

Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos

Hay jueces¹ en la Argentina² pero ¡cuánto trabajo extra les ocasionan la administración y la legislación, siempre pretendiendo recortar sus atribuciones jurisdiccionales y consagrar en cambio el descontrol y la impunidad administrativas como práctica de gobierno!³

Por ello los jueces deben estar siempre extremadamente celosos de sus atribuciones y de su autorrespeto, atentos en declarar la inconstitucionalidad de oficio y erga omnes de cuanto les invada su jurisdicción constitucional, reaccionando fulminantemente ante la más mínima de las maquinaciones que les descargan las administraciones y los retrocesos legislativos con que nuestros derechos son festín de sucesivas administraciones.

Los funcionarios con demasiado poder parecen siempre creer, cualquiera sea la época, que en “su” emergencia todo vale, que los ciudadanos no deben en ese “su” momento en el firmamento tener derecho alguno frente a ellos: Los que se han ido y no volverán son siempre demonizados, por supuesto, y a veces con razón: ¿Pero nadie se acuerda del presente hasta que sea pasado lejano?⁴ Quienes estén ocasionalmente con demasiado poder

¹ La definición de “juez” es simple, no así tener las condiciones requeridas. Se trata más bien de condiciones personales, como lo explicamos en NIETO, ALEJANDRO; GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003; “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales,” en *LL*, 2002-F, 1540-8; “Statutory Limitations of International Administrative Tribunals,” en XXth Anniversary, Inter American Development Bank, Administrative Tribunal, Washington DC, 2003.

² De lo que nos hemos congratulado permanentemente en los últimos años: “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318; “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998; hoy nuestro *Tratado de derecho administrativo*, cap. II a IV del t. II, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003; México, UNAM-Porrúa-FDA, 2004, 7ª ed. Debimos lamentarnos durante un tiempo de la inexistencia de justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires, pero en el 2004 ya están en funciones los nuevos jueces de primera instancia en lo llamado contencioso administrativo provincial, templados por la despiadada injusticia con que se les impidió por años acceder a la judicatura a que en derecho habían accedido, luego de arduos concursos y conforme a lo que mandaban la constitución provincial y la ley, además de los pactos internacionales. Esa historia contemporánea de gruesa y masiva privación de justicia en la más extensa, rica y poblada jurisdicción del país, puede verse en nuestro artículo “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 30-XI-01; *Revista de Estudios de Derecho Público*, REDEP, Querétaro, FUNDAp, 2001-1, número especial a cargo de NAVA NEGRETE, ALFONSO y otros (coord.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226; en AA.VV., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI*, Estudios en Homenaje al Profesor ALLAN R. BREWER CARÍAS, t. II, *Derecho Administrativo*, pp. 2383-2404, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; reproducido, con modificaciones, bajo el título *Administrar sin justicia*, pp. 11-25, año 1, N° 1, en la *RAP* Provincia de Buenos Aires, 2003. Ahora falta que designen las Cámaras...

³ O tal vez habría que recordar a NIETO ALEJANDRO y su libro “La organización del desgobierno.”

⁴ Lo venimos diciendo hace décadas, por ejemplo en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, cap. V, 4ª reimp., Civitas, Madrid, 1982, 2001. Hay edición italiana como *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1987, con Introducción de FELICIANO BENVENUTI. Señalábamos en 1982 que no se trata de investigar “principalmente hechos del pasado, sin poder habitualmente ejercer una acción oportunamente correctora sobre hechos del presente.” (p. 139.) La justicia penal investiga, sí, hechos del pasado, pero aún entonces busca los delitos donde todos sabemos que no están,

en “su” emergencia ¿podrían así hacer lo que les plazca y ningún tribunal podría eficazmente obligarlos a respetar derecho alguno: Una suerte de “Walhalla” para que disfruten en vida los heroicos funcionarios que arremeten sin miedo contra el derecho? Como la emergencia y la penuria durarán décadas, mucho más que los gobiernos que sigan en el futuro, es importante que no perdamos también por décadas todo vestigio del derecho, además de haber perdido ya la economía y las finanzas.

En este caso le ha tocado al juez federal OSVALDO C. GUGLIELMINO, como otros colegas suyos nacionales y locales en circunstancias similares, tener que afrontar el desvarío normativo con la declaración de inconstitucionalidad de normas teñidas de abuso y desviación de poder, además de frontalmente opuestas al sistema constitucional. ¿A qué afiebrada mente con vocación de impunidad se le ha podido ocurrir que los funcionarios públicos puedan ser no responsables con astreintes o multas personales cuando incumplen las medidas cautelares⁵ o las sentencias judiciales? Eso es precisamente lo que se encargaron de agregar como tercer párrafo del art. 195 del CPCCN, que ahora viene a declarar inconstitucional el juez GUGLIELMINO.

Las más modestas multas sobre los sueldos personales de los funcionarios sirven eficazmente para hacerlos respetar la decisión judicial que les impone cumplir el derecho que han transgredido⁶ pretender privar a los jueces de esta facultad, ínsita a la fortaleza y ejecutivo que debe tener la función jurisdiccional, ha sido nada más que uno más de los tantos actos que nos infligen las autoridades públicas en sucesivos gobiernos, siempre cambiantes —gracias a Dios— pero siempre continuos en la antijuridicidad de los comportamientos. La norma sigue siendo: Violar la norma superior con otra “norma” de rango menor. “Algo quedará,” la fórmula es vieja.

Felicitémonos pues, una vez más, de que aún haya jueces en la Argentina. Si a ellos también los doblegaran, ya no quedaría más nada de las instituciones en nuestro empobrecido país de enriquecidos personajes impunes.⁷ Las medidas cautelares que repetidamente debemos pedir a los jueces para que la administración no destruya del todo

o al menos los principales no están. Hay que reconocer, con todo, que ser testigo en causas penales de gravedad es a veces una acción literalmente “suicida.” Los ejemplos abundan.

⁵ Cuya importancia el propio magistrado se ha encargado de destacar: “Medidas cautelares contra la Administración,” 13: 79-105, en *Actualidad en el Derecho Público, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000.

⁶ Ya que la responsabilidad civil de los funcionarios públicos no funciona en nuestro país, a pesar de nuestros ingentes esfuerzos desde “La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado,” pp. 117 y ss., *Lecciones y Ensayos*, N° 14, Buenos Aires, 1959, tesis que hemos reiterado en todas las ediciones del Tratado de derecho administrativo, invocando a HAURIUO.

⁷ La historia lleva cinco siglos en nuestro continente, como recordamos en *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Esperia, Londres, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público; una excelente reseña bibliográfica de GONZÁLEZ CAMPAÑA, crítica, en *LL*, 2004-I-14, p. 1. Es lo mismo que la corrupción: Es eterna, como eterna debe ser nuestra vigilancia. (*Lord denning*.) Un análisis de la historia más reciente en nuestro artículo “Una celebración sin gloria,” en *BIDART CAMPOS* (dir.) 150° Aniversario de la Constitución Nacional, Buenos Aires, La Ley, 2003, 13-24; reproducido en *La Ley*, 2003-C, 1091.

nuestro derecho, de nada servirían si el juez no pudiera luego hacerlas cumplir. Lo mismo las sentencias: Eso ya se lo enseñó RIVERO al Consejo de Estado francés hace décadas.⁸

El panorama se presenta de verdad sombrío. Dicho de manera directa, no tenemos de verdad Estado de Derecho ni democracia representativa, por más que al parecer cumplamos con las formalidades externas. O, tal como señalara JORGE ALBERTO SÁENZ en preclaras palabras⁹ se halla “verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (lato sensu), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa” y además “la caracterización del Estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser «condicional» en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones.”

Dado que los esfuerzos tradicionales para cambiar ese estado de cosas no parecen dar resultado, como el propio SÁENZ lo apunta, quizás sea hora de comenzar a considerar soluciones más drásticas para nuestra siempre antijurídica administración pública. Una variante es la creación de tribunales administrativos independientes, sujetos a control judicial, para que procedan con imparcialidad e independencia, y seriedad mínimas, a la emisión del primer acto administrativo. En otras palabras, reduzcamos la administración tradicional y traslademos sus funciones decisorias primeras, ab initio, a órganos imparciales e independientes de aquella organización administrativa estructurada jerárquicamente.¹⁰ No se trata de eliminar la administración o los cometidos que ella tradicionalmente cumple aunque mal, sino de crear tribunales administrativos independientes para que ejerzan mejor esas funciones, con imparcialidad y conforme a derecho, desde el primer acto. Sólo así descargaremos lo suficiente, con eficiencia y juridicidad, la pesada carga que hoy deben asumir los jueces.

Algunos tímidos pasos, insuficientes, hemos avanzado con los tribunales de defensa de la competencia, o las autoridades de tutela del consumidor, cuyos actos en sede administrativa “son decisiones últimas, no susceptibles de ser revisadas por una autoridad

⁸ RIVERO, JEAN, “Une crise sous la Ve République: De l’arrêt Canal à l’affaire Canal,” en Conseil d’ état, “Le Conseil d’État de l’an VIII à nos jours,” pp. 32-6, La Spezia, Adam Biro, Italia, 1999.

⁹ Su prólogo a la 9ª edición mexicana del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, p. 9, en reflexiones que anticipara en sus más que generosas palabras “GORDILLO, la función administrativa y la democracia”, en BOTASSI, CARLOS A., *Temas de Derecho Administrativo*, en honor al Prof. Dr- AGUSTÍN A. GORDILLO, pp. 69-78, esp. p. 78, Librería Editora Platense, La Plata, 2003.

¹⁰ Es lo que proponemos para Europa continental, siguiendo el modelo anglosajón y canadiense, en nuestro trabajo “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*, en prensa. Al final de cuentas, Europa continental ya adoptó masivamente el modelo anglosajón y canadiense de autoridades administrativas independientes, ¿por qué no habría de adoptar también esta otra lección de la experiencia? En nuestro país (donde ya tenemos algunas agencias cuasi-independientes, aunque debilitadas por el poder central: BCRA, ENRE, ENARGAS) hemos propuesto una agencia así en nuestro artículo “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *La Ley*, 2003-E, 1495, reproducido en la *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*, pp. 37-8, año 3, n° 3, San José, 2003. De análogo tenor es nuestra propuesta “Primero: Crear el Banco Central Interamericano,” en *LL*, 2002-D, 1453.

superior y sólo atacables en sede judicial, descartándose por ende los recursos jerárquico y de alzada.”¹¹ Pero es poco.

Mientras no tengamos en forma sistemática y generalizada tribunales administrativos independientes en vez de la clásica administración “activa,” los jueces pueden hacer y hacen mucho por restaurar los derechos vulnerados¹² pero frecuentemente las administraciones los llevan al sacrificio extremo y al virtual colapso con sus transgresiones sistemáticas al derecho de todos.¹³

Ello se arregla en parte en vía jurisprudencial con fallos de efectos erga omnes y acciones de clase, por aplicación de la Constitución nacional de 1994, pero todo indica que el país debe insertarse también jurídicamente en el lugar que le corresponde en el mundo, que no es ciertamente el que algunos de nuestros gobernantes parecen a veces imaginar.¹⁴

¹¹ BERSTEN, HORACIO LUIS, “Derecho Procesal del Consumidor,” p. 50, *LL*, Buenos Aires, 2004.

¹² Como lo hemos dicho con insistencia, a partir de “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), “Emergencia pública y reforma del régimen monetario,” pp. 53-64, Buenos Aires, *LL*, 2002.

¹³ “Justicia federal y emergencia económica,” pp. 117-22, en Universidad Austral, Control de la administración pública, Buenos Aires, *RAP*, 2003; “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217.

¹⁴ Ver nuestros trabajos “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en Universidad Austral, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, p. 361 y sigtes., Buenos Aires, ECA, 2001; traducido y reproducido como cap. IX de *An Introduction to Law* (Londres, Esperia, 2003, con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público); *Une introduction au droit* (ídem, o *Introducción al derecho*, edición electrónica en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar); cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” en el t. 1, Parte general, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed. y México, UNAM-Porrúa-FDA, 2004, de nuestro *Tratado de derecho administrativo*. Cap. XVI, “La justicia administrativa internacional” y XVIII, “El arbitraje administrativo internacional” del t. 2, La defensa del usuario y del administrado. “El contrato de crédito externo,” en la *RAP*, Madrid, 1982, 97: 423-449; reproducido en *Contratos Administrativos. Contratos especiales*, t. II, pp. 187 a 226, Astrea, Buenos Aires, 1982 y reimpressiones; y como cap. IV del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996 y 1998. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 1990-IV-17; reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 1990, 4ª ed., 1999. “Un día en la justicia: los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional,” *LL*, 1995-E, 988; reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución,” como cap. IX de la 2ª ed. de *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1996; en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,” pp. 201 y ss., Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997; “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional,” Cuadernos de FUNDEJUS, año 3, N° 3, pp. 23 y ss., Buenos Aires, 1995; en Estudios Jurídicos en Memoria de ALBERTO RAMÓN REAL, pp. 265 y ss., Montevideo, FCU, 1996; “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” pp. 151 y ss., en la revista Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 215, 1996; “Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; reproducido, con modificaciones, en *La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción*, pp. 101 a 119, V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, Asesoría General de Gobierno, La Plata, 1998; *Las fuentes supranacionales del derecho*, en AA.VV, homenaje al Profesor. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Derecho administrativo*, cap. I, pp. 241 y ss., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV-1269. “La creciente internacionalización del derecho,”

en FERNANDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, pp. 71-92, México D-F., UNAM, 2002. "G-8, UE, FMI, Argentina," *LL*, 2002-E, 927. "La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC)," en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, pp. 71-92, Buenos Aires, pp. 1-10, *LL*, 2002. "La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido," en *LL*, 2003-E, 1195; reproducido en LOPEZ OLVERA y VOCOS CONESA (coords.), "Perspectivas del derecho público en el umbral del Siglo XXI," Buenos Aires, *FDA*, 2003, pp. 293-308. "Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521," *LL*, 2003-E, 1506. "The Draft EU Constitution and the World Order," en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l'Union Européenne*, "European Public Law Series," vol. LXIII, Esperia Publications Ltd., Londres, 2003, pp. 281-294; reproducido en *European Public Law Review/Bibliothèque de droit public européen*, v. 16, N° 1, pp. 281-294, Esperia, Londres, 2004.