

Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación^{1,2}

I. Los criterios generales del control judicial en los tribunales administrativos internacionales

Todos los tribunales administrativos internacionales han aplicado las reglas de los organismos internacionales en tanto no contravengan los principios generales del derecho administrativo internacional, que son comparables a los del derecho administrativo en países con sistema jurídico desarrollado. En cuanto al control de las decisiones individuales en sus aspectos discrecionales, estos están también sometidos a los mismos criterios de control judicial de los países con sistema jurídico desarrollado. Incluso todos los tribunales administrativos internacionales tienen una jurisprudencia similar, en líneas generales.³

Sin embargo, algunos puntos específicos de la creación del derecho muestran también cómo funcionan los frenos y contrapesos en los organismos internacionales. El caso de la discriminación irrazonable en una de sus actuales manifestaciones es uno de ellos, siempre discutible, siempre debatido.

II. Frenos y contrapesos formales e informales en los organismos internacionales

Hay frenos y contrapesos tanto formales como informales entre estos tribunales, las respectivas administraciones y los cuerpos legislativos. Algunos son obvios, tales como el poder del cuerpo legislativo u órgano que haga sus veces, de designar a los jueces, sea a propuesta de la administración (OEA, OIT), de los miembros de la Asamblea General (ONU, OEA), o a veces en parte a propuesta de la asociación del personal. (BID.)

Algunos son más sutiles pero no menos conocidos: los jueces son designados por un período determinado, que puede ser renovado sea una vez o sin limitación, según el organismo de que se trate, con límites de edad o sin ellos. Las designaciones se hallan por lo general escalonadas, de modo tal que cada año el término de uno o dos miembros concluya, para su renovación o cambio de la persona. De esa manera, la mayor parte de los tribunales está renovándose constantemente, sin ningún cambio abrupto.

¹ Traducción al castellano, en versión abreviada, del documento y exposición presentados en el Centro Europeo de Derecho Público, en su reunión de Setiembre de 2005, en Grecia. La versión original inglesa completa se encuentra en prensa para su publicación en la *European Review of Public Law*.

² Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Juez de los Tribunales Administrativos de la OIT, OEA y FMI. Ex Presidente del Tribunal Administrativo del BID.

³ Ver el muy interesante trabajo de Saenz Jimenez, Hernán, “Una experiencia en el tribunal administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo,” en: *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LL, Abril 2005. Como Secretario Ejecutivo del Tribunal por muchos años, su percepción es directa, erudita y muy informativa. Recomiendo muy especialmente este trabajo. www.ppl.nl/catalogue.php?ppn=076249433&keyword=Administrative%20Tribunal, “Books and articles on Administrative Tribunal,” Peace Palce Library Catalogue.

El criterio para elegir a quienes habrán de ser designados es tener una composición variada del tribunal por razones de geografía y sistemas jurídicos⁴ con un sitial permanente para los países de gran tamaño relativo (Brasil y los EE.UU, en el BID; Estados Unidos, en la OEA, etc.) y/o el país sede. La razón de dar un sitial permanente al país sede es a veces más fuerte, como ocurre cuando un tercio de los organismos internacionales sometidos a la jurisdicción del tribunal, y también los de personal más numeroso, tienen su sede en el mismo país. (Suiza, en el caso del Tribunal Administrativo de la OIT.)⁵ Los detalles son complejos y en su mayor parte no escritos, nacidos de la tradición en las relaciones diplomáticas entre los Estados.

Cuando la administración se encuentra a cargo del proceso de selección, lo que puede incluir consultas informales con la asociación de personal y otros, se presta atención a los presuntos méritos intrínsecos de los candidatos; cuando la designación es efectuada por la Asamblea General, la decisión se le asigna al Estado parte que se haya acordado para la ocasión, pero queda a criterio del Estado hacer su propio proceso interno de selección y nominar a su candidato en consecuencia. En algunos casos el Estado miembro hace una designación política.⁶ Tales criterios son más o menos conocidos en todos los organismos internacionales.

Sin embargo, hay otras formas de frenos y contrapesos que no son sistemáticos y son por lo tanto menos conocidos. La información que expondré a continuación se encuentra en registros públicos; las hipótesis explicativas de las relaciones entre diversos hechos públicos y notorios en cada organismo internacional son relativamente conocidas en cada uno de ellos, pero no necesariamente en todos los organismos internacionales. Considero que se puede formular una razonable conjetura, que explicaré en este artículo, respecto a tales relaciones de frenos y contrapesos.

II.1 La OEA y su Tribunal administrativo

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cambió el estatuto de su Tribunal administrativo, hace algunos años, en desacuerdo con la pesada carga financiera que una de sus sentencias le impuso a su débil presupuesto.⁷ El Tribunal administrativo de la OEA, en su informe anual de 2005 a la Asamblea General, continúa tratando de convencer a ésta de dejar sin efecto tales cambios, pues terminaron siendo tan

⁴ Cualquier lista de antiguos miembros de estos tribunales es prueba suficiente de ello, por ejemplo la del Tribunal Administrativo del Banco Asiático de Desarrollo: www.adb.org/ADBT/default.asp

⁵ Así lo explica uno de los documentos internos de la OIT: Governing Body. (GB.) Programme, Financial and Administrative Committee (PFA), GB.289/PFA/20/1, 289a reunión, 22-III-2004.

⁶ Dado que la propuesta es transmitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Departamento de Estado, etc., es habitual en tales casos designar personas con experiencia en derecho internacional, no necesariamente en derecho administrativo.

⁷ La Asamblea General tiene delegado en el Consejo Permanente la competencia para dictar el estatuto del Tribunal. El estatuto vigente fue aprobado por la resolución 48/71, modificada en 1975: www.oas.org/tribadm, Informe Anual.

poco sabios como la controvertida decisión. Como siguiente presidente rotativo del Tribunal para el año 2006, será entonces mi turno de expresar una vez más tal criterio ante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Hasta el presente, la Asamblea General no ha sido receptiva a estas inquietudes.

II.2 El BID y su Tribunal administrativo

El Banco Interamericano de Desarrollo en una ocasión analizó un posible cambio al estatuto de su tribunal administrativo, cuando percibió erróneamente una de sus decisiones como excediendo claramente la competencia del tribunal de acuerdo a su estatuto. Se convocó un seminario, y la cuestión quedó aclarada.⁸

II.3 El Banco Asiático de Desarrollo y su Tribunal administrativo

El Tribunal administrativo del Banco Asiático de Desarrollo resolvió en una ocasión que los reintegros impositivos eran una condición esencial y por lo tanto inalterable, del empleo de algunos miembros del personal. “La Junta Directiva prontamente arrojó el guante —al personal y al Tribunal— y adoptó una resolución,” exactamente en sentido contrario “con efecto al día de la presente resolución.” El Tribunal Administrativo, aunque con una “fuerte disidencia,” aceptó dicha regla por una mayoría de tres miembros.⁹

II.4 La Organización de las Naciones Unidas y su Tribunal administrativo

Tanto el estatuto del Tribunal administrativo de las Naciones Unidas como el de la Organización Internacional del Trabajo tenían inicialmente la posibilidad de revisión por la Corte Internacional de Justicia. Tal recurso ha sido utilizado, sin éxito, solamente en una ocasión contra las decisiones del Tribunal Administrativo de la OIT, aunque tal posibilidad recursiva se mantiene vigente en su estatuto.¹⁰ Por el contrario, aunque fue utilizado más de

⁸ Yo estaba en el tribunal en esa época. Explicué más recientemente las particularidades del caso en “Restricciones normativas de los Tribunales administrativos internacionales,” *LL*, 2002-F, 1540-8, traducción al castellano de mi documento y exposición “Statutory Limitations of International Administrative Tribunals,” XXth Anniversary of the Administrative Tribunal of the Inter American Development Bank, Washington, Tribunal Administrativo del BID, 2003.

⁹ GORMAN, R.A., “The Development of International Employment Law,” v. 16, N° 3, pp. 631 y ss., especialmente ps. 645 y 649, *European Review of Public Law*, Esperia, Londres, Otoño de 2004. La primera decisión, modificada para el futuro por la Junta Directiva, fue Mesch & Siy, Decisión N° 2 (1994), I ADBAT Reports 21. La segunda decisión, aceptando la nueva regla expresa, fue Mesch & Siy (No. 4), Decisión N° 35 (1997), III ADBAT Reports 71.

¹⁰ Contempla, al igual que al art. 11 de la versión original del estatuto del Tribunal Administrativo de la ONU, un pedido de Advisory Opinion a la Corte Internacional de Justicia. Agrega claramente que “La opinión dada por la Corte será obligatoria,” ver Advisory Opinion del 23-X-1956 por la Corte Internacional de Justicia, Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints made against UNESCO, www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/iilunsummary561023.htm

una vez en las Naciones Unidas, posteriormente se lo dejó sin efecto en el estatuto del tribunal.¹¹

Sin embargo, a veces ha existido una relación controversial entre la Asamblea General de la ONU y su Tribunal Administrativo. El caso fue algo obvio a la vista de dos decisiones diferentes tomadas por el Tribunal sobre una misma materia y que pasaremos a explicar. También entra en juego en esta misma cuestión la sentencia 2193 dictada por el Tribunal Administrativo de la OIT en 2003¹² que resolvió no reconocer, en ausencia de reglas expresas del organismo, uniones civiles entre personas del mismo sexo. Se suscribieron dos votos en disidencia.

Poco después, en un caso relativo al mismo tipo de controversia de que trataba la sentencia 2193 del Tribunal Administrativo de la OIT, el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas adoptó el punto de vista minoritario de la sentencia de la OIT y lo transformó en mayoría en el Tribunal de la ONU. (En todo caso, los integrantes del panel de tres miembros, que incluía al Presidente del Tribunal.) Se trató de la sentencia 1883, en el caso 1276, *Adrian* (2004), que dejó sin efecto la decisión del mismo tribunal en la sentencia *Berghuys*. (2002.)

El Tribunal tenía dos fuentes de derecho a analizar a la luz del principio de no discriminación: Una decisión del Secretario General de la ONU (ST/SGB/2004/4) y su expreso cuestionamiento por la Asamblea General (Resolución 58/285 del 26 de Abril de 2004). La primera decisión establecía: “La unión civil de un miembro del personal legalmente reconocida y contraída de acuerdo a las leyes del país de su ciudadanía, le otorgará los mismos beneficios previstos para miembros de la familia.” Entre sus antecedentes se tuvo en cuenta que “se aceptaba el hecho de que algunos cuerpos nacionales de legislación tratan otras formas de unión entre dos personas como casamiento, a los fines del otorgamiento de beneficios y privilegios.” (Boletín ST/SGB/2004/4.)

La Resolución 58/285 de la Asamblea General muy específicamente “invitó” al Secretario General a “volver a emitir” la norma contenida en dicho boletín ST/SGB/2004/4 “después de revisar sus contenidos, teniendo en cuenta los puntos de vista y las preocupaciones al respecto de los Estados Miembros.” Asimismo “hizo notar” que tales términos no se encuentran incluidos en las reglamentaciones de personal y a mayor abundamiento “decidió” “que la inclusión de tales términos requerirá el tratamiento y necesaria decisión de la Asamblea General.”

¹¹ El art. 11 de su estatuto originariamente preveía un procedimiento de revisión por el cual se podía pedir el consejo o Advisory Opinion (me resisto a traducir técnicamente como “dictamen” por el notorio y constante uso erróneo de tal palabra en nuestros medios de prensa) de la Corte Internacional de Justicia, sobre la validez de las sentencias del Tribunal Administrativo. Ver por ejemplo ICJ, Advisory Opinion del 20-VII-1982, Application for Review of Judgment N° 128 of the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J. Reports 1973; Application for Review of Judgment N° 273 of the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J. Reports 1982; Application for Review of Judgment N°. 333 of the United Nations Administrative Tribunal (1984-1987), 27-V-1987. Ver World Court Digest, v. 1 (1986-1990), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1997-2005, www.virtual-institute.de El artículo 11 fue derogado por la Resolución 50/54 del 29-I-1996.

¹² www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/2193.htm

El Tribunal tuvo en cuenta la decisión de la Asamblea General pero la interpretó de forma diversa. El tribunal registró correctamente la oposición de la Santa Sede y de otros países de diferentes orientaciones religiosas, pero prefirió en cambio los puntos de vista expuestos en la misma ocasión por Estados miembros tales como Australia y Canadá, y concluyó que la Resolución 58/285 de la Asamblea General, del 26 de Abril de 2004, no ordenaba la modificación del boletín ST/SGB/2004/4.

No ha de causar sorpresa, entonces, que la Asamblea General en su sesión de 2005 expresara de diversas maneras un fuerte desagrado con el Tribunal. Así, I) introdujo una reforma específica al Estatuto del Tribunal, relativa a su composición; II) decidió no tratar el tema de los honorarios de los miembros del Tribunal, que había sido propuesto anteriormente; III) expresamente relegó el asunto de los honorarios para el momento en que la composición de todo el tribunal se conformara con los nuevos standards fijados por la modificación al estatuto; IV) finalmente, dispuso la creación de un panel para analizar el rediseño del sistema de administración de justicia e indicó a dicho panel tener en cuenta el Tribunal Administrativo de la OIT.¹³

II.5 Las conjeturas

Sería ingenuo ignorar la existencia misma de la resolución 59/283 de la Asamblea General en 2005, cuando la sentencia 1183 fue dictada en 2004, contraviniendo lo que la Asamblea General asumiera y decidiera en la resolución 58/285 del 26-IV-2004. Las otras anécdotas institucionales tienen un eco claramente similar.

Recuerdo claramente lo ocurrido en el Banco Interamericano de Desarrollo en materia de jurisdicción de su Tribunal Administrativo, pues yo era parte de él en esa época. Como miembro del Tribunal administrativo de la OEA, tengo también una clara idea del conflicto entre la Asamblea General y el Tribunal administrativo, que resultara en la modificación del Estatuto. Sólo se puede interpretar la nueva resolución de la Asamblea General de la ONU a la luz de esos precedentes. Tanto la ONU como la OEA expresaron su insatisfacción a través de la reforma de los estatutos de sus tribunales administrativos. Curiosamente, la naturaleza política de las designaciones no fue cuestionada. El BID no hizo cambios al estatuto del Tribunal porque se realizó un seminario en el cual la cuestión quedó aclarada.

Pero la importancia del tema en debate era mucho menor en el caso del BID (la interpretación de los límites temporales de la jurisdicción del tribunal para casos nacidos mucho antes de su creación); fue seria en el caso de la OEA (cientos de millones de dólares de mayor erogación presupuestaria); y de extrema importancia para algunos Estados miembros de la ONU porque, como el mismo Tribunal Administrativo de la ONU lo reconoció en su sentencia, esa norma era contraria al orden público de “ciertos” (sic) países intervinientes.

En verdad, uno podría decirlo acerca de muchos países, no solamente unos pocos como “ciertos” parecería implicar. El Tribunal Administrativo de la ONU incluso tomó nota que

¹³ A/RES/59/283, 13-IV-2005.

un país islámico expresó que el “casamiento del mismo sexo es tabú en todas las religiones” y que la Santa Sede puntualizó que igualar la unión civil a una familia era contrario al artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

III. Interacción de diferentes valores

III.1 Los valores sociales de los miembros del Tribunal y de la Asamblea

El caso plantea vívidamente las diferentes pautas y orígenes culturales de los miembros de tribunales administrativos internacionales; a veces una mayoría en el tribunal no se equipara a una mayoría en la asamblea o cuerpo equivalente de gobierno. Si difieren, ¿es admisible que un organismo internacional compuesto por una mayoría de países de un determinado criterio, quede subordinado a la interpretación de la minoría, si constituyen mayoría en el tribunal?¹⁴

Si una mayoría de países encuentra que su orden público es negado por una minoría de países en el tribunal administrativo de un organismo internacional, nos encontraríamos ante un caso de discriminación inversa, o quizás liso y llano etnocentrismo.

Si ese fuera el caso, entonces el tribunal se encontraría en la posición de tratar de corregir un posible desequilibrio en la aplicación del principio de no discriminación, creando al mismo tiempo otro desequilibrio, quizás más substancial, de carácter institucional.

Por cierto que es necesario diseñar un nuevo sistema de cómputo de votos en los organismos internacionales, como lo hace el proyecto de Constitución europea.¹⁵ Pero un tribunal no puede erigirse a sí mismo por sobre la voluntad de los países miembros, o la manera en que esos votos son contados, no al menos al presente.

Quisiera destacar que estoy de acuerdo en la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho nacional.¹⁶ Pero hay cuestiones en las que todavía no existen claras reglas universales. Hay interpretaciones efectuadas por pocos pero muy distinguidos magistrados, a no dudarlo, pero no tienen todavía la suficiente fuerza normativa de una norma de carácter general emanada del órgano competente para legislar.

¹⁴ No cuestiono personalmente el sistema de valores de los países más desarrollados. Incluso he llegado hasta proponer, en cuanto académico, un Estado Supranacional Interamericano con votos minoritarios, en los cuerpos decisorios, tanto de la UE como de los EE.UU.: *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, director del European Public Law Center, libro que puede ser consultado y bajado gratuitamente en www.gordillo.com

¹⁵ Ver mi artículo “The Draft EU Constitution and the World Order,” en *The Constitution of the European Union / La Constitution de l’Union Européenne*, “European Public Law Series / Bibliothèque de Droit public Européen,” v. LXIII, ps. 281-294, Esperia Publications Ltd., Londres, 2003; también publicado en *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, v. 16, pp. 281-294, N° 1, Primavera-Verano de 2004, Esperia, Londres.

¹⁶ Ver el cap. VI del volumen 1 de mi “Tratado de derecho administrativo,” 9ª ed., Mexico, Porrúa-UNAM-FDA, 2004, y el cap. III de mi “Derechos Humanos”, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 2005; ambos pueden ser libremente bajados en www.gordillo.com

III.2 Cómo funcionan los tribunales, como funciona el derecho

Distintos tribunales con diferentes cargas de trabajo y divergentes métodos de trabajo pueden también producir resultados diversos. Algunos tribunales administrativos internacionales tienen la aptitud material de producir y escuchar en forma directa la producción de prueba testimonial, realizar audiencias orales, hacer preguntas a los testigos y a las partes, etc., y ello les proporciona un más amplio margen de apreciación de los hechos que se encuentran ante el Tribunal.¹⁷ Otros tribunales se fundan habitualmente en procedimientos escritos.¹⁸ Algunos deben hacerlo así por una muy fuerte carga de trabajo que les obliga a producir más de cincuenta decisiones en cada sesión.¹⁹ Eso los obliga a trabajar en base a los procedimientos y la prueba documental producida por las partes en los procedimientos²⁰ administrativos previos, y en las actuaciones escritas ante el tribunal. El procedimiento oral por el tribunal en pleno es mejor para determinar los hechos, pero es costoso y lleva tiempo. Tener un sistema u otro está establecido indirectamente por el estatuto del tribunal, lo cual es por ende una decisión que se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal. Por supuesto que el tribunal tiene la autoridad para producir audiencias y prueba orales en cualquier caso, pero eso implicaría una demora sustancial en resolver los demás casos, con lo cual la justicia no estaría siendo mejor satisfecha. Sus costos incrementarían también la carga financiera de los organismos adherentes.

Esto tiene también que ver con cómo el derecho funciona, en la práctica. A pesar de los razonables conceptos generales que uno quiera encontrar en el sistema legal, o uno pueda querer construir, el derecho no funciona por deducción “lógica” de tales reglas o conceptos generales. Los hechos del caso, los valores que él afecta y compromete, deben ser considerados en primer lugar. Decir que la discriminación es ilegal como norma general, por ejemplo, y encontrar un caso de discriminación, no lleva automáticamente a la conclusión de que se trata de un caso de discriminación ilegal que los tribunales deben corregir. Lo he explicado en otro lugar²¹ y trataré de presentar algunos ejemplos aquí.

III.3 Normas y valores de países desarrollados y emergentes, en los tribunales administrativos internacionales

No todos los funcionarios de los organismos internacionales provienen del primer mundo. Aquellos que provienen de otros países deben cumplir las reglas laborales y la ética

¹⁷ Los tribunales administrativos de la OEA y el BID intentan oír la la producción de la prueba testimonial en forma directa cada vez que sea posible.

¹⁸ Los tribunales administrativos del Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Internacional del Trabajo, son casos de estos.

¹⁹ El Tribunal Administrativo de la OIT, que tiene jurisdicción sobre 48 organismos internacionales.

²⁰ Por ello también se pone mucho énfasis en el cumplimiento en sede administrativa del debido proceso previo a la instancia judicial.

²¹ Ver también mi “An Introduction to Law,” Londres, Esperia, 2003, con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, director del European Public Law Center; también en francés, “Une Introduction au Droit,” iguales datos; ambas versiones, y además una versión en castellano, pueden bajarse gratuitamente de www.gordillo.com

laboral del mundo desarrollado, o sus contratos no serán renovados.²² Con el tiempo, pueden también adquirir algunos otros rasgos de las naciones más desarrolladas en las cuales se encuentran trabajando; algunas de sus tradiciones nacionales, hábitos y hasta tabúes tal vez deberán cambiar para adaptarse al país en que trabajan. Pero no están obligados a dejar atrás todas las tradiciones y todos los hábitos de sus nacionalidades de origen, sus diferentes culturas y diferentes juegos de valores.

Es por eso que cuando se considera la composición de un tribunal internacional se tiene cuidado en lograr una representación geográfica tan amplia como sea posible. Por supuesto, representación no es usado aquí en su sentido jurídico propio, sino como un reconocimiento de que así como diferentes tipos de personas de todas partes del mundo van a trabajar a organismos internacionales, así también deben participar en su tribunal internacional. En algunos tribunales la mejor práctica es tener representantes de todos los continentes, en tanto sea posible. Cuando el organismo es de carácter regional, no solamente se presta atención como en todos los casos a los diferentes sistemas legales que lo integran, sino que también se cuida que la integración del tribunal tenga nacionalidades suficientemente representativas de la región. Cuando hay una especial combinación de países y sistemas, como es el caso del BID, entonces se busca una equivalente combinación de nacionalidades y sistemas legales en el tribunal. En todos los casos es claro que se presta cuidadosa atención a las regiones de origen de los miembros del tribunal, a fin de tener un sistema judicial representativo del tipo de organización y personal sobre el que habrán de juzgar.²³

A veces hay un cierto contrapeso, y si un país tiene un nacional suyo como la autoridad máxima de la administración, por ese período no se designará como miembro del tribunal a otro nacional del mismo país. No hay ninguna regla fácil y simple para establecer el equilibrio adecuado, pero es claro que ese equilibrio es generalmente buscado.

Por supuesto que ningún miembro de un tribunal internacional puede invocar la ley de su propio país, o de ningún otro en verdad, para fundar un voto o una decisión. Pero si el integrante del tribunal representa, en sentido amplio, las naciones de una parte determinada del mundo, no puede ciertamente adherir automáticamente a todos los valores del mundo

²² En un caso referente a corrupción en el trabajo, el Tribunal Administrativo del Banco Mundial consideró que no se trataba, en el caso, de un supuesto de importancia tal como para justificar el despido del funcionario. Uno de los jueces decidió hacer deferencia a la mayoría y acompañarlos en la sentencia, a pesar de encontrarse con “una significativa disparidad de actitudes basada en los diferentes sistemas sociales y culturales” de que cada uno provenía: GORMAN, R.A., “The Development of International Employment Law,” v. 16, N° 3, p. 631, 646-7, en *European Review of Public Law*, Esperia, Londres, Otoño de 2004. Esas decisiones en los casos Carew, WBAT Decision N° 142 (1995) y Planthara, WBAT Decision N° 143 (1995) fueron severamente criticados por el Asesor General del Banco (Proceedings of the Paris Conference Celebrating the 20th Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal, en preparación, mencionado en GORMAN, p. 647, texto y nota 50. En otro caso relativo a la falsificación de un cheque y un reclamo falso, tanto el tribunal administrativo de las Naciones Unidas como el de la Organización Internacional del Trabajo tuvieron un punto de vista más severo que el de la administración, y sostuvieron -obiter dictum- que se hubiera justificado el despido, en tanto que la administración había resuelto solamente una retrogradación de dos pasos en el escalafón: UNAT, sentencia 1175 del 27 de Julio de 2004; Tribunal Administrativo de la OIT, sentencia en el caso AT 5-1952 (2005).

²³ GORMAN, op. cit., p. 646, explica un enfoque similar en los Tribunales Administrativos del Banco Mundial y del Banco Asiático de Desarrollo.

desarrollado: No porque no quisiera, sino porque no se supone que deba hacerlo. Me refiero, por supuesto, a un tribunal internacional que tiene su sede en un país desarrollado. Lo mismo puede ser sostenido, a la inversa, si la sede está en un país emergente.²⁴

IV. Una diferencia entre tribunales nacionales e internacionales en relación a un caso determinado

Un tribunal debe tratar de determinar cuáles son los hechos de un caso dado, cómo deben ser valorados, y cómo esos hechos y valores se adecuan con el sistema jurídico existente y los precedentes judiciales. Si un tribunal nacional competente encuentra que las leyes son contrarias a algún superior principio fundamental, debe adaptar la solución particular a aquel principio. (Derechos humanos internacionales, los principios generales del derecho, la Constitución.) Pero la Corte debe tener cuidado de no imponer su propio sistema de valores por sobre el del legislador, en asuntos que todavía no estén ampliamente debatidos y consensuados en una determinada sociedad. Cuando una sociedad nacional ha arribado a una opinión generalizada, si la Corte siente que el legislador está irrazonablemente atrasado respecto a los valores sociales en curso, entonces puede imponer el principio superior, aceptado por la sociedad como tal, por sobre el legislador: eso es más fácilmente hecho por cortes nacionales que por tribunales internacionales.

La razón es que aunque estos tribunales internacionales generalmente tienen un muy escueto ámbito de materias, en su mayor parte relacionado con problemas de la función pública internacional, a veces les toca resolver casos en que la sentencia se extiende más allá del límite de un país determinado. No se pueden referir a una determinada sociedad, ni siquiera por implicancia, porque los individuos afectados por sus decisiones provienen de diferentes países y son de diferentes nacionalidades y más específicamente diferentes culturas.

El tema es más visible cuando los tribunales tienen que determinar la extensión de salarios y otros beneficios por razón de casamiento y/u otras formas de unión civil entre personas que pueden o no pertenecer al mismo género u orientación sexual. Por supuesto, todos los organismos internacionales tienen normas específicas que tratan estos asuntos, directa o indirectamente. Sin embargo, tanto las reglas como su interpretación son frecuentemente impugnadas sobre la base del principio de no discriminación. Aunque uno podría argüir que en los hechos la decisión no tiene consecuencias universales, sino que está limitada al ámbito del organismo al que el tribunal pertenece, esto requiere algunas palabras más de prudencia. A veces el tribunal tiene una inusualmente larga lista de instituciones adherentes (el de la OIT tiene jurisdicción sobre 46 organismos internacionales). y el alcance final de la decisión es paralelamente extenso también.

La continua internacionalización del derecho y el número creciente de tribunales internacionales han comenzado a crear un cuerpo de jurisprudencia internacional de los diferentes tribunales. El estatuto del Tribunal Administrativo del FMI requiere que las decisiones del tribunal tengan en cuenta esa jurisprudencia, pero aún cuando tal regla

²⁴ Esta es precisamente la lógica de mi propuesta de crear un Estado interamericano con participación minoritaria de la Unión Europea y los Estados Unidos.

estatutaria no existe los tribunales frecuentemente comparan sus respectivos fallos, sea expresamente o por implicancia. Todos quieren saber dónde se encuentran ubicados.

IV.1 La Unión Europea y el derecho administrativo internacional

El primer voto en disidencia de la sentencia 2193 del tribunal administrativo de la OIT hace las referencias adecuadas al derecho de la Unión Europea en sus párrafos 18 y 19, aunque discrepa con tales precedentes. Esos precedentes, hasta donde llega mi conocimiento, aún se encuentran vigentes, aún cuando la legislación nacional está en un constante cambio en esta materia.²⁵

Así, la Corte Europea de Justicia no ha encontrado que exista discriminación antijurídica en estos casos; no hay tampoco un criterio legal unificado y ampliamente extendido en el mundo desarrollado; ni hay en la mayor parte del mundo un criterio dominante de considerar que estos casos presentan una injusta o irrazonable discriminación. ¿Por qué entonces un juez individual, sea que provenga de un país desarrollado o emergente, en un tribunal administrativo internacional, habría de introducir un criterio de innovación diferente en el derecho mundial? Cada juez es independiente de votar como él o ella lo desee, por supuesto, pero cualquiera sean las creencias de cada uno en la cuestión, no se puede ignorar ninguno de los hechos mencionados y las razonables implicancias que emergen de ellos.

V. La equitativa distribución de fondos en el presupuesto

Dado que los pagos y beneficios son parte de un sistema que es resuelto en el presupuesto anual del organismo, hay un elemento adicional de precaución que los tribunales deben observar antes de intervenir activamente en la reforma de tal sistema. El foro apropiado para resolver cómo se distribuyen los recursos presupuestarios es aquel que aprueba el presupuesto, no los tribunales. Cuando un tribunal establece una compensación individual por daños cometidos a esa persona, el impacto sobre el presupuesto es inevitable. Los tribunales no podrían funcionar sin el poder de otorgar tal tipo de indemnización. Los presupuestos, en consecuencia, tienen reglas que permiten ajustar las partidas para hacer frente a esas decisiones judiciales. Nadie negaría al tribunal la facultad estatutaria de efectuar dichas asignaciones de recursos dentro de las limitaciones que el estatuto a veces impone.

Por otra parte, si los tribunales administrativos internacionales fueran a establecer compensaciones monetarias para clases de personas sin una clara regla general, el impacto sobre el presupuesto es menos claramente visible al momento de la decisión judicial. Si un caso que se proyecta a clases de personas debilita claramente un presupuesto o fondo internacional en situación de peligro, ese hecho puede ser tenido en cuenta por el tribunal.²⁶ Pero esa percepción no se encuentra siempre disponible y a veces ni siquiera es posible en

²⁵ Más recientemente, en el 2005, Suiza (un referendun) y España (ley del Parlamento), aunque con soluciones diversas. Tales innovaciones son introducidas por referendun o por el Parlamento, no por los tribunales.

²⁶ Así ocurrió en el Tribunal Administrativo de la OIT, sentencia 832 (1987), párrafo 15.

tribunales administrativos internacionales. Y sería ciertamente ajeno a su jurisdicción, si el tribunal fuera de algún modo a sopesar el impacto financiero de su decisión, calculando si son muchas o pocas las personas comprendidas en una determinada categoría de personas, y consecuentemente si el impacto presupuestario es grande o pequeño antes de introducirlo, cuando no existe regla normativa. Si las consecuencias financieras de la decisión resultaran en un presupuesto incrementado debido a la decisión judicial cuando no hay reglas normativas claras, ello implicaría un nuevo presupuesto al menos en parte instituido por el tribunal, algo que ningún organismo internacional ha puesto bajo su jurisdicción. La equitativa distribución de recursos, grandes o pequeños, es algo que normalmente compete al órgano legislativo, no a los tribunales.

VI. Los límites judiciales a la discriminación normativa. Un caso contemporáneo

Ciertamente lo expuesto no significa que los organismos internacionales puedan imponer a su personal toda y cualquiera discriminación injusta que se les pueda ocurrir. Sin embargo, si los órganos legislativos y gubernativos están realizando, en consulta con los diferentes países, razonables esfuerzos para enfrentar determinadas formas sofisticadas de desigualdad o discriminación, ciertamente no le corresponde a los tribunales establecer el tono en estas cuestiones, aumentar la velocidad del proceso de cambio y establecer los nuevos standards de igualdad y no discriminación que los cuerpos gubernativos estarán obligados a seguir.

VI.1 Un ejemplo del dilema: igualdad y no discriminación

Una de cuestiones contemporáneas no resueltas es la de las uniones o casamiento de personas del mismo sexo. Si un Tribunal lo aceptara como derecho vigente sin una regla jurídica específica escrita, sin nada más que el principio general de no discriminación, el caso adquiere otras perspectivas. Otras formas de unión entre dos o más personas, de igual o distinto sexo u orientación sexual, con o sin determinada concepción religiosa fundante, podrían plantearse para ser consideradas. Esas son cuestiones que debe resolver el legislador de acuerdo a los standards valorativos al tiempo de la toma de decisión, no por un tribunal sin una específica guía normativa; el principio de no discriminación, por sí mismo, no es suficiente para dar una respuesta clara y convincente a tales cuestiones, no al menos al presente.

Uno de los antiguos principios del derecho es la igualdad, que siempre ha significado ausencia de limitaciones irrazonables a un igual tratamiento bajo las leyes, para usar una frase conocida, o “injustificada discriminación.”²⁷ Sin embargo, irrazonable o injustificada desigualdad ha significado diferentes cosas en diferentes culturas, tiempos y lugares. No es una noción pétreamente establecida, y existen infinitamente variados ejemplos de ello. Los tribunales, en todo el mundo, son por lo general muy cuidadosos en tratar de seguir las reglas establecidas por el legislador. Solamente en los casos más excepcionales —algo que está sujeto a cambio de acuerdo al tiempo y lugar— intervendrán contra las reglas tradicionales para imponer el superior principio de igualdad y no discriminación.

²⁷ Como también se determine en la sentencia 2193 (2003), párrafo 6, del Tribunal administrativo de la OIT.

Los tribunales tienen que lograr un equilibrio en su jurisprudencia. Ese equilibrio se vería alterado si se introdujera una tan amplia aplicación judicial del principio contemporáneo de no discriminación, o del antiguo principio de la igualdad ante la ley. Existe desde luego una aparentemente creciente tendencia normativa minoritaria a permitir uniones civiles entre personas del mismo sexo, tanto en determinados países como organismos internacionales; pero es todavía una tendencia normativa, no judicial. Además, la cuestión produce otros problemas derivados, como por ejemplo cuando algunos países introducen limitaciones a la adopción de niños, o a la fertilización asistida, y otros no. La complejidad de esos temas es así manejada hasta el presente por la asamblea general o el cuerpo equivalente de cada organismo internacional; en los países que lo han aceptado, ello ha sido por referéndum o por ley. El poder judicial ciertamente aplica las nuevas reglas cuando ellas entran en vigencia, pero por lo general no han producido en esta materia una decisión en el estilo de *Brown v Board of Education*, o *Roe v Wade*.

En sentido adverso, un panel de tres jueces de un tribunal administrativo internacional ha tomado una actitud activista en la materia.²⁸ Tal activismo puede o no ser correcto en países u organismos internacionales específicos, en momentos específicos y para determinadas materias, pero no está correctamente resuelto, en mi punto de vista, desde la perspectiva de un juez proveniente de un país emergente con el correspondiente sistema de valores.²⁹ Por cierto, esto es una cuestión debatida.³⁰

Desde mi punto de vista, la fuerza de los tribunales administrativos internacionales, algunos de ellos con una larga lista de instituciones internacionales adherentes, no reside en su poder de innovación contra las reglas generales de sus cuerpos gubernativos, sino en su sabiduría en los casos individuales. Pueden hallar que las normas son ilegales, desde luego, pero deben estar muy convencidos de ello. Los tribunales internacionales generalmente deben esperar que esos cambios normativos se produzcan para ver cómo la administración los implementa y en su caso intervenir y juzgar en cualquier caso que se plantee referido a la legalidad de la determinación administrativa efectuado bajo tales reglas.

Estos tribunales no debieran, a mi juicio, anticipar esas tendencias evolutivas, ni tratar de determinar la velocidad o profundidad de su evolución. No ha llegado el tiempo en que un tribunal administrativo internacional pueda imponer a la asamblea general o al cuerpo gubernativo competente, en lugar de a la inversa, la legalidad del casamiento de personas del mismo sexo o uniones civiles, y no provocar reacciones no queridas y tal vez no justificadas en el sistema existente de frenos y contrapesos. Aún sin tener en cuenta las consecuencias, en todo caso, parecería que ese tipo de activismo judicial ciertamente afectaría la división de poderes existente en esos organismos.

²⁸ Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, caso 1276, sentencia 1883 (2004), que adoptó lo que era la posición minoritaria del Tribunal administrativo de la OIT en la sentencia 2193. (2003.)

²⁹ Esta línea de razonamiento en GORMAN, R.A., "The Development of International Employment Law," v. 16, N° 3, p. 631 y sigtes., especialmente ps. 646-7, en *European Review of Public Law*, Esperia, Londres, 2004.

³⁰ Ver nota 27

VI.2 ¿Es ésta una cuestión semántica?

Todas las definiciones, como todas las palabras, son claras solamente dentro de un cierto núcleo duro o contenido pétreo. Más allá, las palabras están siempre rodeadas de un halo de incertidumbre, en que las dudas siempre existen acerca del significado, extensión o aplicabilidad de la palabra en una situación dada. No se trata por ello de una cuestión de elegir entre interpretaciones “progresistas” o “conservadoras” de las palabras que se refieren a los derechos humanos, como se argumentó en el segundo voto disidente de la sentencia del tribunal administrativo de la OIT número 2193 del año 2003. Si el significado de una palabra es claro, entonces la cuestión está resuelta. Si el significado de la palabra está sujeto a razonable discusión, puede no competir al poder judicial establecer cuál es el significado de la palabra. En los casos individuales la determinación final será construida por el tribunal, pero cuando la decisión tiene un claro alcance amplio, por ejemplo cuando define una clase entera de casos, entonces corresponde prestar más atención a quién puede determinar el significado de la palabra, cuando hay cuestiones de importancia sustancial que resolver.

VI.3 Libertad y administración pública

Cabe distinguir entre la libertad personal para elegir el estilo de vida privada que se quiera dentro de la ley, que debe ser enteramente respetado por los demás, y las repercusiones institucionales de aplicar en su consecuencia el principio de no discriminación en el campo de los organismos internacionales para resolver, en definitiva, el otorgamiento de beneficios financieros o económicos.

La libertad individual es libertad frente a la intervención del Estado en nuestras vidas privadas, pero no se traslada fácilmente al sistema de beneficios financieros y no financieros de la administración pública; especialmente no para determinar, como en este tipo de casos, un sistema de pagos.

¿Puede la libertad para hacer algo transformarse en el derecho a ser pagado por ello, en el lugar de trabajo de cada uno? Sí, pero solamente a través de la legislación o reglamentaciones generales, no a pesar de sus previsiones opuestas cuando ellas son claras y no parecen inaceptablemente injustas. Los ámbitos de la libertad y la administración pública no necesariamente interactúan y se entrelazan.

Una cosa es disfrutar de la libertad de no tener intervención estatal en la elección del estilo de vida que cada uno esté inclinado a seguir, en tanto no esté razonablemente prohibido por la ley. El mundo ha evolucionado mucho en este sentido en el último medio siglo, admitiendo crecientes libertades. La sociedad se ha vuelto más tolerante, también, aunque siempre se escuchan voces muy autorizadas expresando muy fuertemente su desacuerdo.

Sin embargo, lo que está cuestionado en este tipo de casos no es la libertad de elegir la vida privada que cada uno quiera dentro de la ley, sino si el Estado o la administración tiene además la obligación de contribuir financieramente al estilo de vida de que se trate.

En algunos casos se ha argumentado que el Estado, por razones de salud pública, debe ayudar materialmente de una u otra manera algunos estilos de vida diferentes. Muchas administraciones hacen campañas de educación pública que consisten en el asesoramiento y libre distribución de preservativos, jeringas, etc. También, la preocupación por los peligros del tráfico de drogas llevan a que algunos Estados ayuden a los drogadependientes a superar

su adicción proveyéndoles de tratamiento y medicación que de otro modo sería ilegal. Pero estas excepciones en las cuales el Estado ayuda financieramente o de otra manera a diferentes estilos de vida se fundamenta siempre en graves preocupaciones por la salud o la seguridad pública, no como un reconocimiento del derecho individual a obtener financiamiento estatal, y la decisión inicial es tomada por las autoridades regulatorias, no por iniciativa de los tribunales. Muchos Estados también se ocupan de la protección y tratamiento activo de enfermedades altamente contagiosas y peligrosas, como el HIV o la próxima pandemia aviar, si se vuelve a producir como lo hizo a comienzos del siglo pasado matando decenas de millones de personas. Con la libertad de viajar, ello puede suceder. No existe confinamiento posible dado que la transmisión comienza antes que los síntomas aparezcan ¿Quién recibirá las vacunas y las drogas antivirales? ¿Quién será discriminado en diferentes grupos que puedan no estar protegidos por la vacuna o el tratamiento?

Cuando las leyes y reglamentaciones de las autoridades competentes establecen esas contribuciones financieras o materiales, ellas se transforman entonces en derechos que pueden ser garantizados por los tribunales. Pero debe destacarse fuertemente que tales derechos no son usualmente creados por los tribunales sobre la base del principio de no discriminación.

Todo ello significa que el Estado puede ayudar y de hecho ayuda, financieramente y de otra manera, a que muchas personas ejerciten su libertad de intervención estatal la que puede transformarse entonces en el derecho a recibir la ayuda del Estado para el ejercicio de tal libertad o sus consecuencias. Pero eso no puede ser fácilmente construido por los tribunales, sin importar cuán sincera sea la convicción de que no hacerlo equivaldría a una discriminación injusta. En todo caso es la discriminación de no proveer beneficios financieros no establecidos claramente por la ley o las reglamentaciones.

Ese tipo de discriminación se encuentra dentro de los límites aceptados de discriminación o desigualdad legal. Hay demasiados ejemplos de cómo funciona el sistema en todo el mundo, y cómo sus progresos se producen. No son usualmente efectuados por decisiones judiciales basadas en el amplio principio general de no discriminación, sino por reglas concretas y específicas de los órganos competentes para dictarlas.

Si al aplicar esas reglas se reproduce alguna discriminación no contemplada en la ley, los tribunales por supuesto intervendrán.

VII. Algunas conclusiones

Aunque el problema de la desigualdad injusta es insoluble por un golpe de pluma, la humanidad creó el concepto de discriminación como la llave maestra para determinar cuando la desigualdad era irrazonable (injusta, incausada) y por lo tanto ilegal. Funcionó, por un tiempo. Muchas declaraciones internacionales establecieron el standard de no discriminación por razón de sexo, religión, etc. Obviamente, nadie pretendería hoy en día discriminar abiertamente sobre la base del color de la piel, creencias, etc. y pretender que ello es legal. No lo es. Si se lleva el caso a los tribunales, estos declararían ilegal esa conducta. Pero cada caso tiene que ser visto en un contexto mucho más amplio, porque hay múltiples regulaciones que afectan a diversas clases de personas: personas de edad, jóvenes, viudos y viudas, fumadores, bebedores, tribus indígenas, extranjeros, personas con diversas

habilidades de comunicación y así sucesivamente. Sería una errónea descripción del estado actual del derecho administrativo internacional decir que toda discriminación debe ser declarada ilegal sin prestar atención a las circunstancias y a las reglas emanadas de los órganos competentes para legislar.

Los tribunales deben tomar en cuenta los hechos y valores específicos del caso, y también qué guía puede encontrarse en las reglas dictadas por los órganos competentes ¿Qué hacer cuando el órgano legislativo y el tribunal se encuentran en posiciones distintas? Cuando los tribunales deciden casos de una manera que está frontalmente opuesta a las reglas, son directa o indirectamente reprendidos, aunque desde luego existe siempre la posibilidad de no renovación de los nombramientos.

El problema existe, pero los frenos y contrapesos son ineficientes. El sistema podría ser mejorado si se creara una corte de apelación para todos los tribunales administrativos internacionales (y de paso, para los tribunales arbitrales internacionales), a ser convocada solamente cuando existan casos a resolver.

Otra forma de resolver el problema podría ser admitir el recurso ante la Corte Internacional de Justicia como fue el caso del Tribunal Administrativo de la ONU y es todavía el caso del Tribunal Administrativo de la OIT.

Puede haber otras opciones, pero lo primero es que los organismos internacionales cambien su actitud mental de compararse a los viejos sistemas soberanos y busquen soluciones más próximas a su calidad de partes de un sistema verdaderamente internacional.