

Capítulo XVI

**PALABRAS PRONUNCIADAS EN LAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE
DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

Por AGUSTÍN GORDILLO

Es para mí siempre un extraordinario honor ser invitado a la clausura de estas Jornadas de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, ahora con la participación de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo y la Asociación Ítalo-Argentina de Derecho Administrativo.

Sea mi primer agradecimiento a los juristas italianos, los profesores FABRIZIO FRACCHIA y MASSIMO OCCHIENA que nos acompañan, a los colegas que han dado la perspectiva de otras jurisdicciones locales argentinas, a las autoridades de las instituciones que han hecho posible esta actividad y también a todos cuantos han participado, de una u otra forma, en la organización y desarrollo de este siempre grato evento de reflexión jurídica.

En cada oportunidad anterior que fui invitado, y bajo distintas administraciones públicas locales de esta jurisdicción, tuve el placer de expresar mi orgullo y alegría de ser habitante de una Ciudad que es un pleno Estado de Derecho.

Aquí nos hemos ganado tener la fortuna de elegir. Tenemos elecciones democráticas en los tiempos previstos constitucionalmente, con periódica renovación de autoridades no sólo administrativas y legislativas sino también de sus propias organizaciones intermedias.

Valgan de múltiple ejemplo esta Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires que hoy nos brinda su cálida sede, más la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo que patrocina el evento, y sin duda la hermana mayor, la AADA, Asociación Argentina Argentina de Derecho Administrativo que realiza sus jornadas nacionales en Córdoba en sus ya largos años de vida, desde su nacimiento en 1976 en esa misma Ciudad, pero que fuera ya concebida en jornadas anteriores.

Esa fue también una contribución del derecho civil al derecho administrativo. Permítaseme el recuerdo de esa magnífica asociación civil, de la cual fui electo primer Presidente en 1976, en años de plomo, que celebra hoy su casi cuadragésimo aniversario. Mis saludos a ella. A todas esas organizaciones no estatales me honro en pertenecer, aunque no pueda estar en todos lados al mismo tiempo, en el estado actual de la ciencia y la tecnología.

En todas ellas se respira el mismo ámbito democrático del debate polémico, que como decía Juan Francisco Linares en 1963, ha de estar libre de “pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista”, pues en él cada participante “levanta, aún con sus errores, el nivel de la ciencia jurídica”, en el “diálogo entrecruzado con que la ciencia levanta lentamente la obra humana del saber sobre un modo humano del obrar”. (Reproducido en mi *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 5, *Primeras obras*, Buenos Aires, FDA, Fundación de Derecho Administrativo, 2012, p. EEA-7, accesible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/02/02-prologo_intro.pdf)

La independencia de los magistrados ha sido un tema indiscutido en las exposiciones de estos dos días porteños, pero tal vez quepa relacionarla con el tema de los frenos y contrapesos de los tres poderes del Estado, tema sobre el cual he escrito desde la perspectiva de un magistrado interactuando con los demás controles, en distintos ordenamientos no argentinos.

He sido siempre partidario de la plena justiciabilidad de todas las cuestiones, sean políticas, económicas o sociales. Pero quiero aportar una visión quizás con un matiz diferente, producto también de una vida generosa con mi tiempo en esta tierra. Hago con ello un homenaje también a todos aquellos que ya no están entre nosotros. No hagamos nombres para no empañar una vez más de lágrimas nuestro permanente recuerdo.

Volvamos a lo nuestro, que es lo de todos.

La Justicia no es la palabra final, sino que los hechos lo son, a la luz de la opinión de una sociedad pluralista y democrática, en el estado de la realidad técnica y económica de cada momento histórico. Los tres poderes constituyen engranajes activos de una democracia viviente, palpitante, participativa.

El proceso de creación del derecho no se concluye con una sentencia, falta por de pronto que ella se cumpla y esto es responsabilidad del tribunal asegurar, como le sugirió Rivero al Consejo de Estado de Francia a comienzos del siglo pasado, cuyo trabajo fuera republicado por el Consejo de Estado al cumplir sus doscientos años, hace algo más de una década: “*De l’affaire Canal à l’arrêt Canal.*”

Para ello el tribunal debe estar previamente seguro que la sentencia que vaya a dictar no sea de imposible cumplimiento; será de imposible cumplimiento si el tribunal no tiene los medios, o no está dispuesto a usarlos, para hacer realidad su ejecución. También lo será sí apreció mal los hechos, por ejemplo ordenando algo que no es técnicamente realizable.

Y según como siga la historia de los hechos posteriores a la sentencia, según estos den o no la razón a la visión que el tribunal haya tenido de los hechos, el proceso colectivo de creación del derecho sigue siempre viviente y vuelve a interactuar sobre la magistratura. Lo he explicado a partir de mi experiencia personal y lo he publicado ya hace años, en el país y en el exterior.

Cuando una sentencia no se cumple ello puede deberse a la negligencia de los funcionarios que no la ejecutan, y deberán ser sancionados con medidas judiciales conminatorias. Pero, en otra variante, también puede ser que la sentencia sea de cumplimiento imposible y por ende caer bajo el adagio romano que nadie puede ser obligado a hacer lo imposible. El acto administrativo de objeto imposible es inexistente. ¿Defenderá alguien como derecho viviente una sentencia incumplida?

Si la sentencia no es congruente con el estado presente de la ciencia y la tecnología, o transgrede los parámetros de razonabilidad económica o financiera bajo el argumento de hacer cumplir las normas jurídicas, está postulando que el derecho puede ser irrazonable y a pesar de ello ser derecho válido y obligatorio.

En tal caso no creo que la sentencia sea correcta aplicación del derecho. Podrá a lo sumo ser aplicación de una norma valiosa para la justicia natural, pero que si transgrede la realidad y es imposible ejecutar, resulta ser una valiosa aspiración social pero no la congruente aplicación del derecho por un tribunal estatal de justicia local.

Los tres poderes del Estado local ejercen sus recíprocos frenos y contrapesos, y cuando aparece insatisfacción ciudadana ésta se canaliza por los diferentes medios formales e informales que tiene una sociedad libre y democrática. Hemos visto algunos movimientos en la magistratura local que son muestra evidente de tales mecanismos de frenos y contrapesos en acción.

Los había analizado mucho antes a nivel internacional. Están en Internet (*Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales*, disponible en http://www.gordillo.com/cv/art_16.pdf; *Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación*, disponible en www.gordillo.com/cv/art_42.pdf) y no me sorprende verlos aplicarse localmente.

Con esos criterios, y en expresa remisión a uno de tales trabajos en inglés, he votado en solitaria disidencia en un plenario del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo y finalmente renuncié antes de cumplir mi mandato, pero no sin antes saber que posteriormente al plenario del Tribunal Administrativo de la OIT, el solitario criterio minoritario había anticipado correctamente el fallo que después dictaría en igual sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es que en los seis tribunales administrativos internacionales que he integrado en mi vida, la realidad presente y el decurso previsible del derecho posterior, siempre ha estado presente en mis razonamientos. El proceso de creación normativa

comienza en el legislador, sigue en el administrador y termina en principio en el juez, pero ello no significa que no prosiga recreándose para otros casos, con ingredientes y hechos que nunca serán iguales. Si la sentencia no se cumple, el proceso ha quedado truncado, no ha terminado sino con un hermoso trozo de papel que se enseñará, quizás, si lo que se enseña es lo que no está en la realidad.

Podremos compartir o no los cambios que se van evidenciando, pero no podemos menos que reconocer su origen en el juego de los tres poderes del Estado, tal como colectivamente los hemos votado, para bien o para mal.

Y ya tendremos oportunidad, cercana, de expresar con nuestro voto la satisfacción o insatisfacción que nos merezcan cada uno de los poderes sometidos a periódica y democrática renovación en cada elección.

He oído en estas jornadas una viva crítica a la apreciación positiva de la legislatura local hecha por el Superior Tribunal de Justicia local. He escuchado en septiembre en Grecia, tan distante y tan cercana, las más fuertes críticas al supremo tribunal constitucional alemán, por respetar la voluntad legislativa del Bundestag alemán. Cada electorado dirá con su voto cuál es la interpretación correcta. Si el Bundestag o la Legislatura de la Ciudad se equivocan sistemáticamente, eso lo resolverán los electores modificando su composición.

La magistratura no está sujeta a controles electivos directos, pero tiene otros que he explicado y publicado. Esos controles son sociales, de la opinión pública, de la interacción con los otros poderes. Ahora mismo los estamos viendo actuar. Si los poderes electivos actúan mal cuando interactúan con la magistratura, corresponderá a la sociedad expresarlo públicamente, primero, y como etapa final votando según su parecer en las siguientes elecciones.

Cada uno tendrá su opinión, cada uno tendrá su voto, ahora ampliado con el derecho a voto de los adolescentes que podrán así participar no solamente en los *raves* locales, *bicicleteadas*, *skateboardings*, *zombies*, ocupación festiva de espacios públicos, etc. La misma alegría con que obviamente participan en tales eventos a su edad considerados *cool*, será la alegría con la cual participarán de un procedimiento electoral nacional o local igualmente *cool*.

No olvidemos que a fines del siglo pasado un economista ganó el premio Nobel por haber demostrado que el voto se ejerce siempre en el propio interés del votante. El pueblo, si está en libertad y tiene una prensa independiente, acertará o se equivocará. Pero ese será el próximo gobierno, bueno o malo según como cada uno haya votado, que a su vez seguirá inter-actuando con la justicia. La Justicia dicta sentencia definitiva para el caso, a menos que resuelva algo que no sabe de antemano cómo hará cumplir. Si no sabe cómo hacerla cumplir, y no se cumple, entonces la sentencia no es definitiva, en los hechos, ni siquiera para el caso.

Volvamos al juego de los tres poderes, dos electivos directamente y uno indirectamente y a través de un procedimiento de selección controlado por los poderes políticos. Si bien desconozco los detalles internos de los resultados de los actuales

procesos de selección de magistrados, no puedo menos que contraponer, a algunas voces críticas expresadas en sordina, mi satisfacción personal porque haya sido el juego de la democracia y los partidos políticos, el que ha dado lugar a las nuevas designaciones, cuidando de reflejar no solamente la idoneidad técnica de los magistrados sino también los intereses de toda sociedad democrática y pluralista.

Sé qué mis consejos antes del nacimiento de estos conflictos eran conocidos pero se resolvió no seguirlos ni mencionarlos o rebatirlos por escrito. Me lo han dicho verbalmente, con afecto, como para no entrar en debate. Agradezco la bondad de la intención, discrepo con la prudencia del pronunciamiento.

No sé cuánto de lo ocurrido después no responde precisamente a la experiencia internacional que yo había invocado y ejemplificado con minuciosidad, mucho antes de saber qué conflictos se iban a presentar acá.

Acá estamos acostumbrados a ver controles por atropello, pero cuando son controles un poco más sutiles pareciera que no los queremos entender como lo que son, controles sutiles pero controles al fin.

Esta frase, elíptica, es sólo para entendidos, pero todos los aquí presentes somos entendidos. Son los hechos, siempre los hechos, ahora en todas las instancias judiciales. El precedente del Superior Tribunal de Justicia en *Alba Quintana* admite, para mí, lecturas entrelíneas que no todos interpretan por igual; o con las que discrepan, lo cual es sano en una sociedad democrática.

Ahora bien, no querer o no poder verlos es como no creer en la fuerza de gravedad y dejar un vaso de vidrio suspendido en el aire. Ineluctablemente se cae, aunque tal vez no se rompa, y será necesario levantarlo. ¿Será razonable soltarlo otra vez en el aire, para ver si en la próxima caída, o la que le siga, finalmente se rompe? ¿Preferimos arriesgarnos a romper el vaso, sólo para no aceptar la ley de la gravedad?

Quizás sea oportunidad de reflexionar, también, puesto que siempre se busca un mejor equilibrio de poderes, que la Ciudad constituye hoy una ventana excepcional para ensayar ante el país modernas formas de sistemas parlamentarios en lugar del clásico que tenemos ahora. No está muy distante del parlamentarismo el funcionamiento empírico de los poderes ejecutivo y legislativo de la Ciudad, basta leer los diarios. Sería un servicio que le podríamos prestar no solamente a la **Ciudad** y sus habitantes sino también a la **Nación** y demás provincias, para que todos puedan ver en acción el mecanismo institucional al que ellas deberán también, tarde o temprano, evolucionar.

Ver de cerca sus éxitos o fracasos, sus ventajas y problemas, constituirá un laboratorio de experimentación de una sociedad local madura: observar, discutir, aprender y finalmente imitar y mejorar, o rechazar, aquello que respectivamente hayamos hecho de bueno o de malo, en el proceso de modernización democrática y republicana de nuestras instituciones. Como unidad política institucionalmente más desarrollada, le debemos al país el brindarle un nuevo modelo para observar,

estudiar, a fin que las demás jurisdicciones saquen las conclusiones que sean del caso y obren en consecuencia.

En cualquier caso, los beneficios y también falencias de la inmediatez fáctica y urgencia temporal de la respuesta legislativa y administrativa a los problemas de la Ciudad, necesitan siempre de la más reposada discusión y participación ciudadana en audiencias públicas judiciales, donde se puedan oír los reclamos de las asociaciones vecinales de distinto tipo, recabar y recibir la debida información técnica que la propia judicatura deberá procurarse, para no desconocer la realidad. Otra vez en palabras de Linares, actuando con la “serena equidistancia” y “el profundo sentido político arquitectónico” indispensables.

Se requiere un control no solamente de legalidad formal y axiológica sino también y fundamentalmente de razonabilidad, para lo cual el conocimiento judicial de los hechos debe ser conforme a las reglas de la ciencia y de la técnica, para dar al caso respuesta oportuna, **razonada**, meditada, imparcial e independiente; pero técnicamente correcta. Así como la administración no tiene *discrecionalidad técnica* sino que está atada a *las reglas de la técnica*, así también lo está la justicia. No se trata de sustituir el accionar legislativo o administrativo con el puro arbitrio judicial libre de toda atadura empírica o científicamente documentada, libre de razonamientos económicos y financieros.

No se trata de que la Justicia imponga su personal visión del derecho cuya tutela se le impetra, sino también que tenga en cuenta, y valore, los elementos económicos y financieros comprometidos, sin los cuales su decisión puede ser irrazonable, irrealizable, una frustración más a las aspiraciones de los justiciables cuando se les “reconocen” “derechos” que no están en condiciones de serles garantizados empíricamente por quienes se los declaman.

Me he referido también a esta cuestión, en términos que estimo aquí aplicables para los tres poderes, en un trabajo en inglés del año 2010 y otro en italiano, del año 2012, los cuales se encuentran en Internet. También están, por cierto, en castellano, en los trabajos de hace algunos años sobre los frenos y contrapesos del actuar jurisdiccional. Quiero con ello decir que no es algo que he pensado para esta circunstancia, sino que siempre lo he escrito así, recurrentemente.

Mientras tanto, disfrutemos del libre debate democrático, del juego recíproco de las instituciones republicanas, y de su reverdecimiento constante. Y no dejemos nunca de observar la realidad y pensarla, como diría Linares, libres de “pasión sectaria, prejuicios políticos, ideología totalitaria o individualista.”

Grazie, cari amici italiani. Gracias, queridos colegas argentinos.