan cautelares en él e incluso se lo transforme en acción de amparo,<sup>2</sup> como ya el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, con el principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, admite tanto la sumarización del ordinario como la ordinarización del sumario.

También aparece un importante informalismo en el amparo: se ha resuelto que la solicitud verbal desde el lecho de enfermo internado, a que no le hagan una segunda amputación que no desea, es “una virtual petición de amparo” que debe acogerse a la luz del artículo 43 de la Constitución nacional.<sup>3</sup>

Ya vimos también que el amparo, al admitir la legitimación de los derechos de incidencia colectiva, permite arribar a condenas de efectos *erga omnes*, como construir rampas para discapacitados,<sup>4</sup> retirar carteles de la vía pública,<sup>5</sup> etc.,<sup>6</sup> y que tales efectos *erga omnes* también se producen

<sup>6.2</sup> CNCiv., Sala M, *Kreutzer*, LL, 1997-F, 244, con nota en contra de GAMBIER, BELTRÁN, *Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora*.

<sup>6.3</sup> *P., A.E.*, Juzgado Criminal y Correccional n° 3, Mar del Plata, LL, 1997-F, 601, con nota de LORENZETTI, RICARDO, *Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos*. Como era en la Provincia no existía limitación alguna de normas de facto. En el fuero federal, ¿le hubieran rechazado la petición por no ser conforme a la “Ley 16.986”? Es incomprensible que no advierta la judicatura que no puede más invocar esa normativa ilegítima, ni la Cámara caratular los expedientes con tales símbolos de ilícito constitucional.

<sup>6.4</sup> *Labaton*, Primera instancia Dr. *Silva Garretón*, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, 25-XI-96.

<sup>6.5</sup> Juzgado Nacional Civil N° 54, RICARDO LI ROSI, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, LL, 1997-F, 291, confirmado por la Sala B de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones.

<sup>6.6</sup> Otro ejemplo en el caso *Capella*, Juris, 81: 555, que relata BARRAGUIRRE, JORGE, *La opinión del Juez Scalia y la interpretación del artículo 43 de la Constitución nacional (el concepto de “afectado”)*, LL, 1997-F, 1273, nota 20, una condena genérica en materia ambiental.

en materia de actos generales de la administración.

### 7. Medidas autosatisfactivas

Uno de los pasos que le faltaba a la tutela judicial efectiva en tiempo suficiente y razonable era el otorgamiento de medidas provisional o definitivamente anticipatorias de la sentencia de condena, o medidas autosatisfactivas.<sup>1</sup> Estas sí, desde luego, deben ser excepcionales, pero no inexistentes.

Se han producido novedades a este respecto tanto en el ámbito nacional como el provincial y parece razonable que se reiteren, por ejemplo en materia de enfermedades terminales o dolencias que requieren tratamiento inmediato,<sup>2</sup> cobro de la jubilación pendiente la decisión que se adopte,<sup>3</sup> discapacidad,<sup>4</sup> imposibilidad de ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación del título,<sup>5</sup> etc. En la

<sup>7.1</sup> Ver MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Anticipación de la tutela*, Librería Editorial Platense, 1996, ps. 57 y ss.; PEYRANO, JORGE, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981; *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*, LL, 1998-A, 968; GALDÓS, JORGE MARIO, *Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva*, LL, 1997-F, 482, y las numerosas referencias tanto de los artículos como del revocado fallo que comenta.

<sup>7.2</sup> Así en el caso *Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, primera instancia firme, LL Litoral—Juris, Octubre de 1997, ps. 1007 y ss.; en el caso se condenó a la demandada “a practicar al actor la angioplastia transluminal prescripta por el médico del hospital público, confirmando la medida cautelar despachada oportunamente” (p. 1113).

<sup>7.3</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, *Assorati*, causa 9.702/97, 18 de julio de 1997.

<sup>7.4</sup> La nueva legislación en la materia seguramente habrá de dar lugar a medidas de esta índole.

<sup>7.5</sup> En este sentido CCivil, Com. y Laboral, Rafaela, *Enrique De Tita, Daniela c. Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe*, LL Litoral— Juris, octubre de 1997 ps. 1014 y ss.

desgracia de los actores, enhorabuena que la justicia los comprenda y suelte el lastre de sus preconcepciones y otorgue estas medidas que adelantan el objeto mismo de la ulterior sentencia del amparo y luego se confirman o modifican en su caso por ésta.

Quedaría para pensar en los agravios irreparables a la sociedad por los casos de corrupción que lleguen a los estrados judiciales: bueno sería que dictaran medidas impidiendo su consumación, aunque importen una medida autosatisfactiva o una “virtual petición de amparo”.<sup>6</sup> Como si el país fuera un enfermo muy, muy grave.

### 8. *Cautelares desobedecidas y sus consecuencias*

Se dictaron media docena de fallos paralizando la licitación de los aeropuertos, pero la administración abrió igualmente los sobres con las ofertas, con una importante retracción de oferentes; el Procurador General de la Nación dictaminó que en estos casos los jueces carecen de jurisdicción y sus fallos deben ser anulados, por el ya mencionado tema de la supuesta falta de legitimación activa de los legisladores, si nos atenemos a los antecedentes preconstitucionales, que la Corte reiteró en *Nieva* (LL, 29-XII-97). Este fallo, político si los hay, tiene el efecto querido de solucionar la desobediencia judicial en este caso.<sup>1</sup>

<sup>7.6</sup> Como en el caso *P., A.E.* ya citado.

<sup>8.1</sup> No se tienen tampoco noticias de lo actuado en la Justicia Federal en lo Criminal y Correccional en virtud de otra denuncia por desobediencia judicial, efectuada en aquel caso por la magistrada MARÍA JOSÉ SARMIENTO, *in re Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ Amparo*, publicada en RAP, n° 222, Buenos Aires, 1997, ps. 174/5, y otras. Estos temas se están volviendo aquello que ESTOUP llamara “una cuestión de honor” de la justicia: ver *La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor*, nota al fallo *Consumidores Libres Coop. Ltda y otro c. Presidencia de la Nación y otro*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, LL, 1997-F, 265.

Curiosamente, algunos insisten en mencionar sin salvedad alguna, como si fueran normal derecho vigente, precedentes anteriores a la Constitución: como si sirvieran sin más para interpretar el texto de 1994 junto al plexo normativo de los tratados internacionales. <sup>2</sup> El año 1997 parece constituir un punto favorable de inflexión, al menos en la jurisprudencia de primera y segunda instancia.

En igual sentido cabe recordar el fallo *ADECUA c. Aguas Argentinas*, Juzgado de la Dra. EMILIA MARTHA GARCÍA, noviembre de 1997, respecto a multas aplicadas por el ETOSS a la concesionaria para su devolución a los usuarios, lo que no acaeció; el Poder Ejecutivo condonó las multas por decreto 1167/97. <sup>3</sup>

### 9. *Sustitución o modificación de los actos administrativos del C.P.A.C.F. y otros*

<sup>8.2</sup> Algo de eso ha llevado al comentario de PADULA, PABLO FEDERICO, cuando escribe *El regreso de los muertos vivos*, LL Litoral — Juris, octubre de 1997, ps. 847 y ss., agregando que reaparecen “Aquellos cadáveres putrefactos que fueran enterrados por la reforma de 1994 y que luego a pesar de su muerte vuelven al escenario para atentar contra los derechos humanos” (p. 850).

<sup>8.3</sup> Entre los antecedentes puede verse BILOTE, EDUARDO S., *Análisis de la resolución N° 141 ETOSS/96*, “RAP”, n° 222, Buenos Aires, 1997, ps. 126 y ss., quien habla de una situación de “incumplimiento casi generalizado de la concesionaria”; CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, *Ilegalidad del decreto N° 149/97*, igual revista, ps. 132 y ss.

<sup>9.1</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, *Fernández Duque Ricardo Julio c/ C.P.A.C.F.*, , causa 19.045/96, 5-VIII-97.

<sup>9.2</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Cochlar Oscar Osvaldo c/ C.P.A.C.F.*, causa 3.725/97, 27-V-97, LL, 1998-C, 340; *Fernández Duque Ricardo Julio c/ C.P.A.C.F.*, causa 19.045/96, Sala II, 5-VIII-97. Con estas causas el C.P.A.C.F. perdió el “invicto” de que daba cuenta la “Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, año I, número 3, julio de 1997, página 15, datos al 30 de marzo de 1997. Sin embargo y como lo señala JUAN A. PARDO en su nota *Ética profesional errónea interpretación judicial*, LL, 1998-C, 337, no parece que en la especie tenga razón la justicia sino el tribunal de ética profesional que aplicó la mayor sanción, que el poder judicial en cambio reduce: pero la posibilidad de modificar o sustituir es correcta.

Se ha reconocido el carácter de actos administrativos de las sanciones del C.P.A.C.F.<sup>1</sup> y la potestad judicial de sustituirlos o modificarlos;<sup>2</sup> ya sabemos que se pueden ordenar conductas y obras públicas, como en el caso *Labaton*,<sup>3</sup> y lo mismo ocurre en materia de servicios públicos por aplicación de la ley de orden público del usuario y del consumidor.<sup>4</sup>

La CSJN enmendó en *Solá* y otros (noviembre de 1997) un viejo error de alguna Sala en no resolver la cautelar o el fondo favorablemente al actor, para evitar la desarticulación de órganos de control de la administración, cualquiera sea el argumento procesal utilizado.

<sup>9.3</sup> En que se condenó al Poder Judicial de la Nación a construir rampas de acceso para discapacitados, Juzgado del Dr. *Silva Garretón*, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia Sala V, 25-XI-96.

<sup>9.4</sup> El artículo 37 de la ley 24.240 dice: "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor." Continúa el mismo artículo 37 señalando que "*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor*. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. *Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.*" En el caso de aumento de tarifas de servicios públicos, el juez puede así no solamente anular la nueva tarifa sino también restablecer la vigencia de la anterior, como ocurre cuando se anula por inconstitucional un aumento por sobre la tarifa precedente. La regla de que "la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma abrogada" (MESSINEO) cede ante el principio de orden público nacional de la ley de defensa del consumidor, que establece la recomposición parcial de la relación jurídica declarando la nulidad de solamente una parte de ella. Igual solución encontramos en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, según cuyo artículo 50 inciso 1 la sentencia podrá decidir "El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente vulnerado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines".

Es curioso que haya sido la Corte, y no los tribunales de instancia, quien haya reparado el entuerto: lástima que es demasiado tarde para ser útil a la sociedad.

10. *Ideas para el consejo de la magistratura y el jury de enjuiciamiento.*

Ahora que comienzan su funcionamiento el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, que quizás se fortifiquen los entes reguladores independientes y demás órganos de control autónomos del poder central de la administración, bueno es estar prevenido y algún fallo ayuda a ello.

Se trata del mismo caso *Solá* ya citado, cuya historia es también útil para proporcionar una guía a los nuevos órganos de la constitución y a la sociedad misma. No cabe coonestar judicialmente, sin tutela judicial efectiva e inmediata (por ende cautelar y de fondo), la intervención o el atentado a los órganos de control del poder. Otros tribunales de instancia no deberán ser nuevamente partícipes de la desarticulación de los órganos de control de la administración, algo tan grave como desarticular el poder judicial. Y menos aceptar días después el cargo de la entidad cuya desarticulación han cohonestado, como ocurriera en aquel caso. <sup>1</sup>

<sup>10.1</sup> Sirva esa exageración al menos como lección de historia. Incorporemos al código de ética no escrito –pero que debe escribirse– de la magistratura, que ningún juez de Cámara o Corte puede renunciar al cargo y aceptar dentro de un año un cargo administrativo de dirección o responsabilidad política. Y nunca el cargo cuya defenestración político cohonestó jurisdiccionalmente.

Dejemos, mejor aún, las embajadas y los ministerios para quienes están en la carrera técnica o política, consideremos que un magistrado no puede mezclar su carrera judicial con otra, al menos por un tiempo razonable después de haber dejado la justicia. De otro modo su independencia queda comprometida. Aprendamos así del caso *Solá* lo que su historia enseña a quien la sepa ver. Es el *sapere vedere* medieval.

### 11. *Participación decisoria en cuerpos colegiados*

En cuanto a la participación de los administrados y usuarios en la gestión de los asuntos públicos, que mandan los pactos internacionales y el artículo 42 de la Constitución específica para el caso de los entes reguladores de servicios públicos (otro aspecto incumplido de la Constitución), el voto de la mayoría en la Corte ha distinguido en *Mocchiutti* entre representación *política* (en el caso la de los estudiantes y graduados en el Consejo Directivo de las Facultades), que ha considerado no requerir idoneidad técnica, y la participación *técnica* en los concursos, que sí la necesitaría.<sup>1</sup>

La solución mayoritaria no tiene sustento fáctico en negar representación de graduados y estudiantes en los concursos,<sup>2</sup> pero tiene la virtud de admitir sin ambages junto a

<sup>11.1</sup> CSJN, *Mocchiutti, Juan c/ U.N.C. s/contencioso administrativo*, sentencia del 4 de noviembre de 1997, causa M. 884. XXVII, LL, 1998-C, 121, con nota de CAFFERATA, LL, 1998-C, 119.

<sup>11.2</sup> No tiene sustento fáctico pues nadie conoce de casos en que los estudiantes y graduados se hayan unido a una minoría de profesores para torcer el resultado de un concurso. Es postular la virtual insensatez de graduados y estudiantes y glorificar en exceso la capacidad técnica de los jurados (lo cual, ciertamente, no es un axioma apodáctico), todo ello sin fundamento fáctico alguno.

Su rol es distinto, primero son custodios éticos del concurso, que con sus preguntas a los profesores del jurado buscan resolver sus dudas y dar testimonio de la limpieza del procedimiento, la ausencia de desviación de poder, etc. Ya que la propia CSJN entiende no deber efectuar intromisiones en estos mecanismos de las universidades estatales, debiera al menos dejarles que apliquen sus propios mecanismos internos de control: el fallo es autocontradictorio en este aspecto, porque niega control judicial de lo resuelto pero anula el sistema universitario de control. Ahora se tornará más necesario aún efectuar una revisión judicial suficiente y adecuada del resultado, lo cual no hace alentar muchas esperanzas. Sin embargo, no es censurable el fallo en cuanto su razonamiento al menos proyecta a la hipótesis del artículo 42 la indispensable participación de los usuarios en la dirección del ente regulador, materia en la cual el Estado está en mora con la sociedad.

En esta causa en particular, llama además la atención que el actor cuestiona a egresados (potenciales alumnos de post grado) y alumnos de grado,

la minoría la representación con voz y voto de los usuarios en los cuerpos directivos, criterio que previsiblemente se habrá de repetir entonces en el caso del artículo 42 y los entes reguladores de los servicios públicos .

Falta, eso sí, que se adopte a ese respecto soluciones que superen la mora legislativa, como ya lo hiciera esta Corte en *Ekmekdjian*.

## 12. *El avance de los pactos internacionales*

En el caso *Arce*<sup>1</sup> la CSJN ha resuelto, sin disidencias y siguiendo la jurisprudencia internacional —obligatoria según el precedente *Giroldi*, que en ello aquí reitera y amplía—,<sup>2</sup> que es de aplicación lo dispuesto en la Opinión Consultiva 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual “los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

La CSJN además invoca el plexo normativo de los restantes pactos, y hace honor a la opinión de nuestro representante en los organismos internacionales: es el principio de

siendo precisamente un profesor o aspirante a profesor de psicología, que debiera tener –o aspirar a tener– experiencia en el relacionamiento con ambos. Es una autocontradicción reclamar que no lo juzguen en el concurso quienes habrán de juzgarlo a diario en su desempeño y son la razón de ser misma de su vocación docente. Si un profesor no puede superar la relación con los alumnos casi por definición no puede serlo. Esto también es falta de sustento fáctico del voto mayoritario.

<sup>12.1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación*, 14 de octubre de 1997, LL, 1997-F, 697, con nota *Los derechos humanos no son para sino contra el Estado*.

<sup>12.2</sup> Ver GORDILLO, *La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional*, “Cuadernos de Fundejus”, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995, ps. 23 y ss.; reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, ps. 265 y ss.; reproducido, con variantes, en *La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales*, nota al fallo *Giroldi*, en la revista “Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública”, n° 215, 1996, ps. 151 y ss.

la buena fe en materia internacional, y la regla de los propios actos. Debemos pues cumplir fielmente en el derecho interno los actos que celebramos internacionalmente *y lo que decimos en foros internacionales*. Lo consideramos un fundamental avance. Es el broche de oro de un año de excelente y renovadora jurisprudencia en las tres instancias federales.<sup>3</sup>

Claro que así tenemos *dos* (tres, con *Bramajo*) fallos de nuestra Corte aplicando *dos* opiniones consultivas pero afir-

<sup>12.3</sup> Desde luego, hay ocasionales excepciones, pero no empañan el conjunto; y tampoco terminó el año, como antes bien lo probó *Chocobar* (27-XII-96, Doctrina Judicial, año XIII, n° 12, 2-IV-97, LL, 1997-1, 749 y ss., ya citado).

<sup>12.4</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución*" (párrafo 22 de la OC 6/96). En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno" (Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, D.C., 1997, página 65). La Corte IDH define pues como leyes "la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos* y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes *para la formación de las leyes*" (Opinión Consultiva número 6, párrafos 23 y 32), pues "El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables" (OC 8, párrafo 24); es la legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa. Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párrafo 31, página 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. loc. cit.*: el

mando que hay que aplicar *todas*: Falta hacerlo. Para ejemplo, no pueden las autoridades constitucionales —judiciales, legislativas, administrativas— sin violar nuestros principios constitucionales y compromisos internacionales, seguir llamado “Ley” a los decretos-leyes de los gobiernos de facto. <sup>4</sup>¿Cuándo se decidirán a asumir plenamente que hemos reentrado *hace una generación* al Estado de Derecho?

### 13. *Corrupción*

Es prematuro y por ende no ha habido pronunciamiento alguno, nacional o extranjero, acerca de la aplicación al derecho administrativo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, <sup>1</sup> que tiene vigencia internacional desde

principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en representación de nuestro país por su representante en Naciones Unidas.

<sup>13.1</sup> Ver GORDILLO, *Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción*, LL, 1997-E, 1091, y *Tratado...*, *op. cit.*, capítulo XVI; SEVERO CABALLERO, LL, 1997-E, 1153.

<sup>13.2</sup> La jurisdicción extranjera también es pactada por el país en los contratos de crédito externo y en los tratados con otros países sobre inversiones extranjeras. Ver en cuanto a lo segundo la ley 24.890, B.O. 9-XII-97, art. 9 inc *b*), el país presta su “consentimiento irrevocable” al arbitraje del C.I.A.D.I., Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, para las inversiones de Marruecos y Argentina; puede también recordarse la ley 24.100, referente a Francia y Argentina, etc. En relación a lo primero ver el capítulo IV “El contrato de crédito externo” en nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, 1996 y anteriormente el artículo *El contrato de crédito externo*, en la “Revista de Administración Pública”, Madrid, 1982, número 97, ps. 423 a 449; reproducido en el libro *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, ed. Astrea, tomo II, Buenos Aires, 1982 y reimpressiones, ps. 187 a 226.

<sup>13.3</sup> Entre ellos, el nuestro. Es la *Convention on Combating Bribery of*

octubre y admite la jurisdicción extranjera como los pactos contra el genocidio y la tortura. <sup>2</sup>

El 20-XI-97 el país suscribió asimismo la “Convención Para Combatir el Soborno de Funcionarios Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”, o más simplemente Convención Internacional Contra la Corrupción, junto a los 29 países de la OCDE y cuatro países más.<sup>3</sup>

El tema va adquiriendo los caracteres de un orden público internacional, *in statu nascendi*,<sup>4</sup> y dado que por los efectos del lavado de dinero siempre afecta más de una jurisdicción, <sup>5</sup> habrá que estar atentos a la evolución de la jurisprudencia comparada.

#### 14. Resumen

En mayor síntesis, algunos de los grandes fallos de la ac-

*Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 20-XI-97 (se la puede consultar en la página central de la OCDE: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

<sup>13.4</sup> Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, *Parte general*, 4° edición, 1997, capítulo VI, número 2.3, página VI-8: *ius cogens supervienens, in statu nascendi*. Comparar ZUPPI, ALBERTO, *El derecho imperativo (“ius cogens”) en el nuevo orden internacional*, ED, 7-VII-92; BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Abaco, Buenos Aires, 1994. Ver también ZUPPI, ALBERTO L., *La Convención Interamericana contra la Corrupción*, en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997, ps. 201 y ss.; CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA y CINCUNEGUI, JUAN DE DIOS, *La corrupción*, Buenos Aires, FUNDAPLAN, 1996.

<sup>13.5</sup> Como lo reconocen expresamente las dos convenciones citadas. El artículo 7° de la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* señala que el delito de lavado de dinero será tipificado como tal por las partes independientemente del lugar en que el acto de corrupción haya ocurrido (“without regard to the place where the bribery occurred”). Es pues un principio internacional y argentino de extraterritorialidad de la ley penal. La solución es menos novedosa de lo que parece, pues ya nuestro derecho penal clásico admitía que la falsificación de moneda argentina realizada en el exterior se regía por la ley y la jurisdicción del lugar de producción de sus efectos y no por el lugar de comisión del delito.

tualidad en 1996/7 son:

*AGUEERA* (CSJN, legitimación de una asociación por derechos de incidencia colectiva en una acción meramente declarativa, efectos generales).<sup>1</sup>

*Arce*<sup>2</sup> (CSJN y su precedente *Giroldi*: obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas internacionales, con más —en *Arce*— el compromiso de la palabra empeñada por nuestros representantes en foros internacio-

<sup>14.1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación*, 14 de octubre de 1997, LL, 1997-F, 697.

<sup>14.2</sup> CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, LL, 1997-C, 322.

<sup>14.3</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, 17-X-97, LL, 1997-F, 273.

<sup>14.4</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Blas Humberto Agustín c/ Universidad de Buenos Aires- Resol. 3214/95*, sentencia del 27-XI-97, expte. 10.214, LL, 1998-A, 288.

<sup>14.5</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Barsanti, Agustina c/UBA (Universidad de Buenos Aires) resol. 2314/95*, sentencia del 20-XI-97, expte. 11.265/96, LL, 1998-A, 293.

<sup>14.6</sup> CSJN, 26-XII-96, LL, 1997-C, 150.

<sup>14.7</sup> *Labaton*, Primera instancia Dr. *Silva Garretón*, 6-XI-96, causa 21.000/96, segunda instancia CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, 25-XI-96.

<sup>14.8</sup> Juzgado Nacional Civil N° 54, RICARDO LI ROSI, *Dalbon, Gregorio c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, LL, 1997-F, 291., confirmado por la Sala B de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones.

<sup>14.9</sup> CCIV. Y COM., Azul, Sala II, 22-X-96, *Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella S.A. y otros*, en LL Buenos Aires, año 4, número 3, abril de 1997, ps. 272 y ss.; LL, 1997-E, 1640, con nota de ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Los daños morales y colectivos y su resarcimiento dinerario*, ps. 283 y ss. El caso *Capella*, Juris, 81: 555, antes citado. También tienen necesarios efectos *erga omnes* los fallos en los que se dispone no se prorrogue la exclusividad o monopolio de la licencia telefónica sin audiencia pública (*Youssefian*), o se disponen medidas cautelares o definitivas en materia de régimen de servicios públicos: prohibición al monopolio de prestar servicios en competencia y coetáneo derecho de los demás prestatarios a no competir contra el monopolio (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Impsat S.A. c/ Estado Nacional -M° de Economía y O.S.P.- s/ amparo ley 16.986*, 23-XII-96, LL-1998-A, 261), renegociación tarifaria (*Consumidores Libres, Defensor del Pueblo*, y muchos otros), pago de multas a los usuarios (*ADECUA c/ ETOSS*), otorgamiento de concesiones sin autorización

nales).

*Consumidores Libres* del 17-X-97, Sala IV (primera *class action* o acción de clase de contenido patrimonial).<sup>3</sup>

*Blas*<sup>4</sup> y *Barsanti* (Sala I, efectos *erga omnes* de la sentencia en materia de derechos de incidencia colectiva),<sup>5</sup> y sus precedentes *Monges*,<sup>6</sup> *Labaton*<sup>7</sup> y *Dalbon*,<sup>8</sup> entre muchos otros.<sup>9</sup>

*Fernández* (Sala IV, legitimación del usuario potencial sin necesidad de prueba).<sup>10</sup>

*Youssefian* (legitimación sin necesidad de prueba, derecho constitucional a la audiencia pública),<sup>11</sup> *Consumidores Libres* del 17-VII-97, Sala I (legitimación amplia de las asociaciones),<sup>12</sup> *Nieva* (Sala II, legitimación de los diputados, cautelar contra una privatización sin marco legal, ni audiencia pública, ni ente regulador),<sup>13</sup> *Rodríguez* (Sala V, igual tema),<sup>14</sup> *Consumidores Libres* del 5-V-97, Sala V (acción de la ley de defensa del usuario y del consumidor, derecho constitucional a la audiencia pública).<sup>15</sup>

*Squaglia* (medidas autosatisfactivas en el amparo, coincidiendo con el objeto de éste),<sup>16</sup> *P., A.E.* (amparo virtual).<sup>17</sup>

Y la audiencia pública de la CSJN el 10-XII-97, *in re Nieva* (Ejecutivo nacional, 5 de agosto de 1997, LL 1997-F, 535. Si bien el fallo no lo dice categóricamente, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de un aumento del cospeo de 0,47 a 0,50 tiene también, en este contexto jurisdiccional, los siguientes efectos: todos los fallos emitidos en los fallos judiciales que se cumplen. *Un ejemplo a reiterar, imitar y perfeccionar*—salvo, claro está, la sentencia dictada por el Poder Judicial—, *Malgré el mismo fallo Nieva en su decisión final*.<sup>14.11</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, *Youssefian Martín c/ Estado Nacional -Secretaría de comunicaciones s/ amparo*, causa 22.776/97, sentencia del 6 de noviembre de 1997, LL, 1997-F, 270.

<sup>14.12</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, *Consumidores Libres*, 17-VII-97.

<sup>14.13</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, *Nieva, Alejandro y otros c/ PEN Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16.986*, Sala II, 26-VIII-97, punto 7°, "RAP", n° 228, Buenos Aires, 1997, ps. 124 y ss. y en LL, 1998-B, 546; Sala II, *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. -Dto. 375/97- s/ amparo ley 16.986*, 10 de julio de 1997.

<sup>14.14</sup> *Rodríguez, Jesús y otros c/ Estado Nacional M° de Econ. y Ob. y Serv. Púb. -P.E.N.- s/ medida cautelar (autónoma)*, 19 de julio de 1996, LL, 1996-E, 80

<sup>14.15</sup> CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, LL, 1997-F, 265., con nota *La revisión judicial de las tarifas y la acción en defensa del consumidor*.

<sup>14.16</sup> *Squaglia, Norberto P. c. Ministerio de Salud y Medio Ambiente*, primera instancia firme, LL Litoral—Juris, Octubre de 1997, ps. 1007 y ss.

<sup>14.17</sup> LL, 1997-F, 601, 10-XII-97.