

myf
140

Dr. Federico José **LISA**

ALGUNOS DESAFÍOS DEL CONTROL JUDICIAL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

myf

141

El presente artículo se integra con algunos de los temas de la respectiva disertación en las XXV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 de junio 2019.

Introducción. La importancia del control judicial a la Administración Pública

Es evidente que el Estado de Derecho depende de la efectiva vigencia del principio de legalidad o juridicidad, expresamente establecido en el artículo 1 de la Constitución local, según el cual la Provincia organiza sus instituciones fundamentales conforme a los principios, entre otros, «de la sumisión del Estado a las propias normas jurídicas en cualquier campo de su actividad».

A su vez, es también obvio que este principio sería una mera declamación si no existiera un adecuado control judicial sobre los actos de la Administración Pública; control este que supone, no sólo la resolución de conflictos entre el ciudadano y el Estado, sino también la definición del estatus constitucional mismo de aquél frente a éste.

Pues bien, en esta tarea consistente – en definitiva – en *calibrar* los derechos de los particulares con las prerrogativas

del poder público, encontramos grandes desafíos.

1. El principio de la división de poderes o separación de funciones

Algunos de estos desafíos se vinculan con la dinámica misma del principio de la división de poderes (o separación de funciones), el que – como tal – encarna una cuestión de formidable proyección política.

En este orden, debe reconocerse que el proceso contencioso administrativo – modo básico de ejercer el control judicial a la Administración Pública – constituye una técnica por la cual un poder del Estado controla a otro poder del Estado.

a. La transferencia al Poder Judicial de los «costos políticos» de decisiones administrativas

En primer término, suelen ser frecuentes las transferencias al Poder

Judicial de los «costos políticos» de las decisiones administrativas.

Referiremos a algunas situaciones domésticas, como son las que se suscitan –por caso– en materia de desalojo de bienes del dominio público.

En sistemas como el santafesino, en el que las genéricas potestades de autotutela administrativa están fuertemente reconocidas por la jurisprudencia, las más específicas potestades referidas a la autotutela dominial alcanzan –en principio– a la posibilidad de que la Administración disponga, por sí y ante sí, el desalojo de bienes del dominio público.

Sin embargo, lo más común es que se solicite el «desalojo judicial» y que sea el juez el que en definitiva disponga una medida que, muchas veces, puede resultar de desfavorable impacto político y mediático.

Asimismo, podemos mencionar los casos de sumarios administrativos manifiestamente ilegítimos, en los

que normalmente aparece el Poder Judicial reincorporando a un agente que posiblemente no goce del favor de la opinión pública; o bien las hipótesis en las que el particular tiene derecho a que se le reconozca su pretensión en sede administrativa, pero que se lo posterga para que, en todo caso, «se lo reconozca el Poder Judicial».

Estos últimos supuestos suelen darse especialmente cuando se trata de reclamos masivos con alto impacto en el erario, en los que la transferencia de los costos económicos –e indirectamente también políticos– no es sólo al Poder Judicial, sino también a las siguientes gestiones administrativas; máxime en los ámbitos municipales que cuentan con mayores restricciones presupuestarias.

b. La insuficiente organización judicial contencioso administrativa o, derechamente, la desarticulación de los fueros contencioso administrativos

Una expresión de lo que la Federación Latinoamericana de Magistrados

(FLAM) ha detectado como «asignación insuficiente de presupuesto» lo constituyen, también, las exiguas organizaciones judiciales contencioso administrativas, cuando no la desarticulación de los fueros contencioso administrativos.

Siempre fue muy dificultosa la creación, instalación y –ni hablar– la ampliación de los tribunales contencioso administrativos.

Cuánto más complejas serán las consecuencias que se siguen de su virtual desarticulación mediante el recurso –por caso– de prolongar por años la desintegración de estos tribunales.

c. Derechos humanos, presupuesto y políticas públicas

Otro desafío que nos pone de cara al problema de la división de poderes lo constituye el difícil equilibrio entre derechos humanos, presupuesto y políticas públicas.

En esta materia, los jueces que ejer-

cen control sobre la Administración Pública transitan a diario por un «estrecho desfiladero» –como lo llama el celeberrimo juez Albie Sachs (ex juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica)–:¹ un «estrecho desfiladero» entre la efectiva realización de los Derechos Humanos y el posible desbaratamiento de políticas públicas.

Por otra parte, en este punto de los derechos humanos no puede soslayarse ni la cuestión de los deberes humanos (que nos hacen verdaderamente humanos), ni la cuestión de la incidencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares (la doctrina de la *Drittwirkung*), tan presente en las relaciones laborales del sector privado.

2. El lenguaje

Otros desafíos del control judicial a la Administración Pública se vinculan con el lenguaje: el lenguaje del juez, el del legislador y el de la Administración Pública.

a. El lenguaje del juez

No estamos refiriendo al lenguaje inclusivo; menos aún a que las sentencias se sometan al llamado test de Bechdel.

Por ahora nos conformamos con que se escriba en idioma nacional, pues de lo que se trata, en definitiva, es de hacer efectivo el «derecho a entender»; esto es, «el derecho del justiciable a la comprensión».²

En este sentido, no es casual que la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana (Paraguay, 2016) haya aprobado la utilización de un lenguaje «claro y accesible en las sentencias y documentos judiciales»; ni que los países miembros hayan acordado la eliminación de frases en latín.

Esta problemática es particularmente relevante en el ámbito del control a la Administración Pública, donde en definitiva se trata –como se señaló– de definir el estatus constitucional de las personas frente al Estado.

b. El lenguaje del legislador y el de la Administración Pública

Pero el gran desafío en este sentido está constituido por el lenguaje del legislador y el de la propia Administración.

En cuanto al lenguaje del legislador, no faltan supuestos de divorcio entre el derecho positivo, por un lado, y la doctrina o la dogmática del Derecho Administrativo, por el otro: esto es, un uso incorrecto de figuras jurídicas que dificulta el adecuado control judicial.

También con relación al lenguaje del legislador sumamos el ejemplo de las leyes muy bien elaboradas, pero por contadores o ingenieros.

Tal el caso de la legislación en materia de regulación económica, donde el lenguaje del legislador, y el de la propia Administración, aparece plagado de conceptos normalmente inasequibles para los jueces y que, por lo tanto, también dificultan el control.

En síntesis, debe insistirse en que «la

sumisión de la Administración a un vínculo jurídico es más difícil cuando el texto es de compleja interpretación o cuando no se puede conocer qué texto es el aplicable al caso».³

Otras veces, el producto legislativo resulta del fenómeno de la «recepción jurídica» (transplantes normativos o préstamos jurisprudenciales), lo que no es malo en sí mismo, pero en tanto la norma o criterio transplantado se adecue a la idiosincrasia local o a las limitaciones propias del ordenamiento receptor (entre otras exigencias que legitiman a la recepción jurídica).

En cuanto al lenguaje de la Administración, se observa una profunda crisis en los caracteres de tipicidad y nominatividad de los actos administrativos, lo que claramente también dificulta el control judicial: cesantías que combinan componentes disciplinarios, de ilegitimidad en el nombramiento y de revocación por no superación del período de prueba; autorizaciones que se confunden con permisos, licencias o habilitaciones; etc.

Como decía Bielsa hace décadas: «la acepción propia y exclusiva de una palabra referida a una institución, a un precepto de derecho o a una noción jurídica, evita discusiones, ambigüedades y dudas».

Y, como sabemos, en Derecho Administrativo, las discusiones, ambigüedades y dudas normalmente redundan en perjuicio de los administrados, perturbando el control y, en definitiva, la efectiva vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

3. La perspectiva de género

La perspectiva de género constituye un desafío de toda la magistratura; pero se cualifica en la que ejerce control a la Administración, ámbito en el cual el principio de igualdad es inexorable.

La cuestión se visualiza particularmente en materia de empleo público y más específicamente en términos de maternidad y lactancia.

Aunque ya no podríamos hablar del embarazo como causal de despido, quedan todavía algunas cuestiones vinculadas a la gravidez que inciden en la igualdad de los sexos frente al empleo público.

Por ejemplo, se sabe de enteros sectores en los que las mujeres que integran la planta del personal transitorio –subrogantes, reemplazantes, interinas, etc.– carecen de licencia por maternidad.

No sin esfuerzos, la solución podría llegar a ser comprensible si la situación de transitoriedad fuese efectivamente transitoria; pero la realidad demuestra que no es así.

Y bien, estas cuestiones no deben ser analizadas sólo desde la eminente dignidad de la persona humana, sino desde la situación de la mujer frente al hombre.

Esto es lo que ha tenido en cuenta el Tribunal Constitucional español a la hora de reconocer, por ejemplo, la

posibilidad de que una agente interina hiciera uso del plazo de excedencia para el cuidado de su hijo menor.

Dijo ese Tribunal que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 145/1991, de 1 de julio; 147/1995, de 16 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre). Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de

junio de 1992, asunto *Bötel*, o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith* y *Laura Pérez*)»; agregando que «por lo demás, conviene recordar que, como ya hemos afirmado en anteriores ocasiones en relación con las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)» (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6); y que «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él» (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10) (Sentencia STC de España, Sala Primera, del 24.7.2000).»

Por otra parte, en este gran desafío referido a la perspectiva de género no puede dejar de mencionarse ni la ley 27.499 (sobre capacitación en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado), ni los recientes aportes de la o.i.t.: concretamente, el «Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo» (21.6.2019), el que incluye violencia por sexo o género, y reconoce –entre muchos otros puntos– que la violencia «afecta a los servicios públicos».

4. La perspectiva ambiental

Otra perspectiva de incidencia en el control judicial a la Administración Pública, es la «perspectiva ambiental», recientemente recordada por la Corte federal en la causa «Barrick» (del 4.6.2019), más conocida como la «causa de los Glaciares».

En tal precedente, el Alto Tribunal pide un cambio sustancial en el enfoque de los problemas ambientales; enfo-

que este que «no sólo debe atender a las pretensiones de las partes», sino a los numerosos derechos afectados.

Se reclama, pues, una «visión policéntrica»; una «justicia climática» –en los términos del Acuerdo de París–, entendida como la perspectiva que intenta integrar una multiplicidad de actores para abordar de manera más sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

A nuestro juicio, visiones tales no son exclusivas del problema ambiental, sino de todo asunto contencioso administrativo, en el que el juez –como lo expresa la ley provincial 11.330– está siempre obligado a ponderar «debidamente los intereses en juego en el caso concreto».

5. Las limitaciones propias del control judicial

Otro desafío en materia de control judicial a la Administración Pública lo constituyen las limitaciones propias

del control judicial, las que no siempre son adecuadamente asumidas (especialmente por la sociedad).

Sobre el control judicial se depositan las mayores expectativas; más, creemos, que las que en verdad puede cumplir el Poder Judicial.

Es que las limitaciones propias del control judicial a la Administración Pública no se derivan sólo del principio de la división de poderes (de clara incidencia en el ámbito de las cuestiones políticas y discrecionales), sino también y especialmente de las limitaciones propias del Derecho, el cual es sólo uno de los caminos para alcanzar el bien común.

En efecto, hay otros elementos que aportan decisivamente a la efectiva realización del bien común, y que, sin embargo, no llegan a ser captados o garantizados por el Derecho –ni, por lo tanto, por los jueces–; entre muchos otros: el comportamiento ético de los particulares en los ámbitos personal, familiar, laboral, profesio-

nal, e incluso deportivo; el progreso técnico y científico; las distintas expresiones artísticas; etc.

En suma, y como dice de la Riva, «...no pesa sobre el Derecho, ni, por ende, sobre los jueces que tienen a su cargo velar por su respeto, toda la responsabilidad por enmendar las equivocaciones de la Administración».⁴

Se vincula con esto la incorrecta identificación entre Poder Judicial y el valor «justicia».

Como dice Lorenzetti, «esta identificación produce una diferencia enorme entre las expectativas de «justicia» de quienes acuden a reclamar y la satisfacción que proporciona el Poder Judicial o, mejor dicho, que perciben como proporcionada por el Poder Judicial. Esto es lo que lleva a hablar de «falta de justicia»».⁵

En otros términos, los jueces integramos el Poder Judicial, no «la justicia»; valor este cuya efectiva realización depende de los tres poderes del Estado.

De ello se siguen, a la par, las dificultades del Poder Judicial para remediar las consecuencias de un orden injusto.

6. La independencia judicial

La independencia sigue siendo el gran desafío de la magistratura en general, pero en particular lo es de quienes ejercen el control a la Administración Pública, en cuanto dicho control –según se anticipó– se resuelve en el juzgamiento a la actividad de otro poder del Estado.

Sin embargo, la independencia judicial va mucho más allá de la ausencia de presiones de parte del poder político; alcanzando a otras circunstancias, exógenas y endógenas, que igual o en mayor medida pueden afectarla.

Entre las primeras puede mencionarse al «humor social», tan manejable por la prensa y con tiempos y armas que no son, ni pueden ser, las de los jueces. Aquí al desafío lo constituye nada menos que la definición misma

del perfil del juez, quien deberá decirse acerca de su identificación como juez «de la tribuna» o «de la constitución»; aspectos estos (favorable percepción social y constitución) que no siempre van de la mano.

Entre las segundas (circunstancias que podemos llamar endógenas), mencionamos a las presiones –felizmente extrañas a nuestro ámbito– que pueden provenir de pares o superiores con relación a las causas sometidas a decisión.

Pero creemos que el mayor desafío (*intra muros*) de independencia es respecto de nosotros mismos, esto es, de nuestras propias convicciones, las que muchas veces pueden no coincidir con lo que establece el ordenamiento jurídico o con lo que la Administración Pública haya podido decidir en ejercicio de sus competencias propias y de conformidad a la constitución, la ley y los reglamentos.

Y hablando de perfiles y de nosotros mismos, resulta oportuno señalar

que aquello de que «no eres Hombre ni eres Dios: eres juez», podrá conservar algún valor literario, pero es hora de reconocer que llevó, por un lado, a que alguno se lo creyera, y, por el otro, a aumentar la frustración social sobre la figura del juez, que es tan hombre y tan mujer como el resto de los mortales, aunque con un mayor compromiso social. ■

CITAS

¹ SABA, ROBERTO, *Los jueces en el desfiladero*; Diario Clarín, 25.4.2019.

² GONZÁLEZ ZURRO, GUILLERMO, *Sentencias en lenguaje claro*, 22.2.2019, disponible en www.cij.gov.ar.

³ TORNOS MAS, JOAQUÍN. «*La situación actual del proceso contencioso administrativo*», RAP española 122, mayo/agosto 1990.

⁴ DE LA RIVA, IGNACIO M. «*Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa*», pág. 9 y ss. Revista del Régimen de la Administración Pública, RAP, marzo 2000 – Año XII, N° 258, Buenos Aires.

⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *Políticas de Estado para el Poder Judicial*; agosto 2007, disponible en www.cij.gov.ar.