

ABSTRACT

I.- Cuestión

La Constitución local, al igual que la Constitución Nacional, han incorporado nuevas dimensiones al principio de la división de poderes, en razón de: **(a)** los procesos de internacionalización y regionalización del derecho; **(b)** la regla de la impenetrabilidad en las atribuciones; **(c)** las comunas y las autoridades independientes; y **(d)** los mecanismos de democracia participativa.

Estos fenómenos apuntan a la “fractura” del poder, acentuando la descentralización como concepto de organización constitucional.

Nuestro análisis se centra -básicamente- en explicar estas modernas tendencias del principio de la división de poderes que culminan por concebir la democracia como pluralismo.

En este orden, el concepto pluralista de la democracia implica que el poder no se construye solamente de arriba hacia abajo, con una nominal participación de los distintos sectores de interés, sino que -en la hora actual- aquél se diseña también de abajo hacia arriba. Esto es con la gestión directa de los sectores de intereses y del hombre común en el control y conformación del orden social.

II.- Diagnóstico

El modelo tradicional (democracia indirecta) culminó por fracasar, ya que no se ajusta a las exigencias de las sociedades democráticas modernas al llevar al poder a una gran despersonalización, que culminó por hacer prevalecer intereses agonales antes que arquitectónicos.

Por tanto el juicio actual es correcto, revertir esa tendencia propiciando una mayor participación ciudadana, de los distintos sectores sociales y un sistema internacional de protección de los derechos humanos (vg. Convención Interamericana de Derechos Humanos).

Más allá de algunas críticas que formulamos a la técnica que emplea la Constitución local al definir ciertas autoridades (vg. la “Sindicatura”, el “Ente Regulador”), nuestra reflexión es positiva. Esas imperfecciones son producto necesario del crecimiento. Si bien no está demás señalar, que ello genera que el sistema formal sea -en algunos aspectos- desplazado por un sistema paralelo (vg. la cuestión de las Comunas).

III.- Propuesta

¿Cómo crecer?, es indispensable un Poder Judicial imparcial e independiente, dispuesto a “escuchar” las demandas de los ciudadanos frente a los avances de los Poderes Públicos. Es que, de no existir la valla de la justicia, aquéllos tienden -naturalmente-, como lo enseñó MONTESQUIEU, a abusar del poder, y con ello a frenar el desarrollo saludable de los nuevos mecanismos de descentralización institucional del poder.

Viene al caso recordar que *“El control de una fuerza grande es como el control de unos pocos hombres. Es cuestión de dividir números (...)”* (SUN TZU, *El Arte de la Guerra*).

La Ciudad tiene un buen pronóstico para su crecimiento, basta recordar algunos precedentes de la Cámara Contenciosa y Tributaria de la Ciudad, Sala I *in re* “García Elorrio” y Barragán”, y la Sala II *in re* “Desplast”.

HACIA EL PLURALISMO COMO FORMA DE EJERCICIO DEL PODER

“El control de una fuerza grande es como el control de unos pocos hombres. Es cuestión de dividir números (...)” (SUN TZU, *El Arte de la Guerra*, p. 61, Deva's)

Por LEONARDO MARCO TOIA

I.- La División de Poderes como concepto pluralista de ejercicio del poder¹

Desde sus orígenes el principio de la división de poderes procuró repartir entre diversos conjuntos orgánicos las distintas potestades estatales, para que ninguno de ellos las concentre en tal magnitud que le permita imponerse a los otros². Se trata, en definitiva, de un sistema de frenos y contrapesos, en el cual el poder actúa como continente del propio poder.

Tradicionalmente, se concebían tres grandes funciones y tres poderes que las monopolizaban en mayor o menor medida. Hoy, tanto la Constitución Nacional como la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en lo sucesivo “Constitución local”), incorporan nuevas dimensiones al principio en cuestión, a partir de una progresiva tendencia a su descentralización, entendiendo la democracia como una distribución pluralista del poder.

En efecto, en la dinámica constitucional actual el poder no sólo se construye de arriba hacia abajo, sino también de abajo hacia arriba. O, en otras palabras, no sólo poniendo en primer plano el concepto de mayoría, sino dando intervención directa a los distintos sectores de intereses en la conformación del orden social.

Ello no agota la cuestión, ya que los procesos de regionalización e internacionalización³ del derecho agregan notas singulares a la redistribución del poder. Va de suyo que a la tradicional división del poder entre jurisdicción federal, provincial y municipal; se incorporan: las regiones, las organizaciones interjurisdiccionales y las internacionales.

En pocas palabras, la actual redistribución del poder se explica en razón de: **(a)** los procesos de internacionalización y regionalización del derecho; **(b)** la regla de la impenetrabilidad en las atribuciones; **(c)** las comunas y las autoridades independientes; y **(d)** los mecanismos de democracia participativa.

Estos conceptos apuntan a la “fractura⁴” del poder, acentuando la descentralización como concepto de organización constitucional. Pasaremos a analizar la cuestión en el ámbito

¹ Como referencia bibliográfica general: QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO; *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires Comentada*, Rubizal – Culzoni, 1996. SABSAY, DANIEL y ONAINDIA JOSÉ; *La Constitución de los Porteños -análisis y comentario-*, Errepear, 1997.

² GIANNINI, MASSIMO SEVERO; *Derecho Administrativo*, Sección I, Capítulo I, traducción LUIS ORTEGA, MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, MADRID, 1991. GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO; *Revolución Francesa y Administración Contemporánea y La Formación del Sistema Municipal Francés Contemporáneo*, Taurus, Madrid, reimpresión 1.984.

³ Amp. GELLI, MARÍA ANGÉLICA; *Constitución de la Nación Argentina –comentada-*, comentario a los artículos 27, 75 incs. 22 y 24, 99 inc. 11, 124 y 125, La Ley, 2005. SAGUÉS, PEDRO NÉSTOR, *Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994*, La Ley 1994 - E, 1063.

⁴ GORDILLO, AGUSTÍN; *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, cap. IX, FDA, 2000.

de la Ciudad de Buenos, con una breve referencia al Ente Único Regulador de los Servicios Públicos.

II.- Nuevas fronteras

(a) Los procesos de internacionalización y regionalización del derecho⁵

Se advierte en el orden local, de modo semejante al federal, un diseño en la estructura del poder basada en la transferencia de cierto conjunto de atribuciones a organizaciones supralocales. Se trata de un límite exógeno a las organizaciones locales; en el cual la división de poderes obedece a un reparto de atribuciones entre los órganos internos del Estado (*lato sensu*), y las supralocales (interjurisdiccionales, regionales e internacionales).

Abordando el caso de la Ciudad de Buenos Aires, debemos señalar que el art. 124 C.N. faculta a las provincias a crear regiones y celebrar convenios internacionales, en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación, no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal ni el crédito público. Agrega la cláusula constitucional en comentario, que la Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que a tal efecto se establezca⁶.

En ese orden, el art. 104 inc. 3) de la Constitución local dispone, entre las atribuciones del Jefe de Gobierno, que *“Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales, y acuerdos para formar regiones con Provincias y Municipios (...) en todos los casos con aprobación de la Legislatura⁷ (...)”*.

Estos procesos, de importante vigencia práctica, se configuran -por ejemplo- en razón de la necesidad: **(a)** regular ciertos servicios públicos interjurisdiccionales (ETOSS); para resolver problemas urbanísticos mediante la creación de un sistema de disposición final de

⁵ CASSESE, SABINO, *La Crisis del Estado*, p. 59, Lexis Nexis, 2003. CAIELLA, PASCUAL; *Régimen Jurídico de los Entes y los Órganos Interjurisdiccionales*; en COMADIRA, JULIO RODOLFO; *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP, 2005. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I y II, caps. II, VI y XIX, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, La Ley, en prensa (recomendamos especial lectura a los comentarios de GORDILLO).

⁶ Se discute si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra facultada para celebrar los “tratados parciales” del art. 125 de la Constitución Nacional. Por nuestra parte, coincidimos con SABSAY y ONAINDIA que la facultad de celebrar tratados surge del art. 124 de la C.N.

En efecto, si la C.N. remitió en lo que hace a la facultad para crear regiones y convenios internacionales al régimen que se establezca a tal fin; no parece dudoso que la atribución para celebrar “acuerdos parciales” debe ser comprendida en la fórmula general antes referida. Es un contrasentido sostener que la Ciudad puede celebrar un convenio con un organismo internacional, pero en cambio no un acuerdo con cualquier provincia de la República.

Debe recordarse que por encima de que lo que las normas jurídicas literalmente parecen decir, es regla de correcta interpretación dar pleno efecto a la intención del legislador de manera que armonicen con el resto del ordenamiento jurídico (CSJN, fallos, 297: 142). Es decir, se trata de interpretar lo que las normas jurídicamente quieren decir, antes de lo que parecen decir (CSJN, fallos; 300: 417).

Por tanto, consideramos que la facultad de la Ciudad Autónoma para suscribir tratados es amplia, y se impone como una insoslayable necesidad de los Estados (*lato sensu*) modernos (cfr. arts 104, incs. 3, 15 y 19; art. 80 incs. 8 y 14; y art. 81 inc. 6 de la Constitución local).

Amp. SABSAY, DANIEL y ONAINDIA JOSÉ; *ob. cit.*; ps. 178 / 179 y 224 / 225. QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO; *ob. cit.*, ps. 225 y 296 / 298.

⁷ Art. 80 inc. 8, Constitución local.

residuos urbanos y la recuperación de tierras bajas (CEAMSE⁸); también podemos citar la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires cuyo directorio está integrado por un representante del Gobierno Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; **(b)** acceder al crédito internacional⁹ para financiar grandes proyectos (lo cual implica distintos órdenes de limitaciones: por un lado los del art. 124 de la Constitución Nacional, y por otro las exigencias impuestas por los organismos internacionales¹⁰ -como ser: la determinación de la viabilidad del proyecto y para ello la necesidad de contratar servicios de consultoría, seguir determinados procedimientos de selección del co-contratante, dictámenes del organismo asesor más alto que de cuenta del cumplimiento de los requisitos que exige la normativa interna para celebrar el convenio en cuestión, etc.), **(c)** la integración regional como motor para el desarrollo individual y conjunto; y, con ello, la posibilidad de crear órganos supralocales con funciones propias y autónomas a las de los órdenes internos¹¹.

Como puede apreciarse, el fenómeno de “internacionalización” del derecho tiene su repercusión reflejada en las organizaciones internas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todo con luces y sombras, lo que se explica a partir del carácter central o periférico del Estado.

(b) La impenetrabilidad en las atribuciones

Señaló GIANNINI¹² que “... en la experiencia constitucional de hoy, más que la regla de la división (en la forma histórica de la tripartición) de poderes, esta vigente la regla de la independencia, que afecta no sólo a los órganos constitucionales, cada uno con sus propias potestades, sino que puede afectar a todos o a parte de los poderes públicos en sus relaciones recíprocas. Está de más decir que independencia no significa ausencia de relaciones jurídicas, sino únicamente impenetrabilidad de las potestades atribuidas a cada órgano o a cada poder público: incluso cuando a un órgano se le atribuye una “potestad de control” respecto de otro órgano u otro poder público, ésta nunca alcanza a contener poderes sustitutivos de la decisión del sometido a control, manifestándose sólo en censuras o en destituciones”.

Esta regla, no sólo extensible a la relación de los poderes en sí, adquiere peculiar relevancia a la hora de considerar la descentralización como técnica de organización constitucional.

(c) Descentralización: territorial y por servicios; la personalidad jurídica como atributo “esencial”. Notas a algunos puntos dogmáticos¹³.

⁸ Sociedad interjurisdiccional, creada por Leyes 8.782 y 8.981 de la Provincia de Buenos Aires y por la Ordenanza N° 33.691 de la ex. MCBA, ratificada por Decreto del PEN 3.457/77.

⁹ Art. 80 inc. 14 y art. 81 inc. 6, Constitución local. A lo cual, debemos puntualizar que el art. 53 del mismo cuerpo normativo, establece en su parte respectiva, que “*Toda operación de crédito público, interno o externo es autorizada por ley con determinación concreta de su objetivo*”. Ello implica consagrar una regla clara y precisa que se direcciona hacia criterios de eficacia, planificación en las políticas públicas y, teniendo como norte un desarrollo sustentable.

¹⁰ GORDILLO, AGUSTÍN; *Después de la Reforma del Estado*, Capítulo IV, FDA, 1996.

¹¹ CAIELLA, PASCUAL; *ob. cit.*, ps. 756 / 757 y en especial la nota a pie de página N° 26.

¹² *ob. cit.*, sección I, cap. I, pág. 96

¹³ REIRIZ, MARÍA GRACIELA; *La descentralización administrativa funcional o por servicios y la reforma del Estado* (Investigación bajo su dirección, U.B.A.C.Y.T., 1997)

1.- No nos parece de interés la distinción que se formula entre descentralización territorial y por servicios, partiendo -el primer supuesto- de considerar como elementos relevantes el territorio y la población sobre la que se ejerce la competencia.

A nuestro criterio, tanto el aspecto espacial como el sociológico o subjetivo, no hacen más que comprobar lo dogmático de la construcción. En rigor, en la descentralización funcional también hay un territorio (ámbito espacial de validez normativa) sobre el cual se ejerce la competencia¹⁴ y un grupo de sujetos (ámbito personal de validez normativa) que son incididos en sus respectivas esferas jurídicas por las decisiones que se adoptan.

2.- Tampoco la atribución de personalidad jurídica es un elemento distintivo de la descentralización frente a otras formas de organización administrativa. Más bien, aquélla se caracteriza por la ausencia de relación jerárquica con el “centro”; lo que impide que éste dirija, se avoque, tenga poderes de control sustitutivos sobre los actos ejercidos por quien tiene atribuidas funciones autónomas.

En efecto, si no existe independencia en la toma de decisión, la atribución o no de personalidad jurídica¹⁵ es un dato contingente, que no presenta -por cierto- diferencias reales con la desconcentración^{16 / 17}.

3.- Para concluir, examinaremos brevemente dos cuestiones: **(a)** a quien compete crear y disolver entes descentralizados y **(b)** el vínculo entre el ente descentralizado y el “centro”.

(a) En el orden nacional, se llegó al extremo de sostener la atribución constitucional del Poder Ejecutivo para crear y disolver entes descentralizados, fundado ello en su “zona de reserva”, siendo derecho positivo vigente que el alcance del control administrativo sobre los actos de los entes descentralizados creados por decreto abarca tanto el examen de legitimidad como su oportunidad, mérito y conveniencia¹⁸; con lo cual -en definitiva- no hay diferencia alguna entre descentralizar y desconcentrar. Con el agravante que la mayoría de los entes

¹⁴ La competencia (o en términos más genéricos la potestad) siempre se ejerce sobre un territorio y un conjunto de sujetos. Las normas parten de una realidad espacio temporal y subjetiva determinada. La abstracción, de razonar a partir de un estado intemporal de cosas no parece responder al problema propuesto, sino al campo de la filosofía.

¿Puede pensarse que se atribuya una potestad para no ser ejercida sobre ningún sujeto de derecho y sin una dimensión territorial?. Ciertamente creemos que no.

¹⁵ A título ejemplificativo, recordamos los llamados “entes residuales”, cuya única finalidad es liquidar el activo y pasivo de las sociedades y empresas del Estado privatizadas. Estos Entes, aún la mayoría de ellos con personería jurídica se encuentran sujetos a la dirección de la Administración central; comprobando -consecuentemente- que tal atributo no es calificativo suficiente para encuadrar al ente como descentralizado. Es como dijo GIANNINI cada ordenamiento elige sus propias figuras subjetivas y les da sus alcances.

¹⁶ Pueden también existir medios indirectos para incidir en la decisión de la autoridad descentralizada, ya que si el Ejecutivo puede designarlo o removerlo a su simple voluntad, podrá notarse que la descentralización no será muy efectiva.

En ese orden de ideas, sin pretender alejarnos mucho del tema propuesto, llaman la atención ciertas cláusulas de la Constitución local (vg. art. 133 “Sindicatura General”) que conciben ciertos órganos como autárquicos, pero “dependientes” del Ejecutivo, siendo designados y removidos por éste.

Por lo demás, es ciertamente confuso emplear el concepto de “autarquía” que, juntamente con el de “autonomía”, son fórmulas típicas de la descentralización, y que responden a la capacidad de autogestión del ente u órgano no sujeto a relación jerárquica en el ejercicio de tales competencias.

Conforme nuestro temperamento, la Constitución es cuanto menos equívoca, porque si la Sindicatura depende del Ejecutivo y éste designa a su máxima autoridad y la remueve; no creemos que -más allá de la alusión al concepto de autarquía- medie descentralización, parece más bien una simple desconcentración.

¹⁷ Por tanto, la descentralización se diferencia de aquélla, por los alcances del control administrativo, toda vez que si el “centro” tiene facultades para sustituir el criterio del ente u órgano con atribuciones descentralizadas, pues entonces no existe autonomía funcional o decisoria.

¹⁸ Conf. art. 97 del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos.

reguladores de servicios públicos fueron creados por decreto, obviando no sólo los términos del art. 42 de la C.N. sino el principio de que quien concede no debe controlar¹⁹.

La Constitución de la Ciudad, parece cerrar -en su ámbito- el debate sobre la materia. Así, el art. 80 inc. 2 dispone que compete a la Legislatura de la Ciudad "(...) *Legislar en materia: a) (...) de descentralización política y administrativa*", agregando el inc. 17 del mismo artículo que aquélla "*Crea, a propuesta del Poder Ejecutivo, entes descentralizados y reparticiones autárquicas y establece la autoridad y procedimiento para su intervención*".

Por su parte, artículo 82, inc. 6 del mismo texto normativo dispone que corresponde al departamento Legislativo disolver entes descentralizados y reparticiones autárquicas.

(b) Tradicionalmente, se sostuvo que la relación jurídica que vincula las organizaciones descentralizadas con la Administración central es un control tutelar, circunscripto al examen de legitimidad del acto.

Calificada doctrina²⁰, enseña que la situación en el derecho comparado es distinta. Agregando que en las autoridades independientes, el control de tutela se desplaza por la revisión judicial del acto.

A su vez, si se tiene en cuenta que en el caso de las autoridades independientes, es la propia Constitución la norma descentralizadora, estamos ciertos que si ésta no previó el control de tutela, interpretar en sentido diverso importa tanto como apartarse de su texto expreso. Por otro lado, en el supuesto en que el constituyente haya concebido una fórmula²¹ que permita pensar que dejó librada la cuestión al criterio del legislador, es obvio que si éste no previó tal control, el mismo es improcedente.

Lo expuesto no equivale a sostener la ausencia de todo vínculo jurídico, lo que de por sí sería inadmisibles, sino precisar que tipo de relación media entre el "centro" y las autoridades independientes, que -a nuestro juicio-, anticipamos, es de coordinación.

(c.1) Autoridades independientes²²

¹⁹ GORDILLO, AGUSTÍN; *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, cap. XV, p. 3, FDA, 2000.

²⁰ GORDILLO, AGUSTÍN; *ob. cit.*, T. IV, cap. XI, FDA, 2003. En igual sentido, REIRIZ, MARÍA GRACIELA; *Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de servicios públicos*, en obra colectiva TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Jornadas organizadas en homenaje al Profesor AGUSTÍN GORDILLO), Librería Editorial Platense, La Plata, 2003.

²¹ Por ejemplo en el caso del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, el artículo 138 de la Constitución local dice que éste se encuentra en el "ámbito" del Poder Ejecutivo. Conforme nuestro criterio, ello indica una fórmula por la cual el constituyente dejó librado a reglamentación del legislador precisar el grado de relación que el Ente debe mantener con el Ejecutivo. Es claro que al tratarse de un ente descentralizado, el interrogante que quiso dejar abierto el constituyente al poder constituido, es si el Jefe de Gobierno puede ejercer o no un control tutelar sobre el Ente. Tal interpretación resguarda la coherencia normativa del artículo.

La Ley 210, con moderno y buen criterio, sigue las líneas del derecho comparado y sustituye el control administrativo directamente por el judicial. Comparte las mismas dudas QUIROGA LAVIE (*ob. cit.*, ps. 386 / 387).

Nótese las diferencias con la Sindicatura, por cuanto en un caso se utiliza el término "dependiente" y en este la palabra "ámbito". Si a ello le agregamos el modo de selección de las autoridades, el de remoción y las garantías que resguardan la autonomía en uno y otro caso, veremos que mientras la Sindicatura encuadra en una mera desconcentración, el Ente Regulador es un claro ejemplo de descentralización.

En otro extremo, el artículo 137 de la Constitución local, al regular el Defensor del Pueblo de la Ciudad no lo vincula a ningún poder. Ahí es bien clara, a diferencia del caso anterior, que el constituyente proscribió todo tipo de control administrativo, sin que ello implique negar la relación de coordinación en que se encuentran todos los poderes y órganos del Estado.

²² REIRIZ, MARÍA GRACIELA; *Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de servicios públicos*, en obra colectiva TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Jornadas organizadas en homenaje al Profesor AGUSTÍN GORDILLO), Librería Editorial Platense, La Plata, 2003. GORDILLO, AGUSTÍN; *ob. citada*, T. I, capítulos III, IX, XII y XIII, y *Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa*, en COMADIRA, JULIO

Las autoridades independientes y las comunas complementan el fenómeno constitucional tendiente a la progresiva descentralización del poder.

Estas²³ pueden caracterizarse, en pocas palabras, como: **(a)** centros autónomos de decisión, **(b)** no subordinados jerárquicamente a autoridad alguna, **(c)** son independientes frente a las directrices políticas, **(d)** responden a la necesidad de colocar fuera de la contienda política partidaria determinadas funciones del Estado, y **(e)** se ha dicho que son el contrapeso necesario del Estado pluralista.

Como anticipamos, la ausencia de jerarquía no implica ausencia de toda relación jurídica entre el centro y los diversos órganos con funciones descentralizadas. En efecto, existe entre ellos una relación de coordinación, que viabiliza un control recíproco, que se explicita en: **(a)** la atribución que posee el “centro²⁴” para designar y remover a las autoridades de las autoridades independientes, fijarles o aprobarles el presupuesto de recursos y gastos, el control judicial de sus actos, la aplicación de los sistemas de control previstos en la Ley 70, art. 4, etc.; **(b)** la fiscalización por parte de las autoridades independientes de la actividad de los otros poderes (vg. Ministerio Público, Defensor del Pueblo de la Ciudad, el Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento, Ente Único Regulador de los servicios Públicos, Comunas²⁵, etc.); **(c)** finalmente, las autoridades independientes también ejercen un control entre sí (vg. el Defensor del Pueblo de la Ciudad puede actuar tanto ante una autoridad central como ante el Ente Regulador, etc.).

(c.2) Especial referencia al Ente Único Regulador de Servicios Públicos

En el orden nacional la cuestión no es tan clara como en el ámbito de la ciudad. En rigor, el art. 138 de la Constitución local precisa que se trata de un Ente, con personería jurídica propia, que se encuentra en el “ámbito²⁶” del Poder Ejecutivo, con autarquía e independencia funcional y legitimación procesal.

El art. 139 de la Constitución local²⁷, procura establecer distintos medios para sostener dos órdenes de independencia, a saber: **(a)** la *política*: que se garantiza mediante la

RODOLFO, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP. F. CARINGELLA, L. DELPINO y F. del GIUDICE; *Diritto Administrativo*, Edizione Giuridiche Simone, 2001. SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL; *El Estado Neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*; en Revista Española de Derecho Administrativo N° 42, Civitas. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *ob. cit.*, T. I y II, caps. II, IV, VII, XV, XVI y XXV, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, La Ley, en prensa (recomendamos especial lectura a los comentarios de GORDILLO).

²³ Debemos señalar que nos referimos a “autoridades independientes” en general, no usando el vocablo europeo de “administraciones independientes”, habida cuenta que la Constitución local incorporó diversos órganos que no pueden caracterizarse como estrictamente administrativos. Sin embargo, el fenómeno que subyace, creemos, es similar al de los EE.UU. y Europa Occidental; en cuanto a descentralizar el poder, como un nuevo concepto de democracia; que no se detiene en el concepto de “mayoría”, sino que avanza hacia un fenómeno de mayor magnitud: el “pluralismo” como forma de ejercicio y conformación del orden social.

²⁴ Para que medie eficaz descentralización, el nombramiento y remoción de las autoridades de las autoridades independientes no debe ser el producto de la voluntad unilateral del Ejecutivo, ya que ello como puede advertirse neutraliza el concepto de independencia que implica la figura.

Así, deben adoptarse procedimientos complejos (Ejecutivo, Legislatura) que procuren romper con el modelo “unilateral” de Estado que tenemos basado en una concepción que exalta al órgano Ejecutivo.

²⁵ Las comunas, por su parte, deben ejercer sus atribuciones de competencia exclusiva, conforme los artículos 127 a 131 de la Constitución de la Ciudad, “... *sin contradecir el interés general de la Ciudad*”. Es decir, actuando coordinadamente.

²⁶ V. nota a pie de página 21.

²⁷ V. art. 4 de la Ley 210.

designación de sus miembros por la Legislatura con mayoría absoluta de sus miembros²⁸ y la exigencia de “... la pluralidad de la representación, debiendo ser uno de ellos miembro de organizaciones de usuarios y consumidores”, y (b) la técnica, que resguarda criterios de eficacia y eficiencia en la gestión administrativa por cuanto sus miembros deben ser “profesionales expertos” y prohibiendo que los miembros del directorio tengan “... vinculación directa o mediata con los concesionarios y licenciarios de servicios públicos”.

Estamos ciertos que esta última prohibición alcanza a las autoridades concedentes, ya que si se toma en cuenta que ellos son quienes otorgan los servicios, se evidencia que mantienen con los concesionarios una relación, cuanto menos, mediata. Se trata de la regla de que quien concede no debe controlar. Además, de admitir el temperamento contrario, la regla de independencia²⁹ de esta forma de organización constitucional podría llegar a ser neutralizada³⁰.

Por lo tanto, la independencia funcional se consume en una “fractura” con el poder central, que no implica ausencia de relación jurídica, como ya fuera expuesto, sino la falta de facultades del “centro” para modificar el mérito, la oportunidad o la conveniencia de la decisión.

La Ley 210, refuerza en varios aspectos la autonomía del Ente con: (a) la facultad del Ente para elaborar su propio proyecto de presupuesto (art. 16), (b) la improcedencia del recurso de alzada (art. 23), (c) el control judicial directo de los actos del ente. Estas cuestiones, dan cuenta que el ente se inscribe en las modernas tendencias descentralizadoras, que desplazan el control administrativo por el judicial³¹.

Por su parte, la posibilidad de intervención (art. 24), es quizás el punto más bajo en la Ley, habida cuenta que no se puntualizan las causales por las cuales puede acontecer tal

²⁸ El presidente del Ente es propuesto por el Ejecutivo.

²⁹ O en palabras de GIANNINI “impenetrabilidad en las potestades”.

³⁰ La Ley 210, al reglamentar la cuestión en su artículo 5, dispuso en lo que nos interesa: “**Condiciones e incompatibilidades.** Todos los miembros del Directorio están sujetos a las siguientes prescripciones: (...) c. Están alcanzados por las incompatibilidades fijadas por la ley para los funcionarios públicos así como por las prescripciones establecidas en los artículos 56 y 57 de la Constitución de la Ciudad.- d. No pueden tener al momento de su postulación al cargo ni haber tenido durante los 2 (dos) años anteriores, vinculación directa ni mediata con los concesionarios y licenciarios de servicios públicos bajo su control.- Tampoco pueden tener dicha vinculación hasta después de transcurridos 2 (dos) años de haber cesado en sus funciones. La violación de esta prohibición implica inhabilidad para desempeñar cualquier cargo público en la Ciudad por 10 (diez) años”. Entendemos, por los motivos que ya explicamos, que tal incompatibilidad alcanza a los funcionarios públicos que conceden el servicio.

³¹ Por las limitaciones impuestas al presente trabajo no podemos explayarnos en punto a las funciones “jurisdiccionales” del Ente Regulador (arts. 3 incs. J.- y k.-, 20, 21, 23 y 24 de la Ley 210); más allá de los amazonas de tintas que se escribieron a partir del fallo de la CS *in re “Ángel Estrada”* (de fecha 05.04.05), pensamos que no media agravio constitucional si se permite al Ente resolver determinadas controversias entre los prestadores y los usuarios; siempre y cuando la Administración central no se encuentre facultada para examinar la legalidad del acto, aquél sea imparcial e independiente y su decisión este sujeta a control judicial suficiente.

La llamada “función jurisdiccional administrativa”, a nuestro juicio, no es otra cosa que actividad administrativa que, en tanto se encuentre sujeta a control judicial suficiente (como lo está cualquier acto del Estado) no comprueba lesión constitucional.

En suma, todo se reduce a determinar el alcance del control judicial de la actividad del Ente y ponernos de acuerdo sobre cómo definimos las funciones del Estado, ya que si partimos de una concepción subjetiva concluiremos que lo que se quiere denominar función “jurisdiccional administrativa” no es otra cosa que función administrativa, sujeta a control judicial; quedando todo como un simple juego de palabras. Ahora bien, si lo que se quiere es -por medio de la llamada “jurisdicción administrativa”- restringir el control judicial, entonces sí creemos que media lesión constitucional al principio de la división de poderes y a la clara previsión del art. 108 de la Constitución local (art. 109 de la Constitución Nacional).

Remitimos a: GORDILLO, AGUSTÍN; *Ángel Estrada*, Jurisprudencia Argentina, suplemento de derecho administrativo, en prensa; en el cual el autor además de exponer ideas claras y precisas sobre el tema, hace una prolija cita de cada uno

extremo, por tanto bastará un Ejecutivo fuerte y una Legislatura políticamente subsumida a aquél para que la independencia del ente pueda ser desplazada por intereses agonales. A lo cual, para evitar todo comportamiento autoritario en la materia, queda en pie la posibilidad de revisión judicial del acto de intervención. Ahí, cobra relevancia institucional la labor del Defensor del Pueblo de la Ciudad, las Asociaciones de Usuarios y las garantías procesales constitucionales como la acción de amparo.

(d) Democracia participativa³²

Desde un comienzo, la Constitución local³³ parte de un innovador concepto de democracia, en el cual -por medio de diversos mecanismos- el título de ciudadano habilita para participar activamente en el control y gestión de los asuntos públicos.

Siguiendo esos principios, la Constitución local incorpora: **(a)** El libre acceso a la información pública³⁴ (art. 26 último párrafo, art. 46 2° párrafo, art. 53 último párrafo) y el procedimiento de audiencia o sesión pública previo a la toma de ciertas decisiones (art. 30, art. 52, art. 90 inc. 3, art. 111 y art. 120); **(b)** La iniciativa popular (art. 64), la consulta popular (art. 65), la revocación del mandato de los funcionarios electivos (art. 67); **(c)** participación en el Ente Único de Regulación de los Servicios Públicos (art. 46 último párrafo y art. 139); **(d)** las comunas³⁵ aparecen en éste fenómeno asistidas por un organismo consultivo y honorario de asesoramiento, canalización de demandas, elaboración de propuestas, integrado por representantes de entidades vecinales no gubernamentales, redes y otras formas de organización (art. 131); **(e)** el presupuesto participativo³⁶ (art. 52 y ss.); **(f)** toda esta gama de derechos (económicos, ambientales, políticos, participativos, etc.) implican reconocer, en primer lugar, que en una situación de afectación colectiva existe una lesión individual que otorga legitimación procesal, con lo cual la antigua distinción entre interés difuso – legítimo y

de los trabajos publicados al respecto. Del mismo autor, *Los Tribunales Administrativos como alternativa a la organización administrativa*, op cit.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *ob. cit.*, T. II , cap. XVI, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, La Ley, en prensa (recomendamos especial lectura a los comentarios de GORDILLO).

³³ El artículo 1 dispone que *“La ciudad de Buenos Aires, conforme el principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos (...)”*.

Tanto la información como la participación en las audiencias públicas, exigen que la información que se brinde no se pierda en tecnicismos. Debe ser clara, concreta, accesible y de fácil comprensión para el común de la gente, tal es la premisa de la transparencia.

³⁴ CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, *in re* Baladrón María Consuelo c. Ciudad de Buenos Aires”, de fecha 13.04.04. Allí se señaló que *“El principio general es el de la publicidad de los actos estatales como consecuencia del principio republicano de gobierno... Es por ello que, si bien se reconoce la facultad de declarar determinadas actuaciones como reservadas, el ejercicio de esta facultad tiene carácter de excepción”*.

³⁵ CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, *in re* “García Elorrio, Javier c. Ciudad de Buenos Aires”, de fecha 19.05.03. Con nota de GRIGERA, FLORENCIA: *“Un fallo jurídicamente sencillo y políticamente complejo: el caso de las comunas porteñas”* y HERMIDA, ROBERTO: *“La utopía de las comunas en buenos aires”*; Suplemento de derecho administrativo La Ley 30.03.04.

³⁶ CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, *in re* “Desplast, Gustavo María c. Ciudad de Buenos Aires”, de fecha 06.04.04. Se señaló que *“La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires constituye una pieza jurídica que se distingue del universo federal de la República por definir las instituciones de la ciudad de Buenos Aires en su artículo 1° como una democracia participativa.- El artículo 9 de la Ley 70 “garantiza la participación de la población... a través de foros temáticos y zonales”. En esa línea el Reglamento del Presupuesto Participativo establece que “la participación de los ciudadanos en el Presupuesto Participativo es de carácter directa y voluntaria y privilegia el espacio local y de proximidad” por lo que contempla “ciclos de asambleas barriales con sus correspondientes comisiones temáticas”.- Se adscribe así a la tendencia por la cual se considera al espacio local –por su cercanía- con el vecino como un ámbito muy adecuado para las experiencias participativas, así como para las*

derecho subjetivo, pierde progresivamente peso³⁷. Previendo, además garantías constitucionales procesales para hacer efectivos esos “nuevos” derechos: como el amparo individual y colectivo (art. 14 y 16) y el habeas corpus (art. 15).

Estos fenómenos nos llevan a concluir que *“La vida democrática moderna requiere de un rol cada vez más activo de la población (...) La idea de que los gobernados sólo actúan cuando se trata de elegir y luego (...) son gobernados por otros, sin que exista posibilidad alguna de interactuar con los gobernadores, ha quedado agotada. Ahora el concepto de democracia representativa se le agrega la calificación de participativa (...) La participación transforma el sistema democrático (...) Le concede un canal de relación permanente entre los gobernantes y los gobernados³⁸ (...)”*.

Todo esto responde a la necesidad de activar sistemas de control ciudadano que otorguen una mayor transparencia a la gestión pública, es que a nadie escapa que el problema de la corrupción es uno de los factores que en mayor medida afecta las instituciones democráticas³⁹. En ese orden de ideas, se dijo que *“La democracia efectiva requiere que la corrupción sea combatida de manera integral, toda vez que constituye un factor de desintegración social y de distorsión del sistema económico que socava la legitimidad de las instituciones públicas⁴⁰”*, agregando que *“(...) En una democracia, todos los aspectos de la administración pública deben ser transparentes y estar abiertos al escrutinio público⁴¹”*.

III.- CONCLUSIÓN Y PROPUESTA⁴²

Las democracias modernas agregan a la clásica trilogía (función legislativa, ejecutiva y judicial), como función específica el “control”, que no se ejerce solamente por el freno recíproco entre los poderes, sino que se agregan órganos y sujetos a quienes -también- se les otorga esa función. En ese orden, se instalan las autoridades independientes, ciertas organizaciones internacionales (vg. “Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”) y el hombre común, con facultades para acceder a la información pública y participar -mediante ciertos mecanismos- en la gestión de los asuntos públicos de su interés.

Las modernas facetas que adquirió el principio de la división de poderes implican aprender a vivir la democracia como una forma pluralista de ejercicio del poder. Es que, el

reformas e innovaciones de determinadas políticas públicas, considerándolo un “permanente laboratorio democrático” (en este sentido Rodríguez Arana, Jaime, “El espacio local, Buenos Aires, Lexis Nexis JA, 2001 – IV, p. 1316”).

³⁷ CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, *in re* “Barragán, José c. Autopistas Urbanas”, de fecha 03.10.03. GORDILLO, AGUSTÍN; *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, cap. II, p. 3, FDA, 2000.

³⁸ SABSAY, DANIEL Y TARAK, PEDRO; *La Participación vecinal y la gestión del medio ambiente – Audiencias Públicas / Gobierno Local*. Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 1.995.

³⁹ V. Juz. Nac. en lo Contencioso Administrativo Fed. N° 6, *in re* “Iser Munne”, de fecha 10.08.05, registrada al folio 50 / 51 del libro de sentencias del juzgado año 2005. Debe señalarse que en la “Declaración de Nuevo León” (“Cumbre Extraordinaria de las Américas, Monterrey, México 2004) se dijo que *“(...) la corrupción y la impunidad debilitan las instituciones públicas y privadas, erosionan la moral de los pueblos, atentan contra el estado de derecho y distorsionan las economías y la asignación de recursos para el desarrollo (...)”*.

⁴⁰ Primera Cumbre de las Américas. Miami, Florida, diciembre 9 / 11, 1994.

⁴¹ Primera Cumbre de las Américas, Plan de Acción y Corrupción, pto. 5. La Lucha contra la corrupción. Miami, Florida, diciembre 9 / 11, 1994.

modelo tradicional⁴³ terminó por no ajustarse a las nuevas demandas de las sociedades democráticas al llevar a una despersonalización total del poder, ejercido en base a una representatividad casi ficticia, que llevó a hacer prevalecer intereses agonales antes que arquitectónicos.

Por eso, si en la hora actual, producto de una cada vez mayor abstracción en las relaciones sociales, jurídicas y económicas; se genera una brecha entre la dirigencia y el hombre común, el juicio del constituyente local⁴⁴ fue correcto, revertir esa tendencia a partir de mecanismos que procuran una mayor participación de la ciudadanía y de los distintos sectores de intereses en el control y conformación del orden social.

Actualmente, el poder se divide para: **(a)** afianzar un concepto pluralista de la democracia, en el cual el orden social se conforma a partir de la intervención directa de los sectores de interés y del ciudadano común, y **(b)** por la necesidad “(...) *en nuestras sociedades modernas (...)*” de que ciertas funciones del Estado sean cumplidas por órganos especializados⁴⁵.

Finalmente, más allá de algunas impresiones técnicas que pusimos de relieve⁴⁶ en la Constitución local, nuestra reflexión es positiva. En efecto, ésta se instala en un moderno sistema institucional que se perfila entre los ejemplos más avanzados.

A medida que nuestra sociedad crezca en democracia y pluralismo, esas imperfecciones serán progresivamente superadas. Mientras tanto, producto del crecimiento la Constitución formal aparece en algunos aspectos desplazada por un “parasistema⁴⁷”. Es que no sólo no estamos acostumbrados a participar en los asuntos públicos, sino que a ello se agrega que la dirigencia tampoco está habituada a estas modalidades de ejercicio del poder⁴⁸.

En definitiva, ¿como crecer en este contexto?. Como se lo está haciendo; con un Poder Judicial imparcial e independiente⁴⁹ que sepa limitar, sin exceder su esfera de actuación, al poder y exigir de éste lo que la Constitución manda a cumplir, en esa línea podemos citar algunos precedentes de la Sala I *in re* “García Elorrio” ó “Barragán” o mismo la Sala II *in re* “Desplast”, que hacen gala de lo que venimos diciendo. Sin justicia independiente, las nuevas instituciones no serán más que bonitas páginas en un texto constitucional.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN, *ob. cit.*, T. II, ver comentario de GORDILLO a los caps. XXV y XXVI.

⁴³ Democracia indirecta.

⁴⁴ Al igual que en el orden nacional.

⁴⁵ CSJN, fallos: 310: 112.

⁴⁶ Ver notas a pie de página 16 y 21.

⁴⁷ GORDILLO, AGUSTÍN; *La Administración Paralela*, Civitas, Madrid, 1982.

⁴⁸ Pareciera que la dirigencia vive la participación ciudadana y la descentralización como una mengua de su poder. Caso típico es lo que acontece con las comunas, una de las deudas institucionales que se mantuvo (y por ahora se mantiene) con la sociedad.

⁴⁹ Que a su vez, requiere de ciudadanos activos que denuncien ante los estrados de los Tribunales (supuestos a escucharlos) las omisiones y excesos de los poderes públicos.