

## Capítulo XVI

### LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL

#### I. Observaciones comunes

##### 1. *Análisis comparativo general de los tribunales internacionales e internos*<sup>1</sup>

En los tribunales internacionales<sup>2</sup> hay datos comunes de interés. Uno es que en tales tribunales no se presenta el problema de la dilación o retardo sistemático en dar justicia. Ello se debe a múltiples razones. *a)* En general, no existe una carga de trabajo sustancial, salvo en algunos de ellos, p. ej. el más antiguo de todos, el de la OIT, al cual se han sometido voluntariamente más de cincuenta organizaciones internacionales, y resuelve más de cincuenta causas en cada una de sus dos sesiones anuales, estando totalmente al día en cuanto a resolver una

<sup>1</sup> Si bien el tratamiento específico del tema lo haremos más abajo en el acápite III, § 8 a 14, creemos conveniente adelantar aquí algunos lineamientos generales para un pantallazo muy liminar de la cuestión. Respecto de los tribunales administrativos internacionales y su organización ver nuestros arts. “Frenos y contrapesos en la creación de derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404; SÁENZ JIMÉNEZ, HERNÁN, “Una experiencia en el Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo,” *LL*, 2005-B, 1452 y las múltiples colaboraciones de los principales tribunales administrativos internacionales en ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, ADMINISTRATIVE TRIBUNAL, XXXVth. Anniversary, Washington, 2006, en preparación: FLOGAÏTIS, SPYRIDON, Presidente del Tribunal Administrativo de la ONU; MCINTOSH, COLIN, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo de la OECD; SANSOTTA, SERGIO, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo del Consejo Europeo; SÁENZ JIMÉNEZ, HERNÁN, Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo del BID; GOLDMAN, CELIA, Secretaria Ejecutiva del Tribunal Administrativo del FMI; COMTET, CATHERINE, Secretaria Ejecutiva del Tribunal Administrativo de la OIT; PANGALANGAN, RAÚL, Secretario del BAD; ZIADÉ, NASSIB, Secretario Ejecutivo del Banco Mundial; STRUYVENBERG, MARITZA, Secretaria Ejecutiva del Tribunal Administrativo de la ONU; BIONDO, SERGIO, ex Secretario Ejecutivo del Tribunal Administrativo de la OEA.

<sup>2</sup> Veremos luego que hay que considerar también el caso de los tribunales extranjeros, que es diferente al de los tribunales internacionales. En este primer punto nos referimos solamente a los segundos y como es obvio en ninguna parte intentaremos la tarea imposible de procurar generalizar nada sobre los tribunales extranjeros, salvo el hecho de que no participan necesariamente de las características de los nuestros de derecho interno. A su vez hay muchos supuestos en que el juez argentino tiene jurisdicción internacional. En otro aspecto de interés ver SALOMONI, JORGE L., “La internacionalización del Contencioso Administrativo en la República Argentina,” en *RPA* 2006-1, *Res Pública Argentina*, Buenos Aires, RAP, p. 7 y ss.

causa terminada en la primera sesión posterior al último escrito de las partes.<sup>3</sup> Ello se debe, en la mayor parte de los casos, a la relativamente limitada cantidad de asuntos y a que la dirección de todo el proceso está a cargo de un Secretario Ejecutivo. Todo ello permite al tribunal reunirse una o dos veces al año y sentirse tanto obligado como posibilitado a dejar todos los asuntos al día: Todo juicio que está en condiciones de recibir sentencia, es resuelto en tales ocasiones. *b)* El caso produce más expectativa en la opinión pública y se genera la necesidad de dar pronta respuesta a ese reclamo de justicia. *c)* Los tribunales colegiados son a veces más numerosos<sup>4</sup> y su secretaría ejecutiva permanente puede preparar los casos a ser resueltos por el tribunal con un grado de minuciosidad mayor que el que se da en el derecho interno. *d)* La composición del tribunal con magistrados de distintas nacionalidades y regiones da una riqueza de experiencias y puntos de vista que ayuda a ver rápidamente más aspectos del caso y por lo tanto a esclarecerlo más pronto.<sup>5</sup> *e)* La presión política interna que puede existir en un país es mayor que la que puede recibir un organismo judicial internacional: los magistrados extranjeros están, por la lejanía de su residencia permanente, materialmente inmunes a tal tipo de acercamiento. El hecho de que esa magistratura sea solamente una parte y además temporal y económicamente pequeña del total de sus actividades, hace que ella sea menos importante, con la consiguiente mayor independencia que esto le da. *f)* A tales magistraturas llegan personas generalmente elegidas luego de un largo proceso de selección, que si bien no necesariamente es exitoso, garantiza al menos que lleguen personas formadas y maduras,<sup>6</sup> con la vieja solvencia que soñaba nuestra Constitución de 1853 y de cierta personalidad: no se conocen magistrados timoratos<sup>7</sup> en tales funciones; han llegado, por lo menos a su propio juicio, suficientemente lejos para dejarse influir por pedidos políticos realizados fuera del marco del alegato procesal. *g)* El hecho de que el proceso sea generalmente oral y público permite un control social muy importante a su desempeño, algo que falta en la casi totalidad de los tribunales nacionales nuestros.<sup>8</sup> *h)* Este tipo de casos suelen generar mayor

<sup>3</sup> Sus fallos pueden consultarse en [www.ilo.org/dyn/triblex/triblex\\_browse.home](http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblex_browse.home).

<sup>4</sup> Primero, para asegurar la representación geográfica; segundo, por cuanto su reunión muy ocasional dificulta hacer coincidir las agendas de cada miembro, siendo posible que alguno no pueda asistir: ello da mayor variación a la composición efectiva del tribunal, más enriquecimiento e independencia del total.

<sup>5</sup> SÁENZ, HERNÁN, *O Direito em sua Magnitude*, conferencia pronunciada en Cuiabá, 14 de agosto de 1997, inédita; se sigue en esto la tradición norteamericana de integrar la Corte Suprema con un equilibrio de magistrados provenientes de distintas regiones, que recuerda CARRIÓ, ALEJANDRO, *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 17.

<sup>6</sup> Y por qué no decirlo, frecuentemente en la tercera edad.

<sup>7</sup> Sin duda la gran mayoría y los mejores tienen una elevadísima dosis de experiencia y habilidad diplomática: pero no ha de cometerse el error de confundir cortesía y tacto, finura y buenas maneras, con personalidades complacientes.

<sup>8</sup> En el caso de la OIT el procedimiento es escrito, pero el escrutinio por la opinión pública es intenso: Cada año se publican en revistas internacionales análisis exhaustivos de sus pronunciamientos.

interés en los abogados del foro local, que usualmente es una capital importante del mundo y de los organismos no gubernamentales; el trabajo profesional es así más cuidadoso en la preparación de los casos que llegan a decisión del tribunal. i) Ayuda a su independencia y falta de morosidad el hecho de que por lo general el reglamento procesal de los juicios ante el tribunal lo dicta éste. Las normas de creación prevén lo básico sobre jurisdicción del tribunal, pero le dejan elegir el procedimiento que más se ajuste a los deseos de sus miembros: oralidad total o parcial, o ninguna; organización y funciones y personas a desempeñarse, en la secretaría ejecutiva. Una buena elección de Secretario Ejecutivo garantiza el éxito del 85% del trabajo del tribunal. Si tuviéramos que destacar de todo ello qué es lo más importante para el buen funcionamiento del tribunal internacional, no tendríamos ninguna duda en señalar que es la diversidad de países y regiones de origen de sus miembros, lo que conlleva no solamente lo obvio de diversas lenguas —y lo no tan obvio de distintos subtextos y significados en cada lengua— como de cultura y formación jurídica, de valores básicos, de cosmovisión o *Weltanschauung*, de grados de desarrollo económico, social, político y tecnológico del medio originario de cada uno. Muchas veces el provenir de un medio más desarrollado no garantiza un mejor magistrado; otras veces, cuando sus cualidades personales se corresponden al país del cual el magistrado proviene, puede moldear al tribunal en el mejor de los sentidos, compartiendo con sus pares su visión de independencia de la magistratura, su sentido de progreso, su tacto y visión política que no le impida sino que le ayude a hacer justicia, etc. j) La negociación interna se da tanto en los tribunales nacionales como en los internacionales.

## II. La defensa extranjera e internacional de los derechos humanos. Remisión

### 2. Introducción

Hay básicamente dos tipos de justicia administrativa internacional, o dicho en otras palabras, dos maneras de acceder a la tutela jurisdiccional internacional en materia de derechos e intereses de los individuos y usuarios. Una es la reparación de los daños y perjuicios debidos a la responsabilidad del Estado por violaciones propias a la Convención Americana de Derechos Humanos o a otros tratados internacionales. El tema de la responsabilidad en cuanto derecho de fondo corresponde a la temática prevista en el cap. XX; lo que aquí consideramos es la cuestión del acceso a la justicia, que no lo es solamente ante la justicia nacional sino también ante la extranjera e internacional, que desde luego son supuestos diferentes.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Ver y comparar ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional,” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad-Hoc, año 5, 9: 389-414, Buenos Aires, 2000.

### 3. *La responsabilidad del Estado por la violación a la Convención Americana de Derechos Humanos*

#### 3.1. *El fundamento*

Estas lesiones son ocasionadas, en casi todos los casos, por el propio Estado en forma directa o al menos indirecta (sea por grupos paraestatales, sea por omisión de proveer la tutela efectiva a que está obligado).

En todos los supuestos es una víctima de daños y perjuicios del Estado que busca entre otras cosas la reparación pecuniaria de su perjuicio: es un caso más, en suma, de responsabilidad del Estado, que en lugar de ejercerse en los tribunales nacionales se ejercita ante los estrados internacionales debido al fracaso de los nacionales en satisfacer el acceso a una tutela judicial efectiva.<sup>10</sup>

En su manifestación más cruenta y sistemática es el terrorismo de Estado,<sup>11</sup> en otras formas son los casos de gatillo fácil, abusos en prisiones, etc., por los cuales la Argentina viene siendo condenada o por los que llega a soluciones amistosas.<sup>12</sup>

La Corte Interamericana ha dicho que “en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Ver *infra*, cap. XXI, “La responsabilidad del Estado en la práctica.”

<sup>11</sup> Ver PÉREZ SOLLA, MARÍA FERNANDA, *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland, Jefferson, North Carolina, 2006.

<sup>12</sup> Cuando la Argentina es llevada ante la Corte por la Comisión Interamericana, a veces prefiere reconocer su responsabilidad internacional, para evitar la sentencia condenatoria: *Garrido y Baigorria; Bulacio; Bueno Alves; Kimel*. No lo hizo en el caso *Cantos*, sentencia del 28 de noviembre de 2002, LL, 2003-C, 1-15, con nota de GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Juicio internacional a la justicia argentina (tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana),” donde nuestro país fue finalmente condenado por obstruir el acceso a la justicia; tampoco en *Bayarri*, declarándose la violación por el estado argentino de los derechos a la libertad e integridad personal y al debido proceso. En otras palabras, cuando la Comisión lleva a nuestro país ante la Corte, le asiste la razón a ella y no a nuestra representación procesal. Es un principio general el deber de reparar todo acto u omisión estatal violatorio de derechos: CorteIDH, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros c/ Guatemala)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C: n° 63, párr. 220.

<sup>13</sup> CorteIDH, *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C: n° 4, párr. 172.

También ha dicho que “según el principio de Derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque, desde un punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de esos derechos que la que tenía el gobierno en la época en la que las violaciones se produjeron.”<sup>14</sup>

Igualmente ha sostenido que “en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención [Americana], la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos,” por lo que “la Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.”<sup>15</sup> Es una jurisprudencia de la cual nuestro país se va anoticiando muy lentamente, y debiera apurar el paso si quiere evitar nuevas condenas ante la comunidad jurídica internacional.

### 3.2. *El procedimiento*

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida por cualquiera de los Estados parte, puede efectuar denuncias en favor de quienes ven lesionados sus derechos humanos.

El interesado directo puede tanto acudir por sí o por terceros que lo hagan en su nombre, incluso sin mandato u otra forma de representación, por ante la ComisiónIDH.

En el procedimiento ante la Comisión, para el cual recibe ayuda de organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro en Washington, ofrece y produce prueba y en su caso, si la Comisión así lo propone y el gobierno acepta, puede arribar a una solución amistosa que es de obligatorio cumplimiento para el país. De no conseguirla y obtener un dictamen favorable de la Comisión, éste se publica —con lo cual queda implícitamente abierto un plazo suplementario para que el gobierno ajuste sus normas internas a lo resuelto por la Comisión— y luego la Comisión puede interponer, si así lo resuelve,<sup>16</sup> la formal demanda contra el país mediante acción ante la CorteIDH, en defensa de los derechos humanos vulnerados.

<sup>14</sup> Ver nota anterior, párr. 184.

<sup>15</sup> CorteIDH, OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, serie A: n° 14, párrs. 56-7 sobre “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención.”

<sup>16</sup> La poca cantidad de sentencias dictadas por la CorteIDH y muchos informes de la Comisión es un buen indicio de las pocas demandas interpuestas por ésta.

### 3.3. *Continuación. Algo más sobre la legitimación*

La legitimación ante la ComisiónIDH abarca a “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros,” “en su propio nombre o en el de terceras personas.”<sup>17</sup> Esta legitimación supera las dudas sobre el alcance de la interna en el art. 43.<sup>18</sup> La denuncia se puede enviar por cualquier medio o presentar por intermedio de cualquiera de las organizaciones no gubernamentales, del país o del exterior; también se puede presentar en las oficinas locales de la OEA. Del trámite en la Comisión generalmente se ocupan estas organizaciones, *pro bono público*.

## 4. *Otras convenciones con tutela supranacional*

### 4.1. *Tratados internacionales y supranacionales*

Existen otras convenciones como el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>19</sup> que lleva el mismo sistema de defensa que la Convención Americana. Por su parte, la CorteIDH ha juzgado la violación de otros tratados internacionales. Es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>20</sup> y de otros tratados interpretados a la luz de las disposiciones del Pacto de Costa Rica, como son la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>21</sup> la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares<sup>22</sup> y los convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Arts. 23 del reglamento de la Comisión; 44 de la Convención: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte;” HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, *Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 335; MAIORANO, *RAP*, 218: 60; reglamento de la Corte, art. 24.

<sup>18</sup> *Supra*, caps. II y III.

<sup>19</sup> Protocolo del Salvador, ley 24.658, art. 19, inc. 6°: “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 [derechos sindicales] y en el artículo 13 [derecho a la educación] fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda de la CorteIDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulados por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

<sup>20</sup> CorteIDH, *Paniagua Morales y otros c/ Guatemala*, 8-III-98, serie C: n° 37, párr. 133-6; *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala (caso de los Niños de la Calle)*, 19-XI-99, serie C: n° 63, párr. 239-52; *Cantoral Benavides c/ Perú*, 18-VIII-00, serie C: n° 69, párr. 98-106 y 180-91; *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25-XI-00, serie C: n° 70, párrs. 156-7 y 215-23.

<sup>21</sup> CorteIDH, *Villagrán Morales y otros c/ Guatemala (caso de los Niños de la Calle)*, 19-XI-99, serie C: n° 63, párrs. 195-96 y en la Opinión Consultiva sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño,” OC-17/02, 28-VIII-02, serie A: n° 17.

<sup>22</sup> CorteIDH, *Castillo Petruzzi y otros c/ Perú*, 30-V-99 y la OC sobre “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso,” OC-16/98, A: n° 16.

<sup>23</sup> CorteIDH, *Bámaca Velásquez c/ Guatemala*, 25-XI-00, serie C: n° 70, párr. 203-14. En *Las Palmeras* (Colombia), 4-II-00, párr. 33, distinguió la facultad de aplicar y la de interpretar, concluyendo que la convención americana sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención.

#### 4.2. *Tratados bilaterales de tutela de la inversión extranjera*

También es importante destacar que el país ha suscripto tratados bilaterales por los cuales, con el objetivo de promover la inversión extranjera en el país, se contempla el sometimiento de las cuestiones litigiosas que se planteen entre el inversor y el Estado a la decisión arbitral internacional.<sup>24</sup>

#### 5. *La responsabilidad del Estado por crímenes previstos en otros tratados*

También se extiende este tipo de justicia a la que corresponde sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio a la Corte Internacional de Justicia; cabe asimismo computar la expresa admisión por nuestro país de la jurisdicción extranjera en dos convenciones fundamentales: la Convención contra la Tortura (art. 5º) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (arts. IV y V), con lo cual la tutela jurisdiccional aparece allí también internacionalizada, aunque en forma por lo general puntual y limitada.<sup>25</sup>

##### 5.1. *Tortura. Genocidio*

Si bien no es una tutela accesible a todos los argentinos, cuando un extranjero ha sido víctima de tortura en nuestro país, se abre la jurisdicción extranjera de los países de la nacionalidad de la víctima. Dado que nuestros criterios para otorgar la extradición divergen de los que tienen esos países, con lo cual se termina en la *impasse* de una condena en el extranjero, dada por un país soberano en base a un tratado internacional expreso, que algún país se niega a honrar pero otros aceptan. Es difícil apostar a que este estado de cosas pueda mantenerse *ad infinitum* y continuar nuestro país sentado a la mesa de la comunidad internacional. También limita a su propio país, en la práctica, la libertad de locomoción de presuntos torturadores. Desde luego, lo mismo vale para el genocidio.

##### 5.2. *Corrupción*

En materia de corrupción la admisión de la jurisdicción extranjera comporta a su vez la tutela del individuo que haya sido eventualmente lesionado por esa conducta. En el caso de la corrupción debe tenerse presente que la Convención Interamericana contra la Corrupción es expresa en su Preámbulo en ligar determinados delitos en forma terminante: corrupción, narcotráfico, crimen organizado, lavado

<sup>24</sup> *Infra*, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.” Los tribunales arbitrales del CIADI ya se han pronunciado sobre las cuestiones de fondo planteadas (causas *CMS*, 12-V-05; *Azurix*, 14-VII-06; *LG&E*, 3-X-06), condenando en todos estos casos a la Argentina por violación del estándar de trato justo y equitativo. Una crítica a los arbitrajes CIADI en GALEANO, JUAN JOSÉ, “Contratos administrativos y jurisdicción internacional. Algunas observaciones críticas a la práctica de los arbitrajes CIADI,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007.

<sup>25</sup> PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. II, Paraguay, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, “El derecho administrativo internacional,” pp. 623-4.

de dólares, desestabilización del sistema democrático, detrimento del desarrollo económico y social.<sup>26</sup> No solamente eso: La Convención es clara en cuanto a que se aplica “siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado parte” (art. IV), “otorgando jurisdicción para su juzgamiento y sanción no sólo al país donde el delito es cometido [...] sin exigir que el delito se cometa en el Estado autorizado a ejercer su jurisdicción.”<sup>27</sup>

La redacción de los arts. IV y V no recibiría en nuestro país una aplicación extensiva, porque no se trata de delitos que conmuevan al gobierno como lo hacen otros; pero hay que colocarse en la mente judicial de los países que motorizan estas iniciativas y es posible imaginar que allí sí consideren, p. ej., que es suficiente con que el tipo penal esté tipificado en su país para hacer procedente su propia jurisdicción sobre delitos cometidos aquí y que tienen sus efectos allá, a través del lavado de dinero o el narcotráfico. Ante nuestra notoria ineficiencia para prevenir y reprimir los delitos de enriquecimiento de los funcionarios públicos, corrupción, etc., es una tendencia que no cabe sino celebrar por las personas honestas.

No va a ser la primera vez que nuestros juristas discrepan con las decisiones de tribunales extranjeros, lo cual no impide que tales tribunales se pronuncien y sus sentencias se cumplan.<sup>28</sup>

Tampoco va a cambiar por el momento la actitud de tales Cortes o gobiernos el hecho de que nuestros jueces y gobiernos piensen que es un problema de ellos, en materia de narcotráfico, por no ser ellos capaces de impedir el acceso y consumo de estupefacientes: Pues eso es manifestación periodística,<sup>29</sup> pero no está reflejado en los tratados que firmamos, cuyos específicos preámbulos dicen otra cosa que lo que algunos de nosotros afirmamos fuera de ellos.

Todo esto tiene especial importancia cuando el país en cuestión tiene previsiones legales harto severas en toda la gama de delitos en cuestión, que incluyen la confiscación de los bienes por la ley RICO,<sup>30</sup> el *male captus, bene detentus*, etc. Ello, sin olvidarnos que nuestra propia legislación, aunque no nuestra *praxis*, es igualmente severa en materia de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos *lato sensu*.<sup>31</sup>

<sup>26</sup>También la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097), cuyo Preámbulo vincula a la Corrupción con graves problemas para la estabilidad y seguridad de las sociedades, las instituciones y los valores de la democracia, la ética, la justicia, el desarrollo sostenible, el imperio de la ley, la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero.

<sup>27</sup>BARRA, RODOLFO, “Enfrentar la corrupción es egoísmo positivo,” *Clarín*, 23-VII-97, p. 16.

<sup>28</sup>Los casos *Álvarez Machaín* y *Weltover* referenciados en el t. 1, *Parte General*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” § 1.4.2.1 y notas 52, 53 y 54.

<sup>29</sup>El art. de BARRA citado refleja en general el pensamiento latinoamericano en este punto.

<sup>30</sup>La sigla se refiere a la *Rackettief Influenced Corrupt Organization Act*, una ley concebida en EE.UU. contra la Mafia pero que luego se extendió a todo tipo de organización criminal.

<sup>31</sup>Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759), Convención de la OCDE sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ley 25.319), Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097), Ley de Ética de la Función Pública 25.188, su reglamentación por decreto 164/99 y el Código de Ética de la Función Pública aprobado por decreto 41/99.

Claro está, el clima institucional local deja mucho que desear.<sup>32</sup> Precisamente porque hemos suscripto tantos convenios internacionales es que es hora que ellos comiencen a aplicarse por los órganos competentes de otros países, a pesar, o en rigor a causa de, nuestra ineficiencia en hacerlo. Deberíamos agradecerle a la comunidad jurídica internacional que nos dedique tiempo y esfuerzo para resolver los problemas de corrupción y otros que no estamos en condición de resolver internamente.

Por último, no estará de más referirse a una duda implícita del lector argentino: ¿En qué defiende mis derechos lesionados por la corrupción que ésta sea castigada penalmente en el extranjero?

En varios aspectos.

*Primero*, que si alguien perdió la licitación pública por un acto de corrupción,<sup>33</sup> puede en la acción penal reclamar los daños y perjuicios, o hacerla luego en la instancia civil.

*Segundo*, que puede intentarse una acción *qui tam* en el derecho norteamericano, o aquí una acción de clase fundada en los derechos del usuario y consumidor que se vio perjudicado por el acto de corrupción,<sup>34</sup> o incluso fundada en el art. 36 de la Constitución nacional, norma constitucional operativa.

*Tercero*, que siempre hay personas que tienen la mera satisfacción moral de ver castigados a quienes violan la ley, aunque no obtengan un beneficio personal de ese castigo. Todavía quedan muchos Quijotes en la Argentina, aunque no los suficientes para sacar al país de esa sensación medieval que transmite el estado de la cosa pública. Pero sí al menos los suficientes para no abandonar toda esperanza.

## 6. Remisión

Su estudio detallado se encuentra en las obras de Derechos Humanos y Derecho Internacional. A ellas nos remitimos, pero remarcando aquí que la protección y el control judicial de los derechos de los individuos no es una mera cuestión de derecho interno nacional, es también una cuestión de jurisdicción y derecho extranjero, de jurisdicción y derecho internacional. Tal es el estado de cosas en el mundo de hoy y no parece previsible que la tendencia se revierta.

En todo caso recordamos la importancia práctica que está adquiriendo para nosotros el sistema de soluciones amistosas, al cual hemos recurrido en varios

<sup>32</sup> Ver “24 de Agosto de 2009. ¿El congreso asumirá su responsabilidad?” LL, 20-VIII-09, p. 1, “Opinión de los Directores.” El art. fue escrito con anterioridad al tratamiento legislativo del tema, pero por dificultades materiales imprevistas fue publicado con posterioridad, en su forma original.

<sup>33</sup> Téngase presente que las violaciones a la CICC en un procedimiento de contratación pública pueden ser múltiples, como explicamos *supra*, cap. XII, “La licitación pública” de este t. 2 y antes en “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” LL, 1997-E, 1091.

<sup>34</sup> *Supra*, cap. IV, “El interés legítimo.”

casos con beneficio público indubitable,<sup>35</sup> y al cual hemos ignorado solamente a costa de nuestro bochorno,<sup>36</sup> incompatible con la inserción en el mundo contemporáneo globalizado.<sup>37</sup>

### 7. Aplicación interna

La existencia de jurisdicciones extranjeras e internacionales no debe ser menospreciada pues funcionan igual que el resto del derecho: Más como amenaza de sanción que como sanción misma. Por lo tanto son efectivos, máxime si se tiene presente el funcionamiento real de los mecanismos de coerción, que explicamos en otro lugar.<sup>38</sup>

Es lo mismo que para cualquier otra manifestación del derecho: El simple hecho de que está allí cambia el modo de pensar sobre todo.<sup>39</sup> La CSJN en el caso *Giroldi* de 1995<sup>40</sup> ha reconocido la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de aplicación de tales tratados;<sup>41</sup> lo que ha reiterado en *Arce* (1997), y otros.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> *Supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” § 1.2, “Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI,” *in fine*. Ver también, especialmente, el nuevo cap. XXII de esta novena ed. del presente vol., Hacia la unidad del orden jurídico mundial, antes publicado bajo igual título en *RPA, Res Publica Argentina*, 2009-1: 47-87, Buenos Aires, 2009, Rap.

<sup>36</sup> Ver *Garrido y Baigorria*, en CURIEL, ALICIA y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino,” *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36 y ss., año 1996; CURIEL, ALICIA, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso «Guillermo José Maqueda c. República Argentina»,” *LL*, 1997-E, 515. Ver también el caso de *La Señora X y su hija Y*, Informe N° 38/96, caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, en OEA, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1996*, Washington, 1997, p. 52 y ss.

<sup>37</sup> La globalización tiene así efectos no solamente financieros y económicos, sino también jurídicos. Ver *infra*, cap. XXII, y en el t. 1, el cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio” y en el mismo vol. la primera parte del cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo.”

<sup>38</sup> “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, edición como e-book gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com); cap. IX de *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÍTIS, Londres, Esperia, 2003.

<sup>39</sup> WOOD, ROBERT C. (editor), *Remedial Law. When Courts Become Administrators*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1990, p. 29.

<sup>40</sup> CSJN, *Fallos*, 318: 514, *Giroldi*, *LL*, 1995-D-462, y nota: PALACIO, LINO ENRIQUE, “Las limitaciones legales del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el «Pacto de San José de Costa Rica» a la persona inculpada de delito,” *LL*, 1995-D, 461; nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151 y ss.; *Bramajo*, *Fallos*, 319-2: 1846, *DJ*, 1996-196, cons. 8°; *Arce*, CSJN, *LL*, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696.

<sup>41</sup> Ese fallo fue la culminación de todo un proceso de progresiva adaptación, en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Podemos enumerar así *Ekmekdjian*, *Fallos*, 308: 647, *ED*, 148: 354; *LL*, 1992-C, 543; *Hagelin*, *Fallos*, 316-3: 3176, 22-XII-93, *LL*, 1995-A, 68; *Cafés La Virginia*, *LL*, 1995-D, 277, año 1994, con nuestra nota, “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” *LL*, 1995-D, 275.

<sup>42</sup> CSJN, *LL*, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696.

Tenemos así no solamente un sistema de justicia supranacional sino también un sistema jurídico supranacional de aplicación directa en el derecho interno.<sup>43</sup> Reconocida su aplicabilidad por los jueces locales,<sup>44</sup> no es mucho lo que pueden hacer en violación de los derechos cuando saben que el bochorno será no ya nacional sino internacional y además con costo económico de riesgo país, tasas de interés mayores, fuga de capitales, etc., todo lo cual termina en menores ingresos fiscales, carencia de accesibilidad al crédito externo, y así sucesivamente. Pero ya sabemos que estos son mecanismos de racionalidad no siempre presentes en el comportamiento público.<sup>45</sup>

Es cuestión de ver quién tiene más perseverancia: si la ocasional autoridad en la violación de los derechos o alguna instancia local en el intento de legitimarlo con su intervención no reparadora, o la sociedad, sus individuos y grupos sociales en la defensa de sus derechos individuales y colectivos.

El segundo tipo de órganos de justicia administrativa internacional puede parecer *prima facie* de menor trascendencia, por cuanto la materia de que trata es solamente los derechos e intereses de los funcionarios y ex funcionarios de los organismos internacionales.

Pero han ido formando a través de los años un *corpus* doctrinario de principios generales del derecho administrativo nacional e internacional que ha vuelto a validar, lo que no es poco, toda la tradición jurídica occidental en materia administrativa.

### III. La defensa internacional de los derechos de agentes y ex agentes públicos internacionales<sup>46</sup>

El lector podrá pensar, quizás con toda razón, que existe un abismo entre los problemas que comprende la tutela internacional descrita en el primer punto de este cap. y los que ahora se comentan, relativos al funcionariado internacional en actividad y pasividad.

Ello sería un error de perspectiva, porque es ese funcionariado, precisamente, el que aplica los mecanismos antes referidos.

Hay así una suerte de círculo que se cierra, porque los que de algún modo contribuyen a la existencia y funcionamiento del sistema internacional, exceptuados

<sup>43</sup> Nos remitimos al t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

<sup>44</sup> En *Lavado*, CSJN, *Fallos*, 329-3863 y 330-111, se intimó al Estado a adoptar "en el plazo de veinte días [...] las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza [...] en el marco de las "medidas provisionales" (Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*, resoluciones 27-XI-07, 30-III-06, 18-VI-05 y 22-XI-04) dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos," advirtiendo sobre su carácter obligatorio.

<sup>45</sup> Ver *infra*, cap. XXII, § 24, "La racionalidad económica," p. 29 y ss.

<sup>46</sup> Ampliar, en lo pertinente, en AMERASINGHE, C.F., *The Law of the International Civil Service (as Applied by International Administrative Tribunals)*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 2ª ed. y sus referencias; *Case-Law of the World Bank Administrative Tribunal. An Analytical Digest*, Oxford, Clarendon Press, 1992 y sus referencias; SAENZ, *op. loc. cit.*

los magistrados *stricto sensu*, tienen a su vez un sistema de derechos personales a los cuales solamente les es aplicable la tutela internacional.<sup>47</sup> Los agentes públicos y particulares en el derecho interno de cada país tienen acceso a sus propios tribunales nacionales y luego a los internacionales. A los funcionarios y ex funcionarios internacionales está vedado, por las normas de todos los organismos y el sentido común, el acceso a la justicia de un país determinado. Por ello se han ido creando tribunales internacionales en materia administrativa para atender este tipo de reclamos y resolverlos conforme a los principios generales del derecho administrativo internacional. En lo que resta del presente cap. nos referiremos solamente a esta experiencia en materia procesal administrativa de tutela internacional de los derechos de los agentes y ex agentes internacionales.<sup>48</sup>

### 8. *Los justiciables. La materia administrativa*

Quienes acuden como actores a la justicia administrativa internacional son los funcionarios en actividad –o retirados– de los múltiples organismos internacionales, para la discusión de sus derechos subjetivos y a veces intereses legítimos en la carrera administrativa y en el sistema de pensiones. Las discusiones versan pues sobre estabilidad, ascensos, remuneraciones, problemas laborales de diversa índole, etc. En algunos organismos internacionales es posible cuestionar las normas generales dictadas por el ente para regir sus agentes, excepto desde luego las fundacionales del organismo o tribunal. En otros solamente es posible cuestionar la aplicación al caso particular de la norma general preestablecida. De todos modos, lo más frecuente en la práctica no es tanto la alegación de que se haya violado una norma concreta en forma expresa, sino más bien que se han transgredido principios generales del derecho tales como la razonabilidad, buena fe, proporcionalidad, igualdad, no discriminación,<sup>49</sup> etc. Incluso cuando pueda resultar claro el principio o la norma concreta de cuya aplicación se trata, existe casi siempre, en cambio, la controversia acerca de si la situación de hecho invocada encuadra o no el tipo o principio legal. Son muy pocas, si las hay, las cuestiones de puro derecho.

<sup>47</sup> Y ya señaló BIELSA hace décadas que el trato que el funcionario recibe de su administración es el trato que luego dispensa a usuarios y administrados. Ya lo recordamos en el cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica,” de este t. 2, § 10, “La desmitificación.”

<sup>48</sup> Ampliar en nuestros artículos “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales,” en *LL*, 2002-F, 1540-8; “International Organization’s Accountability in Shared Public Governance,” exposición realizada en el Seminario del International Institute of Administrative Sciences sobre *Shared Governance*, Yaoundé, Camerún, 18 de julio de 2003, traducido y corregido como “La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido,” *LL*, 2003-E, 1195.

<sup>49</sup> Como comentamos en nuestro art. “Frenos y contrapesos en la creación de derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404. Cabe destacar que esta posición ha quedado minoritaria en diversos tribunales administrativos internacionales, entre ellos las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo.

## 9. *La composición y organización del tribunal administrativo internacional*

### 9.1. *Composición*

Las normas suelen establecer el número de miembros y el modo de designación, pero la práctica agrega otros elementos muy importantes a la hora de determinar la composición concreta del órgano jurisdiccional.

En la OEA, por ejemplo, se requiere expresamente lo que es práctica generalizada: que haya jueces provenientes del *common law* y de los sistemas de tipo continental europeo, sea o no que se los denomine de ese modo.

Otro criterio muy generalizado es que se respeten algunas pautas geográficas: en organismos de nivel mundial, que haya p. ej. un representante por América Latina, Asia, Estados Unidos, Europa, Medio Oriente y África. En organismos regionales, que exista una cierta proporcionalidad y rotación espacial: uno por México o Venezuela, uno por el Brasil, uno de los países del cono Sur, uno de los países del Caribe, uno de los países centroamericanos y así sucesivamente. Dada su fuerte presencia y contribución internacional, es habitual que un lugar en el tribunal siempre pertenezca a los Estados Unidos, lo cual casi siempre es una eficaz colaboración a la marcha del tribunal.

Es frecuente que la nacionalidad del presidente del organismo no se vea representada en el tribunal, o por lo menos no a nivel de la presidencia del tribunal. En algunos casos ni siquiera se exige normativamente la pertenencia a alguno de los países que componen el ente, para poder integrar el tribunal: tal el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la medida que se trata de principios no escritos, se encuentran sujetos a variación o adecuación al caso particular, pero lo cierto es que normalmente se procura una cierta pluralidad y representatividad informal en la participación de los países o regiones dentro del tribunal. No se entiende, por supuesto, que los miembros del tribunal “representan” estrictamente a su país o región. Se establece a veces expresamente y en todo caso se da por sobreentendido que **no** deben aplicar el derecho de su propio país sino las normas del organismo cuyo tribunal integran y los principios generales del derecho administrativo internacional, o de la jurisprudencia administrativa internacional. Lo mismo ocurre en los casos en que parte de los miembros del tribunal son designados por el consejo directivo del ente a propuesta de la asociación de empleados o funcionarios. Incluso cuando ello ocurre, no existe absolutamente ninguna diferenciación teórica o práctica entre los miembros del tribunal que provienen de la iniciativa del cuerpo directivo o de la propuesta de la asociación del personal.

### 9.2. *Efectos prácticos de la composición*

Todo ello lleva objetivamente a dar un panorama representativo y amplio de los distintos tipos de cultura administrativa y cultura jurídica *lato sensu* que se

hallan representados en el personal, también multinacional, de dichos organismos internacionales. Si bien la norma es desde luego la no discriminación y el trato igualitario para los funcionarios de cualquier nacionalidad, lo cierto es que distintas culturas en sentido lato dan lugar al planteo de diferentes problemas ante el tribunal, en lo cual la presencia enriquecida y enriquecedora de distintas nacionalidades y distintos sistemas jurídicos y experiencias jurisprudenciales le permite también una apreciación más justa y equitativa de cada problema o situación de hecho que le toca resolver.

### 9.3. *Perfil de los magistrados*

La selección del listado de personas que van a integrar el tribunal no se hace en base a criterios predeterminados, pero suele ser relevante en los resultados la experiencia en la carrera judicial en las más altas jurisdicciones nacionales, o formación equivalente. En cuanto a la materia, ello es bastante amplio, pudiendo los candidatos provenir de alguna de las materias más vinculadas a la función pública, desde el derecho administrativo al laboral, o derechos humanos, pasando por el derecho internacional, administrativo o no. Llegan a ocupar tales posiciones tanto magistrados o ex magistrados de los países nacionales, como profesores universitarios, o ex magistrados de otros tribunales internacionales. Todo ello lleva a la gran variedad y diversidad de opiniones que se recogen en tales tribunales, lo que ayuda a su enriquecimiento.

El nuevo Tribunal Administrativo de Apelaciones de las Naciones Unidas que entró en funcionamiento en el año 2009, por primera vez la selección se hizo en base a un concurso abierto de magistrados de tribunales locales con competencia en derecho administrativo. El presidente de dicho nuevo tribunal es una magistrada argentina, INÉS WEIMBERG DE ROCA.

### 9.4. *Organización*

Dado que el tribunal se reúne una o dos veces al año, según la cantidad de asuntos, es obvio que sus integrantes no residen en la sede del tribunal y no pueden por ende participar en la actividad instructoria del proceso. Esa actividad instructoria es pues realizada por el Secretario Ejecutivo del Tribunal, que es entonces un funcionario designado a propuesta del tribunal, con residencia en la ciudad sede del tribunal. Su dependencia funcional es exclusivamente del tribunal, por intermedio del Presidente de éste. Corresponde al Secretario Ejecutivo supervisar las etapas formativas del proceso —demanda, contestación, réplica, dúplica, excepciones—, realizar las medidas probatorias —generalmente testigos, en menor medida informes—, todo ello bajo la supervisión y/o dirección del Presidente del tribunal, que puede hacerlo *per se* o en consulta con el tribunal según los casos. No se suele convocar al tribunal para dirimir cuestiones procesales,

pero si el tribunal se reúne por otros motivos aquéllas también son tratadas en esa oportunidad.

### 9.5. *La Presidencia*

En las deliberaciones suele ser de buena práctica que el presidente del tribunal se limite a dirigir u ordenar el debate y requerir las opiniones de los magistrados, hasta considerar que existe consenso, momento en el cual es el propio presidente quien toma la palabra para expresar lo que entiende ser el consenso del cuerpo colegiado. Ello le permite cumplir una función integradora del cuerpo, fundada en la colegialidad y no en la dirección o inspiración. Ese consenso, de confirmarse que existe, da lugar posteriormente a la redacción colegiada o unipersonal de la sentencia como se acaba de expresar más arriba. El presidente del tribunal tiene siempre facultades y atribuciones adicionales en su condición de tal, como es ante todo representar el cuerpo ante el organismo internacional que lo ha creado, a los efectos administrativos y presupuestarios pertinentes. En algunas ocasiones puede tocarle al presidente realizar funciones de índole protocolar, según las modalidades de la sede y del tribunal.

### 10. *La delegación de la creación de las normas del procedimiento*

Tal vez el dato más significativo de todos estos tribunales es que el organismo internacional se limita a dictar unas pocas normas básicas de creación y funcionamiento del tribunal, dejando librado a éste el dictado del reglamento que ha de regir su procedimiento.<sup>50</sup>

Ello permite al tribunal a través de sus diferentes composiciones y criterios a través de los tiempos, ajustar el procedimiento a sus preferencias. En razón de que la residencia de los miembros del tribunal no coincide en su mayor parte con la sede del tribunal, suele ser inevitable que el carácter escrito predomine en todas las etapas del procedimiento, hasta los alegatos finales.

En esta oportunidad, cuando hay pocos casos sometidos a la decisión del tribunal, es posible que se contemple la realización de una audiencia pública en la cual el tribunal colegiado escucha los alegatos orales de cada una de las partes (p. ej., media hora cada uno), luego réplicas y dúplicas (p. ej., diez minutos cada uno) y luego preguntas libres por los miembros del tribunal.

Esta combinación entre carácter escrito y oralidad suele ser fructífera, en cuanto facilita una mayor inmediatez dentro de lo que las circunstancias permiten, como asimismo un debate más enriquecedor del tribunal en pleno. Desde luego, ello sólo es materialmente posible cuando el tribunal tiene pocos casos, pues si el número de casos es importante, se torna directamente imposible, como

<sup>50</sup>No, claro está, la jurisdicción. Pero ella plantea también aspectos interesantes, que explicamos en "Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales," en *LL*, 2002-F, 1540-8.

ocurre con los tribunales administrativos de la OIT y la ONU, que son los que tienen el mayor universo de posibles justiciables, 40.000 agentes en cada uno. En tal caso la opción sería demorar las sentencias, lo que claramente no sirve mejor al servicio de justicia. En el sistema de la OIT, p.ej., hace mucho que el Tribunal está siempre al día, dictando sentencia en la primera sesión posterior a la conclusión del expediente judicial con sus cuatro presentaciones escritas y anexos documentales: demanda, contestación, réplica, dúplica. El nuevo Tribunal Administrativo de Apelaciones de la ONU, por tener ahora pronunciamientos previos de primera instancia, ha limitado su procedimiento judicial a sólo dos presentaciones escritas.

### 11. *Agotamiento de la vía administrativa*

En todos los organismos es normal que exista un tribunal de conciliación, integrado tanto por la administración como por representantes del personal, al cual es necesario acudir antes de iniciar la causa por ante el tribunal administrativo. En estos mecanismos usualmente se produce una parte sustancial de la prueba a tener en cuenta para la solución del asunto y depende ya del tribunal el criterio más o menos amplio que tenga para recibir prueba adicional ante sus propios estrados. En ningún caso se trata, con todo, de una suerte de instancia previa, ni de una apelación limitada de alguna manera. El tribunal tiene siempre jurisdicción originaria y plena, en primera y única instancia, con amplias facultades procedimentales y de fondo.

### 12. *Reuniones ex parte*<sup>51</sup>

El derecho anglosajón es muy estricto en cuanto a la inadmisibilidad de que el tribunal o sus miembros reciban a alguna de las partes en ausencia de la contraparte.<sup>52</sup> “El juez debe acordar a toda persona [...] no iniciar ni considerar comunicaciones sin la presencia de la parte contraria (*ex parte communications*) que versen sobre los méritos de la causa, o los procedimientos que afectan tales méritos, en un proceso pendiente.”<sup>53</sup> Ello lleva a que no se admita, sea a texto expreso o por la práctica del tribunal, que el reclamante o la administración tengan contactos o sean oídos por el tribunal sin la presencia de la contraparte. Cuando se hacen reuniones de carácter social, como puede ser un almuerzo

<sup>51</sup> Ver también *supra*, cap. I, “La prueba de los derechos,” § 4.2, “El alegato informal.”

<sup>52</sup> Este principio fue incorporado a nuestro ordenamiento interno por la CSJN mediante la acordada 7/04, la que incorpora al art. 72 del Reglamento para la Justicia Nacional (acordada 12/52) el siguiente texto: Cuando los litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces del Tribunal, ella tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate.

<sup>53</sup> El *Model Code of Judicial Conduct* de la *American Bar Association*, estableció el criterio, luego adoptado en el *Code of Conduct for United States Judges*, 3 (A) (4), *Federal Rule Decisions*, 175: 367 (1998); SPROVIERI, LUIS EDUARDO, “El alegato informal,” *ED*, 185: 1440.

ofrecido por el Departamento Legal al Tribunal, suele estimarse correcto que también se invite a dicho acto a la parte actora y su letrado.

### 13. *La sentencia*

Es de práctica que el Secretario Ejecutivo prepare los considerandos de la sentencia, con el relato de los hechos, pero sean los propios miembros del tribunal quienes redacten la parte dispositiva. De todas maneras, el Secretario Ejecutivo se encuentra siempre presente en las deliberaciones del Tribunal, sea para prestar asistencia en el conocimiento de la causa o incluso —más limitadamente— para expresar su opinión en alguna cuestión que los miembros del tribunal deseen someterle o que él mismo solicite manifestar. Obviamente carece de voto.

A su vez, en la parte resolutive de la sentencia puede producirse tanto el acuerdo verbal del tribunal, con constancia de la Secretaría Ejecutiva y la delegación del dictado de la sentencia a uno de los miembros del tribunal, como la búsqueda de una redacción común entre los miembros del tribunal mientras se hallan en sesión en la sede del organismo. En el segundo caso, la práctica puede tanto ser que cada uno prepare un borrador y se busque un consenso entre los diversos proyectos, lo que no siempre resulta eficaz, o encomendar el primer borrador a uno de los magistrados y luego corregirlo *in camera* hasta llegar a su versión final.

A veces el borrador se encomienda previamente a la sesión, cuando todo el procedimiento es escrito, o se le delega efectuarlo *a posteriori* de la sesión, lo que puede provocar dificultades de adecuación entre lo acordado y lo escrito, dada la gran variedad de formas o estilos y hasta filosofías jurídicas que pueden animar a los diferentes magistrados.

También varía, según las prácticas de cada tribunal, que la sentencia sea suscripta por todos los miembros presentes o sólo por el Presidente y el Secretario Ejecutivo.

### 14. *Principios jurídicos generales. Remisión*

La Corte Europea de Justicia<sup>54</sup> y los demás tribunales internacionales se han encontrado con la necesidad de aplicar principios jurídicos tan antiguos como el derecho mismo. La justicia administrativa internacional no ha sido así *cualitativamente* importante en la formación de los principios jurídicos que existen en la cultura de la humanidad, pero tal vez ha tenido una oportunidad témporo-espacial única de reafirmarlos, lo que ha hecho sin hesitación alguna. Por ello

<sup>54</sup>Ver CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffré, 1999; SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, coedición con la *Office for Official Publications of the European Communities*, Luxemburgo, 1995; *Europäisches Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988. Hay versión francesa. En igual sentido KAKOURIS, C.N., "The Judicial Protection of Individual Rights in the European Communities," en *Perspectives. Droit Communautaire Européen. Théorie générale du droit. Domaine méta-juridique*, Atenas, Sakkoulas, 1998, p. 522.

tal vez quepa recordar las fuentes de ese pensamiento, en la bibliografía más reciente, antes que los fallos que, para su virtud, los reiteran y aplican.

Desfilan pues por los fallos de la jurisprudencia de los distintos tribunales administrativos internacionales principios tan caros a la tradición jurídica<sup>55</sup> como el de la buena fe,<sup>56</sup> o el debido proceso legal,<sup>57</sup> otros más contemporáneos al derecho público (proporcionalidad, razonabilidad, desviación de poder, confianza legítima, transparencia, etc.), algunos provenientes del campo de los derechos humanos (no discriminación, acoso sexual, etc.), otros nacidos del creciente derecho comunitario europeo.<sup>58</sup>

Ello no hace sino confirmar la tradición milenaria de los principios generales del derecho, más allá y por encima de las normas de cada ordenamiento positivo. Fue lo que revivió RADBRUCH,<sup>59</sup> lo que juristas de todos los tiempos han señalado antes y después.

Desde luego, son también aplicables los principios generales del derecho<sup>60</sup> —esto no tiene nada nuevo, como que ya fue dicho por SAVIGNY—<sup>61</sup> y del derecho público en particular, algunos de los cuales se derivan igualmente de la justicia natural, tales como el debido proceso legal.<sup>62</sup>

Debe tenerse presente que algunos de ellos son de naturaleza constitucional (razonabilidad, igualdad) y muchos de carácter universal: derecho anglosajón,

<sup>55</sup> Esta tendencia es universal, aunque no todos la destacan. Uno de los que lo hace, desde siempre, es GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, p.ej. en *El administrado*, Madrid, Abella, 1966, cap. III, “Principios generales,” p. 27 y ss., esp. pp. 28-9 y sus referencias.

<sup>56</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977.

<sup>57</sup> LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980 y del mismo autor, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979.

<sup>58</sup> Ver PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” en la *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss.; FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 44 y sus referencias.

<sup>59</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, trad. MARÍA ISABEL AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

<sup>60</sup> Ver *Supra*, t.1, cap X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 15, “Los límites a la actividad discrecional.”

<sup>61</sup> *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, p. 10 y ss.; ATALIBA, GERALDO, *Constituição e República*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de Direito Administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2004, 17 ed., cap. II, p. 86 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 97-103.

<sup>62</sup> Para este conjunto de principios en el derecho comparado ver NOWAK, JOHN E.; ROTUNDA, RONALD D. y YOUNG, J. NELSON, *Constitutional Law*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1986, 3ª ed., caps. 11, “Substantive Due Process,” p. 331 y ss. y 13, “Procedural Due Process. The Requirement of Fair Adjudicative Procedures,” p. 451 y ss. y el mayor desarrollo de su *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1986, 3ª ed.; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, Little Brown and Company, 1984, 2ª ed., caps. 6, “Fair Hearing Requirements,” p. 271 y ss. y 7, “Processes of Proof and Decision,” p. 343 y ss. Puede también verse LETOURNEUR, “El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés,” *RAP*, 7: 221 y ss. (Madrid); GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'État juge du fait*, París, Dalloz, 1932, p. 192.

continental europeo, derecho comunitario europeo (el *substantive due process of law* y sus derivados), su origen inglés de la *natural justice*<sup>63</sup> y su equivalente de la razonabilidad, proporcionalidad,<sup>64</sup> en los derechos continentales europeos.<sup>65</sup> Lo mismo ocurre en el derecho argentino,<sup>66</sup> brasileño<sup>67</sup> y también en el derecho supranacional latinoamericano.<sup>68</sup>

En suma, quien se aproxime a la jurisprudencia concreta de los tribunales administrativos internacionales encontrará en ellos los mismos principios jurídicos que los distintos sistemas jurídicos nacionales y supranacionales ya han consagrado. Lo cual, por cierto, es un homenaje a ella.

<sup>63</sup> Ver p. ej. WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 7ª ed., p. 353 y ss., "The Principle of Reasonableness," cap. 13, "Natural Justice and Legal Justice," p. 413 y ss., "Judicial and Administrative Impartiality," p. 421 y ss., etc.

<sup>64</sup> Para el derecho francés ver BRAIBANT, GUY, "Le principe de proportionnalité," en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss., etc.

<sup>65</sup> Para un análisis comparativo del derecho francés y del *common law* en materia de debido proceso sustantivo ver SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York, New York University Press, 1954, p. 211 y ss. Para el derecho belga PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit. Au-delà du positivisme juridique*, París, L.G.D.J., 1984.

<sup>66</sup> La obra clásica en la materia es la de JUAN FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed. La proporcionalidad es también un principio general de derecho internacional privado, como señala ZUPPI, ALBERTO L., "La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG.) (Compraventa internacional de mercaderías)," *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, d.)

<sup>67</sup> Ver p. ej. ATALIBA, GERALDO, "Eficacia dos princípios constitucionais," *Revista de Direito Público*, 55/6-167 (San Pablo, 1980), Ed. Revista dos Tribunais; "Poder regulamentar do Executivo," *RDP*, 57/8: 199-200 (San Pablo); BANDEIRA DE MELLO, *Ato administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 85, etc.

<sup>68</sup> Tales principios se hallan recogidos en el Pacto de San José de Costa Rica: GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed.; FAPPIANO, *El derecho de los derechos humanos*, op. cit., pp. 117-20.