

LOS VALORES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

AGUSTÍN GORDILLO
Profesor Emérito,
Universidad de Buenos Aires*.

En “Hacia la Unidad del Orden Jurídico Mundial”¹ expliqué que existen distintos modelos de globalización, algunos provienen de Estados Unidos, otros de Europa y habría de tener un modelo local o latinoamericano. Por lo que hoy, en lugar de referirme a este tema, intentaré responder las inquietudes y diferencias, muchas veces de carácter semántico, que se han planteado sobre la discrecionalidad administrativa.

En Argentina, hace un siglo y medio que encontramos la solución al hecho de que, cuando la Constitución dice “es inviolable la defensa en juicio”, se refiere a lo mismo que la Constitución Norteamericana. Es decir, el debido proceso legal, *due process of law*. Además, como lo decimos desde hace 150 años, ya es indiscutible.

A su vez, los norteamericanos hicieron lo mismo, ya que el *due process of law* viene del principio de *fairness* y *justice* del Derecho inglés. El cual, según admiten los ingleses, viene del principio de razonabilidad de la Edad Media, lo cual cualquiera puede llevar al Derecho romano.

En este contexto, en 1949, los alemanes nos dicen que inventaron la proporcionalidad. En Grecia, oí decir enfáticamente que la proporcionalidad es alemana. Frente a lo cual, los franceses respondieron que la *proportionnalité* es francesa. La verdad es que la proporcionalidad viene del Derecho romano y que todo esto es tan viejo como el Derecho mismo.

Lo que sí hay que reconocer, es que se está gestando un Derecho Administrativo Global. En este sentido, los invito a leer un artículo mío que se llama

* Conferencia de clausura del Coloquio argentino-mexicano de Derecho Administrativo, organizado por el Departamento de Derecho Público II y la cátedra del profesor FERNANDO GARCÍA PULLÉS, bajo la coordinación de los profesores ISAAC DAMSKY y MIRIAM M. IVANEGA, los días 26 a 28 de febrero de 2014, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Audio disponible en: <http://www.gordillo.com/charlas.html>.

1 GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. II: “La defensa del usuario y del administrado”, FDA, Buenos Aires, 2012, Cap. XXII, disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/9ed/capitulo22.pdf.

“Access to Justice”². Allí, entre otras cosas, explico que los europeos, en su proyecto de Constitución Europea (que no han llegado a transformar en realidad y quizás no lo hagan nunca) resolvieron que debe haber un derecho de acceso a la Justicia, sea por tribunales administrativos, sea por tribunales judiciales, siempre que unos u otros sean imparciales e independientes.

Esto importó un trabajo espantoso, porque tuvieron que ponerse de acuerdo franceses e ingleses en que había un acceso a la Justicia también en Francia, frente al Consejo de Estado. Sin embargo, lograron hacerlo con un juego alambicado de palabras, en el que vale la pena reparar, refiriéndose a un *tribunal independiente e imparcial*. El Consejo de Estado de Francia lo es, por más que tenga sus 200 años bajo Napoleón.

En ese entendimiento, se hizo en París –hace unos tres o cuatro años– una pequeña reunión de veinte o treinta personas sobre *values in global administrative law* (valores en el Derecho Global Administrativo). La primera pregunta que nos formulamos allí fue: ¿hay un Derecho Administrativo Global? Por supuesto que no. Por eso en el artículo que les comentara usé la expresión *hacia* un Derecho Administrativo Global. Pero se está construyendo ahora. Por eso retomo nuevamente el tema de la experiencia comparada con los americanos, acerca de si tenemos o no tenemos normas sobre las limitaciones a la discrecionalidad y a la regulación.

He estado en seis Tribunales Administrativos Internacionales –hace poco visité un séptimo, en el marco de un seminario– y veo que todos utilizan la misma regla: “No se puede aplicar ningún derecho nacional”. Lo cual es lógico, porque cada organismo comprende a muchos países y en estos tribunales sólo hay representantes de algunos de ellos (tres, cinco o siete). En consecuencia, no cuentan con el problema de consultar la Constitución de ningún Estado.

Sí tienen estatutos, normas o reglamentos, que no suelen estar dirigidos a poner límites al poder. Sin embargo, lo que hace el tribunal (todos los Tribunales Administrativos Internacionales) es valorar: ¿esta norma es razonable?; ¿es contradictoria?; ¿es justa?; ¿es equilibrada?; ¿da seguridad jurídica? Todos estos son distintos valores, que vienen de distintas partes, pero que son moneda corriente. Como las actuales monedas electrónicas, nadie sabe bien de donde vienen, pero se usan.

2 GORDILLO, AGUSTÍN, “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality”, en GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (ed.), *Values in global administrative law*, Hart, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), 2011, ps. 363-372, disponible en: <http://www.gordillo.com/articulos/art4.pdf>, y en GORDILLO y otros, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo” FDA, Buenos Aires, 2015, disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc1/access.pdf.

Si consultamos la jurisprudencia de cualquier Tribunal Administrativo Internacional, podemos apreciar que hay normas que son declaradas ilegítimas o legítimas mediante un razonamiento de éste tipo, que constituye un límite del Derecho, sea a la regulación, sea a la discrecionalidad.

Por ejemplo, recuerdo una discusión que dio lugar a fallos distintos. Una institución europea establece que, cuando una persona asciende de un grado que tiene varias categorías al grado siguiente superior, hay que concederle un aumento de sueldo. La lógica de esta regla reside en que, al existir varias categorías, podría pasar que en una de ellas se termine ganando más que en el grado superior.

En el caso, la organización había establecido ese aumento en un euro. Cuando me tocó fallar sobre el tema, expresé que constituía una medida irrisoria, ya que no guardaba congruencia con el principio de proporcionalidad o razonabilidad. Puesto que constituía un mínimo ridículo. En todo caso, hubieran buscado otra solución, pero no es serio sostener que una diferencia de un euro significa subirle el sueldo a alguien. De lo contrario, se podría decir que una diferencia de 10 centavos también importa un aumento salarial. ¿Cuánto debe ser el aumento? No lo sé, habrá de ver el caso concreto. Pero, claramente, un euro no es razonable.

Ahora, lo importante es reparar en que se ha declarado la invalidez de una norma de la organización, con el único sustento de un principio general del Derecho, sin que importe demasiado su origen histórico. Lo único que se hace en Europa, si hay algún francés involucrado, es hablar del *pouvoir discrétionnaire* que, por supuesto, también tiene sus límites.

Cada uno tiene su lenguaje, pero los lenguajes se suman. Por ejemplo, es muy frecuente ver en la jurisprudencia inglesa, de todo tipo y materia, que son contrarias a Derecho las *marchas* y *contramarchas*. Además, muchos de ellos lo dicen en francés, ya que es un principio que nace del Derecho romano: las *volte-faces* están prohibidas, constituyen un actuar antijurídico. ¿De dónde surge? De ningún artículo. Es la propia historia del Derecho la que nos lo enseña. La ley no está en ninguna parte y no hace falta. Yo le firmo la sentencia, todos firmamos la sentencia.

Hace un tiempo, firmé en disidencia en un plenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde se fijaba una indemnización por daño moral que, a mi juicio, era exagerada. Para que noten el grado de exageración, el voto mayoritario tenía trescientas páginas. En mi historia de Tribunales Administrativos nunca vi tanto agravio moral.

Entonces escribí una disidencia en donde decía lo siguiente: “Si bien puede ser una aspiración del orden jurídico –pero no es un principio del derecho– que haya congruencia en la jurisprudencia administrativa de los distintos Tribunales Internacionales, pienso que sí es un principio del derecho que un juez sea coherente consigo mismo”.

Yo (lamentablemente y para desgracia de los jueces que querían firmar el voto mayoritario) había firmado una indemnización de U\$S 50.000, ante un agravio que, para mí, era de una importancia mayor al que se estaba discutiendo. Puede ser que haya sido poco, pero es lo que firmé. Incluso hubo un caso similar en el que también fijamos una indemnización de U\$S 50.000 y el Secretario General del organismo lo llamó al Presidente del Tribunal y lo retó vivamente, por considerar que era una suma muy elevada con relación a los fondos que manejaba esa organización. Finalmente pagó los U\$S 50.000, pero como pago gracioso, *ex gratia*, y no cumplió la sentencia.

A su vez, en Naciones Unidas, en otro caso en donde los agravios morales eran gigantescos, tuve que votar en disidencia porque la mayoría le dio U\$S 20.000 y yo consideraba que mínimamente había que darle un año de sueldo, lo cual rondaba en los U\$S 100.000.

En este caso de la OIT, le daban como 3.000.000 millones de euros (después de haberla indemnizado en otro caso) a una Defensora del Pueblo que habían echado después de que se venciera el término fijo de su designación. Es cierto que hubo una gran pelea, la función de un Defensor del Pueblo es justamente esa: pelear. Ahora, si pelea, tampoco puede esperar que los otros no contesten. Ambas partes llevaron esta pelea a la radio y a la televisión y, sin embargo, parece que la única agraviada fue la Defensora del Pueblo. Ella se peleó y les dijo de todo, hizo denuncias ante el Departamento de Estado de los EE. UU. (un salto de jurisdicción importante y casi agravante), pero el voto mayoritario decidió unir, en un solo agravio, todos los insultos emitidos por esta defensora. Por el contrario, los que efectuó la repartición, los tasaron uno a uno y luego los sumaron.

Yo discutí durante una semana, pidiendo que se disminuyera la indemnización, al menos un poco. Pero fue para peor, la subieron más todavía. Finalmente, tuve que expresarles que esa indemnización me obligaba a votar en disidencia. Entonces, una persona –que era presidenta y no lo es más– dijo:

“A ver: ¿dónde está el voto disidente?”

El vicepresidente –que no lo es más tampoco– dijo que no podía pedirme el voto en ese momento. Sin embargo, como conocía el paño, yo tenía el voto en disidencia hecho en suficientes ejemplares para todos los presentes y lo había ido corrigiendo todos los días. Estaba muy pulido. Por lo que le di un original a cada uno.

El suizo –una gran persona que ahora es presidente y fue miembro de la Corte Suprema suiza, se me acerca y me dice, en voz baja:

“Es una disidencia honorable”.

¿Ahora hay que ser honorable para disentir? Claro, lo que no había hecho yo era vilipendiar a la mayoría.

La verdad es que, después de eso, renuncié. Y la Organización, en el lugar que dejé vacante, nombró a una persona de la misma nacionalidad que la presidenta (que era la autora del voto de trescientas páginas). Como no puede haber dos personas del mismo país, debió haber renunciado ella o no haber aceptado el nuevo. Ella no renunció, se quedó y, durante dos años, hasta finalizar su mandato, hubo dos personas del mismo país. Por supuesto, al cumplir dicho mandato, no la nombraron más. Ahora no están ni la presidenta ni el vicepresidente.

Esta anécdota sirve para mostrar que sí hay controles de los controles. Algunos se preocupan preguntándose sobre quién custodia al custodio. Yo les aconsejaría que no se aflijan. La sociedad controla bastante. Como expliqué, tanto en el artículo que les recomendara sobre “Access to Justice” en otro que titulé “Frenos y Contrapesos”³, existen muchos mecanismos de este tipo. El Poder Judicial no es la última palabra. Es una palabra en un eslabón largo de discusiones que sigue; va al Parlamento, va a la prensa, va al Ejecutivo, vuelve a la prensa. Esto de que “el Poder Judicial dicta la última palabra” no es cierto, dicta la palabra que queda como última palabra. Luego, si se cumple o no, por ejemplo, es otra historia.

Un maestro argentino de Derecho Administrativo y un gran jurista europeo decían “no le temo a la dictadura de los jueces, sí le temo a la dictadura de la Administración”. Yo prefiero que los jueces tengan una larga serie de principios como estos: que no haya contramarchas, que no haya mala fe. La mala fe la inventaron los romanos, ¿hace falta encontrarla en alguna parte de la Constitución?

A mí me hace gracia que hay muchísima gente que se embelesó con la Constitución española del 78 o con la alemana del 49. No hay tantos embelesados con la Constitución francesa. ¿Por qué no se embelesan con el Derecho medieval inglés, que es mejor que el Fuero Juzgo? Tenemos un jurista argentino que dice que la Constitución argentina viene de la Constitución de Cádiz de 1810 y del Fuero Juzgo. Puede ser, pero lo cierto es que en Argentina siempre hemos copiado a Estados Unidos, que copió a Inglaterra, que fue provincia romana.

3 GORDILLO AGUSTÍN, “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación”, *La Ley*, Suplemento Especial 70 Aniversario, noviembre de 2005, ps. 165-175; *LL*, 2005-F, 1404. Traducción y resumen de la versión original completa: “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making –The Case of Discrimination,” en *European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen*, Vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L’Internationalisation du Droit Public*, Esperia, Londres, 2006, ps. 289-312. Reproducido en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, Vol. 18, N° 1, primavera de 2006, Esperia, Londres, 2006, ps. 289-312. Reproducido en *International Administrative Tribunals and the Rule of Law*, World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, Joint Colloquium, Washington D.C., 27 de marzo de 2007.

Las leyes de Inglaterra en el siglo IV y V están en latín. Por eso creo que esto de dividir países e historia no tiene sentido.

Sí lo tiene encontrar una trama –que la hay–, construida en el mundo y, sobre todo, en los Tribunales Administrativos muy acumuladamente, de principios jurídicos que limitan la actividad administrativa, sea reglada o discrecional, sin necesidad de que haya norma y sin discusión alguna respecto a si hay, o no, norma que prohíbe ser malicioso, etc.

Muchas gracias.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina