

Título: **Servicio público**
Autor: Barra, Rodolfo C.
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Junio 2023 - Número 6
Fecha: 04-07-2023 Cita Digital: ED-IV-DXLVI-709

Servicio público(*)

por Rodolfo C. Barra

Sumario: I. El instituto administrativo del Servicio Público como régimen jurídico de la concesión de servicio público. - II. La delegación transestructural de cometidos públicos. - III. El servicio público como técnica política y económica de intervención estatal. - IV. Regímenes especiales de servicio público en el ordenamiento argentino. IV.1. Los “marcos regulatorios”. IV.2. El marco regulatorio eléctrico. IV.3. El marco regulatorio del gas natural. IV.4. Medios de comunicación audiovisual y de las tecnologías de la información y las comunicaciones. IV.4.i. Medios de comunicación audiovisual. IV.4.ii. Tecnologías de la información y telecomunicaciones. - V. Quid de la actividad de educación. - VI. Quid de la discriminación (a modo de Apéndice).

I. El instituto administrativo del Servicio Público como régimen jurídico de la concesión de servicio público

Hace muchos años atrás publiqué un artículo que llevó el título de “Hacia una Interpretación Restrictiva del Concepto Jurídico de Servicio Público”(1), comentando un muy interesante fallo de la Cámara de Apelaciones Federal Contencioso-administrativo, Sala IV, in re “Fundación San Martín de Tours”, sobre el que luego volveré.

A pesar del tiempo transcurrido, me ratifico en los argumentos allí vertidos, creo que no por obstinación o amor propio, sino por convencimiento.

La síntesis de tal argumentación es que no existe, entre el servicio público en sí mismo, y los restantes institutos del Derecho Administrativo, distinción esencial alguna. La actividad de servicio público se caracteriza por ser de competencia estatal, es decir, de lo que, ya más adelante en el tiempo, he llamado “el sector público del ordenamiento jurídico”(2), siguiendo el concepto “romaniano” de ordenamiento jurídico(3), sin importar que tal competencia se haya establecido en el origen mismo de la actividad (pensemos en las actividades que se van desarrollando al compás de los avances tecnológicos), o a posteriori, y sin importar tampoco que se las pueda calificar como servicios públicos por naturaleza o no(4). Esta competencia pública es lo que denomino “publicatio”, ya sea por decisión estatal en el mismo origen de la actividad, o por su decisión posterior (ya veremos mediante cuál tipo de norma debería ser tomada esta decisión).

También es tradicional en la doctrina identificar al servicio público por los siguientes caracteres jurídicos: continuidad, regularidad, generalidad, uniformidad o igualdad y obligatoriedad(5). Pero lo cierto es que todos los institutos del Derecho Administrativo se asientan sobre la publicatio o competencia del sector público, como también es indiscutible que los citados “caracteres jurídicos” se encuentran en toda la actividad realizada por las organizaciones y sujetos pertenecientes al sector público del ordenamiento.

No es óbice a lo que acabo de afirmar el que el servicio público se preste, habitualmente, por organizaciones empresarias, y que, cuando la empresa prestadora sea pública (estatal), el instituto serviría para distinguirlo de otras actividades estatales, pero materialmente comerciales o industriales, no calificables como servicio público(6).

La objeción tiene peso, pero aun así no es de recibo. Si se sostiene, como es mi caso(7), que las empresas de propiedad del Estado son personas de derecho público que persiguen una finalidad pública, como es mi caso, estaremos en la misma hipótesis que mencionamos antes, aun sin tratarse de una actividad de servicio público, sin perjuicio también de que la aplicación de tales “caracteres” tendría modalidades propias: no sería “obligatorio” para el Estado la asunción de la actividad (a menos que lo imponga una ley), mientras que la “continuidad” estaría condicionada por la naturaleza de la actividad. Pero los demás caracteres se aplicarían también a estas empresas, especialmente el de la generalidad e igualdad.

Por otro lado, para los que consideran que tales empresas estatales que realizan una actividad comercial industrial, son personas privadas regidas por el derecho privado, la cuestión de la distinción con el servicio público carecería de utilidad, en tanto que si tales empresas prestasen un servicio público, lo explicarían a

partir de la figura de la concesión, con lo cual, como veremos, estaríamos también insertando el tema en lo que aquí sostengo: el servicio público como régimen jurídico de la concesión de servicio público.

La frase con que cierro el párrafo anterior, que es la misma que titula el presente párrafo, quiere significar que la utilidad de la distinción del servicio público como instituto jurídico se encuentra cuando este es prestado por los particulares (o por una empresa estatal, para los que las consideran sujetos privados). Es en este caso donde los conocidos “caracteres” cobran sentido para distinguirlos, no de las restantes actividades realizadas por la Administración centralizada o descentralizada, sino de la actividad empresarial, según es normalmente desarrollada por los particulares, es decir, por los sujetos que integran el sector privado del ordenamiento jurídico, quienes ejercen el derecho de realizar cualquier industria y comercio lícito en una condición sustancial de libertad, garantizada por los arts. 14 y 19 de la Constitución nacional (en adelante CN), según el principio de la autonomía de la voluntad y las reglas del mercado(8).

Entiendo que esta propuesta doctrinaria en nada disminuye la importancia del instituto del servicio público; por el contrario, la exalta. Por otra parte, la importancia y vigencia del instituto del servicio público ha sido reconocida recientemente en un más que importante fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina, en la causa “CEPIS”(9). Aquí, en el Considerando n° 30 del voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco se señala que “...las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación”. “Se trata -prosigue- de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos”.

Sintetizando:

I.A. Toda la actividad del Estado (insisto, del órgano de conducción del ordenamiento jurídico, integrado por diversos sujetos -el Estado y sus entes descentralizados- todos ellos de naturaleza pública, sin perjuicio de los que actúan en calidad de “delegados” de la Administración, según lo veremos más adelante) es, en sentido amplio, un servicio público, ya que la causa final del Estado es el Bien Común, que incluso es primero en la intención y último en la ejecución: es motor, movimiento y término de toda la acción estatal, respetando el principio de subsidiariedad. Ni el Estado tiene fines privados, ni los particulares, fines públicos(10).

Por ello la actividad del Estado y de los demás sujetos del sector público será siempre política y jurídicamente servicial, ya que toda aquella se encuentra dirigida a facilitar el bien de cada uno de los particulares(11), es decir, al servicio de cada uno de los individuos o sujetos integrantes del sector privado del ordenamiento. Por no perseguir un fin privado tal servicio es público (potencialmente abierto a todos; es para el público, al que se le distribuye o participa según la justicia distributiva), mientras que la actividad privada, sin dejar de ser moralmente servicial o solidaria se guía, entonces, por el principio del bien propio, y se intercambia o conmuta (justicia conmutativa) con los bienes privados del otro sujeto parte en la conmutación, quien también persigue en ella su propio bien(12).

I.B. Desde el punto de vista material, no hay actividad alguna que pueda ser calificada, en sí misma, como “servicio público” en el estricto sentido jurídico del término. Que lo sea depende de la ya citada publicatio(13), pero no del tipo de actividad. No es una verdadera característica del servicio público el que se preste en condiciones monopólicas, aunque esta modalidad pueda ser la más conveniente en muchos casos, principalmente por un problema de costos y de aprovechamiento eficiente de las instalaciones necesarias (que es también un problema de costos). Es decir, se trata de una conveniencia, y no de una exigencia “natural”.

I.C. Si toda la actividad de los sujetos del sector público del ordenamiento jurídico es para el servicio del público, y es cumplida conforme a un régimen jurídico sustancialmente de derecho público a través de relaciones jurídicas regidas por la virtud de la justicia distributiva(14), el instituto jurídico “servicio público” no puede servir como criterio diferenciador con relación a los restantes institutos del derecho administrativo, salvo (subrayemos este “salvo”) cuando el ejercicio de la actividad es “transferida” a un particular con la exigencia de que su prestación se haga bajo un régimen jurídico especial: el régimen jurídico del servicio público.

I.D. La necesidad de someter una específica actividad de un particular a un régimen jurídico especial (servicio público, el que es un régimen de derecho público) resulta de la necesidad de diferenciarla de las otras actividades con efectos jurídicos de ese mismo particular, regidas por el derecho privado. Estas últimas se desarrollarán dentro del mercado, según el principio de la autonomía de la voluntad y las exigencias de la justicia conmutativa, sin perjuicio de sus correcciones en virtud de la justicia general, especialmente cuando esta se expresa a través de normas imperativas (orden público)(15), mientras que el servicio público se encuentra, por definición, fuera del mercado y es prestado según las exigencias de la

justicia distributiva, sin perjuicio de que el prestador (privado) persiga la satisfacción de un bien propio. Esta es la particularidad esencial del régimen jurídico del servicio público (es decir, prestado por un particular): el prestador cumple directamente con un fin público persiguiendo, también directamente, su bien privado (lucro), pero que debe llevar a cabo respetando los principios de la neutralidad, objetividad, e imparcialidad(16), como si fuese la misma agencia u organización de la Administración pública a la cual reemplaza conforme con la figura de la “delegación”, según lo veremos en el próximo parágrafo II.

I.E. En la gestión del servicio público (en lo sucesivo, siempre que utilice la expresión “servicio público” lo haré para referirme al prestado por un particular, salvo aclaración en contrario) pueden distinguirse dos tipos de actividades: una es la concedida o delegada al particular, la que suele denominarse “núcleo básico de la concesión o delegación”, la otra se refiere a distintas actividades que, con ocasión de la prestación del servicio, el concesionario o delegado puede desarrollar, pero que no inciden sobre tal núcleo básico. La primera se regirá por el régimen jurídico del servicio público, que entonces será el régimen jurídico de la concesión de servicio público, de derecho público y ajeno al mercado, en tanto la segunda se desenvolverá conforme al régimen jurídico de derecho privado que le corresponda, presidida por la autonomía de la voluntad e incidida por el mercado, sin perjuicio de que pueda ser aprovechada para mejorar las condiciones de prestación del servicio, por ej., la reducción de la tarifa, o un aumento del eventual canon en favor del sujeto público concedente o delegante.

Es, básicamente, por las razones apuntadas, que sostengo que el servicio público es el régimen jurídico de la concesión de servicio público, el que forma parte de la técnica jurídica de la “delegación transestructural de cometidos”, según lo veremos sintéticamente en el próximo parágrafo.

II. La delegación transestructural de cometidos públicos

La figura de la delegación ha sido siempre de gran utilidad a los fines de explicar la relación jurídica concesional en el derecho público. En mi caso, lo ha hecho con un alcance mayor(17), ya que permite explicar diversas actividades que, aunque pertenecientes a la competencia de sujetos integrantes del sector público del ordenamiento, son ejercidas por particulares. Es decir, se trata de la realización de cometidos públicos -actividades de competencia pública- por parte de sujetos privados(18) con título en un acto administrativo bilateral en su origen y efectos.

Ciertamente la figura de la delegación es más que apropiada para su aplicación al caso, teniendo en cuenta que ella supone una habilitación (concesión, autorización) otorgada por el delegante al delegado a los fines de que este ejerza, en la medida de la delegación, la actividad o cometido de cuya competencia es titular, y continúa siéndolo, el delegante. La denomino “transestructural” porque esta habilitación por delegación trasciende a la estructura de la Administración pública, centralizada y descentralizada, para recaer en un sujeto privado. Es decir, la actividad, sin dejar de ser de competencia de un sujeto integrante del sector público, pasa a ser ejercida por un sujeto perteneciente al sector privado del ordenamiento jurídico(19), sin perder por ello su calidad de actividad regida por el derecho público, como veremos luego. Por su parte, por “cometido” puede entenderse tanto a la actividad en sí misma como la “incumbencia de ejercicio” de la misma, lo que se haya en el núcleo mismo de la delegación(20).

Finalmente, la delegación puede dar lugar a figuras de “autogestión” o de “cogestión” de cometidos públicos(21) (la delegación transestructural es, esencialmente, una figura organizativa) a la vez que puede ser expresamente dispuesta por una norma (ley, decreto, contrato o acto administrativo(22), según los casos) o bien resultar del propio cometido cuyo ejercicio es confiado al delegado por la norma que regula su ejercicio (como es el caso del escribano público o “escribano de registro”, o también el caso de los titulares de los Registros de Propiedad del Automotor(23), entre otros).

Es importante aclarar que esta delegación no supone “publificar” al delegado, ni tampoco a las actividades que este pueda desarrollar fuera del ámbito estricto de la delegación. El delegado continuará siendo un sujeto de derecho privado (una empresa comercial, como en el caso habitual de la concesión, una persona humana con una determinada habilitación profesional, como en la hipótesis del escribano de registro), y sus relaciones jurídicas también continuarán regidas por el derecho privado, salvo, en este último caso, en lo que se refiere al “núcleo” mismo de la delegación.

Así, la delegación supone dos tipos de relaciones jurídicas principales: una es la que vincula al delegante con el delegado, que es indudablemente de derecho público (derecho administrativo) otra es la que vincula al delegado con los terceros destinatarios del cometido delegado. Esta última es también de derecho administrativo, ya que la mera técnica de la delegación no puede suponer un debilitamiento del régimen jurídico de derecho público (denominado tradicionalmente “régimen exorbitante”) y sus constitutivos esenciales: las prerrogativas del sujeto público y las garantías del sujeto privado, a los que debe agregarse el régimen de control, hoy establecido en una norma especial de la Constitución Nacional, art. 85(24).

Conforme con lo expuesto, las relaciones entre delegado y tercero, propias del núcleo de la delegación, se regirán por el derecho administrativo en todo lo que se refiera a tal “núcleo”(25). Este debe ser interpretado restrictivamente ya que el principio de subsidiariedad como límite de la competencia del sector público -delimitación de las esferas de competencia entre el sector público y el sector privado del ordenamiento jurídico- exige el mayor respeto posible por el principio rector de las relaciones jurídicas, el de la autonomía de la voluntad, principio que en el ámbito del derecho público viene desplazado por el principio habitualmente denominado “de la Administración de legalidad” o, mejor, de la “inexcusable imperatividad normativa”(26).

Como ya lo señalé más arriba, la concesión de servicio público es un típico caso de delegación del ejercicio de competencias públicas en cabeza de un sujeto privado. En aquella las relaciones entre concedente o delegante y concesionario o delegado (generalmente, pero no necesariamente, nacidas de un contrato) son indiscutiblemente de derecho administrativo. También, siempre en el “núcleo básico” de la delegación, lo serán las relaciones entre el concesionario y el usuario, porque predomina aquí el carácter tuitivo del servicio público y de ahí, su régimen jurídico de derecho administrativo, a pesar de ser aplicado a relaciones entre sujetos jurídicos privados (concesionario y usuario)(27): el servicio público es el régimen jurídico de la concesión de servicio público.

III. El servicio público como técnica política y económica de intervención estatal

El servicio público es una técnica jurídica de intervención estatal en el ámbito de libertad de los particulares, ya sea prestado por un sujeto público (con lo que, en sí mismo, no será objeto de un régimen jurídico diferenciado de otros institutos del derecho administrativo, como ya hemos visto) o bien por un sujeto privado en calidad de delegado-concesionario. En este último caso tal régimen jurídico deberá encontrarse específicamente identificado como justificación de su aplicación a relaciones jurídicas entre particulares (sujetos privados) y el sometimiento de dichas relaciones al régimen general y predominantes de la “inexcusable imperatividad normativa”.

Esta técnica jurídica es instrumental a las decisiones políticas, gubernamentales, de intervención en el ámbito de actividades propias del sector privado del ordenamiento jurídico, ya sea desde el origen mismo de la actividad (por ej., si resulta de un descubrimiento o de una invención, lograda y desarrollada por un sujeto público, pero que muy bien podría ser dejada en la competencia de los privados) o bien por una decisión de “publicatio” tomada en algún determinado momento.

En cualquier caso, el servicio público supone transformar en régimen imperativo a lo que, en principio, debería ser dispositivo, excluyendo de su ámbito a las actividades alcanzadas o influidas por las denominadas “reglas del mercado”(28), las que, por cierto, no son imperativas sino, salvo excepciones, dispositivas. Es que el régimen jurídico de derecho público es siempre ajeno al mercado (ver nota anterior) y como tal, siempre importa una injerencia en la esfera de competencia de la sociedad o sector privado del ordenamiento jurídico, solo justificable como garantía o instrumento para la protección y/o promoción o fomento de los derechos individuales(29). Las mencionadas injerencias o intervenciones pueden ser de dos tipos: supletorias (propias del derecho privado heterónomo, que es supletorio del derecho autónomo, creado por las partes en sus relaciones jurídicas) o principales, que son las imperativas o de orden público.

Las intervenciones que he denominado “principales” pueden perseguir diversas finalidades: protección de la moralidad, seguridad y salubridad públicas (policía), orientación de las actividades económicas, generalmente persiguiendo finalidades de protección de terceros, del ambiente, etc. (regulación económica, como especie de la policía administrativa) las normas tributarias, la actuación de las empresas de propiedad o control estatal (generalmente actuando directa o indirectamente fuera de la competencia), la política económica en general (por ej., lo relativo al valor de la moneda) y el servicio público, el que se comporta también como una muy importante externalidad(30) con relación a las actividades privadas, amén de, por definición, retirar a la actividad “servicial”, por el hecho de serla y por su régimen jurídico sustancial, del mercado.

Cabe también señalar la importante diferencia entre la actividad sujeta a determinadas regulaciones imperativas y el servicio público(31). La primera supone transformar en indisponibles la determinación normativa heterónoma de determinados elementos de las relaciones jurídicas que el regulado mantendrá con los terceros, como la calidad exigida para el sujeto, por ej., solo nacionales o residentes, o también algún aspecto del objeto, por ej., precio máximo y/o plazo de cumplimiento, modo de cumplimiento, en protección de los terceros -regulaciones del Banco Central para la actividad financiera, seguridad industrial, etc.- y otras que quitan cierto aspecto de la relación jurídica del ámbito natural (reitero, en una sociedad libre) de la autonomía de la voluntad de las partes. Será siempre una publicatio parcial. Por su parte el servicio público supone la transferencia de toda la actividad servicial al ámbito del sector público del ordenamiento, esto es, su publicatio total, siempre en el núcleo estricto del servicio público.

En ambos casos, aunque con diferencia de grados, esta política intervencionista supone modificar la ubicación del límite competencial entre el Estado y la Sociedad (la subsidiariedad(32)) de manera que, en sus casos extremos puede significar, sin decirlo expresamente, un cambio de régimen de una sociedad libre a un sistema totalitario simplemente por el incremento tanto de las regulaciones imperativas como por la declaración de mayor cantidad de actividades como servicio público, independientemente de que estas sean gestionadas por el Estado o por particulares en calidad de delegados de aquel último(33).

Es por las razones arriba apuntadas que la calificación de una determinada actividad como servicio público debería ser siempre establecida por ley del Congreso (una posterior reforma constitucional debería así prescribirlo, incluso exigiendo mayorías calificadas en ambas Cámaras) como también que los alcances de su régimen jurídico “extra-mercado” o ajeno al mercado (régimen jurídico de derecho público) debería ser interpretado con carácter restrictivo.

Como veremos más abajo, en el ordenamiento argentino la legislación suele distinguir, aunque de manera muy poco precisa, entre “actividad de servicio público” y “actividad de interés público”. ¿Agrega esta distinción a lo que he señalado en los párrafos anteriores? Creo que agrega poco. El interés público puede ser considerado como una forma de precisar, en el caso concreto, la finalidad general de Bien Común, en tanto que causa final de la polis. En tal especificación se apunta a las actividades de los privados, que, en principio, persiguen una finalidad privada, aunque por su incidencia directa e inmediata sobre el Bien Común conforme con las circunstancias del momento a juicio de la autoridad, es necesario asegurar que las mismas no lo perjudiquen. Esta orientación hacia el Bien Común -que jurídicamente es relevante en las normas imperativas- es lo propio de la denominada “justicia general, legal o del Bien Común”(34).

Así entonces la calificación de una determinada actividad privada como “de interés público” puede conducir a someterla ya sea a regulaciones imperativas específicas como a su inserción en el régimen jurídico del servicio público (publicatio). Cabe agregar que en el supuesto de silencio normativo en cuanto a si la calificación de interés público supone la mera regulación imperativa o la publicatio propia del servicio público, el carácter restrictivo de este último debe conducir a la interpretación menos lesiva para la libertad o autonomía de la voluntad en el desarrollo de la actividad de que se trate, es decir, por su mera regulación imperativa.

IV. Regímenes especiales de servicio público en el ordenamiento argentino

El ordenamiento jurídico argentino ha seguido, en general, la tradición francesa en la materia, con servicios prestados por concesionarios privados o bien por el Estado, a través de empresas públicas de variada tipicidad jurídica(35). En muchos de estos casos, en especial los más antiguos, la calidad de servicio público de una actividad determinada resulta, más que de una declaración expresa en tal sentido, del propio régimen jurídico al que se somete a la actividad, ya sea por estar prestada por un ente público, es decir, perteneciente al sector público del ordenamiento(36), o bien por un sujeto privado, integrante del sector privado del ordenamiento, actuando en razón de un título jurídico otorgado por el Estado, generalmente un contrato de concesión.

Ya más en la actualidad, el legislador se ha ocupado por identificar a la actividad que se declara como servicio público, cuestión por demás importante por las razones ya apuntadas, especialmente cuando tal actividad forma parte de un proceso económico/productivo donde no todas las actividades que lo integran son sometidas a un mismo régimen jurídico.

IV.1. Los “marcos regulatorios”

Si bien no existe una definición científica de “marco regulatorio” que sea de recibo, podemos aquí intentar aproximarnos a una comprensión de tal noción, al menos considerando su empleo en la Argentina.

Es posible aislar dos acepciones de “marco regulatorio”. La primera es la amplia y, para lo que nos interesa, imprecisa. El marco regulatorio es el que se encuentra en cualquier norma jurídica que, precisamente, regule con efectos jurídicos, una determinada conducta de sujetos determinados o indeterminados. Así un contrato es, en este sentido, un marco regulatorio (autorregulatorio) para las partes del mismo(37), lo mismo que son regulatorias las normas emanadas del Estado (ver nota anterior). Así surge de la Constitución Nacional la que, en su art. 14 prescribe que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”. Es decir, las “leyes”, todas las leyes (ver nota anterior) reglamentan o regulan (son sinónimos) a los derechos fundamentales del ser humano.

Así entonces, toda norma jurídica es un “marco (encuadre, donde encaja una cosa, donde se delimita) regulatorio”, destinada a regular nuestros derechos.

Pero la expresión “marco regulatorio” puede ser utilizada con un sentido estricto, persiguiendo la precisión de un instituto jurídico. Así ocurre con las normas heterónomas (y mayormente imperativas) que, o bien someten a una determinada actividad a regulaciones de policía económica (siempre específicas y parciales, es decir, sin someter a la regulación imperativa a la totalidad de la actividad en cuestión, sino solo algunos aspectos), o bien “publicando” a la totalidad de la actividad, o al menos su núcleo básico, a través del régimen jurídico del servicio público.

Seguidamente nos detendremos en algunos ejemplos.

IV.2. El marco regulatorio eléctrico

La ley 15.336 (vigente con las modificaciones incorporadas por la ley 24.065, que analizaremos luego) declara sujeta a sus disposiciones “a las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad...” (art. 1), dejando a salvo los supuestos en que la actividad industrial eléctrica tenga como “...objetivo principal [...] la transmisión de señales, palabras o imágenes, que se regirán por sus respectivas leyes especiales” (ibid.), tal como lo estudiaremos en el numeral IV.4.

En lo que aquí interesa, cobra especial relevancia el art. 3 de la ley 15.336, por el cual “...denominase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes”. Como se ve, la norma enumera los principales caracteres del régimen jurídico del servicio público: regularidad, continuidad, carácter tuitivo y, precisamente, su declaración normativa como tal. Cabe interpretar, a la vez, que quienes están beneficiados con el régimen del servicio público son los domiciliados en centros urbanos o rurales susceptibles de ser abastecidos, tanto como vivienda, como comercio o industria (la norma no distingue); en tales condiciones todos ellos son integrantes de la “colectividad o grupo social” según el texto de la norma(38).

Por su parte, el párrafo segundo del mismo art. 3 establece: “Correlativamente, las actividades de la industria eléctrica destinadas total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público serán consideradas de interés general, afectadas a dicho servicio y encuadradas en las normas legales y reglamentarias que aseguren el funcionamiento normal del mismo”.

En orden a distinguir en este marco regulatorio, entre las actividades meramente reguladas, por una parte, y, por la otra, las calificadas como servicio público, notemos que la actividad de abastecimiento de energía al servicio de distribución de la misma a los usuarios, se agota en la etapa de generación (no importa la fuente). En cambio, el transporte (que podría ser considerado como una actividad complementaria de la generación) ya se encuentra calificado como servicio público por el art. 14. b) de la ley 15.336. Así entonces, aun cuando, por el art. 4, las “operaciones de compra o venta de electricidad” entre la “central” (se refiere a la generadora) y el prestador del servicio al usuario (el distribuidor) se reputen “actos comerciales de carácter privado” ello será así “en cuanto no comporten desmedro a las disposiciones de la presente ley” (art. 4, in fine). Es decir, en cuanto tales actividades, en principio regidas por el derecho privado, no contradigan al régimen regulatorio (de policía económica) de la ley 15.336. Ciertamente esta ley poco espacio deja al carácter privado de dichos contratos de suministro de energía, no solo por aquel sometimiento a las normas regulatorias de carácter imperativo, sino por la previsión del ya citado segundo párrafo del art 3, el que, como vimos, además de declararlas “de interés general” las “afecta” al servicio público y las encuadra, es decir somete, “en las normas legales y reglamentarias que aseguren el funcionamiento normal del mismo”. Como se ve, en este “marco regulatorio” la línea de demarcación entre la actividad meramente regulada y la actividad de servicio público es tan tenue que permite afirmar que, en el régimen de la ley 15.336, la actividad de generación eléctrica es, en su núcleo básico, un servicio público(39). De todas maneras, la ley cit. dedica una parte importante de su articulado (arts. 14 a 21, principalmente) a prescribir los elementos esenciales que deberán contemplar los respectivos contratos de concesión de servicio público, los que se aplicarán al generador en la medida que ello sea necesario para asegurar la prestación del servicio público de transporte y distribución.

De la misma manera, la ley 24.065, a pesar de afirmar la libertad negocial de las partes en los contratos de suministro de energía entre, por un lado, los generadores y, por el otro, los distribuidores y grandes usuarios, no deja de someter a estas contrataciones a reglas imperativas, conforme con los principios de sus arts. 1 y 2, y a los reglamentos que para los generadores y restantes actores del mercado eléctrico dicte la agencia reguladora -Ente Nacional Regulador de la Electricidad- según lo prescripto por el art. 56 de la misma ley. Es decir, contratos sometidos a una fuerte regulación imperativa y afectados a la prestación del servicio público eléctrico.

IV.3. El marco regulatorio del gas natural

Al igual que lo hace la ley 24.065 para los “actores del mercado eléctrico”, la ley 24.076, del “marco regulatorio del gas natural” (MRG), distingue entre las actividades meramente reguladas, por un lado, y las sometidas al régimen jurídico del servicio público, por el otro. Así ya en su art. 1, declara que el “transporte y la distribución de gas natural [...] constituyen un servicio público”, mientras que la regulación de la producción, captación y tratamiento queda remitido a la ley 17.319, la que establece un régimen especial destinado a la explotación de hidrocarburos.

La citada ley 17.319 (Ley de Hidrocarburos)(40) en consonancia con lo prescripto por el art. 124 in fine de la Constitución Nacional(41), establece que los yacimientos de hidrocarburos líquidos o gaseosos situados en el territorio de la República pertenecen al “patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren”, es decir se trata de bienes pertenecientes al dominio público de la Nación o de las provincias(42). Su exploración y explotación por empresas públicas o privadas requiere del “permiso de exploración” o de la “concesión de explotación”, respectivamente.

Los explotadores, con título en la concesión, “tendrán el dominio sobre los hidrocarburos que extraigan y, consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados” conforme con los contratos respectivos y las regulaciones pertinentes, entre ellas la de la misma ley 17.319.

Por su parte, la ley 26.741, que declaró la expropiación de las acciones de YPF pertenecientes a la empresa REPSOL(43), da más fuerza aún a la declaración de la ley 17.319 prescribiendo que, con el fin de lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos, es “de interés público nacional la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos” (art. 1).

Tenemos así, en lo que nos interesa, dos planos perfectamente diferenciados: uno es el de la exploración y explotación que a estos efectos podemos llamar “primaria” (extracción o separación del yacimiento), las que se tratan de actividades fuertemente reguladas pero no declaradas servicio público, otro es el de la explotación “secundaria” del hidrocarburo, líquido o gaseoso, a partir de su extracción. Mientras que sobre el yacimiento el explotador (pasada con éxito la etapa de la exploración) tiene una verdadera concesión de uso para la extracción del hidrocarburo, con relación a los hidrocarburos ya extraídos el concesionario tendrá el “dominio” y “consecuentemente, podrán transportarlos, comercializarlos, industrializarlos y comercializar sus derivados”, pero sujeto a las regulaciones que se dicten. Para el petróleo, lo hacen las citadas leyes 17.319 y, parcialmente, la ley 26.741, amén de un conjunto de regulaciones de inferior jerarquía normativa (decretos del Poder Ejecutivo, reglamentos administrativos) que, insisto, no avanzan con la declaración de servicio público en ninguna de las etapas de la industria petrolera, hasta llegada al consumidor.

En cambio, para el gas natural, la ley 24.076 establece un régimen jurídico especial en cuanto al transporte y distribución del hidrocarburo, actividades a las que declara “servicio público”, mientras que “la producción, captación y tratamiento” mantienen su sometimiento a la ley 17.319 (art. 1, MRG).

Así entonces, aunque todos son “sujetos activos de la industria del gas natural” (art. 9, MRG), los productores, captadores, procesadores, almacenadores y los “comercializadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural” (art. 9, cit.)(44) desarrollan actividades reguladas, fundamentalmente, bajo el marco de la ley 17.319 y, parcialmente, del MRG. Por su parte, como ya lo hemos visto, el transporte y la distribución son actividades sometidas al régimen jurídico del servicio público. Pero, aun así, es evidente que la regulación de la actividad de los “sujetos activos de la industria”, especialmente los productores, en su relación con transportistas y distribuidores destinados al consumo “ordinario”, se verá afectada por el mismo servicio público, del que son, y en cuanto que lo sean en concreto, actividades, precisamente, serviciales o complementarias. Ambas categorías de “sujetos” activos -los que podemos denominar “regulados” y los que llamaremos “serviciales”- se encuentran sometidas a la competencia del ente regulador creado por el MRG a tales fines (Cap. X, arts. 50 y ss.), el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS).

El MRG identifica al transportista y al distribuidor a los efectos del servicio público que la misma ley 24.076 regula. Conforme con su art. 11, transportista es “toda persona jurídica responsable del transporte del gas natural desde el punto de ingreso (del hidrocarburo) hasta el punto de recepción...” del mismo, no sólo por los distribuidores sino también por los consumidores (grandes consumidores) que contraten directamente con el productor, y los almacenadores. Es decir, aun cuando la venta de gas a los grandes consumidores o a los almacenadores es relativamente libre, no cabe duda de que su desarrollo se encuentra incidido por el régimen del servicio público al que está sometido el transportista.

Por su parte, la ley (art. 12) considera distribuidor al “responsable de recibir el gas del transportista y abastecer a los consumidores a través de la red de distribución, hasta el medidor de consumo, dentro de una zona, entendiéndose por tal una unidad geográfica delimitada...”. Así, entonces, el MRG disciplina el

servicio público de transporte y el servicio público de distribución. Transportistas y distribuidores son prestadores de los respectivos servicios, condición a la que acceden por el otorgamiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional de “la correspondiente concesión, licencia o permiso previa selección por licitación pública” (art. 4, MRG).

La distinción entre las dos categorías de “sujetos activos de la industria del gas natural” (los que hemos denominado como “regulados” y “serviciales”) es también consecuencia de la preocupación del legislador del MRG por evitar la colusión de intereses entre tales actores del mercado del gas, en especial en lo que atañe a transportistas y distribuidores, es decir, a los sujetos “serviciales”.

Así, los transportistas se encuentran, principalmente, 1) limitados para la compraventa de gas, salvo para su propio consumo y el que sea necesario para mantener operables a los sistemas de transporte, en los volúmenes autorizados por el ENARGAS (art. 33); 2) no podrán recibir (como tampoco los distribuidores) una participación controlante(45) de productores, almacenadores, consumidores de contratación directa con el productor, distribuidores o transportistas (según el caso).

Son numerosas, también, las normas del MRG que regulan las obligaciones de transportistas y distribuidores a los efectos de la prestación de los respectivos servicios: obtener autorización del ENARGAS para la realización de obras “de magnitud” (a definir por el mismo ENARGAS (art. 16) para lo cual se deberán cumplir con los requisitos establecidos en la misma norma, todo ello bajo pena de suspensión, preventiva y definitiva, y sanciones conforme con el Capítulo XII del MRG(46); asegurar el suministro continuo de los “servicios no interrumpibles” (art. 24) satisfaciendo toda demanda razonable de acuerdo con las condiciones de la habilitación (relación delegatoria, por el título que sea) (art. 25); “permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte y distribución de sus respectivos sistemas”, siempre que no afecte al abastecimiento de la demanda ya contratada por el “servidor” (art. 26); no incurrir en acuerdos no igualitarios en el acceso, salvo lo autorizado por el ENARGAS (art. 27); cumplir con las especificaciones que la reglamentación imponga para el gas natural que se inyecte en el sistema de transporte y distribución (art. 30); entre otras también de gran importancia propias del régimen jurídico del servicio público.

En su Capítulo IX el MRG dedica un tratamiento especial a la más que importante cuestión tarifaria, que muestra la fuerte vinculación, en el sistema del MRG, de la actividad de los sujetos “activos” simplemente regulados, con la de los sujetos activos “serviciales”.

La tarifa del gas a los consumidores, es decir, los usuarios finales del servicio público, no se encuentra sujeta a una libre negociación, regida por los principios de la justicia conmutativa(47), ni mucho menos a libre voluntad unilateral del distribuidor; por el contrario, la tarifa es fijada por el ENARGAS conforme con los principios y procedimientos establecidos en el MRG.

El primero de tales principios lo acabamos de considerar: la tarifa no es libre y su fijación es competencia del concedente a través del ENARGAS, tanto al momento de otorgarse la concesión (art. 40) como a posteriori si fuese necesario modificarla.

Según lo prevé el art. 38 del MRG, la tarifa debe ser 1) retributiva de todos los costos operativos razonables, amortizaciones, impuestos y rentabilidad, también razonable (aptdo. a); 2) especialmente retributiva del costo de adquisición del gas por parte de los distribuidores (aptdo. c), lo que supone y exige, según el MRG, una fuerte incidencia regulatoria sobre las tarifas(48) de productores y, aunque la ley no los menciona, transportistas; 3) eficiente en la relación costo y prestación del servicio, considerando especialmente su seguridad (aptdo. d y art. 39.b); 4) mantener una relación de igualdad comparativa (relación jurídica de justicia distributiva) entre las distintas situaciones de prestación, teniendo en cuenta la modalidad, ubicación geográfica, distancia relativa a los yacimientos y otras relevantes (aptdo. b y art. 43)(49); 5) no comunicabilidad de los costos, los que en ningún caso podrán ser trasladados, de un consumidor o categoría de consumidores, a la tarifa cobrada a otros consumidores (art. 41); 6) revisibilidad de las tarifas y del cuadro tarifario en general(50) (arts. 46 y 47), a pedido de los prestadores, de los consumidores o incluso de oficio por el ENARGAS(51), con base en “circunstancias objetivas y justificadas” (art. 46), para lo cual se deberá tener en cuenta la “estructura de costos” que sirvió de base para establecer el cuadro tarifario original, y sus modificaciones, conforme con los elementos enumerados en el art. 45; 7) condición participativa de la fijación y eventual revisión de la tarifa y/o cuadro tarifario, lo que obliga a convocar a una audiencia pública previa al dictado del acto administrativo de alcance general (ya que obliga a un número no determinado de consumidores, amén del concesionario) aprobatorio del nuevo cuadro (art. 47)(52); 8) carácter expansivo del régimen jurídico del servicio público.

Detengámonos en este último principio, es decir, el carácter expansivo del régimen jurídico del servicio público. Por tal principio entiendo la incidencia que ciertos aspectos puntuales de dicho régimen jurídico tienen sobre actividades, aunque en sí mismas no “serviciales”, necesariamente vinculadas al servicio de

tal manera de tornarlas efectivamente capaces de afectar a sus contenidos prestacionales esenciales. Es decir, afectar el núcleo mismo de la delegación transestructural.

El caso “CEPIS” nos brinda un preciso ejemplo de lo expuesto. En esta causa se tramitó una acción de amparo colectiva, con fundamento en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, donde se impugnaron dos resoluciones ministeriales vinculadas con la tarifa del gas natural (ya veremos con qué alcances) a ser soportadas por los usuarios(53). Recordemos que de acuerdo con el art. 37 del MRG, “(L)a tarifa del gas a los consumidores será el resultado de la suma de: a) precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte; b) tarifa de transporte; c) tarifa de distribución”. Recordemos también que la modificación del cuadro tarifario para el consumidor, de acuerdo con el art. 47, en lo relativo al transporte y la distribución, debe encontrarse precedida por una audiencia pública, cuya omisión fue fundamento de la acción de amparo.

La Corte Suprema hizo lugar a la acción, sosteniendo que la exigencia de la audiencia pública alcanza también al precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST), con lo que también alcanza al valor al que lo comercializa el productor, valor que, si bien es regulado, en principio no es tarifa del servicio público. Como es evidente, el precio PIST tiene una incidencia preponderante sobre la tarifa de gas, de manera que, como es fácil deducir del fallo “CEPIS”, no puede evitar verse alcanzado por el elemento puntual del régimen servicial discutido en el caso, esto es, la participación de los usuarios en el procedimiento administrativo de su determinación, es decir, de la regulación de la tarifa servicial.

IV.4. Medios de comunicación audiovisual y de las tecnologías de la información y las comunicaciones

Aunque se encuentran ligados, especialmente por su trascendencia sobre el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, expresión y difusión, los “medios de comunicación audiovisual” (MCA) han recibido tratamiento legislativo por la ley 26.522 (LMCA), mientras que las denominadas “tecnologías de la información y las comunicaciones y de las telecomunicaciones y sus recursos asociados” (TIC) se encuentran sometidas a una regulación especial a través de la ley 27.078 (LTIC). Las actividades destinadas a prestar los MCA han sido calificadas legalmente como “de interés público” (art. 2, LMCA), mientras que las dirigidas a brindar los TIC han sido declarados por la ley como “servicios públicos”. Ya discutiremos si, en estos casos concretos hay verdadera diferencia de régimen jurídico sustancial entre unas y otras, es decir, si las actividades de “interés público” no son, en la hipótesis, también actividades sometidas a un régimen jurídico que, por la regulación legal, es tan de servicio público como el caso de los TIC.

IV.4.i. Medios de comunicación audiovisual

De acuerdo con el art. 4 de la LMCA, la “comunicación audiovisual” es una “actividad cultural cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador de un servicio de comunicación audiovisual o productor de señales o contenidos...”, es decir, una actividad cultural que se especifica por tener un responsable editorial quien es el prestador o productor de señales o contenidos(54). El mismo art. 4 define la figura del productor, prestador o responsable editorial como el sujeto que “gestiona y organiza secuencialmente diversos contenidos sonoros o audiovisuales, para configurar una señal o programa”. Este último es un conjunto de sonidos y/o imágenes que integrarán una “programación o catálogo de ofertas” informativas, de entretenimiento, de educación, excluyendo las que generen solo un texto alfanumérico (art. 4 cit.), mientras que la “señal” es definida (lug. cit.) como el “(C)ontenido etiquetado de programas producido para su distribución por medio de servicios de comunicación social”.

Por el art. 2 de la LMCA, con base en lo dispuesto por el art. 19, CN, se declara a estas actividades como de “interés público”. Así el cumplimiento de la regulación por los particulares -los prestadores “de gestión estatal”, cuya existencia autoriza el art. 21 de la LMCA, se encuentran obligados por el mero principio de la “administración de legalidad”- es indisponible, esto es, de orden público (art. 165, LMCA). El interés público, que da fundamento a la regulación imperativa del caso, consiste en “el desarrollo sociocultural de la población” y la protección del “derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones”. Entre estos objetivos cabe destacar “la promoción de una sociedad de la información y el conocimiento, que priorice la alfabetización mediática y la eliminación de las brechas en el acceso al conocimiento y las nuevas tecnologías” (aptdo. e), dentro de un marco regulatorio que prioriza la protección de los derechos humanos (de prestadores y, fundamentalmente, de usuarios) vinculados con la actividad, como así también las cuestiones inherentes a la salvaguardia del patrimonio cultural nacional y su diversidad.

La prestación de la actividad regulada por la LMCA solo podrá practicarse previa licencia habilitante(55) otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional o por la agencia reguladora(56) creada por la misma ley, el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)(57) conforme con el procedimiento del “concurso público abierto y permanente” (art. 32, LMCA)(58).

La licencia, en este caso, es el acto administrativo de origen (no puede otorgarse sin mediar el pedido de un interesado) y efectos bilaterales (genera derechos y obligaciones recíprocas) que remueve el obstáculo para el ejercicio de la actividad regulada (cfr. definición del art. 4). Para el régimen de los MCA la licencia es un típico acto de naturaleza regulatoria, tradicionalmente incluido entre los denominados “medios de policía”, aunque es inocultable su cercanía con el contrato administrativo. Como tal genera, para el licenciataria, un “derecho subjetivo” en los términos de la misma licencia, y no una situación precaria. La licencia es inembargable e indelegable (arts. 42 y 44, LMCA).

Las actividades MCA están sometidas a regulaciones imperativas severas, especialmente en todo lo que se refiere al otorgamiento de licencias (para garantizar la concurrencia y el cumplimiento de las “condiciones de admisibilidad” de los concursantes, establecidas en el art. 24, LMCA); a la protección de los derechos de los usuarios (especialmente de los derechos reconocidos en la Constitución y en las convenciones internacionales complementarias de la misma)(59); el “derecho de acceso” previsto en el art. 77, LMCA(60); la promoción de la industria nacional como cuotas de contenidos en la programación (cfr., arts. 65 y 67, LMCA); asegurar que se cumplan las normas de protección a la niñez (art. 68); regular los aspectos técnicos de los servicios (cfr. arts. 87 y ss.), especialmente velando para que los licenciataria cumplan con la “regularidad y continuidad de las transmisiones y cumplimiento de los horarios de programación” (art. 87), entre otras de gran importancia. Entre estas se destaca la “administración del espectro radioeléctrico” (art. 7, LMCA), siempre con sumisión a la “Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)” y el “Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones” (ONU, 22/12/1992; vigente para la Argentina por ley 24.848)(61).

El citado art. 7 declara que “(C)orresponde al Poder Ejecutivo nacional, a través de la autoridad de aplicación de la presente ley, la administración, asignación, control y cuanto concierna a la gestión de los segmentos del espectro radioeléctrico destinados al servicio de radiodifusión. Los servicios de radiodifusión están sujetos a la jurisdicción federal”(62). ¿Es esta prescripción de la LMCA (lo que vale también para los TIC, regidos por la LTIC) válida desde el punto de vista constitucional? El art. 32 de la Constitución Nacional declara enfáticamente: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta(63) o establezcan sobre ella la jurisdicción federal” (nota y subrayado agregados).

Parecería, en principio, que la LMCA carece de “salud” constitucional: es “facialmente” contradictoria con el art. 32 de la CN, al menos en lo que a la jurisdicción federal corresponde, inconstitucionalidad que afectaría a la existencia misma de la agencia regulatoria, el ENACOM. Sin pretensión de avanzar en el análisis de esta grave cuestión (lo que requeriría un estudio específico) la solución de la misma pasaría por considerar que la utilización del espectro radioeléctrico es necesariamente interjurisdiccional (vincula a las provincias entre sí y a estas con la Nación) y por lo tanto alcanzada por el art. 75, inc. 13, CN que otorga al Congreso federal competencia y jurisdicción para “(R)eglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”, aprovechando el sentido amplio con que normalmente se ha interpretado esta norma constitucional(64). Por otra parte, el constituyente de 1994 incorporó, como art. 75, inc. 19, 4º párrafo, CN, la siguiente atribución del Congreso federal: “(D)ictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras de autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”. Claro que estas dos normas constitucionales habilitan la legislación federal (siempre a los efectos que ellas prevén) y no la creación de una agencia federal para su aplicación, cuestión que podría salvarse otorgando al ENACOM una conducción interprovincial, con participación del Gobierno federal, y jurisdicción nacional, a través de un acuerdo o “pacto federal” en tal sentido, con base en un acuerdo entre regiones, según lo admitido por los arts. 124 y 125, CN(65), con conocimiento del Congreso federal, tal como lo exigen estas normas. El acuerdo interjurisdiccional debería ser ratificado por ley de cada provincia y por el Congreso, ley esta última que no podría sostenerse violatoria de la prohibición del art. 32, CN, ya que su contenido sería exclusivamente ratificatorio de pactos interregionales. Lo expuesto hasta aquí es aplicable a la autoridad regulatoria del servicio público de las TIC, que es el mismo ENACOM (Título X, Cap. I de la LTIC, con las modificaciones establecidas por el DNU 267/2015). Cabe destacar también que el art. 4 de la LTIC prescribe que “(L)as actividades reguladas por la presente estarán sujetas a la jurisdicción federal...” sobre cuya contradicción con el citado art. 32, CN, valen también los argumentos precedentes.

Es evidente que la LMCA somete a los servicios alcanzados por su normativa a una regulación imperativa más que severa. Entonces ¿se trata de una actividad regulada o un servicio público?

Para responder a la pregunta anterior debemos insistir en las diferencias entre ambos institutos jurídicos. La primera distinción fundamental, y de la que deriva cualquier otra, es que la actividad calificada como servicio público es de competencia estatal, se encuentra situada en el sector público del ordenamiento jurídico y su prestación corresponde al Estado asegurando su carácter tuitivo. Por ello la severidad de su regulación jurídica, la que cobra especial importancia cuando el Estado delega su prestación en sujetos privados, pertenecientes al sector privado del ordenamiento jurídico. De aquí que, con limitaciones impuestas por otras garantías jurídicas (en el caso la libertad de expresión y comunicación) el carácter “reglado” del servicio, su sometimiento a las garantías de “universalidad” e

“igualdad”, inciden sobre las modalidades de la prestación, así como la “continuidad” puede justificar el rescate del mismo para la vuelta a la prestación por el Estado o sus entes descentralizados.

En cambio, la regulada imperativamente es una actividad sometida, en mayor o menor medida según los casos, a la autonomía de la voluntad, a la “libertad negocial”, es decir, al mercado, pero incidida por normas imperativas que persiguen conformar la actividad, especialmente sus modalidades de ejercicio, a las exigencias del Bien Común (justicia general).

Esta es la razón por la que, en caso de duda de predominar el principio de la “libertad negocial”, que es exigida por el art. 14, CN: *in dubio pro libertate*. Esta es la razón por la cual es de recibo exigir que solo puede considerarse a una determinada actividad privada como servicio público cuando ello se encuentre expresamente declarado por una norma de jerarquía legal.

IV.4.ii. Tecnologías de la información y telecomunicaciones

Por su parte, la LTIC distingue, separa y extrae del ámbito de aplicación de la LMCA (en lo que pudiere ser alcanzado por esta)(66) a las prestaciones o servicios que enumera y define el art. 6° de la misma, en general aquellos servicios cuyo objeto es “transportar y distribuir señales o datos, como voz, texto, video e imágenes”, así: 1) radiodifusión por suscripción que importa la transmisión de señales para ser recibidas por público determinable ya sea a través de espectro radioeléctrico o mediante vínculo físico, incluyendo la prestación de servicios TIC basados en el protocolo IP, para el acceso de programas en vivo y/o televisión lineal; 2) servicio básico telefónico (SBT), independientemente de la tecnología que utilice siempre que permita a los usuarios intercomunicaciones de voz, y servicios de telecomunicaciones en general, incluyendo el servicio de telefonía móvil, esto último conforme con el art. 54 de la LTIC; 3) servicio de video ofrecido por un prestador de servicios TIC, a pedido por el usuario para el acceso a programas en el momento elegido por el mismo; 4) “recursos asociados”, esto es “las infraestructuras físicas, los sistemas, los dispositivos” y en general todos los elementos vinculados (asociados) con una red de telecomunicaciones o con un servicio TIC, que permitan o apoyen la prestación de servicios a través de aquellos, incluso potencialmente. Por su parte, el art. 55, LTIC reafirma que “(E)l Servicio de TIC comprende la confluencia de las redes tanto fijas como móviles que, mediante diversas funcionalidades, proporciona a los usuarios la capacidad de recibir y transmitir información de voz, audio, imágenes fijas o en movimiento y datos en general”.

La trascendencia de la separación y distinción entre las prestaciones alcanzadas por la LMCA y las sometidas a la LTIC, es que estas últimas son, por definición legal (art. 15, LTIC) “servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”, mientras que las primeras son actividades reguladas según la citada LMCA y normas concordantes y reglamentarias. Como ya lo hemos adelantado, la distinción de régimen jurídico sustancial, en el caso de ambos regímenes normativos es más que discutible, como lo analizaremos más abajo.

Sin perjuicio de la mentada distinción, el art. 9 de la LTIC permite expresamente que los licenciatarios de estos servicios públicos sean también licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual(67), y viceversa, siempre cumpliendo con las exigencias para obtener las licencias respectivas.

El art. 2, LTIC enumera las finalidades del régimen legal: 1) “garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones”, los que son fundamentales en tanto que un ser humano impedido de comunicarse con los otros sufre una importante merma en su desarrollo personal y en su dignidad y libertad(68); 2) desarrollar la industria de las TIC, como factor de independencia tecnológica nacional y también desarrollo social; 3) fomentar la competencia en la industria de las TIC; 4) incentivar las economías regionales y los emprendimientos “pyme” (pequeña y mediana empresa) y otros sin fines de lucro; 5) “posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad” (art. 1, LTIC).

Como ya lo hemos mencionado, el art. 15 de la LTIC declara expresamente que estas actividades, como también “el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarios de servicios TIC, son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia”(69).

Detengámonos brevemente en esta definición. La norma califica a los servicios TIC como “servicios públicos esenciales”, lo cual es, precisamente, lo que caracteriza a todo servicio público: el carácter esencial de la prestación para la satisfacción de derechos fundamentales de los usuarios y otras razones de interés público que justifican e incluso imponen la “publicatio” de la actividad. Desde esta perspectiva siempre son, también, estratégicos, en cuanto hacen a objetivos, a los que define, que deben ser considerados como contenidos del Bien Común, cuya realización es la causa final de toda comunidad políticamente organizada. El logro de tales objetivos estratégicos necesita ser facilitado mediante acciones

tácticas cuya identificación e imposición a los gestores (sean estos públicos o privados) corresponde a la autoridad política, en este caso el titular de la competencia servicial y eventual delegante de su gestión.

También los define el legislador como “servicios públicos en competencia”. La definición es adecuada, entendiéndola en su correcto sentido práctico. Ni los TIC son “monopolios naturales” ni esta calidad es de la naturaleza del servicio público, aunque la misma justifique, cuando exista, imponer a la actividad monopólica el régimen jurídico servicial. Este puede ser esencial y estratégico, aunque no se trate la actividad en cuestión de un “monopolio natural”.

Igualmente debemos entender de manera adecuada el calificativo “en competencia”. No estamos aquí frente a un régimen de prestaciones en competencia de mercado, porque para muchos de los aspectos esenciales que hacen al riesgo empresario, la optimización de la ganancia, la libertad de gestión, etc., el nivel decisorio y la misma actividad prestacional se encuentra en el delegante y no en el delegado, quienes carecen del elemento de la autonomía de la voluntad no solo en las relaciones mutuas sino en las relaciones con los usuarios, especialmente en lo que hace al núcleo de la delegación. Cabe interpretar, entonces, que la mención legislativa a la “competencia” hace referencia a la posibilidad de que existan diversos actores o prestadores, donde competirán en base a la calidad de las prestaciones, la gestión empresarial y cierto margen de libertad en las tarifas, como veremos luego.

Como en el caso de los MCA, la prestación de los servicios de TIC requiere la obtención de la licencia previa(70), que se otorgará “a pedido y en la forma reglada”, establece el art. 9, LTIC. La reglamentación relativa a la tramitación de la licencia es de competencia del ENACOM (designada como “autoridad de aplicación”), el que también es la agencia competente para otorgarla, autorizar la cesión de licencias, la modificación de la composición accionaria de las licenciatarias (art. 13, LTIC), declarar la caducidad de la licencia de ocurrir las causales previstas en el art. 14 y, en general, la total regulación del sistema en su calidad de agencia regulatoria, principalmente a los efectos del art. 42, CN (ver texto en nota 9) y conforme con lo dispuesto en el Título X, Capítulo I, LTIC. También como en el caso anterior (MCA) la licencia es el acto administrativo de origen y efectos bilaterales, que genera en el licenciatarario el derecho a la prestación del servicio público en las condiciones establecidas en la misma licencia y en la legislación y reglamentaciones aplicables.

La LTIC, en su art. 18, se refiere al Servicio Universal, “entendido como el conjunto de Servicios de TIC que deben prestarse a todos los usuarios, asegurando su acceso en condiciones de calidad, asequibilidad y a precios justos y razonables, con independencia de su localización geográfica” (n. cit.) y “cuya finalidad es posibilitar el acceso de todos los habitantes de nuestro país, independientemente de su domicilio, ingreso o capacidades, a los Servicios TIC prestados en condiciones de calidad y a un precio justo y razonable” (art. 19, LTIC). Por su parte, recordemos, el art. 15 de la misma ley califica a todos los servicios de TIC como servicio público esencial y estratégico. ¿Hay aquí una superposición de conceptos? El legislador, en el punto, ha distinguido, pero ello no quita que podamos, respetando la distinción, recurrir a la clasificación de género y especie: todos los Servicios de TIC son “servicio público”, sometidos a su régimen jurídico, mientras que, según lo dispuesto en los arts. 21 y ss., LTIC, el servicio universal se refiere a los mismos servicios TIC en la medida en que sean financiados por el “Fondo Fiduciario del Servicio Universal” creado y regulado por los arts. 21 y ss. de la LTIC formado por aportes estatales y de los particulares licenciatarios de los Servicios de TIC.

Así en la intención del legislador habría dos clases de servicios públicos TIC: los que podemos denominar generales y aquellos que son financiados principalmente por el fondo fiduciario mencionado, que son los servicios públicos TIC universales o básicos.

La distinción se subraya conforme al texto del art. 48, LTIC. Así, mientras en su primer párrafo establece que “(L)os licenciatarios [...] de los servicios [...] (TIC) fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación”, el segundo párrafo de la misma norma prescribe: “(L)os precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta”, lo que permite que la tarifa (creo equivocada la calificación de precio, en tanto que aun en los servicios “no universales”, el supuesto precio es también regulado por la autoridad de aplicación) precise la distinción entre ambas categorías, siempre de acuerdo al criterio del ENACOM, cuyas decisiones en el punto, si bien discrecionales, no pueden ser ajenas al control de razonabilidad(71).

Para terminar con esta rápida y resumida descripción de las notas fundamentales del régimen de las TIC, es conveniente detenernos en el Título VII de la ley, referido a las “Consideraciones generales sobre los Servicios de TIC” (arts. 54 y ss.).

Por de pronto, el art. 54 formula una importante declaración: toda la telefonía es servicio público. Esta definición legal incluye el “Servicio Básico Telefónico”(72) y “el servicio de telefonía móvil en todas sus

modalidades”. Para ambos, la autoridad de aplicación (ENACOM) regulará las tarifas (la norma habla de “precios”) como así también los alcances de la “prestación básica universal obligatoria” (cabe interpretar que se refiere al “servicio universal” de los arts. 18 y ss.)(73).

Continuando con estas “consideraciones generales” (en rigor, muchas de ellas, principios generales”) la norma afirma el principio de la “neutralidad de la red”, garantizando a “cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación”, lo que es conforme con la prescripción del art. 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Claro que esta amplia garantía de la libertad de expresión a través del Servicio TIC no puede contradecir a las normas convencionales complementarias de la CN, como al ya citado art. 13: 1) responsabilidad posterior a la comunicación conforme con la ley, que asegure el respeto a los derechos y a la reputación de terceros y la “protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, como así también “la protección moral de la infancia y la adolescencia”; 2) prohibición de “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. La protección de los menores en materia de servicios TIC está también exigida por otra norma convencional complementaria de la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU) en sus arts. 13, 14, 17 y cc.

V. Quid de la actividad de educación

Comencé este trabajo con la cita de un ya viejo, pero creo que sustancialmente vigente, fallo “Fundación San Martín de Tours s/ amparo” (FSMT), que, en su momento, me sirvió de base para el desarrollo de una propuesta doctrinaria (seguramente no original, es decir, fruto de lecturas y aprendizajes) que hoy, después de cuarenta años, mantengo (espero que no sea un síntoma de esclerosis intelectual).

La FSMT era(74) propietaria del “Colegio San Martín de Tours” para niñas, por fundación de la cercana parroquia de San Martín de Tours (en la Ciudad de Buenos Aires), fundadora y estatutariamente dotada de facultades de control y dirección del Colegio, especialmente desde el punto de vista doctrinal, en el caso, confesional del culto católico. Durante el año lectivo de 1976, según la amparista, los padres de un grupo de alumnas adoptaron “actitudes y conductas que lesionaron gravemente la unidad de la comunidad escolar, el prestigio y buen nombre del colegio y de la fundación propietaria del mismo, al propiciar, mediante una campaña de descrédito, cambios en el sistema de elección de las autoridades, modificación del estatuto” y desvinculación de la parroquia homónima. Frente a ello, la autoridad del Colegio denegó la matrícula de las alumnas en cuestión para el año lectivo de 1977. Los padres denunciaron la situación ante el Ministerio de Educación el que dictó un acto administrativo ordenando a las autoridades del Colegio a que procediese a las matriculaciones correspondientes. Aunque la Fundación recurrió el acto en sede administrativa, la Superintendencia Nacional de Enseñanza Privada resolvió intervenir el registro de inscripciones del colegio, designando a dos interventores que matricularon a las niñas para el curso 1977. Cuando llegó el momento de la inscripción para el curso lectivo de 1978, las autoridades del Colegio volvieron a denegar las matriculaciones, por las mismas razones que en 1977, aún agravada por la conducta de los padres, lo que motivó también la repetición de la intervención del registro de inscripciones y la matriculación forzada de las alumnas. El conflicto transcurrió a través de distintas alternativas procesales, con incluso intervención de la Corte Suprema en dos oportunidades a los efectos de encauzar la situación procesal, hasta que se llegó a la decisión que estamos comentando, la que quedó firme.

La Cámara de Apelaciones comenzó por reconocer que “(L)a relación que une al actor con el Estado es de naturaleza reglamentaria, regida por el derecho público, por tratarse de una actividad que desborda la esfera privada y se proyecta sobre los intereses de la comunidad”, lo que importa la justificación de regulaciones imperativas, por ej., cumplir con la currícula básica de cada curso, la formación del alumnado en los valores básicos de la nacionalidad y del “orden y la moral pública” (art. 19, CN). Pero aquellas razones, continúa la Cámara, “no imponen a estos colegios la obligación de aceptar a todos los aspirantes que quieran ingresar, porque ello es ajeno a las facultades referidas, habida cuenta que en este aspecto el vínculo que une al alumno con el establecimiento es de derecho privado y de naturaleza contractual, donde debe imperar, en principio, la libre elección de los contratantes dentro de los límites impuestos por sus propios estatutos”. En base, principalmente, a este fundamento, el Tribunal resolvió hacer lugar a la acción de amparo y “dejar sin efecto la intervención que pesa sobre el registro de alumnos del instituto perteneciente al accionante”.

La educación no es un servicio público, aunque sí es una actividad regulada por normas imperativas: el derecho de “enseñar y aprender” del que, según el art. 14, CN, gozan “todos los habitantes de la Nación”, debe ejercerse “conforme con las leyes que reglamente su ejercicio”. Claro está que esta regulación debe ser razonable, adecuada, proporcionada, también por imperio constitucional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 28, CN)(75).

Por su parte, el art. 75.19, CN, establece una especial regulación de la materia educativa, como sigue: “Corresponde al Congreso [...] Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

Esta norma establece la responsabilidad indelegable del Estado con los siguientes contenidos: 1) legislar en materia de organización (estructura, niveles, principios organizativos comunes a la educación pública y privada) y de base (contenidos y niveles mínimos obligatorios) de la educación, para lo cual debe asegurar la participación preferente(76) de la familia y de la sociedad (padres, instituciones educativas privadas) y por supuesto, de las provincias a los efectos de respetar sus particularidades (cultura, tradiciones; sin perjuicio de que la prestación de la educación primaria es de jurisdicción provincial -art. 5, CN- siempre sujeta a las leyes básicas que el art. 75.19 encomienda); 2) las bases sobre las que debe legislar el Congreso federal deben establecer que la enseñanza promueva los valores democráticos, igualdad de oportunidades y posibilidades, con la interdicción de la discriminación; 3) por contrario imperio la norma admite la existencia de educación privada, en todos su niveles (el art. cit. exige la gratuidad y equidad(77) en la educación pública, lo mismo que la autonomía y autarquía para las universidades públicas), cuyo régimen será libre aunque sujeto a las regulaciones, cabe insistir, razonables, adecuadas y proporcionadas, que establezca el Congreso y la autoridad de aplicación(78).

Precisamente la ley 26.206 (Ley de Educación Nacional, LEN) regula “el ejercicio del derecho de enseñar y de aprender” (art. 1, ley cit.) consagrado por la Constitución Nacional y las convenciones internacionales que la complementan. Con tal alcance, define a “la educación y el conocimiento” como un “bien público”(79), una “prioridad nacional”, una “política de Estado” (art. 3), cuyo ejercicio este garantiza (art. 6).

El texto de la LEN deja bien en claro que la educación no se encuentra sometida al régimen jurídico del servicio público. Se trata de un sistema -el Sistema Nacional Educativo (Título II, Capítulo I)- regulado por el Estado (art. 14) e integrado por lo que el legislador denomina “acciones educativas” (art. 6)(80) a cargo del Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires -como responsables de las acciones educativas de gestión estatal- y otras “instituciones educativas de gestión privada” (arts. 13 y 14).

Los agentes de “gestión estatal” o “pública” tienen “la responsabilidad primaria e indelegable de proveer una educación integral permanente y de calidad [...], con la participación de las organizaciones sociales y las familias” (art. 4), a los que el art. 6 agrega a los municipios y a las confesiones religiosas. El art. 6, por su parte, destaca a la familia “como agente natural y primario” de las “acciones educativas”, en una afirmación de gran trascendencia en materia de libertad educativa, ya que la familia queda reconocida como agente primario en el mismo plano que los sujetos públicos enumerados en el art. 4, pero, más que ellos, y por sobre todos los títulos, la familia es el agente natural donde reside y se concreta el derecho de enseñar y aprender de los hijos menores a través de las instituciones públicas o privadas que a cargo de las “acciones educativas”.

VI. Quid de la discriminación (a modo de Apéndice)

Lo expuesto en el párrafo anterior, especialmente, nos conduce a analizar los alcances de la incidencia del principio de igualdad y de no discriminación(81), ya sea en las actividades practicadas por entes pertenecientes al sector público del ordenamiento (entes públicos, por cierto que estatales) como en las que realizan los particulares en virtud de la delegación transestructural en régimen de servicio público, donde el Estado, obviamente, es el delegante. ¿Inciden estos principios de igual manera en ambos casos?

No es necesario, ni posible, detenernos aquí en el estudio de los principios jurídicos de la igualdad y la no discriminación, para cuyo análisis legal, doctrinario y jurisprudencial cabe la remisión a la obra de Cassagne (ver nota anterior). Recordemos, con Cassagne, que se trata de principios de derecho público (en la especie, Constitucional) expresamente prescripto de la enfática afirmación del art. 16, CN: “...(T)odos sus habitantes (de la Nación Argentina) son iguales ante la ley”, principio hoy complementado (para nuestro ordenamiento constitucional) por el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Obviamente estos principios obligan al Estado y a todos los sujetos integrantes del sector público del ordenamiento jurídico (comunidad política y jurídicamente organizada) frente a la comunidad internacional(82), pero también, ya sea por esta obligación internacional o bien por el carácter de normas constitucionales complementarias que reciben tales normas desde la reforma constitucional de 1994, por obligación impuesta por el propio derecho interno constitucional.

¿Obligán también a los particulares en sus recíprocas relaciones jurídicas, que son relaciones de derecho privado?(83) ¿Se encuentra, por ejemplo, obligado un particular a contratar con quien no quiere, sea cual fuere la razón?

Los principios y normas constitucionales antes mencionados consagran la interdicción de la discriminación arbitraria, ya que la discriminación en sí misma no solo es un contenido de nuestras potencias cognitivas, y por tanto indispensable tanto para la acción como, en general, para el pleno ejercicio de la libertad, sino que también es una operación normal en materia normativa, independientemente de la jerarquía de la norma(84).

En las relaciones jurídicas entre privados, la discriminación arbitraria encuentra una sólida fundamentación en el art. 10 del Código Civil y Comercial, párrafos 2º y 3º: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva...”.

Así, entonces, todo individuo tiene derecho a contratar o a no contratar y a elegir a su cocontratante, pero en ello encuentra el límite del abuso del derecho, en definitiva, una institución jurídica basada en el sabio art. 19, CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”(85).

Por su parte, la ley 23.592 (art. 1) sienta un principio general contra la discriminación arbitraria: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. La misma norma considera “particularmente los actos y omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”(86).

Para encontrarse alcanzada por esta ley la conducta discriminatoria debe ser arbitraria, es decir, irrazonable, desproporcionada, de manera especial, ajena a razones basadas en un legítimo interés del supuesto discriminador(87). Es decir, la discriminación por parte de un particular (reitero que no es la hipótesis de su actuación como delegado de la Administración) será arbitraria cuando 1) exista un interés estatal “imperioso y convincente” (el “compelling interest” de los norteamericanos, que podemos sintetizar con la expresión “interés sustancial”) de prohibir determinadas conductas positivas u omisivas a los particulares, por encima de la libre voluntad de estos; 2) no corresponda reconocer el interés sustancial del particular “discriminante” (sujeto activo) de comportarse, por acción u omisión, en un sentido que, de no existir tal interés sustancial, debería considerarse como conducta discriminatoria arbitraria; 3) no provoque en el supuesto discriminado (sujeto pasivo) un daño imposible, difícil o gravoso de evitar o reparar, es decir, la existencia de un también “interés sustancial” en dicho sujeto pasivo.

A la clásica construcción norteamericana, especialmente jurisprudencial, del “compelling interest” y su aplicación “proporcional” o “razonable” en el caso concreto (sobre lo que no es posible extenderse aquí) (88), agrego la necesidad de considerar el interés sustancial de los sujetos activo y pasivo de la conducta arbitraria y -cabe insistir, en el caso concreto- balancear los tres intereses sustanciales guiados por la virtud de la justicia, principalmente la “justicia general o del bien común”, pero también, en lo que corresponda, la “justicia particular” en sus dos especies “distributiva y conmutativa”(89).

Se trata, entonces, de un balance particularizado, donde las situaciones son múltiples y variadas y en las que los “intereses sustanciales” en juego (de los tres “sujetos” involucrados: Estado; supuesto discriminador y supuesto discriminado) merecerán distinta valoración según los casos.

Un precedente importante de preferencia del interés sustancial del discriminado, en el caso frente a la misma autoridad pública como discriminante. Se trata del caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” (Corte Suprema de Justicia, Fallos: 316:487, sentencia del 6 de abril de 1993), donde la Corte enfrentó un delicado, y muy actual, conflicto entre el deber de las autoridades públicas de velar por la salud de su población, por un lado, y el derecho del interesado a no verse sometido a prácticas médicas contrarias a su fe religiosa, por el otro. El actor, profesante del culto “Testigos de Jehová”, a pesar de la decisión del

servicio médico, se negó a recibir transfusiones de sangre (por razones de su fe religiosa) que iban a serle practicadas como parte del tratamiento de una grave dolencia. Las dos instancias anteriores sostuvieron la obligación de Bahamondez de admitir la transfusión, ya que, de lo contrario, se sostuvo, se trataría de un suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano. En razón de que, finalmente, Bahamondez fue dado de alta del hospital, ya curado y sin necesidad de transfusión alguna, la Corte, por voto mayoritario, decidió declarar inoficiosa la prosecución de la causa y la resolución del fondo. Sin embargo, en lo que aquí interesa, cabe destacar la disidencia (con relación a la declaración de inoficiosa) de Cavagna Martínez y Boggiano, quienes muy bien advirtieron que “el derecho principalmente involucrado en esta controversia (consiste en) el derecho a la libertad religiosa” (Cons. 7º). Y así afirmaron “Que la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia ni impedido a actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos” (Cons. 9). Sostuvieron también los disidentes que el derecho a la libertad religiosa tiene una “faz negativa” y otra “positiva”. La primera supone “inmunidad de coacción”, de “intromisión”, tanto por parte de las autoridades como de los privados, mientras que desde el punto de vista positivo “constituye un ámbito de autonomía jurídica que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común” (Cons. 10)(90).

Son muchas las situaciones en las que, más por imponer una forma de “pensamiento único” que por vedar la discriminación arbitraria, la autoridad ha llegado a situaciones que parecen haber superado el límite de la razonabilidad. Así, en la Argentina, la Inspección General de Justicia (IGJ) resolvió que los directorios y órganos de fiscalización de las sociedades sometidas a su control debían integrarse con igual número de mujeres y de hombres. Esta disposición fue cuestionada, con éxito, por una Sociedad Anónima, en autos “Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers SA s/ organismos externos”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, sentencia del 9 de agosto de 2021. La razón central de la decisión se basó en la falta de adecuación de la medida cuestionada con el fin de promover la igualdad de género, y los efectos inútilmente perjudiciales sobre la libertad de los accionistas en lo relativo al gobierno de la Sociedad(91). ¿No es atendible la voluntad de los socios en lo que se refiere a la constitución de los órganos societarios que gestionan el propio patrimonio? ¿No debe valorarse la razón de confianza profesional y personal, independientemente del sexo de la persona?

¿Hasta dónde debe tolerarse el avance sobre la libertad personal?(92).

(*) El presente artículo se publica por gentileza del Instituto Internacional de Derecho Administrativo.

VOCES: ESTADO - ECONOMÍA - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - POLÍTICAS PÚBLICAS - EMERGENCIA ECONÓMICA - COMERCIO E INDUSTRIA - DEFENSA DE LA COMPETENCIA - DERECHO COMPARADO - SERVICIOS PÚBLICOS - DERECHO ADMINISTRATIVO - CONCESIÓN - DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La experiencia norteamericana en regulación de servicios públicos. Aportes para el diseño de un marco regulatorio aplicable a la Nación y a la Ciudad de Buenos Aires, por Alfredo Silverio Gusman, ED, 176-863; Los Pobres y la Justicia Social, por Rolando E. Gialdino, ED, 171-1034; Constitución, pobreza y desempleo, por Jorge Horacio Gentile, EDCO, 00/01-673; Pobreza y Derecho, por Augusto M. Morello, ED, 193-819; La tarifa de los servicios públicos (Del Rate of Return al Price-Cap), por Alberto B. Bianchi, ED, 183-975; Traslado a tarifas por modificación en los impuestos en el marco legal de las empresas privatizadas, por Fernando R. Borio y Miguel A. M. Tesón, ED, 204-560; La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de Price-Caps, por Estela B. Sacristán, EDA, 2003-438; Una relectura de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores, por Nidia Karina Cicero, EDA, 2003-103; Pautas y precisiones establecidas por la Corte en relación a la competencia jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos (a propósito del caso “Ángel Estrada”), por Darío Aníbal Ricciardi, EDA, 2005-570; Facultad tarifaria de la Administración durante el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, por Analía Eva Vaqueiro, EDA, 2006-574; El principio de subsidiariedad y el acceso a la vivienda digna en el marco de la cláusula del progreso y el desarrollo humano en la Constitución Nacional, por Lucio Marcelo Palumbo, EDCO, 2011-545; Algunas consideraciones en torno al desarrollo humano y la cláusula de la prosperidad, por María Cecilia Recalde, EDCO, 2011-593; Responsabilidad del Estado por actividad normativa legítima: reglamentación de las tarifas de servicio público, riesgo empresarial y doctrina del sacrificio especial, por Fernanda Moray, ED, 245-333; Los servicios públicos en contexto, por Ignacio Agustín Falke, ED, 258-809; Modalidades de participación estatal en la economía. La planificación económica, por Ricardo Muñoz, EDA, 2012-722; De la tarifa y los servicios públicos: formas de regulación, por Belén Alonso, ED, 272-513; Pobreza e indigencia: una mirada en clave constitucional, por María Cecilia Recalde, EDCO, 2017-394; Una noción amplia de servicio público: la experiencia sueca en el monopolio estatal de venta de bebidas alcohólicas o Systembolaget, por Mauro Raúl Bonato, EDA, 2018-662; Los servicios públicos en emergencia y “nueva normalidad” (¿Normalidad nueva en emergencia

vieja?), por Alejandro Pérez Hualde, Revista de Derecho Administrativo, Febrero 2021 - Número 1/2. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Revista La Ley, 1982-B, pp. 363/377.

(2) Barra, Rodolfo, Derecho administrativo. Acto administrativo y reglamentos, T. 1, Capítulo Primero, Astrea-RAP, Buenos Aires, 2018. Recordemos que el art. 85 de la Constitución Nacional se refiere expresamente al “sector público nacional”, el que abarca a “la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuere su modalidad de organización”. Con más detalle lo delimita el art. 8, apartado b) de la ley 24.156, de administración financiera: “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: [...] b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias...”. Obviamente el Sector Público también incluye al Gobierno, en su personificación jurídica “Estado”, en sus tres poderes y los otros órganos constitucionales auxiliares, como el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación.

(3) Romano, Santi, L'Ordinamento Giuridico, Sansoni, Firenze, 1945.

(4) No coincido con esta última clasificación, especialmente frente al criterio restrictivo de servicio público que propongo.

(5) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. II, Cap. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, con abundantes citas doctrinarias.

(6) Así si el Estado, a través de una Sociedad del Estado u otro tipo jurídico empresario perteneciente al sector público, fuese propietario de una fábrica de automóviles, la noción de servicio público serviría para distinguir a esa actividad industrial de, por ejemplo, la prestación de agua potable, que también podría estar gestionada por una empresa del sector público.

(7) Ver Barra, Rodolfo, Tratado de Derecho Administrativo, T. 3, Cap. XXVII, Ábaco, Buenos Aires, 2006. La calidad de pertenecientes al sector público de las empresas estatales, cualquiera sea la forma o el tipo jurídico, resulta también del art. 85, CN y del art. 8 de la ley 24.156 (ver anterior nota 2).

(8) Sobre la libre actividad de los particulares y su eventual limitación por normas de orden público, ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., ob. y lug. cit. en nota 2.

(9) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y otros c/ Ministerio de Agricultura y Minería s/ amparo colectivo”, CSJN Fallos: 339:107 (2016), de gran importancia también en materia de legitimación para accionar en supuestos de daños a derechos de incidencia colectiva. En este aspecto lo he estudiado en Derecho administrativo. Acto..., cit., T. 2, §§ 13, 81 y 110 y ss. La reforma constitucional de 1994 en su art. 42 ha reconocido expresamente al instituto, dentro de, precisamente, el nuevo Capítulo Segundo de la Primera Parte, titulado “Nuevos Derechos y Garantías” que establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

(10) Ver Barra, Rodolfo C., Capitalismo de rostro humano, espec. parágrafos I a XVI, RAP, Buenos Aires, 2022.

(11) Señalé en Capitalismo..., ob. cit., parágrafo XIII que: “Cabe insistir en que ambos sectores del ordenamiento jurídico -el “público” y el “privado”- dan plenitud al ordenamiento jurídico, guardando entre sí una diferencia esencial: mientras en el sector privado, como vimos, se persiguen los fines “privados” de las “partes”, en el sector público se persigue el bien del todo (de la totalidad de la polis), aunque dicho bien finalmente se “particularice” a través de las relaciones de justicia distributiva: las que llevan al sujeto público (el que se sitúa en el sector público) a dar a cada parte privada lo que le corresponde en su participación, como carga o beneficio, del bien del todo, o Bien Común, ya que el Bien Común no es sino para ayudar o perfeccionar el bien particular o bien de las partes” (cita eliminada). Luego recordé al Papa Juan XXIII en su encíclica *Pacem in Terris* (P.t.): “Una sociedad bien ordenada y

fecunda requiere gobernantes, investidos de legítima autoridad, que defiendan las instituciones y consagren, en la medida suficiente, su actividad y sus desvelos al provecho común del país (n° 46)...". Este Bien Común, como veremos, obliga tanto al particular como al gobernante (Pt., ns. 52 y 53) y debe redundar en provecho de todos y cada uno: "...todos los miembros de la comunidad deben participar en el bien común por razón de su propia naturaleza..." (n° 56), en tanto el bien común "...abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección" (n° 58). Es que, como se afirma en la Constitución Pastoral Gozo y esperanza del Concilio Vaticano II, n° 25, "La índole social del hombre demuestra que el desarrollo de la persona humana y el crecimiento de la propia sociedad están mutuamente condicionados, porque el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana..." (todos los destacados son agregados). Desde otra perspectiva, lo dicen así también la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos -"Que, para asegurar aquellos derechos (se refiere a los derechos individuales fundamentales) han sido instituidos los gobiernos entre los hombres"- y la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su art. 2: "La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre...".

(12) Lo expuesto es sin perjuicio de la incidencia de la justicia general, legal o del Bien Común, ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., ob. cit., Cap. III, & 23 y Capitalismo de rostro humano, parágrafo XIII, citado.

(13) Sin perjuicio de que el instituto jurídico "servicio público" es una actividad desplegada por un particular bajo el título de una delegación pública, como lo veremos luego.

(14) Ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., T. I, ob. cit., Capítulos II y IV.

(15) Ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., T. I, ob. cit., Capítulo III.

(16) Sobre estos principios, ver García Costa, Francisco Manuel, Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad, DA, Revista Documentación Administrativa, n° 289, enero-abril 2011, pp. 21-42. Sobre el valor normativo de los principios generales del derecho, ver Cassagne, Juan Carlos, Los Grandes Principios del Derecho Público, La Ley, Buenos Aires, 2015.

(17) Así en Principios de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 1980, Cap. VII. Con mayor extensión en Tratado de derecho administrativo, T. 3, ob. cit., capítulos XXX y XXXI.

(18) Me refiero a sujetos privados "de verdad", no aquellos que son total o determinadamente estatales, pero organizados bajo una tipicidad jurídica de derecho privado.

(19) Sobre la teoría del ordenamiento jurídico y sus dos grandes sectores, público y privado, ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., ob. cit., Capítulo Primero; también Barra, Derecho Público Canónico, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, Vol. I, Caps. I-III, en una aplicación de Romano, Santi, L'Ordinamento Giuridico.

(20) Barra, Tratado..., T. 3, ob. cit., Cap. XXX, & 119, con base en Sandulli.

(21) Ver supuestos en Barra, Tratado..., T. 3, ob. cit., Cap. XXX, especialmente && 118 y 120.

(22) Sobre el acto administrativo contractual, ver Barra, Rodolfo C., Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado, Ábaco, Buenos Aires, 1989; sobre el carácter normativo del acto administrativo en general, ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., ob. cit., Cap., XII.

(23) Para ambos casos, Barra, Tratado..., T. 3, ob. cit., & 128.

(24) Ver Barra, Principios..., ob. cit., Cap. V y también Tratado de derecho administrativo, T.1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, Cap. VI. El control alcanza también al delegado cuando este recibe subsidios o aportes del Estado, tal como lo establece el art. 8, último párrafo, de la Ley de Administración Financiera, n° 24.156.

(25) Ver la causa "Davaro" (CSJN, Fallos: 315:1883) y el "debate" entre la posición mayoritaria y la minoritaria, que integré.

(26) En el derecho privado, en cambio, el respeto de la autonomía de la voluntad, propio de una sociedad libre, conduce al principio de la disponibilidad o carácter disponible de las normas, salvo las imperativas. En el derecho público las normas son en principio imperativas, salvo excepciones.

(27) Sin perjuicio de que pueden existir (y existen necesariamente, por ej., en el caso del suministro eléctrico concesionado) usuarios que son personas públicas (por ej., un ministerio, como sujeto-Estado).

Normalmente estas situaciones son tratadas por el mismo contrato de concesión.

(28) En mi Derecho administrativo. Acto..., T.1, ob. cit., Cap. II, sostuve que el derecho privado, además de ser el derecho de las personas y de las reglas y principios jurídicos generales del derecho, es el derecho propio del denominado “mercado”, o “mercados”, los que toman vida a partir de la multiplicación de relaciones jurídicas contractuales-patrimoniales (art. 957 del Código Civil y Comercial argentino) de contenidos semejantes o comparables y de difusión pública, esto es, susceptibles de ser conocidos por los sujetos económicos. El mercado es un dato de gran valor para la definición de la “igualdad como medida” (el ajuste) en la relación de justicia conmutativa, aun cuando no de manera imperativa. En cambio, en las relaciones jurídicas de justicia distributiva, cuyo objeto es la parte del Bien Común que a cada parte o particular le corresponde como carga o beneficio, la “igualdad como medida” resulta de una proporción o regla comparativa entre los sujetos particulares comparables con la situación del sujeto particular en la relación jurídica concreta que interesa. Por tanto, no es el mercado el que aquí cuenta (el que siempre supondrá relaciones jurídicas regidas por la regla de autonomía de la voluntad), sino la proporcionalidad en la distribución, según reglas normalmente definidas de antemano por las normas jurídicas heterónomas (emanadas de la autoridad o gobierno del ordenamiento jurídico) de aplicación imperativa. Sobre las normas de origen o creación heterónoma y las normas de origen o creación autónoma (por las partes) ver Derecho administrativo. Acto..., T. 1 y 2, ob. cit., &&& 22, 135 y 148.

(29) Barra, Derecho administrativo. Acto..., T. 1, ob. cit., & 5. Se trata de un principio esencial del denominado constitucionalismo moderno. Así está expresado en los arts. 2, 4, 5, 12, 13 y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789 y, antes, en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América. El art. 19 de la Constitución Nacional argentina, contiene un valioso texto al respecto: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

(30) En realidad, todas las intervenciones públicas, según se enumera en el texto, son externalidades. He desarrollado un concepto amplio de “externalidad” (incluyendo a las mismas actividades privadas en su influencia sobre la actividad concreta de un individuo) en Barra, Rodolfo C., Capitalismo de rostro humano, RAP, Buenos Aires, 2022, espec. Cap. XIV.

(31) Ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., T. 1, & 25.

(32) Ver Barra, Derecho administrativo. Acto..., T. 1, & 31.

(33) En la Constitución de 1853 ya se admitía el régimen concesional, según el texto de la denominada “cláusula de progreso”, en el hoy art. 75, inc. 18: “Corresponde al Congreso [...] Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] promoviendo la industria [...] la construcción de ferrocarriles [...] por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (tengamos presente que en 1853 la cantidad de servicios públicos era limitada). Tal era la orientación liberal del constituyente, ratificada, en el punto, por la reforma de 1994. En cambio, parcialmente con otra orientación, la Constitución justicialista de 1949 (vigente hasta 1955) establecía en su art. 40, tercer párrafo: “Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación...”.

(34) Ver Barra, Capitalismo de Rostro Humano, ob. cit., parágrafo XIII.

(35) Sobre la tipicidad de las empresas públicas, ver Barra, Tratado..., T. 3, ob. cit., Cap. XXVII. La ley 23.696 declaró como “sujeta a privatización” a una enorme cantidad de empresas públicas, entre ellas muchas prestadoras de servicios públicos, como también con la misma calificación jurídica de “sujeta a privatización” a las “actividades” (art. 10), incluyendo expresamente la concesión de servicio público (arts. 10 y 15.7). Tuve ocasión de estudiar el régimen de privatizaciones establecido principalmente en la citada ley 23.696 en el cit. Tratado..., T. 3, Cap. XXIX. El proceso privatizador fue cumplido, en su momento, con gran eficacia. En la actualidad hay un evidente regreso a la fuerte intervención estatal en la economía a través de la que es posible denominar como “republicación” de empresas, entre ellas las prestadoras de servicios públicos.

(36) Me permito insistir que dentro de esta categoría incluyo a las empresas “públicas”, en los términos del art. 8.b) de la ley 24.156, Ley de Administración Financiera, transcrito en la nota 2. Si bien, por las razones apuntadas más arriba, en los casos en que la actividad es prestada por un ente público la calificación de aquella como “servicio público” no agrega mucho en términos de régimen jurídico, cuando es prestada por una empresa estatal a la que se le pretende atribuir personalidad jurídica de derecho privado, conviene mantener la calificación expresa de servicio público, siempre en protección de los sistemas de control público y de los derechos de los particulares.

(37) Así resulta del art. 957 del Código Civil y Comercial argentino: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. De carecer de contenido patrimonial, se denominan convenciones. En el citado Derecho administrativo. Acto..., && 24 y 25, he destacado el carácter normativo de las convenciones y los contratos, como verdaderas leyes “particulares”, porque solo vinculan a las partes, y “autónomas”, porque son resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Las normas creadas por la autoridad estatal son heterónomas (con respecto a las partes) ya sean imperativas o dispositivas. Las imperativas son indisponibles (de orden público), mientras que las dispositivas son supletorias de la voluntad de las partes (arts. 962; 963 y 964, CCC). Vélez Sarsfield, en el art. 1197 del Código Civil que rigió en la Argentina hasta el año 2015, señalaba que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, es decir, el contrato no es “la ley”, sino que es “como si fuera la ley”. Es que el contrato, como vimos, es una norma particular autónoma, que no debe confundirse con la ley proveniente del legislador (en sentido amplio) conforme con la clásica definición de Tomás de Aquino (ST I-II, 90.4): “...una ordenación de la razón, destinada al bien común y promulgada por quien tiene a la comunidad a su cuidado”. Quien tiene a la comunidad a su cuidado es, obviamente, la autoridad, es decir, el órgano de conducción política de la polis. Solo de la autoridad puede surgir la “ley” en sentido lato (cualquier norma jurídica, general o particular (particular por su alcance), emanada de la autoridad, cualquiera sea el órgano político de creación de la misma y cualquiera sea la jerarquía de tal norma), pero se trata siempre de “ley heterónoma”, lo que no excluye ni obsta a la existencia de “normas particulares autónomas” (particulares por su alcance y creación), como lo hemos visto.

(38) De acuerdo con el art. 4 de la ley 24.065, son “actores reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista”, los generadores o productores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios y comercializadores, cuyas descripciones las hace la misma ley en sus arts. 5 a 9.

(39) Es cierto que, de acuerdo con el art. 14.a) de la 13.336 la actividad de generación solo requiere de concesión en el caso de la energía de fuente hídrica, “cuando la potencia normal que se conceda exceda de 500 kilovatios” (norma cit.), mientras que para el transporte y la distribución siempre se exige la figura concesional, lo que llevaría a destacar un poco más la distinción. Sin embargo, la aplicación de la regla de la “verdad real” por encima de la “verdad nominal” para la interpretación de las instituciones jurídicas, lleva a superar el nombre otorgado por el legislador o por las mismas partes al “título” que habilita a la actividad en cuestión, ya sea autorización, licencia o concesión, para atenerse a la realidad de los elementos del mismo. Así, la actividad es tan intensamente regulada que se confunde con el servicio público. Es decir, cuando, en la práctica real, una actividad realizada por un particular es tan intensamente regulada por normas imperativas que lleva en la práctica a la reducción al máximo de la autonomía de la voluntad del particular, esta actividad es un servicio público, es decir, está sometida a una “publicatio” si se quiere encubierta, pero con los mismos efectos de la “publicatio” formal a través de su declaración como servicio público. Se trata entonces de una cuestión de hecho y de valoración en cada caso.

(40) Es aquí considerada con sus reformas más importantes, especialmente por las leyes 26.197 y 27.007.

(41) Art. 124 in fine, Constitución Nacional: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

(42) Si bien no es de utilidad a los efectos de este estudio determinar si se tratan, los yacimientos de hidrocarburos, de bienes pertenecientes al dominio público o privado del Estado Nacional, de las provincias o de la Ciudad de Buenos Aires (según el caso, ver la discriminación hecha en el art. 1 de la Ley de Hidrocarburos), no tendría base discutir su calidad de bienes del dominio público de los mencionados sujetos públicos dada la calificación de “patrimonio inalienable e imprescriptible” que hace el art. 1 transcrito en el texto.

(43) YPF es la más importante empresa de exploración y explotación de hidrocarburos en la Argentina, ahora de propiedad estatal. Por su parte, REPSOL es la empresa española, privada, que fue accionista mayoritaria de YPF hasta la expropiación que menciono en el texto.

(44) El art. 10, MRG define que “productor”, a los efectos de tal ley, es “toda persona física o jurídica que siendo titular de una concesión de explotación de hidrocarburos o por otro título legal extrae gas natural de yacimientos ubicados en el territorio nacional disponiendo libremente del mismo”. La mentada “disposición libre” no es absoluta, ya que, según la ley, aquella se aplica a las transacciones directas entre el productor y el consumidor (la ley se refiere a un gran consumidor, por tanto, a transacciones no alcanzadas por el proceso de transporte y distribución que podemos llamar “ordinaria”, contemplada en el art. 12, MRG, y el resto de sus normas que estudiaremos en el texto). Como también veremos en el texto, la “tarifa” que debe pagar el consumidor ordinario se encuentra sometida a la fuerte regulación propia del régimen del servicio público.

(45) A los efectos de la definición de participación controlante, el MRG remite al art. 33 de la Ley General de Sociedades, 19.550. Dicho artículo define que son sociedades controladas aquellas en que otra sociedad directa o a través de otra también controlada, posea una participación que le permita formar la voluntad social, o bien ejercer una influencia dominante, por cualquier otro título, sobre tal voluntad social.

(46) El MRG también otorga, en el punto, competencias jurisdiccionales al ENARGAS. Cuando la obra interfiera o amenace interferir “el servicio o sistema correspondiente a otro transportista o distribuidor”, el afectado podrá plantear su reclamo ante el ENARGAS quien resolverá previa audiencia pública. Las decisiones del ENARGAS son recurribles por vía del recurso administrativo de alzada (optativo) y, agotada la vía administrativa, por recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

(47) Sobre la relación entre justicia conmutativa-derecho privado; justicia distributiva-derecho público; justicia general-orden público, ver Barra, Derecho Administrativo. Acto..., T. 1, cit., Caps. I a IV inclusive. Sobre la naturaleza de la tarifa, como carga administrativa, y no como precio, ver Barra, Tratado de derecho administrativo, T. IV, Ábaco, Buenos Aires, 2011, Cap. XXXIX, & 49.

(48) Deberían tratarse de “precios”, pero el efecto mencionado en el texto lo asimila a la tarifa. De esta manera, como veremos, lo ha tratado la jurisprudencia.

(49) Cabe señalar que el legislador del MRG ha querido también echar un vistazo al mercado, exigiendo que la rentabilidad de transportistas y distribuidores debe ser “similar a la de otras actividades de riesgo equiparable o comparable” (art. 39.a), aunque, dado que tales “actividades de riesgo equiparable o comparable” son más que difíciles en encontrar, parece razonable interpretar que el criterio de razonabilidad de la rentabilidad, a la que se refiere el art. 38.a, debe también integrarse con el dato del “riesgo” propio de la actividad, tomando en cuenta “indicadores de mercado internacional” ajustados por la aplicación de factores locales (art. 41). La rentabilidad podrá ser reducida por los transportistas y distribuidores, pero siempre en su incidencia sobre las tarifas máximas, aunque, para asegurar la regularidad y calidad del servicio, nunca se podrá perjudicar el recupero de los costos (art. 41).

(50) Mientras que la “tarifa” retribuye, principalmente, a la cantidad del servicio prestado, el “cuadro tarifario” incluye, además de la tarifa, otros elementos, especialmente los cargos, bonificaciones, costo de reparaciones individuales, categorizaciones, etc. Puede haber un “cuadro tarifario” para las prestaciones simplemente reguladas, donde se establecerá el precio máximo admitido (el resto puede negociarse libremente) y otros rubros que puedan incidir sobre el precio máximo. De todas formas, esta es meramente una clasificación (puede haber otras) sugerida por los arts. 44 y 47 del MRG. Aunque el cuadro tarifario incluye a la tarifa, en el texto menciono por separado a ambos conceptos a fin de destacar la importancia especial de la tarifa en sí misma.

(51) El art. 42 le impone al ENARGAS, cada cinco años, “revisar el sistema de ajuste de tarifas”, lo que implica, además de su modificación si fuese necesaria, la revisión de la tarifa y/o del cuadro tarifario, ya sea conforme con el sistema de reajuste original o con el nuevo si así fuese establecido. Nada impide que, de oficio o a solicitud de cualquier actor del sistema (servidores, prestadores regulados, consumidores) la revisión pueda hacerse con anterioridad al cumplimiento del quinquenio.

(52) El texto del MRG parece distinguir el momento inicial de fijación de la tarifa, donde bastaría la mera publicación del cuadro tarifario “para su debido conocimiento por parte de los consumidores” (art. 44), de sus revisiones, para lo que exige la audiencia pública (art. 47). Sin embargo, la doctrina fijada en “CEPIS” inclina a una interpretación más favorable a la audiencia pública, siempre adaptándola a la naturaleza y necesidades del proceso de selección que precederá al otorgamiento de la concesión o también, con menores dificultades, si esta fuese adjudicada en forma directa.

(53) Un acertado resumen y comentario del caso “CEPIS” puede encontrarse en Sacristán, Estela, Acerca de las audiencias públicas solicitadas en “CEPIS” y su fuente, <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones>.

(54) La misma norma define a la “señal” como el “(C)ontenido empaquetado de programas producido para su distribución por medio de servicios de comunicación audiovisual”.

(55) Excepcionalmente también por adjudicación directa y autorización.

(56) Según un criterio cuantitativo en base de la extensión en kilómetros del área primaria y la importancia demográfica numérica de las poblaciones allí situadas (art. 32, segundo párrafo). El ENACOM es la autoridad competente para, en cualquier caso, sustanciar el concurso, lo que implica también la elaboración y aprobación de los pliegos respectivos.

(57) Originalmente se trataba de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, luego reemplazada por el ENACOM en virtud del DNU (decreto de necesidad y urgencia) 267/2015.

(58) Es “permanente” porque en los casos en que un concurso no haya terminado con la adjudicación, la autoridad de aplicación (el ENACOM) deberá llamar a un nuevo concurso ante la solicitud de un aspirante, y así sucesivamente.

(59) Así el art. 14: “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”; art. 32: prohibición de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta; art 42, los derechos de usuarios y consumidores en general. En materia “constitucional-convencional”, cabe destacar los arts. 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(60) La norma establece en su primer párrafo: “Se garantiza el derecho al acceso universal -a través de los servicios de comunicación audiovisual- a los contenidos informativos de interés relevante y de acontecimientos deportivos, de encuentros futbolísticos u otro género o especialidad”.

(61) Ver Moran, José Antonio y Monzo Sánchez, Carlos, El Espectro radioeléctrico como recurso limitado, Universitat Oberta de Catalunya, blogs.uoc.edu, 31 de marzo de 2022. Los autores citados explican que “(E)l espectro radioeléctrico corresponde al espacio de frecuencias del espectro electromagnético específico para la comunicación inalámbrica. Se trata de un recurso natural y de carácter limitado que está gestionado por parte del Estado, dado el interés público de los servicios que requieren el uso de este recurso”. El art. 7, LMCA, por su parte, subraya el “carácter de bien público” del espectro radioeléctrico, lo que podemos “traducir” como bien del dominio público, que, en vista a las normas internacionales citadas en el texto, puede calificarse como “bien del dominio público internacional”, administrado en dicha jurisdicción por la UIT y en el orden local por cada uno de los estados parte. El art. 26 de la LTIC establece que “(E)l espectro radioeléctrico es un recurso intangible, finito y de dominio público, cuya administración, gestión y control es responsabilidad indelegable del Estado nacional”. Sobre la regulación que en el punto desarrolla la LTIC, volveremos más abajo.

(62) El art. 4, LMCA, brinda una definición amplia de “radiodifusión”, como “(L)a forma de radiocomunicación destinada a la transmisión de señales para ser recibidas por el público en general, o determinable. Estas transmisiones pueden incluir programas sonoros, de televisión y/u otros géneros de emisión, y su recepción podrá ser efectuada por aparatos fijos o móviles”.

(63) La norma fue escrita en 1853, cuando la única forma de difusión general de las ideas era a través de su impresión en papel (libros y periódicos) mediante, precisamente, la prensa. Obviamente, sin entrar en la clásica discusión entre “originalistas” y los partidarios de la “teoría de la constitución viviente”, el constituyente ha querido referirse a todos los medios de difusión de las ideas, lo que en tal época podía sintetizarse con la frase “(T)odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...” (art. 14, CN). Para garantizarlo ya desde una perspectiva de afirmación del federalismo, el art. 32 establece la prohibición de la jurisdicción federal en la materia.

(64) La Corte Suprema de Justicia, en “Comité Federal de Radiodifusión c/ Provincia del Neuquén s/ Inconstitucionalidad - Radiodifusión”, sentencia del 20 de junio de 1996 (Fallos: 319:998) rechazó la impugnación de inconstitucionalidad de la ley 22.285, que, como en el caso actual, atribuía la jurisdicción federal en materia de radiodifusión al Poder Ejecutivo Nacional, a través del COMFER (podemos considerarlo antecedente del actual ENACOM) invocando la interpretación amplia de la “cláusula de comercio” del art. 75.13, CN. La Corte (Cons. 2) recurrió, entre otros, a su precedente de Fallos: 154:104 donde se afirmó que el vocablo comercio comprende “además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles por todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y conversaciones” definiendo el poder para regularlo como propio del Congreso Nacional. También, en “Provincia del Neuquén”, la Corte apeló a la representación que la Nación ejerce en materia de relaciones exteriores y, así, las obligaciones que le caben por ser miembro de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones. Cabe señalar que la cuestión se encuentra nuevamente a estudio de la Corte Suprema de Justicia frente a la impugnación por parte de la Provincia de San Luis, de la constitucionalidad de la ley 26.522 en cuanto a la impugnación por parte de la ley 22.285, establece la jurisdicción nacional en materia de MCA (luego por la ley 27.078 a todo servicio TIC).

(65) Art. 124: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Y el art 125: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses

económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”.

(66) El art. 10, LTIC, excluye expresamente del régimen de la LMCA, para someterlo a su propio régimen, al servicio de radiodifusión por suscripción, tanto por vínculo físico como por vínculo radioeléctrico, para los licenciarios de TIC que deseen prestarlo. Queda fuera de esta exclusión la televisión por suscripción satelital, la que continúa regida por la LMCA.

(67) Con excepción de los servicios brindados a través de vínculo satelital, establece el mismo art. 9.

(68) El texto de la norma parecería sobreabundante, ya que bastaba mencionar a las “comunicaciones” que, puesta así, sin especificar, incluye indiscutiblemente todo tipo y medio de comunicación. Al agregar “las telecomunicaciones” se corre el peligro de que se entiendan excluidas otras formas de comunicación que pudiesen surgir en el futuro (donde el legislador distinguió también debe distinguir el intérprete) aunque sea clara la intención del legislador de simplemente subrayar la importancia de las telecomunicaciones. Dentro del derecho humano (derecho natural) a la comunicación se encuentra el de las personas con discapacidad, las que pueden ser ayudadas a este fin a través del desarrollo de tecnologías al que también la ley propende.

(69) El art. 7, LTIC, define “acceso” como “la puesta a disposición de parte de un prestador a otro de elementos de red, recursos asociados o servicios con fines de prestación de Servicios de TIC, incluso cuando se utilicen para el suministro de servicios de contenidos audiovisuales”.

(70) De acuerdo con lo que resulta del art. 12, 2do. párrafo, LTIC, si el licenciario precisase, aun para cumplir con las obligaciones propias de la licencia, el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, deberá obtener para ello una habilitación adicional a la que importa la licencia, siempre por el ENACOM, como lo hemos visto en el numeral anterior.

(71) Sobre la discrecionalidad en general, ver Barra, Derecho Administrativo. Acto..., ob. cit., Caps. X y XI. El último párrafo del citado art. 48 establece que “(L)a autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad”. Esta norma es redundante, ya que es propio de todo servicio público el “carácter” de la prestación en condiciones igualdad, sin perjuicio de la posibilidad de la existencia de diversas categorías de prestaciones y otras condiciones objetivas de diferenciación. Cabe entender que la expresión “prestación básica universal obligatoria” hace referencia al “servicio universal”.

(72) Según el art. 6, e), LTIC, este servicio básico “consiste en la provisión del servicio de telefonía nacional e internacional de voz, a través de las redes locales, independientemente de la tecnología utilizada para su transmisión, siempre que cumpla con la finalidad de permitir a sus usuarios comunicarse entre sí”. Igualmente, el párrafo final del citado art. 55 brinda una suerte de guía de interpretación del “Servicio Básico Telefónico”. Así señala su “particularidad normativa” (que estará dada fundamentalmente por las normas reglamentarias provenientes del ENACOM) como también su importancia “dentro del marco de la convergencia tecnológica”.

(73) Parece razonable que la telefonía móvil sea declarada servicio público, teniendo en cuenta su importancia actual (hoy mucho más importante que la fija) en orden a garantizar el derecho humano a la comunicación. También resultaría razonable que la autoridad de aplicación limitase tal declaración a la “prestación básica universal obligatoria” (p. ej., comunicación de alcance nacional y a países limítrofes, incluyendo internet), dejando a la restante cantidad de prestaciones en régimen de mercado, sometida a ciertas, y pocas, regulaciones indispensables.

(74) Lo era a la época de la sentencia comentada; ignoro si lo es en la actualidad.

(75) Sobre el particular, ver el fundamental estudio de Cassagne, Juan Carlos, Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), La Ley, Buenos Aires, 2015, especialmente para el análisis del principio de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad, Cap. IV.

(76) En lo adjetivo político, el lenguaje de la norma constitucional citada, complementada por la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU) -“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (art. 26.3; destacado agregado)- importa una excepción a la prescripción del art. 22, CN: “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y

autoridades creadas por esta Constitución”. Los grandes temas educativos deben abrirse a la discusión popular, ya sea a través de audiencias públicas como también mediante la “consulta popular” regulada por el art. 40, CN. En lo sustantivo indica que la “responsabilidad indelegable del Estado” se encuentra inserta en el principio de subsidiariedad, tanto negativa (el Estado no debe hacer aquello que puede ser hecho por los particulares, o no puede impedir que los particulares lo hagan) como positiva (el Estado debe hacer aquello que los particulares no pueden).

(77) La “equidad” es, en el contexto de la norma, un nivel mayor que la “gratuidad”: supone ayudas, como becas, subsidios, etc.

(78) En “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta s/ amparo” (Fallos: 340:1795, 12/12/2017) la Corte Suprema de Justicia, decidió la inconstitucionalidad de las normas provinciales que establecían la enseñanza de la materia religión (en el caso, católica) durante el horario obligatorio de clases en las escuelas públicas de la Provincia. La Corte admitió, sin embargo, que tal enseñanza se diera fuera del horario de clases y con la conformidad de los padres de los alumnos. Obviamente, en Salta como en el resto del país, existe una muy importante cantidad de institutos educativos, en sus tres niveles, que son confesionales (católicos o no) y enseñan libremente religión o asignaturas vinculadas con la religión, que son obligatorias en las respectivas currículas. En este sentido, es de especial interés el fallo de la Corte Suprema de Justicia estadounidense en “Carson vs. Makin” n° 20-1088, 21/06/2022. Allí se cuestionó la decisión del Estado de Maine excluyendo a las escuelas privadas confesionales de un sistema de financiamiento consistente en la libertad de elección por los padres de la escuela secundaria de los hijos (en determinadas condiciones) y la obligación del Estado de sufragar la matrícula de esos alumnos. El Estado exigió la absoluta neutralidad religiosa del establecimiento educativo, basado en la cláusula de Libre Ejercicio y de No Establecimiento de Religión, de la Primera Enmienda. El fallo mayoritario destaca “las numerosas e importantes” diferencias entre la educación pública y la privada, entre ellas la no obligatoriedad “de aceptar a todos los estudiantes”, para las últimas. Excluir del beneficio a las escuelas privadas confesionales importaría una conducta discriminatoria, no neutral, por parte del Estado: “El antiestablishment interés del Estado no justifica normas que excluyen a algunos miembros de la comunidad, por el ejercicio de su religión, de beneficios públicos que, de otra manera, se encuentran disponibles” para el resto. Con cita del precedente “Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru”, la Corte reiteró en “Carson” que “(E)ducación a los jóvenes en la fe, inculcar sus enseñanzas y hacerles practicar vivir conforme con la fe y responsabilidades se encuentra en el mismo corazón de la misión de una escuela privada religiosa”.

(79) Es difícil precisar lo que ha querido decir el legislador con la expresión “bien público”. Obviamente no es un bien alcanzado por el régimen jurídico del dominio público, a la vez que pareciera distinguirse del “interés público”, siempre considerado como fin y no como bien (en el sentido jurídico, ya que, desde el punto de vista metafísico, el bien es el motor del movimiento ya que toda acción es seguida por el hombre en tanto la considera un bien, aunque en esto falle su inteligencia, que así persigue el mal considerándolo un bien). Podemos considerar al bien público como un bien perteneciente al concepto más amplio de Bien Común, como integrante, de manera directa e inmediata, del Bien Común.

(80) Quizás se trate de un concepto más amplio que el de “prestaciones”, donde se podrán agregar varias de tales prestaciones concretas, más allá de la mera enseñanza escolar. Esto es importante dado la también amplia inclusión de agentes educadores que hace la LEN, como lo vemos en el texto.

(81) El principio de no discriminación es una consecuencia del principio de igualdad jurídica. Se trata siempre de igualdad y no discriminación en el plano jurídico, no de igualdad material, en el orden del ser. En este último, la igualdad se encuentra en la sustancia; así podemos afirmar que en la sustancia todos los seres humanos son iguales (ser humano=animal racional; también, para los creyentes, ser humano=hijo de Dios) aunque diverso en los accidentes (sexo, raza, etc.) sin perjuicio de la trascendencia de estos últimos, según las circunstancias. Además, la igualdad sustancial se especifica en la individuación, Juan es Juan y Pedro es Pedro, pero Juan no es Pedro y Pedro no es Juan. Sobre la igualdad jurídica y la discriminación, ampliar en Cassagne, Los Grandes..., ob. cit., espec. Capítulo V.

(82) Ver, Corte Suprema de Justicia in re “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo”, Fallos: 315:1492.

(83) Siempre y cuando sean relaciones de derecho privado, lo que no ocurre, cabe reiterar cuando el particular actúa en calidad de delegado estatal en la prestación de una actividad “publicada”, como es el caso del servicio público. En este supuesto, la relación entre el prestador (particular, pero actuando en calidad de delegado) y el usuario, dentro del núcleo básico de la delegación, será de derecho público.

(84) Así por ej. (entre muchas otras normas), el art. 89, CN, en cuanto a las condiciones personales exigidas para ser elegido Presidente o Vicepresidente de la Nación; en el ordenamiento civil las discriminaciones entre personas menores y mayores de edad, etc.

(85) Es significativo que el constituyente haya colocado como último párrafo el que, de otra manera, debería ser el principio general, mientras que en el inicial sentó el principio de delimitación entre lo público y lo privado. Es decir, la ley puede mandar o puede prohibir siempre que se trate de una protección razonable del orden y la moral pública y de los derechos de terceros.

(86) El resto de la ley se dedica a establecer normas penales y de policía, con especial (pero no exclusiva) referencia a las discriminaciones en lugares de esparcimiento público. Como autoridad de aplicación de la ley 23.592 (en lo que no corresponda exclusivamente al Poder Judicial) la ley 24.515 dio creación al Instituto contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) incardinado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(87) Veamos: Juan es socio de un club deportivo. Concorre al mismo un día de gran asistencia de socios y encuentra que el vestuario de hombres está totalmente ocupado, pero no así el de mujeres, pero a este le niegan el acceso. ¿Es discriminación por sexo? María es una gran jugadora de fútbol. Quiere ingresar en las divisiones inferiores (masculinas) de un club, que carece de equipo femenino porque a ese momento, no hay suficientes interesadas para ello. Le vedan el acceso. ¿Es discriminación por sexo?

(88) Ampliar en Cassagne, ob. y lug. cit., especialmente Cap. V, Secc. Segunda.

(89) Sobre la virtud de la justicia y su incidencia en el ordenamiento jurídico y en las relaciones jurídicas, ver Cassagne, ob. cit., Cap. V, Secc., Primera; también Barra, "Derecho Administrativo. Acto...", T. 1, ob. cit., Caps. I a IV inclusive.

(90) Cabe también destacar el voto de Fayt, a quien acompañó: "Que, en efecto, cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable" (destacado agregado). Se señala también que, frente a estos derechos esenciales de la personalidad, todos los restantes derechos "tienen siempre carácter instrumental" (Cons. 12). Afirmar y hacer prevalecer estos derechos esenciales tiene razón de extrema gravedad frente al "avance de ciertas formas de vida impuesta por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico" (Cons. cit.), ya así reitera su valoración del ser humano como "eje central del sistema jurídico", esto es "la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte" (Cons. 1).

(91) Sin perjuicio de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia (aún no hay decisión por el Tribunal) la IGJ resolvió instar el juicio político de los firmantes de la sentencia a los efectos de su remoción. En otras condiciones este juicio de remoción sería rechazado in limine, pero ¿predominará la "corrección política" en el Consejo de la Magistratura? El caso merece ser seguido con mucha atención, teniendo en cuenta sus efectos sobre la independencia del Poder Judicial y sobre la eventual consagración de la preeminencia institucional del "pensamiento único". En el mismo sentido, un antiguo y prestigioso Club de Buenos Aires, el Jockey Club, ha mantenido la tradición de admitir solo hombres como miembros. Hoy enfrenta un pleito para forzar el ingreso de mujeres. ¿Por qué razón no puede haber un club solo de hombres, o solo de mujeres, o solo de mayores de 50 años, o menores de 60, o de mayores o menores de 50, solo mujeres, o de altos, o de bajos, etc., etc., siempre que ello no importe una conducta de desprecio o menoscabo a nadie en especial? Tengamos en cuenta que en la Argentina no puede hablarse seriamente de discriminación por sexo: ya hemos tenido dos Presidentes de la Nación de sexo femenino, tres jueces de la Corte Suprema de Justicia también mujeres, mientras que en el resto de Poder Judicial federal la cantidad de jueces mujeres debe acercarse a la mitad, también debe acercarse a la mitad la proporción de legisladores mujeres, y así con el resto de las profesiones.

(92) Otro caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos es "Masterpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Commission" (584 U.S. __; 2018). Aquí una pareja de homosexuales de sexo masculino, que iba a contraer matrimonio, solicitó en una famosa pastelería, cuyo dueño era un cristiano practicante y muy firme en su fe, una torta de bodas con muñequitos incluidos (obviamente dos varones). El pastelero ofreció prepararles cualquier otro tipo de producto, menos la torta de bodas, justificando la negativa en que su fe le impedía reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los afectados denunciaron la por ellos considerada situación de discriminación ante, previa una instancia inferior, la Comisión de Derechos Civiles del Estado. Esta, de considerar que corresponde (y así lo hizo en el caso) envía la cuestión ante un Juez Administrativo (Administrative Law Judge) que puede imponer (como en el caso) medidas correctivas, en concreto cesar con la conducta discriminatoria. Así se encuentra regulado por la Colorado Anti-Discrimination Act, que describe la "practica discriminatoria" de la siguiente manera: "Es una práctica discriminatoria ilegal, ya sea directa o indirecta, rechazar o negar a un individuo o un grupo, en razón de una discapacidad, de su raza, credo, color, sexo, orientación sexual, estado civil, origen o ascendencia, el disfrute pleno e igualitario de los bienes, servicios, instalaciones, privilegios, ventajas o alojamiento en un

espacio público”, el que es identificado como un “lugar de negocios comprometido en cualquier tipo de venta al público y cualquier lugar en donde se ofrezcan servicios al público”, excluyendo “una iglesia, sinagoga, mezquita u otro lugar que se utilice principalmente para fines religiosos”.

El pastelero (un señor de nombre Jack Philips) luego de perder su caso en las instancias administrativas y judiciales del Estado, llegó ante la Corte federal, donde obtuvo razón por una mayoría de siete a dos votos. Allí el Justice Kennedy señaló que, en el caso, el problema no se encontraba en la orientación sexual del cliente sino en el mensaje que la torta en cuestión transmitía, el que, además de configurar el ejercicio de la libertad de expresión (libertad negativa), importaba también una forma de libre ejercicio de la religión garantizada por la Primera Enmienda. En su voto concurrente, el Justice Thomas señaló que el hecho de que exista un derecho al matrimonio religioso, no importa negar el derecho a la libertad de expresión en contrario, o (me permito agregar) negar el derecho a rechazar participar, con interés sustancial para ello, en actos propios de la conducta que se considera contraria a tal interés sustancial. El caso “Masterpiece” expresa, a mi entender, el balance de intereses sustanciales que propongo en el texto: el Estado de Colorado tiene un interés sustancial en evitar las discriminaciones basadas en la orientación sexual de los discriminados, pero estos, en el caso, podían obtener su torta de bodas en otro comercio, ¿por qué entonces pretender hacerlo en “Masterpiece”? El agravio a los novios no era irreparable, bastaba, supongo, hacer una recorrida en Google para encontrar otras buenas pastelerías, pero el agravio a la fe religiosa del Sr. Philips sí era irreparable, ya que él, por su fe, se iba a sentir partícipe de una conducta que, para él, era moralmente inadmisibles. Podría estar equivocado, podría estar exagerando en sus pruritos morales, pero tiene derecho a creer como cree y también a exagerar en sus creencias, siempre que no cause daño irreparable alguno. Notemos también que no nos encontramos ante una situación “apartheid”, ni mucho menos. Por el contrario, el mismo Thomas señala, quizás con razón, que las personas que piensan como Phillips, son hoy minoría. Por ello se trata de una cuestión que debe ser resuelta caso por caso, atendiendo a las circunstancias de los mismos. En definitiva, estamos ante el instituto de la objeción de conciencia, el que siempre debe ser aplicado con equidad. Sobre el caso “Masterpiece” ver el estudio de la profesora de la Universidad de Montevideo, Uruguay, Maruri Armand-Ugón, Sofía, en revistaderecho.um.edu.uy. “Let me be alone”, exclamaría el Justice Brandeis, lo que en criollo podría recibir la traducción libre de “¡déjenme de embromar, che!”.

© Copyright: El Derecho
