

Introducción al Derecho

Agustín Gordillo

Introducción al Derecho

Derecho público y privado. Common-Lawy derecho continental europeo

www.gordillo.com



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Buenos Aires
2000

I.S.B.N.: XXX-XXXX-XX-X

Copyright by *Fundación de Derecho Administrativo*
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires, Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723.

Impreso en la Argentina
Los derechos patrimoniales de autor por la presente edición pertene-
cen exclusivamente a la

Fundación de Derecho Administrativo (IGJ n° C-7924)
Este libro puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com pu-
diéndose utilizar su material con cita del autor y editor, título de la
obra, sitio en la www., capítulo y parágrafo o nota utilizado. El autor
agradecerá cualquier sugerencia o crítica a esta obra en los e-mail:
gordillo@elsitio.net; gordilloa@infovia.com.ar; agustin@gordillo.com

INDICE

Prefacio: SPYRIDON FLOGAÏTIS	17
Dedicatoria	19

Capítulo I

UMBRAL

1. Acerca del título de esta obra	1
2. Un libro para abogados y los que no lo son	2
3. Lea salteado	2
4. Filosofía y metodología	3
5. El derecho o los muebles de la casa	4

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Capítulo II

¿QUÉ ES EL DERECHO?

1. Ciencia de problemas	1
2. Principios y valores, no “conceptos”	4
3. El conocimiento del derecho	8
4. Debido proceso legal y derecho soviético. Derecho natural	10
5. Los conceptos y los hechos	11
6. <i>Common law</i> y derecho continental europeo	13
7. El derecho en los tribunales internacionales	16

Capítulo III

LOS HECHOS DEL CASO. HECHO Y PRUEBA

1. La importancia del caso	1
2. La importancia de los hechos en el caso	3
3. La dificultad de determinar los hechos	8
4. Analizar la prueba que ya existe	9
5. La prueba adicional a producir	13
5.1. Los abogados	13
5.2. Los funcionarios o magistrados	14
5.3. Observaciones comunes	16
6. La apreciación de la prueba	18
7. Lo mutable de los hechos y pruebas	19
8. Algunos aspectos específicos	20
8.1. La presunción de legitimidad y la prueba ..	22
8.2. La razonabilidad de todos los elementos en juego	23
8.3. Encontrar las normas aplicables al caso ...	23
9. Las vías alternativas de comportamiento	25

INDICE

10. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos	28
11. El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal	31
12. Una ayuda metodológica	33
13. Las opciones a considerar	34

Capítulo IV

MÁS SOBRE LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. Introducción	1
2. Unidad de la prueba en los distintos procesos ...	10
3. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba	11
4. La dispensa de prueba	12
5. La prueba en las facultades regladas y discrecionales	14
6. La doctrina de los actos propios y la propia prueba en contra	15
7. La prueba en sede judicial	17
8. Producción privada de la prueba	19
8.1. Testimonios	19
8.2. Pericias	19
9. Las pruebas ilegalmente obtenidas	20
10. El alegato informal	21
11. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona	22
12. Medios de prueba	24
12.1. Fotografías y video	25
12.2. Fax, télex, etc.	27
12.3. Grabaciones telefónicas	28
12.3.1. Telefonía común	28

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

12.3.2. Telefonía celular y otras grabaciones	28
12.4. Otros medios de prueba	29

Capítulo V

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

1. Saber leer	1
1.1. Saber leer el comienzo	2
1.2. Saber leer el final	2
1.3. La letra chica ilegible	3
1.4. La letra oculta	4
1.5. Saber leer lo evidente	4
1.6. Saber leer lo que no está escrito	4
2. Las especies de saber leer	5
2.1. Para leer una ley	5
2.2. Para leer un contrato, mirar los hechos	6
2.3. Saber leer los libros	6
3. La decisión jurídica	7
3.1. La formación de la hipótesis inicial	8
3.2. El proceso de fundamentación	9
3.3. La explicación de la decisión	11
3.4. La política jurídica de la decisión y de su explicación	14
3.5. La lectura de un fallo	15
4. Dificultad de ubicar el objeto del fallo (lo que el juez resuelve, lo que hace)	16
5. Qué buscar. Lo que el fallo es o resuelve	17
6. Descubrir el fallo	19
6.1. Saber leer	19
6.2. Descripción y razonamiento fáctico y jurídico	21

INDICE

7. Lo que el fallo dice de más y de menos	22
7.1. <i>Chocobar</i>	24
7.2. <i>Peralta</i>	26
7.3. <i>Allevato</i>	27
7.4. <i>Pereyra</i>	29
8. El interés del tema o el interés del fallo	30
8.1. <i>Dictum y holding</i>	32
8.2. Cuestión de forma y cuestión de fondo	32
9. El exceso de información	33
9.1. Las colecciones oficiales de jurisprudencia .	35
9.2. La selección por libros. Sus límites	36
9.3. La selección por sumarios de revistas	36
9.4. La selección personal. Sus problemas	37
9.4.1. Informándose todos los días	38

Capítulo VI

EL LENGUAJE COMO MÉTODO

1. La necesidad de una metodología	1
2. La textura abierta del lenguaje ordinario y del lenguaje jurídico	2
3. Uso común	3
4. La textura abierta del lenguaje	4
5. El uso común y la libertad de estipulación	6
6. La definición de las palabras del derecho como problema metodológico	8
7. Elementos a considerar para estipular las definiciones	10
8. Definición y clasificación	12

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Capítulo VII

LA “CERTEZA” QUE DA DEL PODER

1. Certidumbre	1
2. Al servicio del poder	2
3. La certeza, para el poder de turno	3
4. Un derecho al servicio del poder	5
5. El uso emotivo, político y axiológico del lenguaje .	6
6. Las “Leyes” que no son leyes	8

Capítulo VIII

LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO

1. Introducción	1
2. La realidad económica y jurídica supranacional a comienzos del siglo XXI	2
2.1. Los derechos individuales en el derecho supranacional	5
2.2. La articulación de la legislación nacional con la internacional	7
2.3. La creciente regulación internacional	10
3. Distintas fuentes supranacionales	12
3.1. Tratados en general	12
3.2. El caso específico de la Convención Ameri- cana de Derechos Humanos	13
3.3. Otras convenciones de derechos humanos ..	15
3.4. Los tratados de integración económica	16
3.5. Jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.	17
3.6. Transacciones y compromisos internacio- nales	19

INDICE

4. Carácter generales	22
4.1. Derecho interno	23
4.2. Derogación <i>ipso jure</i>	24
4.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional.	25
4.4. Carácter supranacional	26
4.5. No denuncia unilateral	29
5. La articulación de la justicia nacional con la justicia supranacional	31
5.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	31
5.2. Las “condiciones de vigencia” de los tra- tados	33
5.3. Vigencia interna de las opiniones con- sultivas	34
5.4. Prevalencia sobre “cualquier” norma de derecho interno	35
5.5. Su aplicación por la jurisprudencia na- cional	35
5.6. Medidas “de otro carácter”	36
5.7. Derecho a sentencia en un plazo razonable	37

Capítulo IX

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. El crecimiento cualicuantivo del derecho in- ternacional	1
2. La evolución–involución de la responsabilidad	2
3. La responsabilidad por la violación a los dere- chos humanos	3

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

4. <i>In re Birt</i>	5
5. <i>In re Verbitsky c. Belluscio</i>	6
5.1. El origen	6
5.2. Su resultado	7
5.3. La información	7
5.4. Efectos residuales	8
6. Mendoza	8
7. Los convenios de protección de inversiones extranjeras	9
8. Tribunales extranjeros	9
9. Los contratos de crédito externo	12
10. Cómo cobrar acreencias	13

Capítulo X

RECAPITULACIÓN

1. El derecho romano	1
2. El debido proceso	2
3. El primer derecho de gentes y el derecho de los mares	3
4. La dogmática jurídica	3
5. Las investigaciones del lenguaje	4
6. El <i>common law</i>	4
7. El holocausto	4
8. Piratería internacional, toma de rehenes, etc.	5
9. Genocidio, tortura, desaparición forzosa de personas, <i>apartheid</i> , etc.	6
10. Hacia una síntesis de los conflictos filosóficos ...	6

Epílogo

1. Las premisas	1
-----------------------	---

INDICE

1.1. <i>Sapere vedere</i>	1
1.2. La igualdad del <i>common law</i> , el derecho continental europeo y el nuestro	2
1.3. Pequeña bibliografía	2
2. Mis comienzos	4
2.1. La hipótesis de un futuro estudiante de derecho	4
2.2. Los estudios y la enseñanza de derecho	5
2.3. La respuesta al interrogante juvenil. La primera lección de la vida	6
2.4. Estudiar, siempre estudiar. Pero no alcanza	6
2.5. La segunda lección: intentar ver la realidad	8
3. Mi aprendizaje jurídico	11
3.1. La función pública	11
3.2. Patrocinio y asesoramiento al sector público y privado	11
3.3. Integración de tribunales administrativos internacionales	12
3.4. <i>Stage</i> en el Consejo de Estado de Francia ...	14
3.5. Docencia e investigación	14
3.6. Las lecciones de la experiencia	15
4. Los ensayos. Los tiempos	16

Este pequeño libro es, creo, lo mejor que puedo dar de mí. Desde él evoco, con el corazón, la memoria de:

GENARO R. CARRIÓN

CHARLES BREITEL

Hombres que enseñaron y enseñan siempre a pensar.¹ Es algo que estas páginas quisieran emular.

¹ Hay muchos otros, por supuesto; apenas algunos están citados en esta obra. Faltan también en este homenaje los grandes maestros vivientes de nuestro tiempo. También de otrora, que no pude sino leer.

Preface by
SPYRIDON FLOGAÏTIS

Capítulo I

UMBRAL

1. Acerca del título de esta obra

Escribir este pequeño libro ha sido fácil, en el sentido que lo tenía casi todo escrito a través de mi vida como abogado, funcionario u ocasional magistrado.¹ Lo poco que no tenía escrito lo tenía en la cabeza, pugnando por salir. Lo difícil ha sido el título. Podría ser tanto “todo lo que yo se sobre el derecho”, “todo lo que Ud. no debería ignorar sobre el derecho”, “el derecho en la práctica”, “consejos prácticos para abogados”, “mentiras y verdades sobre el derecho”. También podría haber copiado o parafraseado alguno de los títulos de ALEJANDRO NIETO y llamarlo “El derecho y el revés”, o el “dorso metalegal del derecho”.

^{1.1} No he dicho, pues, como profesor.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

cho.” Ganó en mi cabeza un título clásico: “Introducción al derecho”, quizás porque mi primer libro se llamó en 1962 “Introducción al derecho administrativo” y este es su contrapunto luego de más de cuarenta años de profesión. También pensé en subtitularlo: *Teoría y práctica*. Este libro se llamaría, si entrara en la tapa y no quedara antiestético, algo así como

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Para abogados y no abogados
Teoría y práctica.

Una versión unificada del *common law* y
derecho continental europeo.

Derecho público y privado. Derecho interno,
supranacional e internacional.

También le podría agregar “A propósito de la Carta Europea de Derechos Fundamentales”,² pues ello me hizo pensar una vez más en la unidad de todo el derecho.

¿Puede un pequeñísimo libro servir a tantos exagerados fines?

2. *Un libro para abogados y los que no lo son*

Intentemos explicar al menos uno de los subtítulos virtuales. A través de los años hemos ido adquiriendo experimentalmente una serie de presupuestos acerca de qué es y cómo se debe prac-

^{1,2} Cuyo texto se encuentra en http://europea.eu.int/comm/justice_home/unit/charter/index_en.html

ticar el derecho. Hemos visto que tales ideas, en distintos ámbitos, son compartidas, en sus grandes líneas, por muchos de nuestros colegas; no, claro está, por todos.

En los cursos de posgrado, aquí y en el exterior, el principal problema práctico que encontramos para la enseñanza es que estos presupuestos de alguna manera básicos no son parte del conocimiento ni la experiencia de los abogados que concurren a tales cursos. Son pocas cuestiones pero suelen sorprender a quien no las oyó nunca, máxime si es abogado. El abogado recibido, en cualquier país del mundo, piensa que su título demostraría que al menos sabe los rudimentos del derecho. Comete allí un primer error, confundir un acto jurídico como la certificación universitaria o profesional, con los hechos. Ese tipo de error le perseguirá toda la vida, hasta que lo corrija en su formación.

3. Bibliografía básica

El derecho es ante todo una actividad intelectual. Requiere reflexión, creatividad, debate. Aunque no se comparta todo o parte de algún trabajo crítico, es indispensable leerlo para mantener despiertas esas cualidades de la mente. Recomendamos para ello los libros de ALEJANDRO NIETO: *El arbitrio judicial*,¹ *El Derecho y el re-*

^{3.1} NIETO, ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000; “El dorso metalegal de las resoluciones judiciales”, en el libro en homenaje a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La protección jurídica del ciudadano*, t. I, Madrid, Civitas, 1993.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

vés.² En otra vena, los libros de JHERING, CARRIÓN y CUETO RÚA que indicamos en el *Epílogo*.

4. *Lea salteado*

Para no darle a la realidad una cualidad sistemática que ella para nosotros no tiene,¹ conviene que se entrene en leer este libro en forma salteada. El orden conspira contra la atención: se está más atento cuando no se lee en forma lineal. Se puede leer así con provecho durante más horas.

Mi sugerencia es que reflexione con cada idea que le parezca novedosa, extraña o simplemente errónea. No es la lectura lo que enriquece, sino la propia reflexión a partir de la lectura. Hay cosas que están repetidas y otras que parecen iguales pero son solamente semejantes. Las que están repetidas es porque las creemos muy importantes y nos gustaría que las recordara. Las parecidas son para que preste atención a estos matices y detalles.²

^{3.2} NIETO, ALEJANDRO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998.

^{4.1} Sin entrar en grandes complejidades filosóficas, parece claro que la naturaleza puede o no tener un sistema absolutamente perfecto, pero esas cualidades no están fácilmente al alcance de nuestra percepción sensible. Es mejor manejarse con la sabia conciencia de nuestra limitación, que enseñara LEIBNIZ.

^{4.2} Como el libro es pequeño, no corre riesgo de “perderse”. Pruebe con el cap. X y luego el II; saltee el III y el IV, que son aburridos (pero anótese de leerlos algún día). No deje de leer el V. El Epílogo sólo tiene interés si Ud. tiene curiosidad acerca de cómo y por qué escribí este libro, nada más.

Haga otras lecturas como las sugeridas aquí y en el “Epílogo”, como mínimo. Cuando pueda regrese a este librito, relea, compare, repiense.

5. Filosofía y metodología

Hemos pasado toda la vida conscientes de que alguna filosofía había que tener, pero sólo acertando a encontrar una metodología.¹ En el camino, nos han sorprendido coincidencias con el método o la sustancia de una u otra filosofía: no con *una* sino con filosofías supuestamente antagónicas como los así llamados positivismo e iusnaturalismo, trialismo, etc. No consideramos haber optado por una filosofía,² salvo en la afirmación de que el derecho se compone tanto de *realidad* como de *valores y normas*. Y que los valores o principios jurídicos son más importantes que las normas; que éstas no pueden contradecir, en la solución del caso, aquéllas. Cuando la aplicación de la norma da un resultado injusto, no es el derecho que falla. Es el juzgador.

6. La experiencia argentina de convivir simultáneamente con el common law y el derecho continental europeo

La Argentina tiene, desde 1853, una Constitución tomada del modelo norteamericano, en cuya

^{5.1} Nuestro libro *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 4^a reimpresión, 2001.

^{5.2} Con todo, no resistimos de sugerir un balance en el cap. X, § 10, “Hacia una síntesis de los conflictos filosóficos.”

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

aplicación hemos seguido siempre de cerca los precedentes de la Corte Suprema de EE.UU.¹

En el derecho civil, comercial, penal, etc., hemos seguido al mismo tiempo la legislación y doctrina europea, no la estadounidense. En el derecho administrativo hemos hecho constante referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia y la doctrina francesa, pero hemos tomado nota de las coincidencias, en su caso, con el derecho estadounidense. Como también hemos advertido la creciente influencia de ese derecho en distintos países de Europa, a veces por un largo camino indirecto (Reino Unido, Alemania, Italia, España y Francia). El derecho argentino y de otros países latinoamericanos ha tomado así el derecho anglosajón antes que muchos países continentales europeos.

Nuestra experiencia de un siglo y medio en la convivencia e interrelación de ambos sistemas muestra que el derecho es uno sólo y que lo que varía en realidad es el prisma desde el cual se lo mira y lo que se elige describir como de mayor interés. Pero el objeto mismo, la experiencia del derecho, no cambia. Esto lo señalan con mayor énfasis los que practican el *common law* o los que *practican* el derecho en general. Los que muestran o *explican* el derecho continental, por lo contrario, tienden a pensar que las diferencias son

^{6.1} Para dar un ejemplo, el fallo de la CS de EE.UU. sobre el caso *Gore-Bush* fue reseñado extensamente el mismo mes de diciembre en la revista *La Ley*.

mayores, incluso sustanciales.² El primer enfoque destaca las similitudes, el segundo las diferencias. Ambos enfoques pueden ser válidos: nunca hay dos objetos tan disímiles que no puedan hallarse semejanzas entre ellos, ni tan iguales que no puedan señalarse sus diferencias. Nuestra experiencia de un siglo y medio nos indica que es más provechoso analizar las similitudes que las diferenciaciones. El lector dirá qué le resulta más útil para su trabajo profesional.

Cuando se lo planteamos a un abogado, juez o profesor del mundo del *common law*,³ coincide en que ello es así.

De todas maneras, sería inexacto decir que esta forma unificada de percibir el derecho sea exclusiva de nuestro país y otros análogos. También sería inexacto decir que en nuestro medio todos comparten este punto de vista. Pero sí puede decirse que, mas allá del inevitable sesgo personal de toda obra, lo que aquí se expone no es una novedad entre nosotros.

^{6.2} Por ejemplo LEPSIUS, OLIVER, *Verwaltungsrecht unter dem Common law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, esp. “Prólogo” e “Introducción.”

^{6.3} Y, bueno es destacarlo, nuestros más distinguidos juristas han sido también, en forma regular y continua, profesores de derecho en EE.UU. Dos de ellos aparecerán muy citados en estas páginas: GENARO CARRIÓN y JULIO CÉSAR CUETO RÚA. Al mismo tiempo, hay universidades argentinas como la Universidad de Palermo, cuyo claustro de Derecho se compone íntegramente de graduados en Universidades norteamericanas. Tienen programas conjuntos con la Universidad de Yale, con intercambio activo de docentes y alumnos.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Incluso ese doble prisma, el del mundo académico o la práctica profesional, se vive como unidad en la Argentina. A diferencia de Europa, donde la regla es que los profesores se dediquen *full time* a la enseñanza y la investigación, en la Argentina ello es muy raro. La mayor parte de los profesores e investigadores, pues, son también practicantes del derecho, sea en la administración, la justicia, o la profesión de abogado litigante, consejero, etc.

Esta experiencia unificante de dos modos distintos de acercarse al derecho y dos tipos de derecho que se funden en uno solo produce, como es lógico, una percepción también unificante. Los profesores oscilamos, es cierto, entre explicar preferentemente uno u otro enfoque, pero nuestra percepción del derecho es, con el tiempo, una sola.

7. El derecho o los muebles de la casa

Se hace una vez más cierto aquello de que el derecho es como los muebles dentro de una casa: se puede reordenarlos de muchas maneras, pero son siempre los mismos muebles y la misma casa. Con esa limitación, vaya pues esta *Introducción al Derecho*. Mi decoración de la casa común.

Capítulo II

¿QUÉ ES EL DERECHO?

1. Ciencia de problemas

Una primera cuestión es si el derecho consiste o no¹ en reglas generales.² Tomemos partido rápi-

* La formulación de la pregunta es falsa, como explicaremos en el cap. VI.

^{1.1} Nos remitimos al cap. VI.

^{1.2} Son las tres etapas del pensamiento universal que enseña VILANOVA: primero, ARISTÓTELES y su supuesto de que hay posibilidad de hallar *ex ante* la naturaleza o esencia de las cosas (qué es la justicia, la verdad, la belleza, el hombre) y a partir de allí deducir su aplicación al caso particular (método axiomático-deductivo, o apodíctico-deductivo, o conceptual-deductivo, etc.); segundo, el empirismo (LOCKE, HUME, etc.), en que es a través de la repetición de una solución individual en muchos casos concretos que se puede inducir la regla general, para luego deducir su aplicación al caso particular: así BIELSA decía que el derecho administrativo tenía el méto-

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

damente y remitamos al lector a las referencias del cap. V: no se pretenda hallar la “certeza” de la “verdadera” solución “indiscutible” de un caso de derecho: “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia” (POPPER). No hay reglas,³ hay casos individuales y concretos; como dice GARCÍA DE ENTERRÍA⁴ y le siguen aquí este autor y otros,⁵ “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.” Funciona con hipótesis o conjeturas a partir de grandes principios o valores, no como deducción a partir de reglas. Las reglas hay que conocerlas y estudiarlas, pues sistematizan y ordenan la mente; pero no es con juicios axiomático-deductivos como el derecho es y debe ser aplicado.

do inductivo-deductivo. El tercer gran momento del pensamiento universal según VILANOVA se inicia con POPPER y es el actual, al cual nos remitimos en este primer cap. No sería acertado llamarlo, como algunos lo hacen, método hipotético deductivo, porque la hipótesis es siempre singular en el caso del derecho y no existe lugar a deducción alguna a partir de ella. Ver VILANOVA, JOSÉ y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, FDA, 1985, distribuidor EUDEBA.

^{1.3} Otra forma de expresarlo en CUETO RÚA, JULIO C., *El “common law”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 64, nota 27 y sus remisiones. La transcribimos *infra*, § 3, p. I-8.

^{1.4} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12.

^{1.5} BOLAÑOS, MARCELO, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa,” *ED*, 187 (2000): 150, 151 y notas 3 y 4, donde señala a su vez las fuentes de ese pensamiento.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

Hay que aprender a convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez constantemente provisional. Recuerda CARDZO que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil”, pero con el tiempo ‘Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.’⁶

No hay reglas, hay casos. Dicho de otra manera, la única regla es que no hay ninguna regla. O como dice el mismo CARDZO,⁷ “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados”, esto es, grandes principios.⁸ Son los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso.⁹ Ni

^{1.6} CARDZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1952, p. 166.

^{1.7} *Op. cit.*, p. 161.

^{1.8} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 7, refiriéndose al derecho supranacional.

^{1.9} Ver el excelente fallo *The Scotch Whisky Association*, CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000, *LL*, 2000-C, 696. El magistral análisis fáctico y valorativo (para más, con un toque de *sense of humour*) del cons. IV, no deja lugar a dudas de cuál es la única solución justa y razonable. Los completos fundamentos normativos de los cons. VI y VII no hacen sino confirmarlo. Hechos, valoración, normas, son las tres etapas metodológicas del análisis jurídico. Ver nuestro art. “El método en

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo”,¹⁰ sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.¹¹

2. *Principios y valores, no “conceptos”*

JHERING¹ ataca diversas complejidades de la “jurisprudencia de conceptos” de los romanistas de su época (SAVIGNY, PUCHTA y otros) y les imputa no adecuarse a la realidad: prevalecen en ella, según JHERING, los conceptos por sobre los hechos. No se trata de negar la existencia y vigencia de *principios* o *standards* de derecho, muy al contrario, pero ellos nada tienen que ver con la construcción del derecho a base de “conceptos”,² en la

un caso de derecho: hechos, valoración, normas”, *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

^{1.10} POPPER: ver las referencias *infra*, cap. II, nota 1.1.

^{1.11} CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 y 33, § G; p. 34, § K. En otro sentido dice LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas”; ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, West Publishing Company, Minnesota, St. Paul, 1984, p. 328; COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122.

^{2.1} *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traducido como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, subtitulado *Ridendo dicere verum*, Madrid, Civitas, 1987.

^{2.2} Conceptos que, para mayores, cada autor se considera libre para formular como le plazca, a su arbitrio.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

crítica de JHERING. Se los critica en tanto se pretenda que son como supuestas reglas generales de las cuales se pueda luego deducir axiomática-mente consecuencias jurídicas.

Se trabaja en cambio, al analizar los hechos de cada caso, con una orientación axiológica e interpretativa, con los grandes principios del de-recho.³ El más importantes es el debido proceso legal⁴ y su parte sustantiva o garantía de razo-

^{2.3} Que nadie niega: PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 97 a 103; CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciencia do direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. 76 y ss.

^{2.4} LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980; *The Discipline of Law*, op. cit.; NOWAK, JOHN E., ROTUNDA, RONALD D. y YOUNG, J. NELSON, *Constitutional Law*, Minnesota, West, 1986, 3^a ed., caps. 11 y 13 y el mayor desarrollo de su *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, St. Paul, West, 1986; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1984, 2^a ed., caps. 6 y 7, p. 343 y ss.). PERELMAN, CHAÎM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, Au-delà du positivisme juridique*, París, LGDJ, 1984; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2^aed. TJE, *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 317. Ver p. ej., para el derecho alemán y portugués, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 670/3 y sus referencias de las notas 490 y ss. a la doctrina alemana.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

nabilidad,⁵ proporcionalidad,⁶ sustento fáctico suficiente.⁷ También se lo enuncia como justicia y equidad, no como valores sublegales sino supra-legales. Tratados interamericanos modernos agregan la eficacia y eficiencia y reiteran la equidad.⁸

A todos ellos cabe agregar un plexo de principios de origen antiguo pero en constante reelaboración: imparcialidad,⁹ audiencia previa,¹⁰ desviación de poder,¹¹ discrecionalidad cero o única solución justa,¹² seguridad jurídica,¹³ cláusula

^{2.5} WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5^a ed., p. 353 y ss. (*The Principle of Reasonableness*), cap. 13 (*Natural Justice and Legal Justice*, p. 413 y ss.), p. 421 y ss. (*Judicial and Administrative Impartiality*), etc.

^{2.6} BRAIBANT, GUY, “Le principe de proportionnalité”, en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss.; GERAPETRITIS, GEORGE, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Atenas, Sakkoulas, 1997.

^{2.7} LETOURNEUR, “El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés”, *RAP*, 7: 221 (Madrid); GOLDENBERG, LEO, *Le Conseil d’Etat juge du fait*, París, Dalloz, 1932, p. 192.

^{2.8} Así, la Convención Interamericana Contra la Corrupción que explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 4 ts., 4^a y 5^a ed., 1999/2000, cap. XVI.

^{2.9} Explicamos estos principios en el *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. IX, §13.

^{2.10} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. IX, § 10.

^{2.11} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, cap. X, § 15.3; t. 3, cap. IX, § 6.

^{2.12} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, cap. X, § 15; t. 3, cap. IX, § 8; t. 3, cap. VI, nota 11.7.

^{2.13} PACTAU, BERNARD, “La sécurité juridique, un principe qui nous manque?”, *AJDA*, París, 1995, n° especial del cincuentenario, p. 151.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

rebus sic stantibus,¹⁴ buena fe,¹⁵ confianza legítima,¹⁶ etc. Se les puede agregar, emparentados con el principio de la *mala praxis*, el deber de actuar con diligencia, prudencia, cuidado, eficiencia, etc., en el obrar normal de una persona respecto a otras, en el cumplimiento de una obligación debida a ellas.

La razonabilidad, racionalidad, proporcionabilidad, adecuación de medio a fin, etc., en las distintas terminologías de los distintos derechos, son principios universales y antiguos. Entre sus múltiples aplicaciones encontramos, en derecho penal, todo el desarrollo sobre el exceso en la legítima defensa.¹⁷ La razonabilidad aparece igualmente en derecho civil, comercial, internacional,

^{2.14} KÖBLER, RALF, *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

^{2.15} GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977.

^{2.16} BLANKE, HERMANN-JOSEF, *Vertrauenschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000; PREVEDOUROU, EUGENIE, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Atenas, Sakkoulas, 1998; PUISSOCHET, J.-P., “Vous avez dit confiance légitime”, en *Mélanges Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauenschutzes im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauenschutzes bei Gesetzeänderungen*, Berlín, Duncker y Humblot, 1990.

^{2.17} CPenal, art. 34, inc. 6º); SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, TEA, pp. 359-361 y 365; JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, t. 4, Buenos Aires, Losada, 4^a ed., pp. 26, 127, 235. Uniforme.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

procesal, etc. Son todos verdaderos principios generales del derecho, de validez universal.

3. *El conocimiento del derecho*

Una antigua máxima del derecho romano se ha venido deformando con los siglos. Se trata de que nadie puede alegar su ignorancia del derecho para excusarse de haberlo incumplido.

Ello es clarísimo cuando se trata del deber de obrar de buena fe, no engañar a otro, no dañar a nadie, no abusar del propio derecho, actuar coherentemente, cumplir con la palabra, no auto-contradecirse, estar obligado por los propios actos, no incurrir en mala *praxis*, actuar con prudencia, con razonabilidad, con proporcionalidad, no actuar desviadamente, ser un buen padre de familia, vivir honestamente, cumplir las reglas del mercado (*lex mercatorum*),¹ ser justo, oír al otro antes de resolver, etc.

Sin embargo, con el correr de los siglos han aumentado bastante los *principios* pero en cambio lo han hecho de manera exponencial las *normas*, sobre todo de carácter administrativo. Ellas contradicen a veces los principios rectores del orden jurídico. En casos extremos es imposible cumplirlas pues así están diseñadas.² O es necesario

^{3.1} Con su antigua previsión, *caveat emptor*, hoy morigerada por el derecho del consumidor.

^{3.2} Lo explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, reimpresión 1997; *L'amministrazione paralela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, con "Introducción" de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

incumplirlas pues son degradantes o violan principios éticos fundamentales; o atentan contra el creciente orden público internacional.

Quedan en el limbo millones de normas que no están teñidas de antijuridicidad o irreabilidad manifiesta y que carecen de relación, salvo absurdidad, con los grandes principios jurídicos: cuál formulario presentar, cómo llenarlo, cuántas copias hacer, qué fotocopias agregar, cómo autenticar la firma, etc.

Es fácil colegir que la ignorancia no puede sin más excusar su incumplimiento. Pero pareciera que la ignorancia de cómo llenar un formulario adecuadamente no puede ser juzgada con la misma vara que el actuar doloso o malicioso que perjudica a otro, incluso más si es específicamente por venganza o simple malignidad y no por descuido o desconocimiento.

Toca pues al intérprete realizar una ponderación, en el caso,³ que no reduzca al absurdo este irreal dogma del conocimiento de todas las normas legales o reglamentarias y revalorice en cambio el necesario conocimiento y respeto, la plena vigencia efectiva de los grandes principios del derecho. La solución debe necesariamente ser *justa* y, en esa búsqueda, es posible que haya algún caso en que quepa excusar la ignorancia de

^{3.3} Es importante destacar que no se trata de cambiar la regla por otra opuesta que sería además de absurda, extremadamente nociva e injusta. Se trata de lograr la ponderación caso por caso. Esa es la tarea del intérprete.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

las *normas* secundarias,⁴ no de los principios. Como tampoco se puede excusar el cumplimiento de la norma gravemente injusta.

4. *Debido proceso legal y derecho soviético.* *Derecho natural*

La fuerza de estos principios y en particular del debido proceso legal con todo lo que ello implica (razonabilidad, proporcionalidad, *fairness*, etc.), se destaca con una frase del Juez JACKSON, en la Corte Suprema de Estados Unidos, en plena guerra fría (1952). Dijo JACKSON que si tuviera que elegir entre las leyes del *common law* aplicadas por procedimientos soviéticos, o leyes soviéticas aplicadas por el *due process of law*, no dudaría en elegir lo segundo.

WADE recuerda y enfatiza esta cita,¹ pues ella muestra que lo más importante en el derecho son estos grandes principios, estándares o valores. No son “reglas” de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo. En otra forma de expresarlo, dice

^{3.4} Incluso las penales, como en el sabio fallo del TSJ de Neuquén, sobre el derecho indígena frente al Código Penal, *Puel*, 1999, que se puede leer en <ftp://ftp.palermo.edu.ar/pub/red.dip/stjneuquen.doc>. El fallo podría todavía fundarse, adicionalmente, en el principio de justicia (la solución penal era, en el caso, injusta) y en el de intrascendencia (el hecho era haber removido dos estacas de su terreno...).

^{4.1} J. JACKSON, en *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953), citado por WADE, *Administrative Law*, *op. cit.*, cap. 13, p. 414.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

CUETO RÚA que “El juez se ve siempre obligado a decidir entre normas e interpretaciones contradictorias y tal decisión importa un proceso valorativo previo sobre el que se funda la selección *en función de los hechos del caso.*”²

Es una de las formulaciones contemporáneas de la justicia natural, oriunda del derecho inglés. Si bien existen importantes diferencias metodológicas, de lenguaje y filosofía de la ciencia, de todas maneras sus raíces también se remontan al derecho natural, sea en su vertiente religiosa o laica.³

5. *Los conceptos y los hechos*

JHERING señaló el exceso de SAVIGNY de construir el derecho en base a conceptos sin partir y centrarse siempre en los hechos del caso.

“Mi obra *El fin en el derecho* tiene por única finalidad *poner de relieve la concepción práctica del derecho* frente a la jurídica formal y la filosófica-apriorística; para ello, se fijó el objetivo de

^{4.2} CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 64, nota 27. La bastardilla es del original.

^{4.3} BOLAÑOS, *op. loc. cit.* y sus referencias. Ver STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law”, *European Review of Public Law*, vol. 10, nº 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten”, 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres”, en JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

poner al descubierto por doquier los motivos prácticos de las instituciones y reglas jurídicas.”¹

Critica a SAVIGNY p. ej. en el tema de la posesión, por “construir una institución jurídica [...] prescindiendo en absoluto de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto.”²

Dice además JHERING que “La aplicación de la *usucapio* a un objeto incorporeal como lo es la *Hereditas* presupone una madurez y virtuosidad de abstracción jurídica inimaginables en tiempos primitivos. El mismo SÉNEGA la considera todavía una sutileza de los juristas. Para que un jurista llegara a la idea de extender el concepto de usucapión de los objetos perceptibles por los sentidos al objeto simplemente imaginado, basado en la pura abstracción,” etc.,³

“Me da vértigo sumirme en esa literatura y cuanto más leo, más me confundo, a tal punto que *cuando tengo que juzgar un caso práctico*,

^{5.1} *Op. cit.*, p. 43. El destacado es nuestro. En sentido análogo, con distintos ejemplos, pp. 45, 46, 47, 53, 54, 55 (!), 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72 (!), 79/80, 81, 87 nota 2, 88, 92, 102/3, 104, 105, 107, 109, 129/133 (en que ataca otras formas de *usucapión* de derechos, demostrando la fragilidad del instituto de la usucapión de derechos y no cosas); 149/180 (un derecho procesal romano para el poderoso y otro para el débil); 222, 247/54, 267, 269, 271, 272, 273, 274, 278, 279, 284, 286/7.

^{5.2} *Op. cit.*, p. 219. El énfasis es nuestro.

^{5.3} *Op cit.*, p. 136 y nota 18: son páginas imperdibles, hasta la 145; pp. 245 a 251.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído.”⁴

Luego dedica más dardos a la definición de servidumbre, la compra de la esperanza, el derecho prendario sobre la esperanza, etc.⁵

Según JHERING, es propio de SAVIGNY explorar al máximo *los conceptos de derecho*; afirma que es propio de él explorar al máximo los *hechos*.

6. Common law y derecho continental europeo¹

Quienes se acercan al derecho suelen tener una de dos grandes vertientes: *a) los que principalmente lo practican o ejercen, como abogados litigantes o magistrados judiciales (y también funcionarios de la administración); b) los que principalmente lo enseñan y publican libros, tratados o manuales para la divulgación, la enseñanza, etc.* Dado que una u otra ocupación suele ser *full time*, no es frecuente que haya personas que tengan *al mismo tiempo*, sin vivencia de contradic-

^{5.4} *Op. cit.*, p. 42. El destacado es nuestro. Hemos oído igual expresión de distinguidos magistrados en diversos países del derecho continental europeo. JHERING lo escribe.

^{5.5} *Op. cit.*, p. 47.

^{6.1} SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954; FLOGAÍTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, prefacio de JEAN RIVERO, París, L.G.D.J., 1986; VÉLEZ GARCÍA, JORGE, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fé de Bogotá, 1994; CUETO RÚA, *El “common law”*, *op. cit.*

ción, *ambas* experiencias. Esa distinción ocupacional hace que los primeros presten importancia central a los *hechos* del caso, relegando momentáneamente a un lugar secundario la *doctrine* de los libros. Los segundos, dedicados en mayor medida a las grandes líneas del sistema jurídico, suelen prestar mayor atención a los conceptos, definiciones, clasificaciones, comparaciones, etc. Llamémosles respectivamente ocupación *a)* y *b*).

Para resolver un problema concreto —ocupación *a*)— hace falta, antes de empezar, *haber estudiado y seguir estudiando las obras de los segundos*. Pero al entrar al caso, los hechos son el 98%² del problema. Resuelta la percepción valorativa sobre los hechos, en base al *previo conocimiento del derecho* por quienes lo escriben —ocupación *b*)— queda una cuestión de técnica jurídica, de vinculación y adecuación de la solución provisoria a *b*), o de redacción de la solución *a*) en base al conocimiento de *b*).

Puede ocurrir que alguien se dedique tanto a lo primero, que descuide lo segundo. Allí dictará sentencias *contra jus*, arbitrarias, antijurídicas. Puede también, a la inversa, que alguien se dedique tanto a lo segundo que descuide o ignore lo primero. Entonces escribirá obras abstractas, sin contacto con la realidad,³ potencialmente inútiles.

^{6.2} Vieja figura de lenguaje o *façon de parler* atribuida a WERNER GOLDSCHMIDT por la tradición oral de la Procuración del Tesoro de la Nación.

^{6.3} Como le critica JHERING acerbamente a SAVIGNY.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

Obviamente, en ambos casos no se trata sino de una exageración. También puede ocurrir que existan simples *preferencias* por una u otra cosa. Hay quienes consideran que culturas jurídicas enteras podrían calificarse de este modo, contraponiendo p.ej. “el espíritu teórico alemán” y el “empirismo” y “pragmatismo francés”; o el “empirismo anglosajón” y el carácter “sistemático” del derecho continental europeo. Podemos también ir a las fronteras de cada ocupación, sin exceder los límites: libros enteros analizando un sólo caso, o libros tan abundantes en casos que un “teórico” se tentaría de llamarlo “pandectista”.

La gran diferencia es que en *a*) se pinta o expone más el *problema*; en *b*) se pinta o expone más el *sistema* que lo engloba.

Lo que no cambia es que el problema o caso de derecho se trabaja igual en todos los países del mundo, sea cual fuere el sistema jurídico. Lo que cambian son los libros, que en un mundo explican principalmente los grandes principios y en particular los casos y problemas⁴ y en el otro explican más el sistema, las reglas, las normas, las definiciones, clasificaciones, comparaciones, tendencia y evolución histórica, conceptos, etc.⁵ En cada país, de todos modos, conviven el mundo (*a*) —los que practican el derecho— y el mundo (*b*) —los que escriben y enseñan derecho. Reuni-

^{6.4} Nos remitimos a las citas de CARDOZO referenciadas en la p. II-3.

^{6.5} La mayor parte de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 4 vols., Buenos Aires, 2000, 4-5^a ed. trata esos temas, pero con la perspectiva que aquí explicamos.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

dos quienes practican el derecho, de países del *common law* y del derecho continental europeo, coincidirán que sus experiencias son análogas. Reunidos, de ambos sistemas, quienes escriben y enseñan derecho, encuentran las coincidencias entre los grandes principios de uno y otro, aunque una gran dispersión terminológica. Las mismas cosas, a fuerza de llamarlas distintas, pueden llegar a parecer diferentes; no lo son.

Los grandes principios y la experiencia de la resolución de casos, eso dos puntos son universales. Es una sola experiencia metodológica, un sólo método de resolver casos y problemas, una sola filosofía.

7. El derecho en los tribunales internacionales

Los tribunales internacionales^{7.1} son los que mejor ejemplifican el criterio. Su integración por jueces de distintas nacionalidades impide que cada uno invoque o aplique su propio derecho nacional. Las reglas internacionales, por su parte, son pocas y muy generales. En la solución de los casos juegan pues un rol claro y distintivo los grandes principios jurídicos en que los jueces pueden coincidir a pesar de su distinta formación y nacionalidad y la percepción de los hechos del caso. Lo mismo ocurre con los tribunales europeos de derechos humanos (Estrasburgo) y de

^{7.1} *Tratado..., op. cit.*, t. 2, cap. XVI, “La justicia administrativa internacional.” Destacamos entre ellos los tribunales administrativos internacionales.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

justicia (Luxemburgo), con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José), con los tribunales arbitrales internacionales, la Corte Internacional de Justicia (La Haya). Puesto que sus pronunciamientos son superiores y obligatorios para las jurisdicciones nacionales, parece necesario entender su método.

Capítulo III

LOS HECHOS DEL CASO. HECHO Y PRUEBA

1. La importancia del caso

La necesaria conexión que debe intentarse que exista entre la teoría y la realidad se aprecia particularmente en el análisis de casos: al respecto creemos conveniente formular algunas reflexiones liminares de metodología de la ciencia,¹ vinculadas al tema del caso.²

^{1.1} POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976; MILLER, DAVID, *Popper Selections*, Princeton, Princeton University Press, 1985, p 126.

^{1.2} No ha de confundirse el análisis de casos con el método de casos para la enseñanza. Ver una exposición de los diversos métodos de enseñanza en *El método en derecho. Apre-*

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Es conocida hasta en el mundo anglosajón,³ en distintas versiones⁴ y en otros países,⁵ la insatisfacción por el modo en que la Facultad prepara al futuro profesional, sea como abogado consultor, litigante, negociador, funcionario público, magistrado, funcionario judicial, para resolver casos de derecho.⁶

der, enseñar, escribir, crear, hacer, Madrid, Civitas, 1988 y 4^a reimpresión, 2001.

^{1.3} “Los cursos de las facultades de derecho y libros de texto universitarios nunca han considerado sistemáticamente el proceso por el cual los litigantes recolectan, analizan y usan los medios de prueba para acreditar los hechos”: BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, Minnesota, St. Paul, West Publishing Company, 1984, p. XVII.

^{1.4} Comparar ROWLES, JAMES P., “Toward Balancing the Goals of Legal Education”, *Journal of Legal Education*, 1981, vol. 31, p. 375 y ss, 383, 384 y 389, que es más optimista en el aspecto técnico, no así en el político-social (p. 391 y ss.).

^{1.5} En el siglo pasado, el Consejero ROMIEU aconsejaba a los jóvenes auditores del Consejo de Estado francés: “Sobre todo nada de doctrina, Uds. falsearían el espíritu”: LEGENDRE, PIERRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, París, PUF, 1986, p. 469. Esto no significa, entre nosotros, ignorar del todo la doctrina, sino dejarla para después del análisis de los hechos, la valoración y las normas. No se empieza con los libros, se empieza con los hechos.

^{1.6} Dice CARRIÓN, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 56 y ss.: “en nuestras facultades no se enseña —en realidad ni siquiera se comienza a enseñar— el oficio o profesión de abogado.” “Uno tiene que aprender el oficio solo, después de graduado...”. Ver también, del mismo autor, *Cómo argumentar y fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1996.

EL CASO EN DERECHO

Este es el objetivo central de la enseñanza del derecho, pues él sólo se materializa a través *de su aplicación a un caso concreto*, sea en tratativas privadas, gestiones, litigios, sentencias, dictámenes, etc.

Debe recordarse que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos⁷ y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta, “de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico.”⁸ Los libros tienen un lugar en el aprendizaje y la práctica del derecho, pero leerlos o estudiarlos no es equivalente a aprender derecho, es una parte: el derecho se aprende *trabajando* en resolver casos y problemas singulares y concretos; no hay otra forma.

2. *La importancia de los hechos en el caso*

Quizá lo fundamental y lo más difícil sea transmitir experiencias que permitan apreciar, comprender y *actuar* conforme a la máxima de que lo decisivo es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información re-

^{1.7} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12: “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.”

^{1.8} ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 9; en igual sentido MARTÍN-RETORTILLO y SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de derecho Administrativo*, Valladolid, 1966, p. 18.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

levante y pertinente y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de importancia. Por ello tal vez quepa abundar un poco más en el sustento teórico de la necesidad de conocer bien los hechos.

La importancia determinante de los hechos ha sido expuesta reiteradamente por la doctrina y sin duda por la experiencia. Los juristas de todo el mundo nunca han dejado de enfatizar la cuestión, desde la posición de SALEILLES que recuerda CARDENAL, “Uno decide el resultado al comienzo; después encuentra el principio; tal es la génesis de toda construcción jurídica.”¹ O más precisamente, el jurista va formando una hipótesis provisional a partir de los hechos; hipótesis o conjeturas que luego controla² con el derecho. En sentido análogo se ha dicho con igual acierto que las normas “no se activan por sí mismas”, que son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva”;³ que “el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos.”⁴ Dicho

^{2.1} Ver CARDENAL, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process* Yale University Press, New Haven, reimpresión 1952, p. 170. Se trata de la conjetura científica, a que nos referiremos más adelante: no es que ya se “decida”, sino que se formula una hipótesis provisional, sujeta a modificación.

^{2.2} En ese control está la llamada refutación o falsación que enseña POPPER.

^{2.3} BINDER y BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, op. cit., p. 2.

^{2.4} LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

EL CASO EN DERECHO

con simplicidad magistral, es el principio cardinal de que “Todo depende del asunto.”⁵ En una formulación más empírica aún, que “Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98 % del problema.”⁶

El derecho debe asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión [...] (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso [...] Una conclusión basada en [...] prueba abstracta puede ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata.”⁷ Es que “ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra [...] la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional”, “porque no puede quedar al arbitrio de la Administración” (ni de cualquier otro órgano del Estado) “discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho.”⁸

^{2.5} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

^{2.6} Según la tradición oral, lo habría dicho WERNER GOLDSCHMIDT en la Procuración del Tesoro de la Nación.

^{2.7} JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601.

^{2.8} GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31 y 32, quien también re-

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

La Corte Suprema indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*.⁹

Cabe asimismo recordar que “Las resoluciones [...] fundadas en una prueba inexistente [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas”,¹⁰ o que “no cabe [...], sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados”¹¹ y que “los jueces intervenientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”¹²

Para determinar esa realidad en el plano documental y del expediente, es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamen-

cuerda su art. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*.

^{2.9} PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

^{2.10} PTN, *Dictámenes*, 81:228, 230 y nuestro t. 4, *Procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. VII.

^{2.11} CSJN, *Fallos*, 248: 627, *Aldamiz*, 1960.

^{2.12} CSJN, *Fallos*, 244: 548, 554, *Reyes*, 1959.

te el conjunto de la documentación”; se trata del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;¹³ es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”¹⁴

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida”;¹⁵ si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar”¹⁶ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”;¹⁷ no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho

^{2.13} DE CORMENIN, M., *Droit administratif*, t. I, París, ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5^a ed., p. 11, nota 3, destaca el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes.

^{2.14} LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés”, *RAP*, 7: 221 (Madrid).

^{2.15} GOLDENBERG, LEO, *Le Conseil d’État juge du fait. Étude sur l’administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d’État français”, en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

^{2.16} Ver RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif”, en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, p. 70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir”, *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d’un huron sur le contentieux administratif”, *Études et Documents*, núm. 31, 1979/1980, pp. 27 a 30.

^{2.17} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

bastante delicadas”,¹⁸ a “profundas investigaciones de hecho”,¹⁹ en todos los campos del saber y de la técnica que la situación del caso y la imaginación creadora de quienes intervienen en él lo requieran.

3. La dificultad de determinar los hechos

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano y puede encontrarse en ARISTÓTELES la misma idea.¹ Es un punto de partida válido aunque frecuentemente inaplicado. Esa base experimental, en derecho, son y serán siempre los casos. No de otra manera se presenta el derecho a litigantes, funcionarios, jueces.

Para apreciar la índole y dificultad de la tarea de percibir los hechos, quizá convenga recordar que ya LEIBNITZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos y por ello, siendo finita la percepción sensible —aun con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.²

^{2.18} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

^{2.19} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

^{3.1} COPLESTON, F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25 a 30.

^{3.2} VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 19 a 21.

Si todas las ciencias sólo admiten pues un conocimiento contingente de sus objetos, lo mismo pasa al jurista en un caso de derecho y aún más agudamente que a quienes cultivan otras ramas del conocimiento.

Serán así, según los casos, indispensables todos los medios que la ciencia y la tecnología poseen para la percepción de la realidad: desde las modestas fotografías, gráficos, planos, datos numéricos, estadísticas, proyecciones actuariales, censos, pasando por todos los demás análisis cuantitativos y cualitativos de la realidad, *sin olvidar nunca la elemental observación directa.*³

Existen algunas reglas empíricas de averiguación de los hechos del caso. Entre ellas están las que explicamos en los puntos siguientes.

4. *Analizar la prueba que ya existe*¹

El primer paso a realizar² se cumple con la prueba preexistente y cuál parece ser según ella la realidad, sin olvidar en su caso el expediente administrativo; el análisis minucioso de la totalidad de la prueba documental es indispensable y debe hacerse tanto individualmente para cada documento como buscando las correlaciones del conjunto de ellos.

^{3.3} Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94 a 98.

^{4.1} Seguimos la útil clasificación de BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 34 y ss.

^{4.2} Ver nuestro libro *El método en derecho*, *op. cit.*, cap. I.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Conviene hacer un listado³ de los hechos que conocemos y de las pruebas que de ellos tenemos, advertir cuáles son las lagunas de información y las falencias de prueba y comenzar a correlacionar los diversos aspectos fácticos para verificar si aparecen discrepancias entre ellos.

En esta primera etapa debe también evaluarse el poder de convicción de las pruebas preeexistentes, el grado de credibilidad de los testigos, de confiabilidad de las pericias e informes que existan, la verosimilitud de la documentación, sin dar nada por cierto ni nada por supuesto:⁴ más de una vez una escritura pública o un instrumento público que pudiera dar plena fe de sus formas extrínsecas o de su contenido,⁵ podrá ser redargüido de falso.⁶

No será suficiente con interrogar a la parte y tomar nota de su versión de los hechos, interrogándola para ampliar la información y verificar su verosimilitud; no sólo habrá que analizar cui-

^{4.3} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, proponen en realidad cinco listados de hechos conforme el carácter de la prueba que sustenta cada uno de ellos: un listado central totalizador, dos listados de pruebas concretas correspondientes a cada una de las partes, dos listados de pruebas potenciales complementarias de cada una de ellas.

^{4.4} Sobre todo lo precedente nos remitimos a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. I a VIII.

^{4.5} Para deslindar cuál es el efecto probatorio en cuanto al fondo y la forma nos remitimos a nuestro t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 5^a ed., cap. VII.

^{4.6} Pues no es extraño que se cometan graves deslices documentales, rearmando expedientes de manera artificial, detrayéndoles piezas documentales, etc.

EL CASO EN DERECHO

dadosamente la documentación que aporta; habrá que acceder al expediente administrativo completo si él existe, consultar los libros de comercio de la parte⁷ si ello es pertinente a la cuestión, visitar el lugar de los hechos si algo tiene que ver con el problema,⁸ consultar a los técnicos o expertos⁹ que conozcan los aspectos no jurídicos del asunto, discutir con ellos los hechos del caso tanto para determinar si uno entendió bien como para asegurarse de que ellos lo exponen adecuadamente. Así como el abogado que tiene que hacer o defender un juicio de mala praxis médica debe comprender los rudimentos del problema médico que dió lugar al pleito, así también deben conocerse los rudimentos técnicos o de hecho de cualquier problema administrativo que uno haya de encarar.

Por cierto, existen limitaciones materiales de tiempo —se vence un plazo para recurrir, hay que contestar una demanda, hay que dictar sen-

^{4.7} O requerir al cliente la producción de un informe suscripto por un contador externo a la empresa, certificado en cuanto a su contenido por los auditores y sindicatura de la empresa, conforme a las reglas usualmente aplicadas en la materia y certificado en cuanto a la autenticidad de las firmas por el Consejo Profesional pertinente.

^{4.8} Si se trata de algo existente físicamente en algún lugar, conocerlo, *verlo personalmente*, fotografiarlo, medirlo, etc. y obtener en suma toda la información cuantitativa y cualitativa que sea pertinente sobre dicho sustrato material.

^{4.9} Y en su caso, al igual que en el punto anterior, hacer producir informes técnicos externos, debidamente respaldados y certificados a fin de sustentar su verosimilitud y ulterior fuerza de convicción.

tencia— y costo, amén de la no siempre predisposición del interesado, o posibilidad material de hacerlo, pero el abogado debe saber al menos y hacerlo conocer en su caso, cuáles son las condiciones óptimas de información y prueba conducentes al mejor resultado posible. Luego veremos cómo se traslada este problema a funcionarios y magistrados.

No debe temerse a la prueba obtenida “sobreabundantemente”,¹⁰ pues luego vendrá la capacidad de síntesis y de focalización del profesional; pero a la inversa, la prueba obtenida de menos puede implicar la pérdida del caso, cuando más adelante la contraparte eventualmente la descubra y la aporte al expediente, si ella llega a ser adversa y sustancial.

Si el profesional conoce esa prueba a tiempo, puede advertir *ab initio* a su cliente que no le asiste el derecho y perderá el caso y evitarse así el disgusto y parcial descrédito de perder un pleito por deficiente conocimiento de los hechos de su propio caso, perjudicando su único capital, que es su prestigio. Perjudicar a un cliente que perderá el pleito luego, por culpa del abogado, es la mejor forma de autoinmolarse en la profesión.

Con estos primeros elementos de juicio se aproxima el momento de determinar si el caso tiene hasta allí sustento fáctico suficiente —en la realidad, no sólo en los papeles y prueba documental preexistente—, si el fin perseguido o conjetu-

^{4.10} A menos que se haga incurrir en gastos que parezcan desmedidos e irrelevantes.

rable es congruente y proporcionado con los hechos que lo sustentan.

5. La prueba adicional a producir

5.1. Los abogados

Terminada la etapa anterior, el abogado comienza ya a formarse algunas hipótesis sobre posibles encuadres o soluciones del caso y ello le llevará necesariamente a evaluar si la prueba de la cual dispone es suficiente para sostener alguna o algunas de ellas, o si debe en cambio imaginar otras pruebas a producir para sustentarlas si ello es posible, o para invalidarlas si no resultan suficientes. En otras palabras, qué prueba es necesaria para sostener la argumentación.

Allí debe también comenzar seriamente a considerar las posibles refutaciones a la hipótesis inicial que conciba, e imaginar cuáles pueden ser los medios de prueba que puedan sustentar esa refutación: en palabras de POPPER, no se trata solamente de buscar las refutaciones y no defender dogmáticamente una teoría, sino aún más, de ser permanentemente autocrítico y crítico de la autocritica.¹

Esta etapa es previa a la iniciación del asunto: de lo contrario se incurre en el riesgo de efectuar un determinado planteamiento de la cuestión que caiga por su base con la ulterior producción de prueba en contrario que realiza la contraparte o eventualmente el tribunal.

^{5.1} MILLER, *Popper Selections, op. cit.*, p. 126.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Una decisión responsable, por lo tanto, debe incluir esta etapa intermedia. La instrucción del proceso empieza pues tempranamente, con la producción privada de la prueba por el abogado, antes de iniciar la controversia o al menos en sus primeras etapas.

5.2. *Los funcionarios o magistrados*

Si se trata de un funcionario que debe dictaminar o decidir un expediente, la situación es *mutatis mutandis* la misma: el principio jurídico que rige el procedimiento administrativo es el de la oficialidad, lo que supone no solamente la impulsión de oficio, sino también la instrucción de oficio. La carga de la prueba recae así sobre la administración y si la prueba ya aportada al expediente no satisface al funcionario, le corresponde producir o hacer producir los informes, dictámenes, pericias, etc., que a su juicio resulten necesarios para llegar a la verdad material.²

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados de ambas partes, más el expediente administrativo en su caso, ha permitido avanzar bastante en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, pues no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho si a su juicio los elementos

^{5.2} Explicamos tales principios en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4^a ed., cap. I.

EL CASO EN DERECHO

probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos.

Ello es así en buenos principios³ y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.⁴

Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: en el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo⁵ y en el amparo la naturaleza sumarísima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario.⁶

Es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”⁷ y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que

^{5.3} P. ej. en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, LGDJ, 1970, que dedica toda una parte de su libro a la búsqueda de pruebas efectuada por el juez, p. 97 y ss.

^{5.4} P. ej. *Saguir y Dib*, *Fallos*, 302: 1284, año 1980.

^{5.5} Así en el caso *Cine Callao*, que analizamos en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3^a ed.; el error de no ver la realidad, cegado por la emotividad de un “derecho a la cultura”: el tribunal omitió analizar si hubo o no un cambio en la alegada situación fáctica entre el momento en que la ley se dictó y el momento en que la Corte la declara constitucional.

^{5.6} Caso típico, si está en juego una vida: *Fallos*, 302: 1284, 1980, *Saguir y Dib*.

^{5.7} LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho.

Pero ante la disyuntiva de fallar sin suficiente prueba, u ordenar de oficio la producción de la prueba que el juzgador estime necesaria, no pareciera que pueda existir opción alguna: lo contrario, así tenga aparente sustento en las reglas de nuestro derecho procesal formal, no las tendrá en las reglas sustanciales del debido proceso constitucional.

5.3. Observaciones comunes

En base a la estrategia probatoria que resuelva en la etapa anterior, el abogado⁸ pasará a una etapa de investigación:⁹ entrevistas con técnicos, profesionales dependientes del propio cliente en su caso, nuevas búsquedas de documentación que se supone pueda existir, preparación anticipada de interrogatorios de testigos, puntos de pericia, etc.¹⁰

No se nos escapa que mucha de esta actividad probatoria los profesionales a veces la dejan para el juicio mismo: sin embargo, el costo de una pericia es menor si se la produce en forma previa a la etapa judicial, los puntos de pericia se pre-

^{5.8} Y, tal como lo explicamos, el administrador o el magistrado, cada uno de manera decreciente.

^{5.9} Investigación del propio abogado, o a cargo de expertos contratados al efecto: BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 161 y ss., 211 y ss., 218 a 220 y 317 y ss.

^{5.10} Sobre todo ello nos remitimos nuevamente a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. 11 a 17.

EL CASO EN DERECHO

paran con más eficacia y oportuna colaboración del cliente, etc. Sobre todo, se puede de tal modo plantear de modo más seguro y eficaz el encuadramiento normativo y jurídico del problema.

En nuestra opinión, pues, es preferible adelantarse a concebir y producir, primero privadamente,¹¹ la prueba¹² adicional o contraria¹³ que resulte necesaria.

Con la mayor información y el mejor planteamiento del caso que resulta de la producción privada de la prueba, corresponderá más adelante aportar, si es necesario, prueba adicional.

A su vez, así como es mejor producir la prueba anticipadamente en forma privada, entre otras razones porque se hace un mejor trabajo probatorio, cabe tener presente que cuanto más se tarde en producir la prueba cada vez será más difícil poder convencer de la bondad de la propia posición. En efecto, los jueces tienen en primera instancia una cierta tendencia a dar algún valor a la prueba seria producida previamente en sede

^{5.11} Ver en nuestro *Tratado* el t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4^a ed., cap. VI, § 19, 22.8, 26.2 y cap. VII, § 10, 10.1, etc.

^{5.12} Analizamos en dicho t. 4, cap. VI, algunos de los problemas que presentan diversos medios de pruebas: informes y prueba documental (§ 19 a 21, 23, 26), testimonios orales o escritos (§ 22, 24), posiciones (§ 25), pericias (§ 26), etc.

^{5.13} “No sabemos: sólo podemos adivinar [...] Pero domeñamos cuidadosa y austera mente estas conjjeturas o anticipaciones imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas [...] nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino por el contrario, tratamos de derribarlas” (POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 259).

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

privada o administrativa, incluso invocando en algunos casos un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos.¹⁴

Y a su vez en las instancias superiores se produce una actitud análoga y creciente: los tribunales de alzada tienen inclinación a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores.¹⁵

De tal modo, toda postergación de la actividad probatoria es siempre progresivamente perjudicial para quien incurre en ella.

6. La apreciación de la prueba

Conforme a los principios modernos de apreciación de la prueba, esto depende de la confiabilidad y credibilidad o verosimilitud de cada uno de los elementos de prueba aportados: pero es importante aprender a valorar la prueba desde el ángulo que lo hará la contraparte (empresa, sindicato, etc. o la administración, en el caso de la gestión ante las propias reparticiones públicas) y la justicia después, si la cuestión llega a juicio.

En este punto, como tal vez en otros, la experiencia pareciera resultar insustituible¹ y debe

^{5.14} Lo explicamos en el t. 3 de nuestro *Tratado*, cap. VII.

^{5.15} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 y sus referencias. Comp. LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

^{6.1} Lo cual no quita que existan también elementos teóricos obtenidos a partir de la experiencia y de otras disciplinas, que ayudan a valorar determinadas pruebas. A título de ejemplo, para la apreciación de la veracidad de los testigos, ver MIRA Y LÓPEZ, EMILIO, *Manual de psicología jurídica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1980, 6^a ed., pp. 115 a 126.

EL CASO EN DERECHO

ajustarse a las circunstancias de tiempo y lugar, a las personas concretas que desempeñan, en el momento de que se trata, las funciones decisorias en sede administrativa o judicial.

En este último aspecto, el escrito puede verse influenciado por las características de quien ha de decidir² pero como existen sucesivas instancias y el tiempo puede producir cambios en la magistratura o la administración, resulta difícil el arte de armar una argumentación que no contradiga frontalmente la actual o potencial idiosincrasia de los órganos de decisión.³

7. Lo mutable de los hechos y pruebas

Debe aprenderse a reconocer el carácter dinámico de todo problema y determinar cómo ello afecta el encuadre y posibles soluciones del mismo a través del tiempo que transcurrirá desde su iniciación hasta su posible conclusión:¹ “la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso.”²

^{6.2} CARRIÓN, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 49 y ss., § 4º), 6º), 10º), 12º) y concordantes; p. 61, § III; § IV en combinación con el ap. 11) del § II del mismo art., etc. Hay aquí mucho material para la reflexión, que los abogados formados realizan cotidianamente en su trabajo profesional, aunque no siempre los alumnos.

^{6.3} Nos remitimos a la nota precedente.

^{7.1} Este tema lo analizamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, sección IV, “La protección de los derechos”, caps. VIII a XIII.

^{7.2} CARRIÓN, *Cómo estudiar...* *op. cit.*, p. 34, § K.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

En otras palabras, debemos evitar en el caso concebir al derecho como sistema en que “no hay procesos temporales, no hay causa ni efecto, no hay pasado ni futuro.”³

Cabe estar en consecuencia siempre atento a los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,⁴ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso.⁵

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen:

1º) “el supuesto de hecho inicial”, sino que también pueden cambiar,

2º) “las reglas aplicables”,⁶

3º) “el resultado que se considera deseable”,⁷

4º) la autoridad decidente,

5º) el entorno jurídico político,

6º) las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, etc.

El transcurso del tiempo obliga así a un reanálisis constante de todos los factores del caso.

^{7.3} COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122, quien desde luego lo afirma con criterio general.

^{7.4} ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328.

^{7.5} ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329.

^{7.6} CARRIÓN, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33, § G. En otro sentido dice LEVI, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas.”

^{7.7} CARRIÓN, *op. loc. cit.*

8. *Algunos aspectos específicos*

Corresponde identificar los hechos de la realidad que dan justificación, motivo o causa fáctica al acto diferenciándolos de la motivación del acto o explicación de tales hechos externos al acto.¹ Ha de cuidarse no prestar una atención desmesurada a ésta, a punto tal que llegue a impedir la percepción del objeto mismo o de la situación fáctica que le da o quita sustento. En otras palabras, es indispensable que en el análisis de los hechos se perciba la realidad y no solamente el texto del documento, tratándose de un acto escrito; o las palabras o circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos.

En efecto, el análisis del texto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el estudio de los hechos, expresados o no en la motivación del acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona —lo diga o no la motivación—, que lo enmarca y encuadra. Se trata de la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones, o invocación de argumentos en la motivación.

Esto es absolutamente esencial para entender y aplicar el derecho: si uno lee *Cine Callao* y no advierte que la Corte no percibió los hechos, erra

^{8.1} Ver nuestro *Tratado...*, t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. X, § 6.

el camino; si lee *Chocobar* creyendo que los fundamentos expuestos son los reales y no los que recogieron día a día todos los diarios del país, también se equivoca; lo mismo con *Marbury vs. Madison* si desconoce el contexto político, no explicado en el fallo y así sucesivamente; lo mismo vale para leyes, decretos, sentencias, reglamentos, actos administrativos de cualquier especie. Quien no entendió los hechos del caso, nada entenderá del derecho en el caso.

8.1. *La presunción de legitimidad y la prueba*

Hay un error político de gran persistencia: la tendencia a creer ciegamente a quien ejerce el poder,² público o privado, económico o político, honesto o corrupto.

Ello es válido no solamente para lo político sino también para lo jurídico. Debe por lo tanto evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad—cualquiera que ella sea—dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad³ con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial en materia de derecho.⁴

^{8.2} Viene desde siempre. Tanto en el derecho romano como contemporáneamente, el rico no debe prestar caución cuando pide una medida cautelar; el pobre sí.

^{8.3} Ver en nuestro *Tratado* el t. 3, *op. cit.*, cap. V, segunda parte, § 2 a 6.

^{8.4} La ubicación política en la materia es arquitectónica. Al respecto ver en este mismo t. 1 el cap. III.

8.2. *La razonabilidad de todos los elementos en juego*

Debe también muy especialmente determinarse la razonabilidad tanto del acto como de las normas en que el acto se funda, o que aplica⁵ y de los hechos que lo sustentan.

Todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento,⁶ detectando asimismo las que se hayan producido o produzcan en el decurso de las actuaciones.

En tal sentido, cabe también recordar a SANTO TOMÁS cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puede también ser parafraseado en su aplicación a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener. El manejo racional de las pruebas de carácter emotivo es pues uno de los requisitos de un análisis eficaz del problema.⁷

8.3. *Encontrar las normas aplicables al caso*

El alumno debe también entrenarse en encontrar las normas y principios jurídicos aplicables al caso, sean ellos:

a) supranacionales,⁸ que en las bellas palabras de LORD DENNING son cada vez más como la “ma-

^{8.5} T. 3, cap. VIII, § 8; cap. IX, § 8 y 9; cap. X, § 6, etc.

^{8.6} Ver algunas de ellas en el t. 3, cap. IX, § 9.4.

^{8.7} Para las pruebas emotivas, BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 105 y ss.

^{8.8} Para la discusión de este tema nos remitimos al cap. VI; nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

rea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida”,⁹

b) constitucionales,¹⁰

c) legales y por último

*d) reglamentarias*¹¹ aplicables a cada aspecto del caso, teniendo presente que uno de los errores de información que puede cometerse es precisamente el desconocimiento de normas administrativas, tan numerosas y cambiantes.¹²

humanos en el derecho interno”, *LL*, 1992-B, p. 1295, reproducido en el cap. III de nuestro citado libro *Derechos Humanos, op. cit.*

^{8.9} LORD DENNING, *The Discipline of Law, op. cit.*, p. 18, quien agrega que “sin duda” las cortes nacionales “deben seguir los mismos principios” que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno.

^{8.10} Conviene recordar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución reconoce como mínimo rango *constitucional* a los tratados de derechos humanos, lo mismo que el inc. 24 a los tratados de integración latinoamericanos y que la Corte incluye en ello la jurisprudencia supranacional. La regla inevitablemente se expandirá.

^{8.11} Nuestro libro *La administración paralela, El parasis-tema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y 3^a reimpresión, 2001; *L'Amministrazione Parallelia. Il 'Parasis-tema'* Giuridico-Amministrativo, Milán, Giuffrè, 1987. Dada la constante mutación normativa, no siempre es una tarea fácil encontrar la norma reglamentaria aplicable. Es uno de los problemas no resueltos de información administrativa. Ver también nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2000, reimpresión de la 5^a ed., cap. VII.

^{8.12} De todas maneras, debe tenerse presente la doble limitación a la facultad reglamentaria que emerge de la Constitución en materia de reglamentos delegados y de necesidad y urgencia: arts. 76 y 99 inc. 3º.

Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo es partir de las normas y *principios* supranacionales y constitucionales y luego ir subsumiendo en ellas las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. El no jurista tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales, etc. El tema es antiguo y no justifica discusión jurídica de nivel teórico serio, pero es cotidiano en la práctica. Así como se cometan crímenes que no siempre la justicia llega a castigar, no es infrecuente que se cumpla una pequeña regla administrativa absurda, injusta, maliciosa, irracional y no los grandes principios del ordenamiento jurídico.

9. Las vías alternativas de comportamiento

A continuación, es necesario imaginar y razonar varias vías posibles de solución o comportamiento —o abstención de comportamiento—, conducta procesal judicial o extrajudicial, negociación, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico ni la ética profesional y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista, en relación a los intereses en juego y a la justicia objetiva del caso.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Al mismo tiempo, debe recordarse una vez más que constituye una falsa quimera el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria, verdadera y válida solución. No hay casos iguales, solamente parecen serlo.

Así, la hipótesis de “solución” que pudo parecer “mejor” en determinado momento, puede en definitiva llegar a no serlo por infinitas razones: imperfecta apreciación de los hechos, incompleto conocimiento de ellos, dificultades o fracasos en la obtención de la prueba conducente a acreditarlos, la propia mutación de la situación fáctica, de los intereses en juego, de los valores sociales aplicables, incluso de las normas legales o supranacionales, de la jurisprudencia, etc.

Por ello, en derecho al igual que en cualquier otra ciencia, la supuesta “solución” que se cree encontrar al caso, o la vía de comportamiento o conducta procesal que se resuelve elegir y que por supuesto habrá que argüir y fundar adecuada y convincentemente, es de todos modos siempre una hipótesis o conjetura, que luego los hechos posteriores y el tiempo invalidarán o no.

Es que “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas.”⁹¹

⁹¹ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 9.

“La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales.”²

O, dicho en las palabras de MUNROE SMITH que recuerda CARDENZO, las reglas y principios no son soluciones finales, sino hipótesis de trabajo: cada nuevo caso es un experimento y si la regla que parece aplicable da un resultado injusto, el resultado debe ser repensado.³

Sin duda, el abogado que debe dar una respuesta a su cliente deberá al final de su proceso mental, o de su tiempo, dar una opinión: el cliente quiere a veces “su opinión y no sus dudas”;⁴ a más, por cierto, de las completas y analíticas razones y fundamentos de su opinión, que deberán luego resistir o amoldarse ante el *test* de la crítica.

Del mismo modo, el administrador o el juez podrá expresar en la decisión las dudas que tengan, pero al final del acto de resolver deberán hacerlo asertivamente, exponiendo antes los argumentos necesarios para sustentar fáctica y normativamente su decisión.

El abogado de la administración podrá envolver en lenguaje potestativo y discrecional las con-

^{9.2} POPPER, *La lógica ...*, *op. cit.*, p. 260.

^{9.3} CARDENZO, *op. cit.*, p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En el mismo sentido CARDENZO recuerda a ROSCOE POUND y a POLLOCK: es una apreciación común y tradicional en el derecho norteamericano.

^{9.4} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

clusiones de su dictamen, pero tampoco puede evitar consignar cuál es la alternativa que propone para la decisión.

Con todo, esta necesidad en todos los casos inevitable de resolver o aconsejar concreta y definitivamente algo razonado y fundamentado, que exprese en forma adecuada y suficiente los argumentos de hecho y de derecho que lo sustentan, no altera que siempre lo resuelto o propuesto es una hipótesis más, no una verdad eterna.

Tampoco el hecho de que los debates y discusiones posteriores a veces presten especial atención al tipo de argumentación expuesto, o de fundamento jurídico empleado, debe hacer olvidar que la *ratio* de la cuestión siempre estará en los hechos y el análisis que de ellos se haga. En tal sentido, se ha dicho que “lo que un juez hace es más importante que lo que dice que hace.”⁵

10. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos

Por lo expuesto, puede ser también oportuno recordar el viejo aforismo que para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla”¹ y el axioma popperiano de que “Nunca se

^{9.5} REED DICKERSON, *Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing*, en la revista “Law and Contemporary Problems”, *op. cit.*, p. 53 y ss., p. 68.

^{10.1} O como dice CARDOZO, *op. cit.*, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados”, esto es, grandes principios; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. loc. cit.*, refiriéndose al derecho supranacional.

EL CASO EN DERECHO

puede estar seguro de nada.”² Tal como ya explicamos, no existen reglas previas de la cuales “deducir” una solución, ni tampoco reglas empíricas a partir de las cuales “inducirla.”

Permitásenos repetir que no se debe buscar al “ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.”³

No se pretenda entonces hallar la “certeza” de la “verdadera” solución “indiscutible” de un caso de derecho: “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.”⁴

Hay que aprender a convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez siempre provisional.⁵ “La persuasión de que la propia infalibilidad es un mito lleva por

^{10.2} Salvo, tal vez, del demostrado error o la conjectura falsada, en su terminología.

^{10.3} POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 261.

^{10.4} POPPER, *La lógica...*, *op. loc. cit.*

^{10.5} La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea *provisional para siempre*: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales: POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 260.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

fáciles etapas y con algo más de satisfacción a la negativa de adscribir infalibilidad a los otros.”⁶

Recuerda CARDZOZ que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil”, pero que con el tiempo “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”⁷

Ni siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo”,⁸ sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.⁹ No incurramos pues en el error científico de pretender inducir para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo).

Por ende, hay que *diferenciar* cada caso de otro “semejante” o “análogo” que se haya hecho o visto previamente y evitar tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos, que no es sino una variante del mismo error metodológico.¹⁰

^{10.6} CARDZOZ, *op. cit.*, p. 30.

^{10.7} CARDZOZ, *op. cit.*, p. 166.

^{10.8} POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 257.

^{10.9} Para decirlo otra vez en las palabras de CARDZOZ, cada caso es un experimento nuevo: *op. cit.*, p. 23.

^{10.10} En sentido análogo CARRIÓN, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 53.

EL CASO EN DERECHO

No hay casos “típicos”; es el método lo que debe aprenderse experimentalmente, no las supuestas “soluciones” y en cada caso se debe buscar una hipótesis o conjetura que sea nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de “causa”; que no sea una mera adaptación de “soluciones” anteriores en supuestos semejantes en apariencia, pero que resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica.

Luego, sin duda, continúa el proceso de aproximaciones sucesivas en que al construir los razonamientos fácticos y jurídicos que constituirán la motivación o explicación de la hipótesis, se la refina, modifica, altera o sustituye, hasta que llega el momento en que la decisión “definitiva” es tomada en el sentido de volcarla al papel, en alguna de sus sucesivas versiones de trabajo, firmarla y darla a conocer.

Allí quedó cerrada una etapa de trabajo, no resuelto un problema: la ciencia lo seguirá debatiendo siempre.

11. El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal

Hemos recordado ya que los hechos y circunstancias de un caso pueden irse modificando a través del tiempo, como así también los intereses y valores en juego.

Es necesario por ende considerarlo dinámicamente y en función del tiempo, lo cual impone

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

estimar no solamente en *qué* tiempo¹ se piensa que ocurrirán qué cosas, sino también decidir *cómo* y *quién* habrá de proveer *cuándo* el impulso para que se produzcan.

Si bien la teoría jurídica a veces indica la aplicación del principio de la impulsión de oficio, la práctica es en verdad la impulsión directa por la gestión personal del particular o interesado.

Al mismo tiempo y no obstante la existencia del principio de contradicción, se produce un desbalance que judicialmente no se debería en buenos principios aceptar; que cada parte arguye su caso ante el funcionario sin la presencia de la contraparte y sin posibilidad oportuna de corregirla o contradecirla.²

Del mismo modo, el decurso del tiempo puede ir demostrando que a pesar del énfasis argumental puesto inicialmente en determinados aspectos, ellos pueden no resultar posteriormente los más relevantes o actuales, obligando entonces a tener un espíritu crítico permanente³ y la suficiente adaptabilidad para readecuar el planteamiento del problema. Lo cual, desde luego, se puede hacer privadamente y en vía administrativa y aun estando en litigio, por las negociaciones y eventuales transacciones.

^{11.1} Ver el t. 4 de nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, cap. VIII, § 1.

^{11.2} Ver LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 85.

^{11.3} Sobre el rol crítico del docente en la asistemática del derecho viviente, nos remitimos a nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. XIV y XV del prólogo; *Derechos humanos*, *op. cit.*, cap I, § 3.3.

Debe así aprenderse a descubrir cómo se analizan los hechos según el momento histórico en que el caso se plantea, cómo se construye un razonamiento adecuado a los tiempos y sus valores sociales, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pros y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar, todo ello no en un supuesto vacío atemporal y aespacial, sino al contrario permanentemente bien centrado en el tiempo y en el espacio real, sin oportunismo político y con espíritu de justicia. Todo ello, claro está, es mucho más fácil decirlo que hacerlo en un caso concreto.

12. Una ayuda metodológica

En cualquier caso de derecho existen una serie de cuestiones jurídicas que deben ser dilucidadas por quien ha de resolverlo. Muchas de ellas el abogado entrenado no necesita a veces ni siquiera planteárselas, por cuanto las percibe automáticamente y en un instante. El abogado no familiarizado con la materia, o el estudiante de derecho, puede en cambio encontrar tal vez alguna utilidad en analizar tales aspectos.¹

De todos modos, debe tenerse presente que una tal guía metodológica debe ser adaptada progresivamente por el estudiante en la medida que va adquiriendo destreza en la solución de los pasos

^{12.1} Para un mayor desarrollo, nuestro libro *El método en derecho, op. cit.*

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

iniciales que ella propone. En el comienzo del curso sus experiencias deberán desarrollar las primeras etapas de la guía y a partir del segundo mes deberá en cambio irse concentrando en aquéllas que son finalmente las centrales para resolver qué hipótesis formula para el caso.

En esta segunda y última etapa, luego de haber adecuadamente analizado lo atinente a la validez del acto, fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar las opciones posibles y luego elegir una.

13. Las opciones a considerar

Las principales opciones a considerar pueden agruparse entre las siguientes preguntas que uno debe formularse frente al caso:

a) cuáles son todas o al menos las principales vías alternativas —razonables, desde luego, no disparatadas—¹ de comportamiento jurídico² o material, incluso de acciones u omisiones (o sea, no debe olvidarse la posibilidad de realizar comportamientos que permitan mejorar el encuadre de los hechos que se analizan, dentro del derecho);

^{13.1} Pues es ésta precisamente una de las aptitudes integradoras o globalizadoras del acto de creación en el cerebro humano, que lo diferencia de la computadora más sofisticada.

^{13.2} Por lo que hace a los recursos en sede administrativa y al amparo por mora en sede judicial, nos remitimos al t. 4, donde explicamos largamente estos mecanismos.

EL CASO EN DERECHO

b) y cuáles son todos los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas.

Dicho en otras palabras, qué fundamentos o razones en pro y en contra de cada una de ellas y conjugados de qué manera, van llevando al abogado a preferir o no, razonable y fundadamente, alguna o algunas de tales vías:

a) omisión,³

b) negociación,⁴ gestión, *lobby*, comportamiento material, etc.,⁵

c) recurso, reclamo o denuncia administrativa,⁶

d) acción judicial, teniendo cuidado de introducir el caso federal de manera suficiente y adecuada en la primera oportunidad procesal y mantenerlo en forma expresa y clara en cada una de las sucesivas instancias, como así también introducir en su caso la violación a derechos supranacionales, a fin de ocurrir en la oportunidad pro-

^{13.3} Hay situaciones, sin duda, en que la solución es no hacer nada; o no hacer nada que importe una vía jurídica de acción, recurso, etc., sino un mero comportamiento que puede ser material o hasta intelectual e incluso introspectivo.

^{13.4} Ver p.ej. EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, St. Paul, West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlement*, misma editorial, 1983.

^{13.5} Estas alternativas no debe dejar de considerarlas el abogado que recibe el caso en consulta y de continuarlas evaluando a través del tiempo. A veces, será la propia administración que le sugerirá al administrado una vía de comportamiento material que, modificando la situación de hecho, permita encarar la resolución de la cuestión.

^{13.6} Para sus diferencias ver en el t. 4 el cap. III, § 2º.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

cesal pertinente por ante los organismos y tribunales de carácter internacional.

Una vez resuelto el tipo de comportamiento que se considera preferible y no tratándose del caso de un hecho u omisión a realizar, cabe desde luego desarrollarlo a través de la *redacción* del acto jurídico (recurso, reclamo, denuncia, acción judicial, etc.) que en su caso se considera preferible, seleccionando⁷ y graduando⁸ los argumentos que va a utilizar, sin excluir desde luego los hechos y argumentos adversos.⁹ La adecuada y suficiente fundamentación, sobre todo de hecho, es desde luego tan indispensable como también lo es la necesaria fundamentación suficiente en derecho.

Si se elige el camino de sugerir vías de omisión, gestión, negociación¹⁰ o comportamiento que

^{13.7} Deben argüirse las cuestiones centrales. Ampliar en ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329 y en la nota siguiente. Lo mismo vale desde luego para la redacción de decisiones administrativas o sentencias judiciales, en que el que debe decidir con frecuencia omite consignar la totalidad de sus fundamentos.

^{13.8} Según el sabio consejo de MORELLO, debe evitarse “agotar” todos los posibles argumentos *jurídicos* del tema, so pena de dificultarle la tarea decisoria a la autoridad administrativa o judicial: no debe hacérsele difícil la tarea de encontrar fundamentos *nuevos* que no sean repetición de los del peticionante, en caso de encontrarle razón.

^{13.9} ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329. En materia administrativa los letrados suelen a veces fallar por no colocarse mentalmente en la situación del funcionario público y no poder entonces prever, probar y argumentar conforme a los razonamientos que éste luego aplicará en la decisión.

^{13.10} Ver p.ej. EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, *op. cit.*; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, *op. cit.*

EL CASO EN DERECHO

no suponen la interposición de remedios legales, entonces debe pasarse a la explicación del comportamiento material, negociación u omisión que se recomienda.

En el caso de una autoridad administrativa o judicial que debe decidir una cuestión, los pasos son esencialmente los mismos; debe también evaluar los hechos, ponderar la razonabilidad, sopesar las vías alternativas de solución, elegir alguna, escribirla, fundarla suficiente, adecuada y convincentemente para no incurrir en un acto arbitrario por falta de suficiente motivación o sustento fáctico. Incluso el tiempo puede a veces manejarlo y de hecho lo maneja.¹¹

En lo que se refiere a la elección de una solución creativa del caso y la redacción del escrito, nos remitimos a lo expuesto en *El método en derecho*.¹² En todo caso la primera regla es clara: *empezar* a escribir, aunque sea el relato del caso y la descripción de sus hechos o transcripción de sus normas; poco a poco iremos construyendo y puliendo la argumentación y la resolución finales. Es la aplicación del aforismo chino de que un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso.

^{13.11} Nos remitimos a *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 55 a 58.

^{13.12} *Op. cit.*, caps. VII a XII, pp. 99 a 197.

Capítulo IV
MÁS SOBRE
LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. Introducción ¹

Para tener éxito en la defensa de un derecho de manera preventiva o reparatoria, primero hay que probar los hechos que lo sustentan, pues las normas “no se activan por sí mismas”:² “Todo depende del asunto”³ y son los hechos los “que ha-

^{1.1} Ver, en general, CARRIÓN, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

^{1.2} BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, Minnesota, West Publishing Company, St. Paul, 1984, p. 2.

^{1.3} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

cen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva”;⁴ “el alcance de una regla y, por lo tanto” su sentido, depende de la determinación de los hechos.”⁵ Estos se determinan a través de la prueba. Corresponde al tribunal “verificar si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para autorizar la medida”,⁶ pues “el control de legalidad supone que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente y las sanciones se ajusten a su texto”;⁷ “la justicia de la solución del caso concreto deriva de la dilucidación verdadera de los hechos y el derecho en él involucrados.”⁸ El derecho está concebido para asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión [...] (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso [...] Una conclusión basada en [...] prueba abstracta puede

^{1.4} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 2.

^{1.5} LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

^{1.6} CNFed, *Lamas*, *LL*, 123:149; Arroyo, *LL*, 101: 3.

^{1.7} CSJN, *Fallos*. 267: 77, 79, *Molinelli*; *Grichener*, 262: 67 y 71, cons. 5º y sus referencias.

^{1.8} GUASTAVINO, ELÍAS, *Tratado de la “jurisdicción administrativa” y su revisión judicial*, t. I, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989, 2^a ed., p. 31; en la p. 32 de su 1^a ed. decía: “a la justicia de los conflictos se llega sólo partiendo del conocimiento de la verdad de los hechos”; TAWIL, GUIDO S., *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 400.

ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata.”⁹ Es que “ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra [...] la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, ésto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional”, “porque no puede quedar [librado] al arbitrio”, “discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho.”¹⁰ Un buen tribunal indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía y que—de existir—autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*.”¹¹ Para determinar esa realidad es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación”; se trata del esfuerzo por “hacer hablar

^{1.9} JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1965, p. 601.

^{1.10} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmuidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31 y 32, quien recuerda su art. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Esta famosa frase es también transcripta por TAWIL, *op. cit.*, pp. 392 y 393.

^{1.11} PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

los papeles” según la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;¹² es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente”.¹³

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida”;¹⁴ si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquélla que postula «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar”¹⁵ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”;¹⁶ no queda sino el indispensable ca-

^{1.12} CORMENIN, M. DE, *Droit administratif*, t. I, París, ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5^a ed., p. 11, nota 3, destacaba el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes.

^{1.13} LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés”, *RAP*, nº 7, p. 221.

^{1.14} GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français*, en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

^{1.15} Ver RIVERO, JEAN, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, p. 70; *Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir*, *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; *Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif*, “Études et Documents”, nº 31, 1979/1980, p. 27 a 30. RAFFO, JULIO C., *Introdução ao conhecimento jurídico*, Río de Janeiro, Forense, 1983, p. 100 y ss., “As circunstâncias da conduta”. Es la “realidad social” que el abogado debe conocer, como señala CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., así como su “realidad económica”, p. 168 y ss.

^{1.16} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

mino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas”,¹⁷ a “profundas investigaciones de hecho.”¹⁸

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano y puede encontrarse en ARISTÓTELES la misma idea;¹⁹ LEIBNITZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos y por ello, siendo finita la percepción sensible —incluso con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.²⁰ Nunca captamos, pues, la totalidad de un hecho; siempre es una selección fruto de cada uno de nosotros, que necesariamente diferirá —por ser infinitos los datos de la realidad— de la que haga otro.

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados, más el expediente, ha permitido avanzar en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, si entiende que no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho, si a su juicio los elementos probatorios obrantes en autos le

^{1.17} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

^{1.18} LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

^{1.19} COPLESTON, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25 a 30.

^{1.20} VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, CDCS, 1973, pp. 19 a 21.

brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos. Ello es así en buenos principios²¹ y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.²² Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello. En efecto, en el juicio ordinario —cuya extrema lentitud es de público y notorio conocimiento— los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo. En el amparo la naturaleza sumarísima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario. A la inversa, es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”²³ y también lo es que cada instancia

^{1.21} Por ejemplo en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, LGDJ, 1970, que dedica de su libro a la búsqueda de pruebas por el juez, p. 97 y ss. Con todo, a veces los justiciables provocan la frustración del tribunal; algo así se advierte en CNFed. CA, Sala IV, *ADECUA c/ ENARGAS, LL*, 1998-F, 338.

^{1.22} Por ejemplo en el caso *Saguir y Dib, Fallos*, 302: 1284, año 1980.

^{1.23} LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61. Ver también *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. VII; ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, *LL*, 23-II-2000; PEYRANO, JORGE W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, *LL*, 1991-B, 1034; “Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; las cargas probatorias sobrevinientes”, *ED*, 12-V-99; LORENZETTI, *LL*, 1991-A, 995; EISNER, *LL*, 1994-C, 846.

sucesiva es más renuente que la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho. Los tribunales de alzada tienen por lo general una cierta inclinación, instintiva y de principio a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores. Confían más en ellos.²⁴

En definitiva se trata de una diferencia en cuanto al modo y alcances de la percepción de la realidad —a través de la prueba—, con que un juez esté dispuesto a fallar. Cuanto menos esté dispuesto a indagar sobre los hechos, menos jerarquizada será la sentencia. Cuanto más profunda en el análisis de los hechos y la producción de prueba, incluso de oficio, mejor servicio de justicia prestará a la sociedad. Es en la indagación de los hechos donde se realiza el más importante *test* de cada caso de derecho.

Cabe además tener presente los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,²⁵ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso. Los casos son dinámicos, como dinámica es la prueba que nos va mostrando poco a poco —nunca completamente— la realidad de los hechos. Al produ-

^{1.24} BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 y sus referencias. Comparar LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

^{1.25} ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, Minnesota, West Publishing Company, St. Paul, 1984, p. 328; CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 139 y ss.

cirse nueva prueba, varía nuestra percepción de los hechos y por ende del caso mismo.

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen “el supuesto de hecho inicial”, sino que también pueden cambiar “las reglas aplicables”,²⁶ “el resultado que se considera deseable”, la autoridad decidente, las circunstancias que rodean el caso,²⁷ el entorno jurídico político,²⁸ las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, los funcionarios mismos,²⁹ etc. Además, “Las reglas cambian mientras son aplicadas”,³⁰ o sea, cambia también su sentido cuando se la aplica, adquiere nuevas significaciones que no fueron pensadas por sus autores.³¹

Algunos fallos consideran que “las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión”,³² lo que torna inoficioso su tra-

^{1.26} CARRIÓN, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 y 33, § G.

^{1.27} Son “las circunstancias de la conducta”: RAFFO, *op. loc. cit.*; recuerda CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 160 y ss., la necesidad de percibir la realidad social y económica, p. 168 y ss. Un entorno social distinto pueda dar lugar a la prevalencia de un método interpretativo por sobre otro: *op. cit.*, p. 226.

^{1.28} Es la realidad política, que el abogado debe conocer: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 170 y ss.

^{1.29} Requiere la capacidad psicológica de percepción de otros: CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 165 y ss.

^{1.30} LEVI, *op. cit.*, p. 12.

^{1.31} Un hermoso ejemplo es la frase “en las condiciones de su vigencia”, que se advierte en *Giroldi, LL*, 1995-D-462.

^{1.32} *Fallos*: 216: 147; 243: 146; 244: 298; 259: 76; 267: 499; 308: 1087.

tamiento al carecer el planteo de objeto actual”;³³ materia opinable si se la formula de tal modo como regla genérica. Recordemos que para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla”³⁴ y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada.” No se debe buscar al “ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica.”³⁵ Recuerda CARDENAS que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil”, pero que con el tiempo “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles

^{1.33} *Fallos*: 231: 288; 253: 346; 307: 2061; 316: 479, *Bahamondez; Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 de mayo de 1995, cons. 2º. No actúa así la Corte de EE.UU. en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

^{1.34} O como dice el ya recordado CARDENAS, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, reimpresión 1952, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados”, esto es, grandes principios; LORD DENNING, *The Discipline of Law, op. cit.*

^{1.35} POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 261.

no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”³⁶

2. *Unidad de la prueba en los distintos procesos*

El régimen de la prueba es básicamente el mismo en las distintas ramas del derecho procesal;¹ no suele haber sino escasas normas de derecho procesal administrativo que en materia de prueba dispongan algo diferente del derecho procesal común.² Sin embargo, la dinámica probatoria es distinta, primero porque una parte fundamental de la prueba está ya producida o ha de ser producida en el procedimiento administrativo previo al judicial y segundo porque interfieren

^{1.36} CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

^{2.1} A la inversa de lo que exponemos en el texto, hay autores y jurisprudencia que consideran que existen principios “no sólo distintos, sino hasta opuestos”, tales como GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, p. 629, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de la jurisprudencia contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1978, p. 932 y nota 7. Quienes postulan una diferencia están sosteniendo, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 953, el carácter “revisor” de la justicia, con el alcance de remitirse a la prueba producida en sede administrativa y limitar la producción en sede judicial; ello llevaría a una denegación de acceso a la justicia, pues de poco sirve acudir a ella si no se puede producir prueba *ex novo*: por ello el principio ha de ser el de amplitud de producción de la prueba en sede judicial (*op. cit.*, p. 934 y ss.).

^{2.2} Tampoco figura la prueba en los análisis sobre posibles reformas al régimen procesal administrativo, p. ej en GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.

en la decisión, como veremos, problemas que no son propios del proceso ordinario.

En todo caso, es válida en todo proceso aquella verdad sempiterna de que los juicios se ganan o pierden en la prueba. Lo que determina la solución del caso es la percepción de los hechos por el tribunal a través de la prueba y su fuerza de convicción. La prueba sigue siendo el punto vital; es la yugular del juicio, de cualquier juicio.

3. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba

Será permanente la discusión acerca de si el juez meramente aplica el derecho o en verdad también lo crea. Sin perjuicio de que adherimos a la idea de que el juez crea el derecho, como mínimo porque reconoce y determina los hechos, es claro que si hay que decidir varias soluciones jurídicas posibles para un caso cualquiera, ello será siempre dependiente de cuál es la situación de hecho a la cual toca aplicarlas. Basta que el juez determine que los hechos son “A” o “B” para que paralelamente la solución jurídica pase de “A” a “B”. Según el tribunal reconozca o determine los hechos de uno u otro modo, la solución ha cambiado. Esto es así en el derecho viviente, en cualquier filosofía o método jurídico, en cualquier sistema jurídico, en cualquier país. Sólo en la enseñanza se dice a veces otra cosa.

Admitimos a partir de POPPER que no existen verdades absolutas ni en las ciencias físicas o naturales ni menos todavía en el derecho; sólo hay

conjeturas, o si se quiere verdades con comillas, provisorias. Una es la “verdad” de la administración, otra la “verdad” de las partes en el juicio, otra es la “verdad” en la sentencia del tribunal en cada instancia sucesiva. ¿Cuando se agoten las instancias será la “verdad” la de la última sentencia? Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, los tribunales superiores no tienen la última palabra: la tiene la doctrina; o como decían antaño los marxistas, la historia; o los historiadores y sus revisionismos: es decir, nadie.

En definitiva, nadie sabe cuál es la verdad de un caso. Siempre va a ser una verdad provisoria,¹ o más bien una mera conjetura, buena o mala, pero conjetura al fin, sujeta siempre a eventual demostración de falsedad. Con lo cual tampoco debemos exagerar la crítica sobre la eventual incertidumbre de la decisión en algún modo subjetiva del tribunal;² el que sea imperfecta no le quita validez provisoria como conjetura o hipótesis, ni le quita la posibilidad de resolver en forma

^{3.1} Que puede tener el carácter de decisión con fuerza de verbal legal que pone fin a una controversia jurisdiccional de modo irreversible. Pero será irreversible en cuanto decisión, no indiscutible en cuanto pretención de verdad, esa cualidad que no no es conferida a los seres humanos.

^{3.2} Sobre “Las razones del juez” ver CUETO RÚA, *op. cit.*, pp. 135 a 154. Cabe señalar que la doctrina procesal enfatiza los deberes del juez de determinar la verdad jurídica objetiva: CSJN, “Oilher”, *LL*, 1981-C, 67; “B.V.E.”, *ED*, 173: 591; ARAZI, ROLAND, “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, *LL*, 23-II-2000 y sus demás referencias; *infra*, t. 4, 2000, 4^a ed., cap. VI, n^{os.} 2 y 3.

definitiva, en el marco de la litis, una cuestión contenciosa.

4. *La dispensa de prueba*

Cabe también recordar la distinción del derecho procesal común entre hecho evidente, hecho público y notorio y conocimiento oficial o conocimiento privado de juez.

Hecho evidente es aquello que nadie podría discutir ni ignorar.¹ Que hay la noche y el día; el sol, las estrellas, el calendario,² el tiempo, la vida y la muerte. “La evidencia se justifica porque es absoluta. Porque es irreversible lógicamente. Hasta porque no tiene demostración.”³ De todas maneras no ha de darse un alcance extremo al concepto de hecho evidente, pues “estos hechos evidentes, aunque no necesitan de prueba por parte de quien desea justificarlos, pueden merecer y aceptar la prueba del adversario, porque cada día el avance de la ciencia va demostrando que hechos que se tenían por evidentes, como ciertos pacíficamente, han pasado a la historia de las ideas científicas a raíz de otras nuevas.”⁴

^{4.1} Estamos hablando, claro está, de algún momento determinado en el tiempo y el espacio.

^{4.2} SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Teoría y práctica del proceso*, vol. III, Buenos Aires, EJEA, 1959, p. 103.

^{4.3} CARNELLI, LORENZO, “El hecho notorio en el proceso dispotivo”, *LL*, 31: 631, 641; *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

^{4.4} EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 45.

Hecho público y notorio es aquello que todos saben en determinado tiempo y lugar:⁵ que tal persona es el presidente de la República o el alcalde de la ciudad. Como dice GUASP, “No son, pues, hechos notorios aquellos que el órgano jurisdiccional pueda conocer oficialmente o privadamente, sino aquellos que disfruten de un reconocimiento general en el lugar y en el tiempo en que el proceso se desarrolla”;⁶ lo notorio es “lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada, con un número mayor o menor de personas.”⁷ En otras palabras, hecho notorio es aquel “que nadie lo pone en duda.”⁸

El conocimiento privado del juez es aquello que el juez sabe, pero no está en el expediente: la solución clásica es que no puede usar su conocimiento privado para resolver una cuestión, pero puede ordenar medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente —bajo el contralor de las partes— su conocimiento privado. De éste y no de otro modo puede llevarlo a la sentencia.

^{4.5} Pero “más le vale al demandante demostrar el hecho que afirma, aunque a su juicio sea notorio”, como recuerda ESGUERRA SAMPER, *op. cit.*, p. 44.

^{4.6} GUASP, JAIME, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. II, 2^a parte, Madrid, 1947, p. 380.

^{4.7} LÓPEZ NIETO y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 825; HELLBLING, ERNST C., *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrens Gesetzen*, t. I, Viena, Manzsche Verlag, 1953, p. 274.

^{4.8} ALSINA, HUGO, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1956, p. 249.

5. *La prueba en las facultades regladas y discretionales*¹

Lo que venimos diciendo es aplicable en primer lugar en materia de facultades regladas, porque habrá que determinar, ante los diversos supuestos de hecho previstos por la ley, si lo que se resolvió encuadra en uno u otro supuesto, o en ninguno. Esa no es tanto una cuestión normativa o de interpretación jurídica, es fundamentalmente de interpretación de los hechos a través de la prueba producida.

En las facultades discretionales la prueba también determina la solución del caso. Todas las técnicas de control de la discrecionalidad—principios jurídicos indeterminados, hechos determinantes, buena fe, desviación de poder, confianza legítima, principios generales del derecho, proporcionalidad, relación coste-beneficio, razonabilidad, etc.— se ejercitan a través de la percepción de los hechos que se realiza y evalúa a través de la prueba. Estos principios son reconocidos como constitucionales por el principio del debido proceso legal y también supranacionales por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Son también supranacionales en Europa, en que la Convención Europea permite construirlos y lo ha hecho la jurisprudencia desde sus comienzos.²

^{5.1} Ampliar en GOLDENBERG, *op. cit.*, caps. VI a X, p. 148 y ss.

^{5.2} En el TJE el caso *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè Editore, 1999, p. 317. El principio de razonabilidad

6. *La doctrina de los actos propios y la propia prueba en contra*

La mejor forma de interpretar la conducta y la intención de las partes, como también la validez de su comportamiento y las consecuencias jurídicas que cabe aplicarle, es ver lo que han hecho y dicho, sus actos, sus actitudes: es en los hechos y en los papeles, los propios papeles donde se reflejan, por lo general, los actos propios cada uno.¹ Por lo demás y como lo tiene sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la doctrina de los actos propios se emparenta con el principio de la buena fe y entre ambos constituyen principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico. Ha dicho así que “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado.” “*El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho*, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa “*venire contra*

dad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., es universal y de larga data. Por ello la Corte Europea no vino sino a reiterar algo que ya estaba en los derechos nacionales. Ver p. ej., para el derecho alemán y portugués, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 670/3 y sus referencias de las notas 490 y ss. a la doctrina alemana.

^{6.1} Comp. la jurisprudencia que cita KIELMANOVICH, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 338/40.

factum proprium non valet” que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.”²

Igual principio ha sido destacado por la doctrina;³ y como ha dicho también la Corte, “resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro.”⁴ La documentación frecuentemente predetermina, sin que las partes lo sepan siempre claramente al momento que lo van conformando con su acción o con su silencio, la solución del juicio;⁵ será luego tarde, con frecuencia, querer revertir lo que se ha actuado, callado u omitido en forma consistente. Por eso el derecho romano avisaba: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt.*

7. La prueba en sede judicial

Existe un punto previo a la demanda en que se pueden producir pruebas: tanto pruebas priva-

^{6.2} CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana*, JA, 1989-IV, 429.

^{6.3} MAIRAL, HÉCTOR, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

^{6.4} CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL-1992-B, 216 y ss., cons. 4º *in fine*. Este principio también se menciona como confianza debida, o garantía de protección de la confianza. Ver *supra*, cap. II, nota 2.16.

^{6.5} Ver también BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 34 y ss., donde recuerda a ANDRÉ MAUROIS en la frase “sobre el papel todo tiene aire de verdad.”

das o extrajudiciales —a que luego nos referimos—, como *pruebas judiciales previas* al proceso mismo, lo que en el derecho procesal llamamos medidas de prueba anticipada. En este caso el litigante se presenta a la justicia antes de iniciar la demanda y pide la producción de determinadas pruebas, conforme a los supuestos en que el código lo autoriza. Un caso típico es cuando el futuro litigante pide el secuestro del expediente, documentación, libros, etc. En este caso, quedará a criterio del tribunal si existen o no razones fundadas para el secuestro: generalmente cuando se puede alegar fundadamente que se están haciendo maniobras con ese expediente que van a distorsionar su realidad o su verdad. También se puede en ese momento previo a la demanda producir otras medidas de prueba. Hay acá una situación que la veremos repetida para el abogado que va a hacer la demanda: encuentra el expediente, estudia el tema, quiere armar la demanda y se da cuenta que con los elementos probatorios que tiene el juez tal vez no le de una medida cautelar; necesita más elementos probatorios.

Si se pone a probarlos en juicio, se le va a ir el tiempo; entonces puede ser del caso producir privadamente la prueba y según el grado de convicción que ésta tenga, según la credibilidad de los expertos, testigos, peritos que consiga, ver si con todo ese paquete de pruebas producidas anticipadamente, logra o no conseguir la medida cautelar.

Otra hipótesis de prueba es acudir a la justicia penal para investigar la conducta de funcionarios administrativos, o de particulares relacionados con la administración pública en virtud de concesiones o privilegios. Por esa vía más difícil, dadas las mayores exigencias del derecho penal para incriminar una conducta, pueden acreditarse hechos que aunque no justifiquen calificación penal sí pueden permitir probar ciertos hechos que después servirán de base para la demanda en otra sede.

8. Producción privada de la prueba¹

8.1. Testimonios

Cuando haya dificultad de producir tempranamente la prueba en sede judicial, es pertinente utilizar una variante de lo que en el derecho norteamericano se denomina *affidavits*, que son declaraciones que prepara una persona en forma unilateral y privada y se incorpora como prueba documental.

Nada impide en derecho, siempre que se obre de buena fe, pedirle a un testigo que escriba su declaración en una carta expresando aquello que él conoce: esa prueba documental puede reforzarse con su ofrecimiento como testigo, para que se lo llame para que ratifique su firma y contenido, repreguntarle, etc. Ello no importa tampoco adelantar cuál puede ser la fuerza de convicción

^{8.1} Ver nuestro *Tratado...*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. VI, § 7, 19.2, 22.7, 22.8, 26.2; cap. VIII, § 10.1.

que esa prueba tenga luego en sede judicial; ni incluye la realización de la actividad probatoria bajo control de ambas partes cuando ello es materialmente posible.

8.2. *Pericias*

Lo mismo se aplica a las pericias, que pueden producirse privadamente e incorporarse al expediente ofreciendo simultáneamente al perito como testigo, para ratificar sus dichos, ser re-preguntado, etc.

9. *Las pruebas ilegalmente obtenidas.*

Es fundamental en el derecho administrativo el principio procesal de que son inadmisibles las pruebas ilegítimamente obtenidas.¹ Así una escucha telefónica hecha por la administración o terceros sin autorización judicial,² un allanamiento de domicilio sin autorización judicial, o excediendo la autorización judicial; producción de prueba sin contralor de la contraparte, etc. Y se aplica también en casos extremos, como las declaraciones obtenidas bajo tortura.

^{9.1} Ver *supra*, nota 3.10. Ampliar en nuestro libro *El procedimiento administrativo*, *op. cit.*, cap. VI, § 17, “Inadmisibilidad de las pruebas ilegítimamente adquiridas.”

^{9.2} A su vez, incluso la autorización judicial procede con criterio restrictivo: *Mille*, CNCrim. y Corr., Sala IV, *LL*, 1997-C, 416; *Rodríguez*, TOral Criminal nº 9, *LL*, 1997-D, 613; *Tellos*, CNCasación Penal, Sala III, *LL*, 1995-B, 63; *Del Bagno*, TOral Criminal Federal, Mar del Plata, *DJ*, 1994-2-453; *OLDANO, IRIS*, “Escuchas telefónicas”, *JA*, sem. nº 6163 del 17-XI-99.

Este principio general se extiende a la inadmisibilidad de las pruebas reservadas o secretas. Ellas han existido siempre en la historia en regímenes autoritarios, pero de tanto en tanto pretenden reaparecer y es entonces necesario que los tribunales mantengan firme el principio de que las pruebas secretas son inadmisibles en derecho. El principio prohibido de la “prueba” secreta o reservada intenta reaparecer p. ej en las deportaciones de personas, en que suele haber informes de los organismos de seguridad, que — por sus propios mecanismos — son a veces de por sí secretos. (Informantes, etc.) Los tribunales de todo el mundo resuelven que los informes secretos no son admisibles como prueba y por lo tanto no permiten expulsar a una persona con ese fundamento.³

10. *El alegato informal*

Hay una práctica procesal que con diferentes nombres y matices existe en algunos países y está prohibido en otros: en nuestro *argot forense* se lo llama “el alegato de oreja”; en el derecho norteamericano son las comunicaciones *ex parte* que están prohibidas entre el magistrado y uno de

^{9.3} *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. IV, § 17, “¿Pueden invocarse en la decisión las piezas reservadas?” En materia penal *stricto sensu* la legislación admite el agente encubierto, pero con algunos recaudos y para delitos de especial trascendencia como el tráfico sustancial de estupefacientes, como explica PALACIO, LINO ENRIQUE, *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 96 a 104, § 16.4.4, “Agentes encubiertos.”

los litigantes, a punto tal de resultar virtualmente inconcebibles.¹ Es algo que practica en mayor grado y con mayor libertad el abogado de la administración. Él habla privadamente al juez o al tribunal y le expone alguna situación que no introduce en la litis como cuestión de hecho y prueba. Puede que esa situación de hecho sea lo suficientemente importante como para que el juez no pueda evitar tenerla presente *in pectore* al momento de juzgar (la dimensión presupuestaria, internacional, política o económica del problema, sus repercusiones para el gobierno o la opinión pública, etc.; en suma, la jurisprudencia de intereses que nuestros tribunales tanto usan y tan poco explicitan). Cuando el tribunal lo admite, que es siempre, de hecho admite entonces también el alegato *ex parte* del particular. Pero el peso de su argumentación no es ni remotamente comparable a la del Estado y el individuo se queda sin poder rebatir —ni siquiera conocer— lo que la administración ha dicho al tribunal a espaldas del proceso, del particular, del orden jurídico. La desigualdad e injusticia del proceso deviene inconstitucional. Para solucionar esta distorsión procesal no cabe sino acudir a la oralidad al menos en la fase de alegato final, pues oralidad implica no solo inmediación e igualdad entre las partes, sino también publicidad y control social: que la sociedad pueda ver en base a qué pruebas el tribunal resuelve qué cosas.

^{10.1} Ver las referencias del cap. XVI, § 12, nota 12.2. Ver también *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, 4^a reimpresión, 2001, p. 233.

11. *Pruebas que hacen a la privacidad de la persona*

Más complejo es lo atinente a las pruebas que se refieren a la privacidad de las personas, p. ej su salud. Ello generalmente se considera amparado en el principio de privacidad. En los tribunales administrativos internacionales en alguna ocasión se utiliza el criterio de requerir este tipo de información para utilizarla *in camera*, sin incorporarla necesariamente al expediente.¹ También se admite en Francia que el tribunal puede requerir dar al requirente la información acerca de su salud y queda librado a él si la somete o no al tribunal.² En la carrera policial y militar la salud es básica en los ascensos y retiros. Es frecuente encontrar fallos que analizan la razonabilidad de las constancias médicas al efecto. En éstos y otros casos pareciera que el que se encuentra en tal condición no tiene más remedio que resignar su privacidad médica para poder acceder al juzgamiento. No es una solución satisfactoria pero no tiene otra salida que la publicación del fallo con iniciales y no con el nombre y apellido completo³ (una precaución que a veces

^{11.1} Así, el Tribunal Administrativo del BID. Ver nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. XVI.

^{11.2} CHAPUS, RENÉ, *Droit du contentieux administratif*, 4^a ed., Montchrestien, París, 1993, pp. 612 y 621.

^{11.3} Otra variante es la adoptada por el Tribunal Administrativo del FMI, que asigna a cada caso una sigla convencional del estilo “Mr. A” o “Ms. B”, haciendo entonces difícil, o incluso imposible, que los terceros conozcan quiénes son los actores.

ni siquiera la Corte Suprema ha tomado).⁴ La Cámara también ha sacado fallos con nombre y apellido de personas con SIDA, lo que pareciera una violación del derecho a la intimidad en la legislación vigente.⁵ El mejoramiento de las técnicas de curación del SIDA, más una mejor tutela contra la discriminación, están reorientando el derecho hacia privilegiar la información y consiguiente posibilidad de curación con el diagnóstico precoz, por sobre el derecho a la intimidad del enfermo. Hay en esto una constante del derecho.

^{11.4} Existen pronunciamientos que avalan exámenes de sida sin consentimiento, lo cual privilegia otros valores por sobre la privacidad. Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El sida en la jurisprudencia”, Buenos Aires, La Ley, 1999, quien orienta sobre los procedentes: *DT*, 1997-B, 1779; *JA*, 1997-V, 329; *ED*, 160: 327; *LL Buenos Aires*, 1996-949, etc. La doctrina privilegia la privacidad, la jurisprudencia no.

^{11.5} La ley 23.798, de prevención y lucha contra el SIDA, en su art. 2º, dice que no se puede “*a) Afectar la dignidad de la persona; b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina; e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada.* El art. 6 dispone que “Los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos en riesgo de adquirir el síndrome de inmunodeficiencia están obligados a prescribir las pruebas diagnósticas adecuadas para la detección directa o indirecta de la infección”; el art. 8º establece: “Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter

12. *Medios de prueba*

El principio siempre es el de la libertad para las partes en la elección de los modos de prueba, sujeto a las posibilidades materiales del tribunal.¹

Pero hay en ello una gran limitación fáctica que no dimana de los hechos sino de la discrecionalidad: uno propone testigos o peritos y la administración no los llama o designa —hay que producir prueba privada—; uno pide al juez la inspección ocular o el reconocimiento judicial y no lo ordena —hay que acompañar *antes* fotografías, videos, etc. El particular debe pues adelantarse a producir la prueba que de antemano intuye que la administración o el tribunal no ordenarán.

12.1. *Fotografías y video*

Cabe admitir todos los medios de prueba y dentro de ellos cabe mentar las fotografías, que los abogados a veces no utilizan suficientemente. El saber ver, *sapere vedere*, requiere la visión directa o indirecta del objeto.² Si no se hace una inspección ocular, puede resultar importante que estén las fotografías o el video.

infectocontagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada.”

^{12.1} COLSON, *op. cit.*, p. 166 y ss.

^{12.2} Claro que el ser humano también allí se equivoca. Hemos visto sentencias de 1^a instancia decidiendo en un sentido en base a que el documento principal era una fotocopia y la cámara revocando en base a señalar que no era fotocopia, sino original.

La fotografía tiene una fuerza de convicción bastante importante, sobre todo si son fotografías numerosas, variadas, que permiten apreciar aquéllo que uno quiere describir. El abogado ha de tomarse el trabajo de fecharlas y firmarlas al dorso, declarando bajo juramento, como auxiliar de la justicia, que han sido tomadas en ese momento y lugar. Pueden tomarse más recaudos todavía y hacerlas mediante un acta notarial por un escribano público, por fotógrafo profesional y con testigos, igual que para una grabación telefónica, “cámara oculta”, etc. Estos requisitos son cada vez más necesarios a medida que el desarrollo tecnológico permite modificar una fotografía con la computadora;³ lo mismo es aplicable a otros medios de almacenamiento de datos que luego mencionaremos. En el pasado reciente, cuando se incorporan suficientes fotografías de alguna cuestión debatida, la práctica es que ella no suele ser cuestionada y a lo sumo pasa a ser una cuestión no relevante para la conclusión del caso. Si *no* se aportó la prueba fotográfica, entonces sí, a la inversa, puede llegar a ser una cuestión relevante. Con el tiempo será indispensable rodear a esta prueba de mayores formalismos como los que explicamos anteriormente. Lo mismo es aplicable al video, que es admisible

^{12.3} En tal sentido ver CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 656; “Protección inmediata de los datos privados de la persona. *Habeas data operativo*”, *LL*, 1995-E, 293 donde explica también muchos de los nuevos trucos para alterar imágenes, de lo que resulta la necesidad expuesta en el texto.

como prueba, pero que conviene acompañar de una desgrabación para facilitar su lectura y rodear igualmente de otros recaudos probatorios.⁴ Un punto distinto con las fotografías y los videos es el referente a los tomados a distancia, si violan o no la privacidad de las personas: sobre esto se aplica el principio de la inadmisibilidad de las pruebas ilegalmente obtenidas.

12.2. *Fax, télex, etc.*

Pueden ser admitidos como prueba los télex, faxes y demás correspondencia entre las partes. Si bien es medio de prueba admisible solamente entre las partes, ello es así en tanto ambas la mantengan en reserva: si una de ellas hace pública su correspondencia con otro, entonces la pueden invocar los terceros, porque ha dejado de ser privada; por la acción de uno de los dos ha pasado a ser pública y queda un problema entre las partes sobre si una pudo o no hacer pública tal correspondencia privada.

Los diskettes y discos rígidos o CD-ROMs, *memory sticks* de las computadoras y videocámaras o cámaras de foto digitales, también son admisibles como prueba. Sin perjuicio de tener presente una siempre posible pericia adversa, en todo caso conviene precaverse y desgrabar el tex-

^{12.4} Sobre el valor probatorio del video: *Charlin*, CNTrab., Sala III, *LL*, 1984-D, 401; *DJ*, 1984-6, 182. Y su complementación con acta notarial, *Díaz de Vivar*, Juzg. Nac. Civ., n° 67, *LL*, 1998-C, 88.

to o imágenes y aportarlos documentalmente, previa certificación notarial de su autenticidad. Cabe admitir también el reconocimiento judicial, la inspección ocular, aunque en esto los tribunales son bastantes reticentes a su producción.⁵

12.3. *Grabaciones telefónicas*

12.3.1. *Telefonía común*

También son admisibles las grabaciones telefónicas o personales, con algunas limitaciones. Las conversaciones telefónicas son equiparables a la correspondencia. Son privadas entre las partes; pero conviene también recordar que cuando uno escribe es más cuidadoso, cuando uno habla lo es menos. El otro puede estar grabando y es cuestionable si una de las partes en una conversación, graba lo que la otra dice; es un punto opinable.⁶ ¿Pero qué pasa cuando la persona con la cual yo hablo, me graba y usa públicamente la grabación contra mí? ¿Esa información pasa al dominio público, la puede invocar cualquiera como prueba?

^{12.5} Sin desconocer las dificultades prácticas que ello representa para todo tribunal, no puede dejar de expresarse que la verificación directa es una de las mejores formas de percepción de la realidad. Para un análisis de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94–98.

^{12.6} En el proceso penal se requiere previa autorización judicial, pero la regla conoce excepciones, como explica PALACIO, *La prueba..., op. cit.*, § 12.4, “Intervención de comunicaciones telefónicas”, pp. 72–76.

12.3.2. *Telefonía celular y otras grabaciones*

Existen fallos que afirman que la comunicación por un teléfono celular, al transmitirse por las ondas que son del dominio público o la llamada banda ciudadana, no constituyen una comunicación privada sino pública. Se equipara a una transmisión radial. Una persona que la tenga sintonizada la puede grabar y usar como prueba.

Otra cuestión es la grabación de una conversación personal. Esa prueba, si bien es una grabación ignorada por el otro, suele admitirse como válida; no es una prueba ilegítimamente obtenida.⁷ Por lo tanto, si se está hablando con un funcionario con un grabador encendido en el bolsillo, lo que aquél diga se puede usar como prueba.⁸ En un sumario, si están tomando declaración a un testigo y el sumariante se niega a dejar exacta constancia de lo que el testigo dice y las objeciones no las registra en el acta, es sencillo: hay que llevar un grabador y luego controlar el texto del sumariante con la propia grabación, como si se tratara de una entrevista periodística.

12.4. *Otros medios de prueba*

No existe disposición que limite los medios de prueba de que puede hacerse uso. Pueden em-

^{12.7} A menos que exista relación de dependencia, caso en el cual se requiere que no sea subrepticia.

^{12.8} Lo mismo en materia penal en lo que se refiere a la “cámara oculta” de TV. PALACIO, *op. cit.*, pp. 76/7.

plearse los accesibles a través de técnicas antiguas o modernas: pruebas fonográficas⁹ o magnetofónicas, fotográficas según ya vimos,¹⁰ radiofónicas,¹¹ etc. También ya recordamos los viejos *floppy disks* y los disquetes rígidos, discos duros (*hard drive*) de computadora, discos láser o CD-ROMs, DVDs y todo lo demás que el desarrollo tecnológico produzca en el futuro.

El uso de datos de la internet como prueba tuvo al comienzo dificultades de admisión en virtud de las posibilidades técnicas y las inclinaciones o incluso comodidad material del tribunal. Si se ofrece como prueba que el tribunal consulte a la Internet, o en Francia al Minitel, la decisión sobre la admisibilidad de la prueba fue inicialmente adversa.¹² Con todo, ya hay sentencias y tribunales que invocan y aplican información técnica obrante en Internet.¹³

En Uruguay las normas crean el procedimiento y “el expediente electrónico”, el cual “tendrá

^{12.9} COLOMBO, LEONARDO, “La prueba fonográfica de los hechos”, *LL*, 51:1152.

^{12.10} Ver DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, “La fotografía como prueba en el juicio civil”, *JA*, 23: 117. El tema debe ser replanteado, desde luego, a partir de la fotografía digital.

^{12.11} Respecto de las placas de rayos “X” puede verse el trabajo de CHARLES C. SCOTT, en “*Michigan Law Review*”, Ann Arbor, t. 44, n° 5, 1946, p. 773 y ss.

^{12.12} Así en Francia para el Minitel: CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 607.

^{12.13} Por ejemplo, *abstracts* de medicina tomados de www.medscapemedlineabstract.com, utilizado por la CNFedCA, Sala IV, *B. de P., C. E. y otros c. Policía Federal Argentina*, *LL*, 25-I-01, p. 3.

la misma validez jurídica y probatoria que el expediente tradicional”, o tramitado “por medios convencionales.”¹⁴ Allí el ordenamiento es vigoroso en el paso adelante, aunque no hacen falta normas expresas para admitirlo.¹⁵

También existe el derecho a que la administración elabore, publique y proporcione estándares de calidad de los servicios.¹⁶

Igualmente son admisibles las inspecciones oculares, o a través de otros sentidos: prueba de gusto, de olfato, de tacto, de oído;¹⁷ con todo, en estos casos es más probable que la apreciación de tales hechos se efectúe por medio de peritos;¹⁸ o con la colaboración de peritos,¹⁹ es decir, reali-

^{12.14} DELPIAZZO, CARLOS E., *El procedimiento administrativo electrónico y el acto administrativo automático*, UTE, *Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas*, Montevideo, 1999, p. 39 y ss., p. 47.

^{12.15} DELPIAZZO, *op. cit.*, p. 46.

^{12.16} Dice el decreto 229/2000 en su art. 5º, inc. b), c) y d): “b) Determinar los niveles o estándares de calidad actuales en la provisión de los servicios que se suministran a los usuarios y las metas cuantificables para su desempeño futuro”, “c) Establecer un sistema de monitoreo y evaluación del cumplimiento de los estándares sobre la base de un conjunto homogéneo de indicadores”, “d) Realizar una amplia difusión de los resultados, en un lenguaje claro y accesible para el conjunto de la población.”

^{12.17} HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austriaca, art. 54; en el proceso ordinario ver ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, 1946, p. 74.

^{12.18} Es más probable y más frecuente en la práctica, pero no necesario.

^{12.19} HELLBLING, *op. cit.*, p. 311; ley austriaca, art. 54.

zar la medida probatoria el funcionario personalmente, pero acompañado y aconsejado por el perito.²⁰ También puede combinarse la prueba pericial y la prueba de inspección ocular disponiendo que el órgano esté presente durante la realización de la pericia, lo que da más inmediación a la prueba,²¹ sin sustituir al medio de prueba.

La inspección ocular, táctil, olfativa, etc., puede realizarse no sólo sobre objetos inanimados, sino también —en ciertos casos— sobre personas y animales,²² pudiendo consistir en una comparación, medición, etc.; constituye un medio de prueba de cierto interés, en cuanto otorga inmediación,²³ pero no existe una obligación legal de soportar la inspección,²⁴ razón por la cual será necesario el consentimiento de la persona. No procede en cambio la inspección ocular sobre archivos, cuando ella puede ser suplida por informes o certificaciones.²⁵ El campo más propicio

^{12.20} El art. 479 del CPCCN expresa que el reconocimiento judicial (no se usó ahora la expresión “inspección ocular”, por su reconocida limitación a un solo sentido), podrá ordenarse también con “la concurrencia de peritos y testigos a dicho acto.”

^{12.21} HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

^{12.22} HELLBLING, *op. loc. cit.*

^{12.23} HELLBLING, *op. cit.*, p. 311.

^{12.24} Tampoco en el derecho austriaco: HELLBLING, *op. cit.*, p. 312.

^{12.25} Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Político Administrativa, fallo del 2-8-67, transcripto en BREWER-CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, vol. 1, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*, Caracas, EJV, 1976, pp. 160 y 161.

para la inspección ocular, en la práctica, suelen ser los casos de urbanismo y medio ambiente.²⁶ Suele caracterizarse a la inspección ocular como una actividad que se desarrolla fuera de la sede del organismo,²⁷ pero si bien ello es lo usual no constituye una regla absoluta, ya que las partes pueden traer a la sede del órgano el objeto respecto del cual se propone su conocimiento directo por el tribunal, cuando ello es materialmente posible.

^{12.26} Tal es la opinión de CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op.cit.*, p. 614, quien agrega la expropiación. Sin olvidarse de la entrevista personal, que solemos olvidar como elemento de convicción pero se utiliza en momentos claves, p. ej. antes de conferir un cargo o empleo, etc.

^{12.27} TENTOLINI, OTTORINO, *La prova amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 151.

Capítulo V

CÓMO LEER UNA SENTENCIA *

1. *Saber leer*

Saber leer es otra de las versiones, en derecho, del *Sapere vedere* de MIGUEL ÁNGEL. Hay algunos cuidados que hay que tener que son clásicos y conocidos. Otros no tanto.

Empezaremos por los primeros, antes de entrar a la lectura de una sentencia que es una tarea más compleja de lo que parece.

* Una obra fundamental que a su vez remite a gran parte de la bibliografía es NIETO, ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000. Por nuestra parte hemos hecho reflexiones sobre la creación de una solución jurídica en general, orientada hacia el escrito jurídico, en nuestro libro *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988 y 4^a reimpresión 2001.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

1.1 *Saber leer el comienzo*

Antes de tratar de la lectura de la sentencia judicial, conviene recordar algunas reglas simples —por ello a veces olvidadas— de lectura. Todos creemos que sabemos leer bien un texto jurídico, pero no suele ser así. Es fundamental, en la lectura, encontrar los puntos nodales o conyunturales, los ejes fundamentales de aquello que estamos leyendo y registrar empíricamente qué errores cometemos con más frecuencia, para evitar repetirlos.

Lo primero, los puntos nodales, varía de un texto a otro, en forma absolutamente no preeterminada: pueden estar al final, al comienzo, en el medio; destacados y/o al pasar, entre temas no importantes y/o aburridos.

Si el autor del texto jurídico ha querido ser didáctico los pondrá en un lugar destacado. Así, la comisión redactora del decreto-ley 19.549/72 puso lo más importante al comienzo, por inspiración de quien fuera Procurador del Tesoro de la Nación el Dr. ADALBERTO COZZI. Injustamente olvidado en su aporte al texto definitivo; como es habitual, muchos piensan que la mayor influencia fue de los teóricos, no de los prácticos del derecho. Esa técnica lo hace poco elegante pero no hay duda que ayuda a la comprensión del decreto-ley: sus primeros arts. son un compendio del derecho público ya de antes conocido.¹

^{1.1} Y no, como pretenden algunos, de un derecho público que nació allí de la nada.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

1.2. *Saber leer el final*

En mi caso, uno de mis errores de lectura más frecuente es que inconscientemente, sin darme cuenta yo mismo de que lo hago, abandono la lectura un renglón o dos antes del final: sea un contrato, un acto jurídico cualquiera, una ley, la nueva constitución. Como mecanismo de autocontrol empiezo pues siempre a leer algo por el final, para estar seguro de que no se me escapará lo que esté allí.

1.3. *La letra chica ilegible*

Otro de los errores conocidos de lectura de un contrato cualquiera es no leer bien lo que se llama “la letra chica”. El nombre proviene quizás de los contratos preimpresos en que las cláusulas adversas al comprador figuran tan pequeñas como para ser normalmente ilegibles. Lo mismo con los productos que deben legalmente introducir aclaraciones de lo que venden: las suelen poner con un tamaño tan diminuto como sea posible (así los microfolletos que acompañan todo medicamento, indicando sus efectos adversos). Con el avance de los años y el deterioro de la visión a veces no podemos leerlos ni con una lupa. Y a los muy jóvenes, que pueden leerlos sin dificultad, normalmente no les interesa su lectura. Deberán aún equivocarse mucho en la vida para darse cuenta que hay que leer la letra chica. Con más cuidado que la letra normal.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Por todo ello las normas de protección al consumidor suelen exigir un tamaño mínimo de letra, que no impida de hecho su lectura. Las advertencias en los productos nocivos como el tabaco suelen tener un tamaño predeterminado por el orden jurídico.

1.4. *La letra oculta*

Las cláusulas o normas con “letra chica” pueden no ser tales en el tamaño físico, sino en la dificultad de ubicarlas. Es una vieja treta de abogados escribir cosas aburridas, inútiles, repetitivas y sin inmediato y aparente sentido práctico, que casi *invitan* a saltearlas y en el medio de ellas incorporar aquellas disposiciones adversas a los intereses de la parte contraria, que se preferiría que no leyera. Así las escrituras de préstamo, nacionales e internacionales. Una cláusula de *cross default* no lleva nunca letras de molde, pero en nuestra lectura debe tenerlas con tipografía tamaño “catástrofe.”

1.5. *Saber leer lo evidente*

Una forma sofisticada de ocultar algo es ponerlo bien evidente. Eso puede o no dar resultado pero es necesario estar prevenido. Puede algo ser tan evidente que no lo veamos.²

^{1,2} La técnica ideada por EDGAR ALLAN POE, p. ej. en *La carta robada*.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

1.6. *Saber leer lo que no está escrito*

Esta es la verdadera pesadilla: leer entre líneas, imaginar lo no dicho y no equivocarse demasiado. Múltiples desentendimientos ocurren así en el lenguaje hablado. Uno dice una cosa y el otro entiende algo distinto. Su sincera pero a veces débil explicación es “Yo pensé que ...” Y los psicólogos se ganan la vida interpretando lo que una persona “verdaderamente” *quiso* decir, no lo que dijo.

A su vez, en nuestro procedimiento judicial, como en el administrativo, todo se tramita por escrito, pero es habitual conversar con el funcionario. Ambas partes lo hacen y de eso no queda registro escrito para quien, ajeno a la causa, lea el dictamen, el acto, la sentencia. Por ello se ha dicho con agudeza que nuestro procedimiento no es oral ni escrito, es “conversado.”³

2. *Las especies de saber leer*

2.1. *Para leer una ley*

Para leer una *ley* primero hay que prestar atención al contexto político, social y económico del

^{1.3} Ver CARRIÓN, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 79, nota 5. Respecto a lo dicho al comienzo del párrafo precedente de nuestro texto ver, como caso concreto, el relatado por KILLMEATE, ATILIO, “Los discapacitados motrices y el transporte público”, en CARRIÓN y otros, *op. cit.*, pp. 78, 79, 80 (sexto párrafo, segunda frase).

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

país y la época. Hay que buscar en la realidad (no en los debates) las razones verdaderas que llevan a su dictado. Luego, al comenzar la lectura del texto legal, no hay que detenerse en los artículos que tienen un diapasón conceptual o definitorio, ni menos ir a ver los antecedentes legislativos: hay que buscar en su texto los puntos resolutivos de cuestiones concretas. Hay que hacer hablar a su texto. No es cuestión de prestar excesiva atención al concepto o definición que los legisladores pueden incorporar al artículo primero. En efecto, si el resto del articulado precisa el régimen legal de determinada manera, no la hará más extensa un amplio concepto inicial o viceversa. Vea por ejemplo en la ley de confidencialidad 24.766 la amplitud del art. primero, completamente dejada de lado por todo el articulado que se refiere siempre a situaciones sumamente puntuales, en su casi totalidad referidas a la industria farmacéutica nacional y no a la definición conceptual del art. 1º. Lo mismo pasa en materia de servidumbre de electroductos con el art. 1º y los arts. 5º y 8º y así sucesivamente.

2.2. Para leer un contrato, mirar los hechos

Un contrato debe ser analizado para buscar su armonía interna y su letra chica, complementando con los *hechos* de las partes antes de celebrarlo y sobre todo en la ejecución del contrato. Resulta así que para estudiar el texto de un contrato hay que estudiar *la conducta de las partes en*

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

su ejecución, conforme a los medios probatorios que el derecho admite.

2.3. *Saber leer los libros*

La doctrina de los libros y artículos de revista vale como auxilio en el conocimiento y la interpretación del derecho, pero no es la fuente con la cual solucionar un planteamiento concreto de derecho en un caso singular. Su peso real no es el de su autor sino el de sus argumentos.

Por supuesto que los abogados sabemos esto. No obstante, por un estilo retórico utilizamos la doctrina como argumento de autoridad, aunque sea una falacia no formal de razonamiento. Eso en sí no está mal. Lo malo es creérselo.

3. *La decisión jurídica*

No hay diferencia entre el proceso de decisión del magistrado en un juicio, del abogado en un asunto o el funcionario en un expediente.

Tampoco la hay entre el peor posible error de un abogado con su cliente o un médico con su paciente: despreciar la capacidad de éste para penetrar la realidad y describir su caso. Pues todo se reduce siempre a lo mismo, percibir adecuadamente la realidad para determinar en qué casillero del mundo teórico encuadrarla.

El sistema del derecho o el mundo de la medicina no sirven para nada si el que lo aplica no logra, en el diagnóstico, identificar cuál es la realidad que tiene ante sí. Esa es la primera, quizás

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

la única, en todo caso la gran *decisión*¹ a tomar. Y como nuestra capacidad de percibir la realidad es limitada, frente a datos ilimitados de ella (LEIBNIZ), esa decisión no está dotada del carácter absoluto de la *Verdad*. Los hombres no tenemos esa aptitud, sólo Dios. Dios *sabe* la Verdad de los hechos, nosotros *decidimos* (conjeturamos) qué nos parece ser la “verdad” de lo acontecido en un caso. No lo *sabemos*, nunca lo sabremos con esa perfección de la Verdad, aunque debamos *decidir* y de hecho necesariamente lo hagamos.

3.1. *La formación de la hipótesis inicial*

En la primera etapa de la toma de decisión inciden factores que a veces no son recogidos por la sentencia o el escrito forense y que solamente conocen los que estuvieron cerca o adentro del proceso de decisión. Para quienes no estuvieron dentro del proceso decisorio en esa primera etapa, o no conocen el caso de manera directa, esta etapa es la más difícil, pues el intérprete ajeno a la causa depende de lo que pueda averiguar escuchando o preguntando a las partes o al tribunal, o de lo que los periódicos recojan como versiones de esa misma discusión o debate interno o, por fin, de *su propia lectura directa de la realidad*, tratando de recomponer aquello que en

^{3.1} No constatan la *verdad*; deciden una *hipótesis* o conjetura: siempre provisional, siempre expuesta a refutación.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

su momento haya podido ser el proceso interno del tribunal.

Hay magistrados generosos que cuentan algunas de sus percepciones fácticas importantes, que pueden escaparse a los letrados. En LORD DENNING es el primer cap. de su *The discipline of Law*,² indicando cómo pararse frente a un tribunal. En el Juez JACKSON, que ordenó dividir el monopolio de *Microsoft*, afirmar públicamente que influyó en su decisión *la forma* en que BILL GATES declaró por video. A nivel de prejuicios discriminatorios, son los porcentajes en que los jueces fallan a favor o en contra de alguna minoría,³ o los abogados aceptan uno u otro tipo de causas.

3.2. *El proceso de fundamentación*

Mucho se dice que el juez toma primero su decisión y luego la da a escribir a un asistente; en otras variantes, que los asistentes hacen primero, libremente, sin instrucciones, un proyecto que el juez corrige; o que hacen proyectos alternativos entre los cuales el magistrado elige. Algo parecido puede formularse respecto del abogado que cuenta con asistentes en su tarea profesional, el Director de Asuntos Jurídicos de una repartición pública respecto de los abogados que la integran, etc. Es parecido a lo que hace el médico cuando

^{3.2} Londres, Butterworths, 1979.

^{3.3} Nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, reimpresión 2000, 5^a ed., cap. VIII, § 15, “Procesamiento estadístico.”

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

pide la interconsulta a un colega y, también, el paciente que busca una segunda opinión.

Es probable que en más de un caso ello sea así, pero estas variantes no constituyen necesariamente la regla. En todo caso, también hay casos anormales todavía más extremos, de tribunales que se encuentran tan sobrepasados de trabajo que recurren a remedios heroicos. Así, un juez penal de primera instancia provincial nos dijo hace un cuarto de siglo algo que también decía en público. A su juzgado entraban ocho mil causas por año: sus alternativas eran renunciar, trabajar hasta enfermarse y morir, o delegar justicia. Sus palabras fueron: elijo para mí las causas de narcotráfico, los peores homicidios, etc. y en lo demás trato de que los empleados de mi juzgado hagan la mejor justicia que puedan.⁴ Historias parecidas se escuchan en algunos bufetes de abogado.⁵

Cuando finalmente ascendió a un tribunal más importante, la situación que dejó atrás seguía siendo la misma. Era y es un magistrado serio, honesto, responsable, capaz, respondiendo racionalmente frente a un problema para él —y para

^{3.4} Si continuamos la comparación con la medicina, serían los médicos y paramédicos en el frente de la guerra, en los hospitales de campaña.

^{3.5} Los que se dedican a reclamos colectivos de la función pública o al derecho laboral, cuando en lugar de hacer una acción de clase se hace una demanda conjunta por un número elevado de personas: son los empleados del estudio quienes deciden cómo hacer el encuadre de cada individuo en el grupo.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

cualquier otro que tomare su lugar— insoluble por los caminos clásicos. Tenía el poder de condenar a prisión, o decidir que otro pudiera condenar, pero no tenía el poder de cambiar su relación entre horas-hombre de juez y la cantidad de causas a resolver en su juzgado.

En la Corte Suprema de Justicia de la Nación hay cerca de doscientos secretarios y prosecutarios letrados, con un nivel jerárquico y profesional equivalente a juez de primera instancia o camarista. Es lo que se da en llamar la “Corte joven.”⁶ Su número y excelencia profesional dice a las claras de sus funciones reales. No es tan sólo buscar jurisprudencia.⁷ En este ejercicio intelectual, proponemos al lector continuar con distintas alternativas de este razonamiento inconcluso.⁸

^{3.6} P. ej. CARRIÓN, ALEJANDRO, *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 12.

^{3.7} La situación se repite doquiera que miremos, con diferentes formas de resolución pero el mismo tipo de problema. Hemos visto gobernantes de nivel serio firmar expedientes sin leerlos, a veces sin siquiera mirarlos; bastaba con que un auxiliar les dijera de qué se trataba. En algún caso presenciamos la firma en tales condiciones de un decreto, primero por el ministro y después por el presidente, ambos sin leerlo. Hemos sabido de presidentes que tenían alguien que les hacía la firma; de estudios en que la firma de un profesional la hace un empleado; es el caso de la firma digitalizada en la computadora. Algunos detalles más en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2000, 4ta. ed., cap. XIV. Firmar por otro es, a veces pero no siempre, decidir por otro. Hasta tiene un nombre casi elegante: *délegation de signature*.

^{3.8} Aun las *élites* académicas reconocen este hecho, dentro de los misterios o arcanos de la Corte Suprema: “había mu-

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

3.3. *La explicación de la decisión*

En situaciones normales lo que se escribe en la sentencia no refleja todo lo ponderado por el tribunal. Por de pronto, a mayor experiencia del magistrado, más escueta es la fundamentación de lo que resuelve⁹ en sus sentencias: aprende el valor del silencio y el peligro de la verborragia.¹⁰ Por supuesto es un criterio empírico, que ninguna norma escrita consagra en parte alguna del mundo. No por ello menos real y antiguo.¹¹

cha delegación de los jueces en los secretarios. Sigue habiendo delegación, no nos engañemos. No ofendo a nadie diciendo la verdad.” VANOSSI, JORGE REINALDO, “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte de la Argentina (Balance de una década de «certiorari» criollo),” separata–anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (año XLV, 2^a época, nº 38), Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 31.

^{3.9} A su vez, es claro que el juez no debe resolver, en principio, sino lo necesario. Ver SUNSTEIN, CASS, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge y Londres, Harvard University Press, 1999.

^{3.10} La cual no lo es tanto si queda en claro que es un abanico de posibilidades argumentales llevando a una misma conclusión. Queda, como es el derecho, la sana incertidumbre de cuál fue el argumento convincente, en lugar de la falsa certeza del fundamento formal elegido por el tribunal. Por ello sobreviven los escritos de CICERÓN pero no los fundamentos del tribunal para darle la razón. Lo mismo en las decisiones judiciales anotadas al dorso de un escrito judicial (*endorsed on the bill*). MARTINEZ-TORRÓN, JAVIER, *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la “common law”*, Madrid, Civitas, 1991, p. 78.

^{3.11} Ver NIETO, *op. cit.*, pp. 142-53. En la medicina, hay cosas que se comentan entre médicos y no se dicen al paciente. Son los “secretos del quirófano.”

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

Los abogados, en cambio, habitualmente no disponen de esa salida pues en su objetivo de convencer al tribunal es posible que argumenten de diversas maneras su caso, intentando demostrar su tesis desde los diversos ángulos bajo los cuales el juez pueda a su vez querer considerarlos.¹²

Pero el tribunal —en el procedimiento escrito— a veces lo soluciona leyendo solamente los hechos y el *petitum* de los escritos,¹³ así es como cabe también efectuar la primera lectura de sus sentencias. El *trait d'unión*, el lazo argumental de derecho, lo puede proveer tanto el juez, que sabe derecho, como la parte, que también lo sabe. Eso es fácil, lo difícil es decidir cuál es la realidad a la que aplicarlo.

El magistrado en su sentencia sólo tiene que pensar cuáles argumentos *debe*¹⁴ exponer para que un tribunal de alzada no diga que la sentencia es arbitraria por carecer de argumentación suficiente. Por ello los mejores tribunales respecto de los cuales no hay alzada frecuentemente hacen sentencias más cortas en cuanto a la argumentación. *Los hechos de la causa que*

^{3.12} En las audiencias orales de los tribunales estadounidenses, es el tipo de preguntas argumentativas que los jueces formulan a los letrados.

^{3.13} Por eso hay que hacerle visitas de cortesía y conversar, *si nos da la ocasión de hacerlo*.

^{3.14} El juez CHARLES BREITEL ponía la menor cantidad de argumentos y a esos los trabajaba con sumo cuidado. Sus sentencias, breves, no eran para “lectura rápida.” Un cuidado análogo cuenta LORD DENNING, *The Discipline of Law, op. cit.*, p. 7.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

*son determinantes (para el magistrado) siempre se deben describir, desde luego.*¹⁵ Eso es lo fundamental.

Es frecuente que alguno de los argumentos que realmente militan a favor de la decisión que se adopta, no se expliciten en la sentencia porque han sido borrados en esta segunda etapa, *aún habiendo sido antes escritos* como parte de ella. El borrador sobre papel sigue siendo uno de los mejores auxiliares de la reflexión.¹⁶

Otros, por ser obvio que no pueden ni deben escribirse, no necesitan ser borrados pero igualmente estarán presentes en la mente de los jueces al momento de resolver. Recordamos más arriba dos ejemplos posturales muy distinguidos, dados por LORD DENNING y JACKSON, dos respetables y respetados magistrados. Cambiando de tipo de ejemplo, es la explicación real de *Marbury v. Madison*.¹⁷

3.4. *La política jurídica de la decisión y de su explicación*

Hay diversas políticas jurídicas que adoptan distintos tribunales para un mismo tipo de proble-

^{3.15} Pero no siempre están todos. Ver las páginas precedentes.

^{3.16} Como explicamos en *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer, op. cit.*

^{3.17} Que explica MILLER, JONATHAN y otros, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

ma.¹⁸ Así por ejemplo, cuando el tribunal resuelve anular un acto de la administración (por los motivos de ilegitimidad que le hubieren llevado a la convicción de la nulidad), tiene dos posibles caminos, casi opuestos. Uno es elegir como fundamento la comisión de algún vicio emotivamente neutro.¹⁹ Otro es desplegar la multiplicidad de violaciones al orden jurídico cometidas por la administración.²⁰ Lo primero parece mostrar un tribunal más seguro, que puede anular un acto sin fricciones, permitiéndose la cortesía del guante de terciopelo pero anulando efectivamente el acto. Lo segundo puede indicar un tribunal que siente que debe fundar muy bien la nulidad, como para demostrar ante la sociedad que no había otra alternativa que anular la decisión.

Están también los casos en que el tribunal no considera que deba extinguir el acto, pero no quie-

^{3.18} También hay una política temporal de cuándo decidir algunas cuestiones, como lo muestra entre otros el Consejo de Estado de Francia. Ver nuestro libro *Problema del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982, p. 57; LONG, M.; WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, 7^a ed., pp. 221-22.

^{3.19} Así el Consejo de Estado de Grecia: PÉTROULIAS, DÉMOSTHÈNE, “Note sur la motivation des actes administratif en droit héllenique”, en DUPUIS, GEORGES, (dir.), *Sur la forme et la procédure de l’acte administratif*, París, Economica, 1979, p. 31 y ss., p. 40, nota 1.

^{3.20} Es el sistema de los tribunales argentinos, que explicamos en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, 5^a ed., cap. IX, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios”, p. 15.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

re aparecer asumiendo el rol de cohonestar políticamente una decisión del Poder Ejecutivo u otro órgano del poder. Puede hacerlo de muchas maneras: considerarlo cuestión no justiciable,²¹ no entrar a considerar siquiera la causa, declarándose no competente, o no agotada la instancia administrativa, o utilizando cualquier otro de los muchos argumentos y argucias del derecho procesal para no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Es una forma de comunicar “El acto es válido, pero no voy a pagar el costo político de decirlo expresamente.”

3.5. La lectura de un fallo

Lo primero es conjeturar cuáles pueden haber sido los argumentos de la primera etapa, aquellos que no encontraron destino en la fundamentación que la sentencia presenta.

Para ello hay que estar por un lado siempre atento a lo que ocurre en la realidad, seguir las novedades del mundo real, prestar atención a las descripciones periodísticas sobre las discusiones internas del tribunal, etc. Por el otro, es indispensable no quedar atrapado en la lectura de lo que quedó en el fallo como fundamentación. No caer en las “cavilaciones de los litigantes” sino atenerse “a las palabras decisorias.”²²

^{3.21} La “falsas cuestiones políticas” que recuerda MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 305, pp. 511 a 513.

^{3.22} Según las sabias palabras de la Real Cédula de 1768 que recordamos *infra*, § 4.1.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

A fin de recrear en la propia mente cuál puede haber sido el escenario argumentativo de esa primera fase de formación de la conjectura provisinal del fallo, es necesario proceder a la inversa. Hay que ver aisladamente, como con visión de túnel o microscopio, no *todo* el fallo sino tan sólo *qué resolvió ante cuál problema* y a partir de ello tratar de pensar cuál puede haber sido el hilo argumental de la primera etapa. No el que consta por escrito en la sentencia, que puede no ser completo o enteramente fidedigno (o incluso ser inexacto, en el sentido que los fundamentos que se dan a veces no son los reales por los cuales se tomó la decisión),²³ sino el que tratamos de recrear en nuestra mente a partir de una percepción tan parecida como sea posible de la misma realidad. Por ello, como señalábamos antes, sobreviven a veces los escritos argumentativos de la parte triunfadora²⁴ y no la decisión que le dió la razón: aquéllos incitan a pensar, no pretenden congelar fotográficamente un argumento de autoridad.

4. *Dificultad de ubicar el objeto del fallo (lo que el juez resuelve, lo que hace)*

Muchos fallos son tan extensos que nos podemos perder en ellos, o tan escuetos que podemos pasarlos por alto, ignorarlos por su concisión, como si fueran menos importantes cuanto más breves son. Debemos precavernos de ambas cosas, tan-

^{3.23} Son las motivaciones *ex post* que explica NIETO.

^{3.24} El más ilustre, CICERÓN.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

to de dar demasiado tiempo a un fallo largo como muy poco a un fallo corto. Los hay de dos renglones que son fundamentales. Los hay de un centenar de páginas en que todo es sobreabundante.

La importancia de un fallo, por cierto, no depende de su extensión o atractivo teórico sino de lo que *decide*. No son los largos considerandos, la abundancia de citas, las arduas discusiones que ofrecen a los lectores, en su voto, los magistrados individuales o los integrantes de un tribunal colegiado, los que hacen que un fallo sea importante. Lo que *decide* lo hace.

5. *Qué buscar. Lo que el fallo es o resuelve*

Para leer útilmente fallos es importante tener en claro ante todo que una sentencia es una *decisión judicial frente a una situación de hecho* determinada. Para ello, debo tratar en primer lugar de determinar *cuál es la situación de hecho* a la cual el fallo se refiere, cuál es el problema planteado, cuál es el caso en definitiva. Y a continuación *cuál es la decisión que el tribunal adoptó*, si admitió o rechazó la demanda, si falló a favor de la actora o la demandada.

En cambio, cómo lo dijo, qué argumentos de derecho dió, qué doctrina elaboró, etc., no es en esta etapa de búsqueda tan importante como saber *qué se resolvió en un problema determinado*.

Si el fallo es ordenado y prolíjo, encontraré al comienzo del fallo una descripción del conflicto y al final, poco antes de las firmas, cómo se lo resolvió.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

Si el fallo no es ordenado y prolijo en este sentido y hay muchos que no lo son (ni tienen por qué serlo), deberé sobrevolar el fallo para detectar la explicación de los hechos del caso a través de sus distintos considerandos y, desde el final, a lo mejor retroceder para entender bien qué se decidió.

Es fundamental que no desviemos o distraigamos nuestra atención inicial hacia cómo se fundamentó o argumentó la decisión. Eso vendrá después, si el fallo es importante para nosotros, una vez que hayamos comprendido en nuestra mente cómo puede haber sido el planteamiento del tribunal frente a la realidad, en aquella primera etapa conjetural que antes mencionamos.

Puede ocurrir que los hechos sean muy polifacéticos y lleven mucho desarrollo; o que la decisión misma sea compleja y tenga muchas variables. Esto último puede ocurrir si la decisión es favorable.¹ Una decisión desfavorable se resume, a los efectos de su inicial comprensión, en pocas palabras: “No ha lugar a la demanda” y en Cámara, “Confírmase la sentencia apelada” o “Recházase la apelación interpuesta.” Las sentencias adversas a la pretensión del actor son fáciles de seleccionar: “No”, eso es todo lo que precisamos

^{5.1} En el fallo *Ángel Estrada*, sobre tres votos el primero queda en disidencia y el segundo y tercero, separados, hacen mayoría indicando al Ente Nacional Regulador de la Electricidad que debe decidir nuevamente, ahora “teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente resolución”: CNFed. CA, Sala I, *LL, SAdm.*, 6-X-00, p. 34.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

saber inicialmente, frente a qué pretensión, para tener una idea clara de qué fue resuelto.

6. Descubrir el fallo

En la decisión judicial hay pues dos momentos distintos: uno, en el que el juez va formando una hipótesis provisional de cómo resolver el caso. Otro, posterior, en que el juez va armando los fundamentos de la decisión que provisionalmente contemplaba. En ese proceso va ajustando, revisando o eventualmente corrigiendo la hipótesis inicial.

6.1. Saber leer

Reiteramos que hay dos variantes antiguas para analizar un fallo: *a) prestar atención a lo que el fallo resuelve frente a un problema determinado, o b) prestar primordial atención a los argumentos que el fallo despliega, sin tener prioritariamente en cuenta lo que resuelve o el problema frente al cuál lo expresa.*

La segunda variante es la que se usa en forma exclusiva para preparar los sumarios de las colecciones o publicaciones de fallos; es también la forma en que muchos estudiantes de derecho, abogados y profesores de derecho los leen.

Son dos caminos tan clásicos y diversos que hace más de dos siglos un rey consideró necesario, desde la sabiduría empírica, prohibir aquello que hacia que cundiera la segunda forma de leerlos. Decía la Real Cédula de 25 de junio de 1768

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

“Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica que se observa en la Audiencia de Mallorca de motivar sus sentencias, dando lugar a cabilaciones de los litigantes [...] mando cese dicha práctica ateniéndose a las palabras decisorias.”¹

Las cavilaciones no hay que tenerlas con lo que el fallo *dice*, sino con la adecuada comprensión del *caso o problema de hecho* que el juez tenía frente a sí y de cuál fue la determinación que adoptó frente a él, qué *decidió*.

De igual modo, el juez que lee un escrito presentado por las partes presta atención a cuáles son los hechos que la parte sostiene (que por supuesto contrastará con su propia percepción de la prueba) y en base a ellos qué pide. Primero es siempre necesario determinar y saber de qué se trata.² En un escrito, saber cuál es el *objeto* y cuál es el *petitorio* (que deben desde luego coincidir);³ en una sentencia, qué se ha resuelto frente a qué planteamiento.

^{6.1} Citado en el magnífico y ex profeso provocativo libro de NIETO, *op. cit.*, pp. 137 y 143-5.

^{6.2} Utilizamos adrede la frase que la sabiduría popular habría reclamado de viva voz frente al Cabildo, en los albores de la revolución de Mayo.

^{6.3} GENARO R. CARRIÓN señalaba que, por ello, esas son las partes fundamentales de un escrito jurídico, a las cuales el abogado debe prestar máxima atención y cuidado. *Mutatis mutandis*, es el mismo método de BREITEL para sus sentencias.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

6.2. *Descripción y razonamiento fáctico y jurídico*

Cuando tengo una selección interesante de fallos cuya solución me parece útil para aquello que estoy analizando, entonces puedo profundizar en su lectura. ¿Deberé tener en cuenta principalmente sus argumentos jurídicos, o principalmente su descripción de los hechos?

Los lectores ya saben que los hechos son lo más importante en derecho, que si nos equivocamos en los hechos todo lo demás no sirve. Que son los hechos los que determinan que una solución sea justa o injusta, que una conducta determinada sea abuso del derecho o no, buena o mala fe, mala *praxis* o no, constituya o no una arbitrariedad y así sucesivamente con cada uno de los grandes principios del derecho.

Lo que distingue a un buen de un mal trabajo jurídico no es tanto el argumento propiamente normativo, conceptual, etc., sino su profundidad en escudriñar las circunstancias de hecho, para resolver si corresponde encuadrarlas en una u otra de las tantas categorías que el derecho tiene.

Así como lo más importante en un caso de derecho son los hechos, así también lo que más interesa en una sentencia es cómo percibe y argumenta o razona los hechos. Pero no debemos tampoco suponer que la descripción que el fallo hace

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

es necesariamente completa o adecuada. La realidad está siempre fuera del fallo.⁴

Puede ocurrir que hayan influido en la decisión determinadas cuestiones de hecho que no se explican en la sentencia y que el lector en consecuencia no advierte de su lectura literal; no por ello son menos determinantes para la solución del problema. Por eso el lector debe tratar de reanalizar la realidad del conflicto y su inserción en la realidad de su tiempo y de su lugar.

7. Lo que el fallo dice de más y de menos

Si los lectores entran en las “cabilaciones” que señala la real cédula de 1768, entonces es peor lo que un fallo dice *de más* que lo que dice *de menos*, si es muy breve. Porque *la ausencia al menos hace pensar al lector sobre cuáles habrán de ser verdaderamente los fundamentos de la sentencia*. La presencia excesiva de argumentos, si no son los centrales, desorienta la búsqueda y la lleva por caminos sin destino. Otras veces ocurren ambas cosas a la vez: el fallo omite las razones fundamentales y da razones que no son las que llevaron a tomar la decisión pero pueden en abstracto, “objetivamente”, fundarlas.

Es que la redacción final de las sentencias no recibe el mismo tipo de cuidado que la toma de decisión, incluso provisional. Es posible que se cuelen en esa versión final, instrumental casi, tanto argumentos de más como de menos. De más,

^{6.4} Y el juez tiene el mismo problema humano que señaló LEIBNIZ.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

porque es casi un deporte de nuestra profesión dar y buscar argumentos diversos. Es así que si se puede agregar un buen argumento al fallo, se lo agrega, aunque sea un argumento que no haya tenido peso para adoptar la decisión que se toma. De ese modo se multiplican en la sentencia argumentos instrumentales que no han tenido participación alguna en el proceso decisorio. La doctrina que comente el fallo agregará más, quizás tan irrelevantes —pero menos peligrosos— que los que el fallo agrega a los reales.

También hay argumentos reales que no es de buen estilo darlos por escrito. El monto de la condena es algo que siempre se tiene en cuenta. Nadie quiere condenar al Estado a pagar una suma que éste no pueda pagar. Como se ha dicho acerbamente, “Cuando no hay plata, no hay derecho.”¹ En una condena civil por daños y perjuicios el magistrado también toma en cuenta la realidad de la víctima o del responsable (p. ej. al fijar una reparación, que sea igual o superior a la ganancia que el responsable haya obtenido con la comisión del daño), o de ambos. A veces lo dice,² a veces no.³

^{7.1} Hablamos, claro está, de países que atraviesan por épocas de insolvencia.

^{7.2} Lo dice la CSJN en un fallo –Ekmekdjian– que ha despertado en este y otros aspectos el interés de GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, Civitas, 1993, p. 45.

^{7.3} A veces las normas lo imponen. En Finlandia, las multas por infracciones de tránsito se gradúan según el patrimonio del infractor. Un nuevo rico paga así, a veces, más de cien mil dólares por pasarse indebidamente de carril.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

En cambio, si se trata de condenar al Estado, ninguna sentencia hará la argumentación de cómo pondera cuánto pesa en las arcas públicas la condena que se da u omite dar. No se equivoca nadie en creer que por ello el argumento no ha sido cuidadosamente sopesado.

Tomaremos dos casos famosos y dos no tan conocidos, para exemplificar cómo los fundamentos de más o de menos pueden entorpecer nuestro análisis. No será culpa del fallo, sino nuestra, entenderlos mal. Como se verá, nos ha pasado.

7.1. *Chocobar*⁴

La Corte Suprema tenía más de setenta mil causas atrasadas en materia de jubilación, mientras ponderaba una decisión que era sin duda muy difícil pues importaba dar o cercenar un derecho de carácter previsional, al cual siempre los tribunales han sido sensibles. Ello es así por su carácter alimentario y por la etapa de la vida en que tiene aplicación (a veces la inminente muerte de los jubilados que reclaman que se les pague lo que a su juicio la ley determina). Si la Corte dejó atrasar setenta mil causas es porque las consideraba en conjunto, porque merituaba el peso económico sobre las arcas públicas de la decisión global que adoptara.⁵

Cuando la demora se hizo insostenible por la presentación del Defensor del Pueblo de la Na-

^{7.4} 1996, *LL*, 1997-B, 247.

^{7.5} Lo cual, ciertamente, no dijo en la sentencia.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

ción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,⁶ se hizo público en los periódicos de la época (y lo han relatado públicamente miembros del tribunal) que sobre nueve votos había dos grupos de cuatro votos cada uno: los diarios señalaban el monto total que la decisión representaba para el tesoro nacional.⁷ Los diarios⁸ recogieron que el noveno voto oscilaba entre firmar el voto que establecía el mayor porcentaje de aumento, o lograr que el otro grupo

^{7.6} Lo cual fue público y notorio y sin embargo tampoco la sentencia registra.

^{7.7} Igual temática se presentó en 1986 *in re Zappa*. Los diarios lo titulaban “Imposible pagar el 82 por ciento”; “En un callejón sin salida.” Ver OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, LEP, 1994, p. 158 y sus referencias de p. 157. Allí la decisión fue formalmente “jurídica” pero irreal. La sentencia era incumplible y no fue cumplida, como explica OTEIZA, *op. loc. cit.*

^{7.8} Obviamente, tampoco la sentencia. Es una práctica común en los tribunales colegiados de todo el mundo hacer lo que se denomina en Estados Unidos *horse trading*: la búsqueda de un término medio de consenso entre todos los magistrados, resignando cada uno algo de su posición para alcanzar una decisión común a todos. Es parte natural de la búsqueda de consenso en un cuerpo colegiado y en verdad no puede reflejarse en la sentencia. Carecería de estilo. Pero lee mal un fallo quien omite preguntarse cómo se llegó a ese consenso. Aún en los tribunales individuales hay intercambio de ideas entre el juez y sus secretarios u otros funcionarios o empleados del tribunal. Lógicamente se influencian recíprocamente. Ese proceso de interpenetración de ideas en camino a la decisión que expone la sentencia, tampoco es desde luego explicada por ésta, ni podría serlo. No por ello leerá bien el fallo quien ignore ese proceso.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

aumentara el porcentaje que reconocía. Se dice que cuando desde el primer voto se les desafió a hacer mayoría, los integrantes del segundo grupo dijeron que de ser mayoría no votarían de igual modo. *No nos consta*. En todo caso dijeron los diarios que el voto pivotante consiguió un pequeño aumento del primer grupo y se sumó finalmente a ellos, haciendo mayoría.

¿Cómo fundarlo? ¿Quizás con el amargo “Cuando no hay plata, no hay derecho”? En todo caso, muy brevemente. El fallo final tuvo a pesar de ello medio centenar de considerandos. Esto en sí no es reprobable. Pero si alguien los invoca como precedente o jurisprudencia, en cambio, comete un grave error de percepción. Por ello no ponemos especial atención a su texto; prestamos en cambio *muchísima atención* cuando encontramos alguna descripción del proceso *real* de toma de decisión del tribunal en ese mismo caso.

7.2. *Peralta*⁹

Mucho se ha publicado sobre este fallo. Un lunes se publica un decreto de necesidad y urgencia que transforma todos los depósitos a plazo fijo en el sistema financiero, en un bono a largo plazo. Se han escrito ríos de tinta.

Pero hay un dato de la realidad de los bonos que resuelve el tema. El viernes del fin de semana largo previo al decreto hubo un brusco y extremo recalentamiento financiero en la plaza, en

^{7.9} CSJN, *in re Peralta, Fallos*, 313: 153.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

virtud del cual las colocaciones bancarias de ese día al cierre de los bancos, en *call* por ese fin de semana, se hicieron a más del 900% anual.¹⁰ Casi cuatro dígitos de intereses. Ese solo dato demuestra, sin más argumentación, que era necesario e inmediatamente urgente, enfriar ese recalentamiento disparatado de la economía. Nunca hemos sentido la necesidad de leer el pronunciamiento judicial, la solución es autoevidente. Todo lo que se diga al respecto estará de más.

7.3. *Allevato*

A veces leo todo el fallo con detenimiento. Es cuando seguramente me equivoco. Siempre tengo presente mi comentario al caso *Allevato*, en que todo encontré errado.¹¹ La *exposición* de la sentencia tenía, en verdad, diversos errores de hecho. Eso me envalentonó. Su *argumentación* de derecho suscitó a su vez mi total discrepancia “jurídica” y así comenté el fallo. Señalé todos los errores y propuse “lógicamente” la solución contraria.

^{7.10} Cincuenta veces más que una altamente preocupante tasa bancaria, en *call*, del 15 o 16% en nuestros días.

^{7.11} Ver nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1^a ed., anexo del cap. X, pp. 56-60. Cabe destacar que se trata de un excelente tribunal, que ha dictado magníficos fallos. Uno de ellos lo hemos dado como ejemplo de análisis fáctico: *The Scotch Whisky Association Ltd.*, CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000, *LL*, 2000-C, 696, cuyo análisis normativo suponemos también bueno, pero no hemos creído necesario leer, tan claro era, de la descripción de los hechos, que no cabía sino una única solución justa.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

Craso error. Pues no había yo advertido una particularidad de hecho que *no estaba en el fallo* pero *sí en el entorno del problema*, lo que por aplicación de un razonamiento *diverso tanto del mío como del* decisorio permitía llegar a la misma solución que el tribunal había dado. Si bien yo pensaba y pienso que el pronunciamiento no tenía adecuados *fundamentos* de hecho y de derecho, su percepción de la realidad y su decisión eran las correctas. La mía estaba equivocada, aunque fueran “buenos” mis argumentos. Obviamente, de nada sirven “buenos” argumentos si son aplicados donde no corresponde.

Reitero, la solución adecuada era la de la sentencia, aunque por *otras razones y en otra descripción fáctica del mismo caso*.

Es claramente preferible dar la buena solución y explicarla mal, que darla mal y explicarla “bien”, pues lo segundo, como se advierte, es una falacia. Si la solución está *mal*, no se puede decir que *jurídicamente* está bien: los conceptos que se den serán al estilo SAVIGNY, potencialmente buenos *in vitro* pero inadecuados al problema a resolver, por lo tanto *malos en el caso concreto*, defectuosa aplicación del derecho a un supuesto que no encuadra en el razonamiento normativo que se realiza.

El derecho no es un ejercicio abstracto, es la solución de problemas concretos. Si resuelve mal los problemas, no es buen derecho.

7.4. *Pereyra*

Este fallo lo hemos comentado¹² exclusivamente para mostrar el proceso de análisis. No incluimos expresamente nuestra hipótesis fundante, para dejarla abierta al lector. De todos modos no tenemos información que nos permita fundar o falsar nuestra conjectura. Pensamos que se trata de una cuestión de simpatía o antipatía contra las categorías de personas (ni siquiera las personas concretas de que se trataba en el pleito) que integraban los dos tipos o grupos humanos que eran centrales de la causa. Por una parte los testigos de Jehová, uno de los cuales se negaba por su religión a someterse a los signos patrios.¹³ Por otra parte el establecimiento militar y dentro de él los tribunales militares que lo condenaron por insubordinación.

Además están en juego valores como la libertad de religión, el juicio actual de valor sobre la época en que tales sentencias militares eran dictadas, la libertad individual, la discriminación en razón de las creencias. En el criterio opuesto, la esencia del ser nacional, el orden, la autoridad, la defensa nacional, la defensa de la bandera y nuestro modo de vida occidental y cristiano, el hecho de que la detención era “benigna” y no sufría malos tratos, que se les permitía salir los

^{7.12} “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas”, *RAP*, 234-91 (Buenos Aires, 1998).

^{7.13} No estuvo nunca en duda la sinceridad de sus creencias.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

fines de semana o en algún caso pernoctar en su casa aún estando “en prisión”,¹⁴ etc.

Lo usamos como barómetro de los sentimientos y juicios de valor predominantes en nuestra cultura. Quienes lo analizan en nuestros diversos cursos de posgrado suelen coincidir en una solución adversa al creyente. Tal es asimismo la solución judicial, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como sociedad no privilegiamos ni tutelamos la diversidad, preferimos la uniformidad, la homogeneidad.¹⁵

8. El interés del tema o el interés del fallo

Hay temas que son de apasionante actualidad y novedad, que llevados a un tribunal reciben empero una sentencia adversa: el tribunal no compartió el entusiasmo de la parte.

Supongamos que el fallo que se dicta, rechazando la acción, hace con todo *una muy buena exposición del interesante planteo contenido en*

^{7.14} Terceras personas nos han dado a entender que estos últimos argumentos militaron en la toma de decisión; no fueron expuestos en el texto del pronunciamiento jurisdiccional.

^{7.15} Empezamos con el orden simétrico de los bancos en el aula y con el democratizante guardapolvo blanco. En los colegios pagos, con bonitos y elegantes conjuntos uniformes de ropa, con lo cual el guardapolvo blanco se vuelve discriminatorio. Siempre el uniforme, nunca la libertad y la individualidad. Lo mismo puede decirse de la práctica de formar a los alumnos para saludar a la bandera. Práctica desconocida en EE.UU., donde nadie dirá que no honran y respetan la bandera, sin necesidad de hacer una formación marcial. Así seguimos premiando lo igual, hostigando lo distinto.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

la demanda y también un buen razonamiento de los motivos por los cuales el juez no admite esa pretensión.

En este caso la sentencia no es de interés *en cuanto tal*, sino solamente en cuanto vehículo instrumental de una temática que también podría estar contenida en un artículo de revista, en un capítulo de un libro, etc.

El planteo era original pero el juez entendió con buenas razones que no cabía acogerlo. ¿Hay en ello alguna novedad jurídica?

No estrictamente, porque el derecho no ha cambiado con ese fallo. Digamos que es una información que puede ser útil tener, por si a alguien se le ocurre hacer igual planteo ante igual tribunal, o para enriquecer su cultura jurídica si no tenía en claro que esa situación se debía resolver de ese modo. Pero nada más.

El principio del cual se debe partir para el análisis de fallos, por ende, es que lo importante en cuanto sentencia no es *el material de lectura* que tenga, como si fuera un artículo de revista jurídica, una monografía, una tesina.

Lo importante en cuanto fallo es *la resolución interesante de un problema* y es ella la que debe ser atractiva por algún motivo. Si la decisión es de interés, entonces también lo será analizar cómo el juez explica esa decisión. Si no reviste novedad, por ejemplo por ser obvia, el interés de su contenido *no es distinto del que pudiera tener cualquier otra publicación*, no en cuanto sentencia.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

La aclaración tiene importancia porque muchos jueces son precisamente profesores de derecho que así como publican artículos o libros, también incluyen en sus fallos desarrollos propios de tales medios de difusión. No existe óbice alguno, jurídico, ético ni social, a este vehículo de desarrollo de ideas de cátedra, pero es importante señalar que *eso no transforma al vehículo en un fallo en cuanto fuente de derecho*, ni a la suma de iguales documentos diciendo igual contenido, en *jurisprudencia*.

Su valor depende de la fuerza de convicción que su desarrollo intrínsecamente tenga, o de la autoridad que inspire quien lo ha redactado, pero no se puede decir estrictamente que se está citando un pronunciamiento jurisdiccional.

8.1. *Dictum y holding*

Esa cuestión es parecida a la distinción entre lo que se llama *dictum y holding* de un fallo. *Holding* es aquello que específicamente resuelve y por ende las razones que da para ello. *Dictum* es todo aquello que dice a propósito del tema, o incluso lateralmente y sin vinculación con el *thema decidendum*, lo cual no es entonces un precedente judicial.

8.2. *Cuestión de forma y cuestión de fondo*

Hay veces que el planteamiento del fallo tiene interés aún siendo adverso en cuanto al fondo,

por lo que *resuelve* (no, insistimos, por lo que dice) en cuanto a la forma y no por lo que *resuelve* en cuanto al fondo. Por ejemplo, se puede admitir la legitimación amplia de quien invoca la sola condición de ciudadano para impugnar determinada actividad estatal, pero rechazar el planteo en cuanto al fondo por no considerar que la actividad impugnada sea ilegítima. Lo primero tiene interés, lo segundo no, pues presumiéndose aquella legítima nada agrega al conocimiento empírico, salvo excepciones, que realmente lo sea según determinado tribunal.

9. El exceso de información

Hemos dicho varias veces que no hemos leído la argumentación o los considerandos de determinado fallo. A algunos puede parecer irresponsable o poco serio. Pero hay razones que ponen al problema en otra perspectiva.

Por de pronto, adviértase que el tiempo dedicado a adquirir información que no es útil, es tiempo que se priva a la investigación o el aprendizaje útil, o en todo caso al descanso. Si nuestro tiempo es un bien escaso e irreemplazable debemos administrarlo con avaricia. Cuando alguien se pregunta cómo hacemos para leer tantos fallos y recordarlos, la respuesta es una: no siempre los leo íntegramente,¹ sino solamente en su

^{9.1} Es una ecuación de hierro. Cuanto más detalladamente se lee cada fallo, menos fallos se leen y más se pierde la visión de conjunto. Por ello son importantes los análisis de conjunto, como los caps. 4 y 5 de OTEIZA, *op. cit.*

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

descripción del problema y en la decisión que frente a él adoptan. Los colegas podrán advertirlo: cito mucha jurisprudencia en los libros,² pero hago pocas notas a fallo. Cuando puedo, las hago muy pequeñas.³

Una segunda razón que me ha llevado a leer los fallos del modo que queda expuesto, fue la necesidad de leer un gran volumen de sentencias. Ese esfuerzo era para seleccionar aquellas que se publicarían en el “Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo”, a mi cargo, del diario *La Ley*. A mayor cantidad de sentencias leídas, mejor selección.⁴ Pero no es solamente el tener a cargo una publicación, o el obvio problema contemporáneo que tiene todo aquel que se dedica al derecho: un exceso de información, específicamente de jurisprudencia. De todas maneras, detengámonos un momento en este aspecto del problema.

^{9.2} No en los escritos judiciales, pues el tribunal la conoce mucho mejor que yo. Si lo hago entorpezco su trabajo, pues una razón de estilo lo llevará a tener que buscar y citar *otros* precedentes que los que yo le invoco.

^{9.3} *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia en derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

^{9.4} El método me ha quedado, esa causal no. En efecto, posteriormente he tenido el privilegio de que muchos fallos me sean acercados, no bien aparecen, por amigos o conocidos. Algunas redes informáticas de interés público proporcionan un servicio semejante. Por ejemplo, la de la Universidad de Palermo llamada Red DIP, o Red de Derecho de Interés Público: red.dip@palermo.edu.ar. La inscripción es gratuita.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

9.1. *Las colecciones oficiales de jurisprudencia*

Cada colección oficial agrega muchos volúmenes cada año y ellos no representan sino una parte del total real.⁵ Si se incluyen los fallos de tribunales provinciales y extranjeros, superan claramente la capacidad de lectura normal de una persona. Supongamos que debo buscar fallos para algún tema que estoy investigando.

Obviamente, hay una primera selección temática en la que nos guaremos por el tipo de tribunal y de causa, incluso los glosarios o índices que hacen los libros de jurisprudencia. Hecha esa primera selección gruesa, siguen quedando muchos fallos en relación al tiempo de que dispongo.

Si nos dedicamos de entrada a leerlos a *todos* detenidamente, nuestra inversión de tiempo será tan alta que no alcanzaremos a leer demasiados. Puede ocurrir que entre los que no miramos haya algunos que eran importantes para nuestro interés. Para que no me queden fallos importantes sin ver, pues, debo leer rápido y bien. Debo también poder acumular en mi cabeza, sin perjuicio de tomar notas, una visión global de lo que estoy viendo. De otra manera me puedo perder, me puedo desorientar en la búsqueda.

^{9.5} Ni siquiera del propio tribunal. De acuerdo a información extraoficial, la CSJN, por ejemplo, no publica todas sus sentencias sino que “selecciona” las de mayor interés o al revés excluye las de menor entidad —según quién clasifica.

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

9.2. *La selección por libros. Sus límites*

Una variante es acercarse a la selección que hacen los libros y confiar en la búsqueda del autor. No está mal como punto de partida. El problema es que los libros no suelen tener el preciso problema que queremos indagar y el libro puede no proporcionar sino una orientación general pero no lo que puntualmente buscamos. Lo mismo ocurre, desde luego, con los artículos de revista, las monografías, tesinas, tratados. Como cada caso es individual, las aproximaciones generales orientan pero no resuelven el problema. Y uno quiere saber, en esta primera etapa, si hay fallos que resuelven de alguna manera el *thema decidendum* que uno tiene ahora. Quiere saber dónde está parado, para empezar. Muchos amigos llaman para averiguar si conozco algún precedente en algún tema.

9.3. *La selección por sumarios de revistas*

Otra posibilidad es buscar en los sumarios que hacen las revistas de derecho y los CDs que compilan tales sumarios. Su ventaja es que la búsqueda se hace con la computadora. Muchos abogados jóvenes suelen así leer *nada más* que el sumario de la revista que publica el fallo, pero ello tiene un primer problema y es que se trata de una visión ajena que no necesariamente representa una buena lectura de las sentencias. Si la otra parte advierte que uno citó sumarios de

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

un CD, uno queda expuesto al escarnio, cuando le repliquen con el fallo real y no los sumarios de “doctrina.”

9.4. La selección personal. Sus problemas

Si quiero tratar de seleccionar pronunciamientos que aporten un determinado punto de vista, o indaguen una cuestión puntual, no me queda otro remedio que tomar grandes cantidades de fallos y comenzar a tratar de buscar rápidamente lo que me interesa. No es siempre útil, si no tengo mucho tiempo disponible, leer prolíjamente cada sentencia que encuentro, pues puede no ser ella finalmente de mi interés. Igualmente no sirve avanzar ordenadamente en la lectura, pues no puedo saber si lo resuelto es importante hasta llegar al final. Debo pues empezar por lo resuelto.

Primero necesito determinar si lo resuelto me interesa, antes de, en su caso, profundizar en ello. Si para lograr velocidad leo superficialmente, puede pasárseme por alto un fallo importante y detenerme en uno que no lo es. También se resentirá entonces la calidad de mi búsqueda. Pero si no logro rapidez de lectura, que es mucho más que lectura rápida, la cantidad de fallos que podré leer será menor y la calidad de mi información se verá restringida por un campo de referencia más reducido. Otros que sepan buscar mejor podrán encontrar fallos que yo no pude hallar. Debo pues lograr velocidad de lectura espe-

CÓMO LEER UNA SENTENCIA

cíficamente para lograr al menos *encontrar* los precedentes referidos a la cuestión que tengo que resolver o analizar.

9.4.1. *Informándose todos los días*

Otra experiencia posible es la lectura cotidiana de los diarios jurídicos, algo que por supuesto todo abogado debe hacer. El problema es, otra vez, que la información es mucha y el tiempo no siempre permite una lectura detallada, o el tema no nos interesa. Por supuesto, una primera selección es temática, por grandes temas: me atraen los temas de derecho civil o penal, comercial o administrativo, etc. Y dentro de cada materia hay subtemas que convocan y otros que no. Pero hecha esa selección apriorística, quedan todavía demasiadas sentencias que leer para estar actualizado. El problema de la relación de tiempo y la calidad de la sección es el mismo que cuando se busca algo en particular.

Esa lectura diaria tiene sus dificultades. Una de ellas es la necesidad de mantener la distancia con el objeto. No se debe tomarlo sin más, acríticamente, como un dato concreto del derecho vigente, sino como una hipótesis de conocimiento. Pues la lectura rápida de todos los días implica lectura con insuficiente reflexión. No es bueno atiborrarse demasiado de información que está destinada a cambiar. No prepara suficientemente para el cambio.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Por fin, hay que promediar siempre la cantidad de horas dedicadas a la reflexión y a la creación, con el tiempo utilizado en la recepción de información. El modo de lectura de fallos que proponemos impide confiarse en las respuestas existentes. Contribuye a la creatividad. Mantiene la mente alerta. Prepara para los cambios que vendrán. Es reflexión, más que información.⁶

^{9.6} Decía BIELSA: “Algunos estudian cinco horas y piensan una. Es al revés. Hay que estudiar una hora y pensar cinco.”

Capítulo VI

EL LENGUAJE COMO MÉTODO

1. La necesidad de una metodología

Sin algunos elementos de metodología del conocimiento y de teoría general del derecho resulta más difícil, o a veces imposible, desentrañar el por qué de las diferencias luego puntuales entre diversas obras.¹ La omisión de explicitar tales principios elementales puede llevar a discusiones inútiles en las que se hacen jugar argumentos al margen de toda ciencia. En este primer cap.

^{1.1} Algo de esto podrá encontrar el lector en el análisis del “caso de los exploradores de cavernas” que publicamos en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 5^a ed., anexo II al cap. IV; igualmente en los casos “el deber de no fumar en público”, anexo III al mismo cap. IV, *Cine Callao*, Anexo al cap. VI y *E., F.E.*, cap. VIII, caso I.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

retomaremos algunos aspectos de teoría general que a nuestro juicio es indispensable tener presente en el estudio y la aplicación² del derecho.

Sin un punto de partida claro acerca de *qué es una definición* en derecho, cuál es la relación de las *palabras o designaciones* que se utilizan en el mundo, qué son y para qué sirven las *clasificaciones*, qué es eso de la “*naturaleza*” o la “*esencia*” de una institución jurídica, sólo se puede escribir una obra logomáquica, es decir, una obra dedicada a la lucha de palabras. A más de los problemas de valoración económica o social, pesa demasiado el problema del poder y la autoridad frente a la libertad.³

2. La textura abierta del lenguaje ordinario y del lenguaje jurídico¹

Como expresa HOSPERS² las palabras no son más que rótulos de las cosas: ponemos rótulos a las cosas para hablar de ellas y por ende las pala-

^{1.2} Esta dicotomía es errónea. Ver el *Epílogo* y nuestro libro *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 3^a reimpresión, 2001.

^{1.3} En igual sentido BOLAÑOS, MARCELO, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa”, *ED*, 187: 951, 977.

^{2.1} Ampliar en CARRIÓN, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, tercera parte, p. 63 y ss., en los cuales puede encontrarse una bibliografía ampliatoria; ROBINSON, RICHARD, *Definition*, Oxford, 1972.

^{2.2} En este punto seguiremos a HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, t. I, Buenos Aires, Macchi, 1965, cap. I.

bras no tienen más relación con las cosas, que la que tienen los rótulos de las botellas con las botellas mismas. “Cualquier rótulo es conveniente, en la medida en que nos pongamos de acuerdo acerca de él y lo usemos de manera consecuente. La botella contendrá exactamente la misma sustancia aunque peguemos en ella un rótulo distinto, así como la cosa sería la misma aunque usemos una palabra diferente para designarla.”³

3. *Uso común*

El lenguaje no sería utilizable si no hubiera algunos acuerdos convencionales sobre qué rótulos poner a qué cosas: hay, por ello, un uso común o convencional de las palabras. Pero ese uso común sirve de poco en el lenguaje científico, pues generalmente carece de suficiente precisión, estando afectado de vaguedad y ambigüedad, es decir que frecuentemente una misma palabra puede ser utilizada en una gran diversidad de sentidos y que quienes la emplean no siempre están conscientes de cuál es el sentido en que la están utilizando en el momento, ni cuál el sentido en que la está utilizando su contendiente en la disputa.¹ El uso común no sólo se emplea en el lenguaje ordinario, sino también en el llamado lenguaje técnico o científico.

^{2.3} HOSPERS, *op. cit.*, p. 22; Ross, ALF, *Tú-Tu*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 32 y *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, pp. 109 y 110.

^{3.1} CARRIÓN, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 23 a 35, 67 a 69.

4. *La textura abierta del lenguaje*

Es imposible superar esa dificultad, pues el lenguaje natural tiene como siempre textura abierta: no puede lograrse precisión en las definiciones, palabras o símbolos,¹ a menos que construyamos un lenguaje artificial.²

Eso es lo que han hecho las ciencias exactas y eso es lo que hasta ahora no puede hacer el derecho: en consecuencia, no puede lograr la precisión que caracteriza a las llamadas ciencias exactas.³

En cualquier caso, la aplicación de la lógica simbólica⁴ al derecho⁵ permite evitar razonamientos inválidos,⁶ pero no soluciona el problema de la

^{4.1} HOSPERS, *op. cit.*, pp. 48 a 58.

^{4.2} Ampliar en HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, p. 24 y ss.; COPI, IRVING M. y GOULD, JAMES A., *Contemporary Readings in Logical Theory*, Nueva York, 1967, p. 93 y ss.; ROSS, ALF, *op. ult. cit.*, pp. 110 y 111.

^{4.3} CARRIÓN, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 37 a 39.

^{4.4} Ver BLANCHÉ, ROBERTO, *Introduction à la logique contemporaine*, París, 1957, p. 14; AGAZZI, EVANDIO, *La lógica simbólica*, Barcelona, 1967, p. 151 y ss.; COPI, IRVING M. y GOULD, JAMES A., *Contemporary Readings in Logical Theory*, Nueva York, 1967.

^{4.5} Puede verse KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 41 y ss.; WEINBERGER, OTA, *Rechtslogic*, Viena, Springer, 1970, p. 189 y ss.

^{4.6} Dice AYER, ALFRED JULES, *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, año 1965, p. 77, que “la introducción de símbolos que denotan construcciones lógicas es un artificio que nos permite enunciar proposiciones complicadas acerca de los elementos de dichas construcciones, en una forma relativamente simple.”

EL LENGUAJE COMO MÉTODO DEL DERECHO

imprecisión del lenguaje y de los términos jurídicos de que se parte,⁷ ni tampoco su uso emotivo.

Tampoco soluciona, desde luego, los problemas axiológicos que es indispensable tener en cuenta en la interpretación y aplicación del derecho.⁸

Dicho en palabras de POPPER, “En la ciencia, cuidamos de que las aseveraciones que hagamos nunca dependan del significado de nuestros términos [...] Es por ello que nuestros términos nos dan tan pocos problemas. No los recargamos. Tratamos de asignarles tan poco peso como sea posible. No tomamos su «significado» demasiado seriamente. Estamos siempre conscientes de que nuestros términos son un poco imprecisos (dado que hemos aprendido a usarlos solamente en aplicaciones prácticas) y llegamos a la precisión no reduciendo su penumbra de vaguedad, sino más bien manteniéndonos bien dentro de ésta.”⁹

^{4.7} En sentido similar HART, *op. cit.*, p. 31; desde luego, la lógica simbólica tiene con todo claras ventajas: BLANCHÉ, *op. cit.*, p. 15 y ss. Comparar GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3^a ed., pp. 332 y 333.

^{4.8} Explicamos algunos de ellos en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2000, reimpresión de la 5^a ed., cap. III, “Bases políticas, constitucionales y sociales del derecho administrativo.”

^{4.9} POPPER, KARL, *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1985, p. 97; POPPER, KARL L., *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, *op. cit.*, pp. 260 y 261; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976, etc.

5. *El uso común y la libertad de estipulación*

No existe ninguna obligación de atenerse al uso común, pero “cuando *empleamos* una palabra de manera distinta al uso común, debemos informar a nuestros oyentes acerca del significado que le damos. Inversamente, cuando no informamos a nuestros oyentes del sentido en el que estamos usando las palabras, ellos tienen todo el derecho a considerar que las estamos usando en su sentido convencional; en otras palabras, que seguimos el uso común.” Dicho de otra manera: “Cualquiera puede usar el ruido que le plazca para referirse a cualquier cosa, con tal de que aclare qué es lo que designa el ruido en cuestión.”¹

Claro está, no siempre es conveniente apartarse del uso común, pues se corre el riesgo de no ser entendido o ser mal interpretado. La regla de la libertad de estipulación ha de tener aplicación, principalmente, en los casos en que:

- a) no haya una palabra para aquello de lo cual se quiere hablar;
- b) aquello de lo que se quiere hablar *ya tiene* una palabra que lo representa adecuadamente, pero el uso común utiliza *otra* palabra para designarlo y esta otra palabra induce a confusión, es oscura, o lleva a conclusiones sin fundamento;
- c) el caso más importante en que es recomendable apartarse del uso común es cuando la palabra empleada convencionalmente tiene “tal va-

^{5.1} HOSPERS, *op. cit.*, pp. 14 y 15; ROSS, ALF, *op. cit.*, p. 110.

EL LENGUAJE COMO MÉTODO DEL DERECHO

guedad e imprecisión que resulta insatisfactorio continuar usando esa palabra siguiendo el uso común.”²

En tal caso, si “consideramos que es una fuente constante de confusión continuar empleando una palabra de acuerdo con el uso común, podemos tratar de hacer una de dos cosas: 1) abandonar la palabra totalmente;³ o 2) continuar usando la misma palabra *pero tratar de purificarla usándola en algún sentido especial y más limitado, por lo general restringiéndola arbitrariamente a alguna parte específica del vasto dominio que tiene.*”⁴

En derecho administrativo es frecuente ver aparecer palabras de difícil comprensión que no agregan claridad al lenguaje sino a la inversa. En tales casos conviene aligerar la carga superflua, sobre todo cuando los autores difieren mucho entre sí respecto a su alcance.

^{5.2} HOSPERS, *op. cit.*, p. 17.

^{5.3} Es lo que hemos hecho con las palabras “policía” y “poder de policía”: ver el t. 2 de nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, *La defensa del usuario y del administrado*, 2000, 4^a ed., cap. V: “El poder de policía”. Todo se reduce al *test* de claridad: si podemos explicar los problemas del régimen jurídico pertinente sin utilizar tales palabras ni incurrir en oscuridad o imprecisión, o si por el contrario quienes las utilizan logran con ello mayor claridad expositiva. En el primer caso habremos hecho bien en omitirlas, en el segundo tendrán razón quienes continúan utilizándolas.

^{5.4} HOSPERS, *op. cit.*, pp. 17 y 18; la bastardilla es nuestra; HAYAKAWA, S.I., *Language in Thought and Action*, Londres, 1970, 2^a ed., p. 214 y ss.

6. *La definición de las palabras del derecho como problema metodológico*

Queda dicho con lo expuesto que la definición de las palabras jurídicas, será casi siempre una cuestión de libertad de estipulación: pero esto no significa que carezca de importancia ni que pueda hacerse demasiado arbitrariamente. Tiene importancia, porque según el uso que demos a la expresión, así deberemos aplicar luego todas las demás consecuencias jurídicas pertinentes. La claridad del concepto que se estipule es un prerequisito de la claridad de todo lo que luego se exponga sobre el tema. Debemos así evitar, desde el comienzo, caer en lo que POPPER llama “uno de los prejuicios que debemos a ARISTÓTELES, el prejuicio de que el lenguaje puede ser hecho más preciso por el uso de definiciones”; “Una definición no puede establecer el significado de un término [...] éstos, por muchas razones, serán posiblemente tan vagos y confusos como los términos con los cuales comenzáramos [...] todos los términos que realmente son necesitados son términos indefinidos.”¹ Tampoco se trata de averiguar, por supuesto, la “naturaleza” o “esencia” de las cosas o las instituciones. Como recuerda ALF Ross,² pertenece al pasado la formulación de preguntas tales como qué es lo que algo “realmente es”; ello se vincula a “la creencia de que las palabras representan objetivamente concep-

^{6.1} Popper Selections, *op. cit.*, pp. 95 a 97.

^{6.2} Sobre el derecho y la justicia, *op. cit.*, p. 111 y sus remisiones.

tos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descripto”,³ la que se remonta a la teoría de la definición de ARISTÓTELES, en la cual “el filósofo se pregunta qué «son realmente» «verdad», «belleza», «bondad», etc. y cree posible establecer definiciones verdaderas.”⁴ “No se trata de que una definición estipulativa sea tan «buena» como cualquier otra, sino de que los criterios para compararlas no pueden ser los de verdad o falsedad, pues estos términos simplemente no se les aplican. Las definiciones estipulativas solamente son arbitrarias en el sentido especificado. Pero, el que sean claras u oscuras, ventajosas o desventajosas, etc., son cuestiones de hecho”,⁵ en base a las cuales ha de deducirse la conveniencia o inconveniencia de la definición estipulativa que se proponga.⁶

Con mucha mayor razón, entonces, cabrá evitar las definiciones dogmáticas en las cuales “La noción [...] responde a una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema, de toda normación

^{6.3} *Op. cit.*, p. 109, nota 3.

^{6.4} *Op. loc. cit.*

^{6.5} COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 103.

^{6.6} Pues, desde luego, una definición estipulativa “no es verdadera ni falsa, sino que debe ser considerada como una *propuesta* o una resolución de usar el *definiendum* de manera que signifique lo que el *definiens*, o como un pedido o como una *orden*. En este sentido, una definición estipulativa tiene un carácter directivo más que informativo” (COPI, *op. cit.*, p. 102).

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

jurídica y de toda justificación jurídica. Tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y de expresión.”⁷

Al formular una definición estipulativa, debemos buscar una lista de las características de la cosa considerada sin las cuales la palabra no podría aplicársele; éstas serán las características definitorias de la palabra. Ahora bien, la denominación no debe ser demasiado amplia⁸ ni restringida;⁹ también existe el peligro de que la denominación sea demasiado amplia y restringida.¹⁰

7. Elementos a considerar para estipular las definiciones

Ahora bien, ¿con qué criterio estableceremos qué características nos parecen definitorias, a fin de estipular el uso que daremos a las palabras?

Otra vez, debe insistirse en que esto no es una cuestión dogmática ni que ponga en juego grandes principios jurídicos, sino una cuestión metodológica, pragmática, de mera conveniencia u oportunidad.

^{6.7} CARRIÓN, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 57.

^{6.8} COPI, *op. cit.*, p. 121; HOSPERS, *op. cit.*, p. 36; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, *op. cit.*, p. 326.

^{6.9} COPI, *op. cit.*; HOSPERS, *op. loc. cit.*; GOLDSCHMIDT, *op. loc. cit.*; “pocas veces resulta iluminador recibir una definición en forma de una afirmación breve y concisa”: STEBBING, L. S., *Introducción a la lógica moderna*, México, 1965, p. 195.

^{6.10} HOSPERS, *op. cit.*, p. 37; otros requisitos de una definición en COPI, *op. cit.*, p. 120 y ss.; STEBBING, *op. cit.*, p. 199 y ss.

En esto concuerdan no sólo la teoría general y la metodología de la ciencia,¹ sino también muchos administrativistas:² pero no todos. Este es el primer punto fundamental de la cuestión: si se piensa que sólo hay una definición posible para cada institución, necesariamente válida en determinado ordenamiento jurídico y que todos los que no la comparten incurren en *error*, entonces la cuestión está irremisiblemente desencamada.³ Discutir sobre esa premisa es como ir y venir en una “verdadera vía muerta” y hacer “monumentos a la esterilidad”, en las palabras de CARRIÓN.⁴

Lo que habrá que discutir, en consecuencia, es ante todo cuáles son los objetos sobre los cuales discurriríremos y de los cuales diremos si corresponde o no agruparlos en una definición o en varias; es decir, cuál es la realidad que en principio y globalmente entraremos a analizar. En segundo lugar y partiendo así del marco global

^{7.1} P.ej. CARRIÓN, *op. cit.*, pp. 66 a 71.

^{7.2} FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 280; VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, Springer, 1960, 2^a ed., p. 2 y ss.; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 195.

^{7.3} Como dice HEMPEL, *op. cit.*, p. 5, “de acuerdo con la lógica tradicional una definición «real» [...] (es) la formulación de la «naturaleza esencial» o de los «atributos esenciales» de alguna entidad. Sin embargo, la noción de naturaleza esencial es tan vaga que hace a esta caracterización inútil a los fines de la investigación rigurosa.”

^{7.4} CARRIÓN, *op. cit.*, p. 69.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

(no de un pequeño sector arbitrariamente establecido y menos de una definición presupuesta), deberá analizarse cuál es el régimen jurídico imperante y aplicable a esa realidad, a fin de investigar qué cosas reciben un mismo tratamiento jurídico y cuáles reciben un tratamiento distinto. Si un grupo de cuestiones reciben sustancialmente igual régimen jurídico, entonces será conveniente agruparlas en una misma definición.

En este último punto estará el centro de la discusión; en determinar qué grupo de hechos recibe qué trato sustancialmente igual de parte del derecho. Claro está, esto es lo que el jurista está capacitado para hacer y esto es también lo que vale la pena discutir; pero siempre teniendo en claro que una vez llegado el acuerdo sobre cuáles son las cosas o asuntos que reciben cierto tratamiento jurídico, el agruparlos o no bajo determinada definición será siempre cuestión de conveniencia, que sólo en términos de utilidad, claridad, oportunidad, etc., puede ser discutida: no se podrá decir de ella que es verdadera o falsa.

8. Definición y clasificación

Lo antedicho debe repetirse en lo que se refiere a las clasificaciones de tipo jurídico, que presentan los mismos caracteres metodológicos que las definiciones; en verdad, incluso puede afirmarse que la definición sólo puede resultar de una clasificación previa de objetos.

Veamos en qué consiste, científicamente, una clasificación: “Cuando empleamos palabras de

clase, pues, agrupamos muchas cosas bajo una misma denominación (asignamos el mismo rótulo impreso a muchas botellas) sobre la base de las características que estas cosas tienen en común. Al usar la misma palabra para referirnos a muchas cosas, tratamos a éstas (al menos por el momento) como si fuesen todas iguales e ignoramos sus diferencias. En este hecho yacen las ventajas y desventajas de las palabras de clase.”

Possiblemente no hay dos cosas en el universo que sean exactamente iguales en todos los aspectos. Por consiguiente, por semejantes que sean dos cosas, podemos usar las características en que difieren como base para colocarlas en clases distintas; “podemos elegir un criterio para la pertenencia a una clase tan detallado y específico que en todo el universo no haya más que un miembro de cada clase. En la práctica no lo hacemos porque entonces el lenguaje sería tan incómodo como lo sería si todas las palabras fueran nombres propios. Lo que hacemos es usar palabras de clase amplias — y luego, si es necesario, establecemos diferencias dentro de la clase como base para ulteriores distinciones — dividiendo la clase principal en tantas subclases como consideremos conveniente.” De igual modo, probablemente no haya dos cosas en el universo tan diferentes entre sí que no tengan algunas características comunes, de manera que constituyan una base para ubicarlas dentro de una misma clase.¹ Por ello, podemos razonablemente clasificarlas de una u

^{8.1} HOSPERS, *op. cit.*, pp. 25 y 27.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

otra manera, agruparlas de uno u otro modo, según las características asimilables o, al contrario, diferenciables que no interese destacar.

Las características comunes que adoptamos como criterio para el uso de una palabra de clase son una cuestión de conveniencia. Nuestras clasificaciones dependen de nuestros intereses y nuestra necesidad de reconocer tanto las semejanzas como las diferencias entre las cosas. Muchas clasificaciones distintas pueden ser igualmente válidas. “Hay tantas clases posibles en el mundo con características comunes o combinaciones de éstas que pueden tomarse como base de una clasificación.” “El procedimiento que adoptamos en cada caso particular depende en gran medida qué es lo que consideraremos más importante, las semejanzas o las diferencias.” “No hay una manera correcta o incorrecta de clasificar las cosas, del mismo modo que no hay una manera correcta o incorrecta de aplicar nombres a las cosas.”²

Cada palabra no cumple otra función que la de ordenar y sistematizar los conocimientos que se quieren transmitir, desde sus principios más generales hasta sus nociones más detalladas; cualquiera sea la amplitud o la restricción que le otorguemos a la definición, de todos modos ella será más o menos útil, cómoda o incómoda, según el caso, pero no “verdadera” o “falsa.”³

^{2.2} HOSPERS, *op. cit.*, pp. 28 y 30.

^{2.3} CARRIÓN, *op. cit.*, p. 65.

Por ello, “las palabras no tienen otro significado que el que se les *da* (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales», al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado.”⁴

Lo mismo vale, desde luego, para *toda la ciencia* y no sólo para el lenguaje científico. Nuevamente en palabras de POPPER, “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incessantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas”,⁵ “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso: [...] no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados.” “Por consiguiente, la corroboración no es un «valor verdadero».”⁶

Como dice CARRIÓN, concordantemente, “las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las

^{8.4} CARRIÓN, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

^{8.5} *La lógica de la investigación científica*, *op. cit.*, p. 262; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991.

^{8.6} *Op. ult. cit.*, pp. 256 y 257.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.”⁷

En palabras del mismo autor, “Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es [...] es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses.”⁸

Lo expuesto tiene por finalidad quitar dogmatismo a las discusiones sobre definiciones y clasificaciones y centrar el análisis y discusión sobre el régimen jurídico concreto que habrá de regir cada institución: este régimen y su interpretación es lo que importa, no las definiciones y clasificaciones que a su respecto hagamos, a menos que ellas lleven a confusión o sean un intento de sacrificar la libertad frente al poder.

Clasificaciones sin demostrable valor de utilidad o conveniencia, que no explican nada operativo del sistema jurídico sino que exponen dogmáticamente supuestas esencias inmutables, son no solamente incomprendibles sino además da-

^{8.7} CARRIÓN, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

^{8.8} CARRIÓN, *op. cit.*, pp. 72 y 73. “Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.”

EL LENGUAJE COMO MÉTODO DEL DERECHO

ñosas. El perjuicio que causan es el tiempo que hacen perder al desprevenido lector de buena fe que quiere entenderlas o debe estudiarlas.

Ante cada clasificación que lea, pregúntese el lector ¿para qué sirve? Y si la respuesta no es satisfactoria siga su camino por otros rumbos, que el mundo del conocimiento es demasiado amplio como para tomar caminos sin salida.

Capítulo VII

LA “CERTEZA” QUE DA DEL PODER

1. Certidumbre

Digámoslo claro de entrada, con POPPER,¹ que la ciencia supone no adorar “el ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de cién-

^{1.1} POPPER, KARL, *Unended Quest*, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 260 y 261; *Popper Selections*, textos seleccionados por MILLER DAVID, Princeton University Press, Nueva Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

cia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.”

“La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incessantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas”; “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso: [...] no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados.”

“Por consiguiente, la corroboración no es un «valor veritativo».”

Trasladado al plano vital, en palabras de VIDAL PERDOMO, “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.”²

2. *Al servicio del poder*

Esa falta de metodología y de aceptación de la incertidumbre que es la única regla de toda cién-

^{1,2} VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10^a ed., p. 8.

cia lleva también a la búsqueda de la falsa certidumbre de justificar siempre y de cualquier manera el poder. Es la racionalidad irracional del poder ilimitado, sin frenos, sin fracturas, sin fisuras. Invocando la sola “autoridad” de la pura afirmación dogmática se puede llegar a que se tomen en cada ocasión las teorías de los derechos comparados que en ese momento están al servicio del poder, o lo estuvieron antes, como el “acto institucional” de las dictaduras brasileñas, la “reserva de la administración” de la Constitución de De Gaulle, etc., o que se sigan irreflexivamente los autores nacionales que mejor diserten a favor del poder, los ideólogos del poder administrador ilimitado. Muchos, la mayoría, son de buena fe.

3. La certeza, para el poder de turno

Esas afirmaciones —aún de buena fe— dogmáticas y erradas no son casuales ni objetivamente inocentes; proveen al lector y al intérprete de dos alimentos fundamentales: uno, la *certeza que no existe en la ciencia*; dos, el *servicio al poder de turno*. Dos consejos —o decisiones si de un Juez se trata— de un MAQUIAVELO con ropas modernas.

De allí el éxito irrefrenable que siempre tienen, aún desafiando la razón, *o precisamente por ello*. Si ante la evidencia constitucional de que la asignación de recursos solo proviene del Congreso y el Ejecutivo mal puede entonces crear un ente estatal para que los gaste sin disposición le-

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

gislativa, un autor que sostenga con énfasis que las entidades autárquicas pueden crearse por decreto volcará la balanza del poder; luego toda la doctrina del poder y todo el poder dirán y harán lo mismo, aunque nadie pueda encontrarlo en la Constitución. Sus ideas serán “mayoría” doctrinaria,¹ “ganarán” la discusión.²

Su fundamento, *la búsqueda de lo incondicionado, de verdades y certezas eternas en la defensa del poder del momento*, es la misma búsqueda que tenía COMTE, justamente llamado “sociólogo de la prehistoria”, de leyes eternas e inmutables, exactamente lo contrario de la filosofía de POPPER que aquí explicaremos; esas normas eternas e inmutables, que COMTE plasmó en las normas de acción y reacción, también han encontrado recepción doctrinaria local en la misma fuente en que se nutren los ideólogos del poder, los inocentes o culpables maquiavelos de hoy y de mañana.

Lo verdaderamente impresionante, lo patético, es así el éxito de estas concepciones autoritarias. Cambia la Constitución, cambia el orden in-

^{3.1} También lo es, por cierto, el derecho civil. Bien lo recuerda LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las notas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, Cap. III, “El derecho privado como límite del poder.”

^{3.2} Para quienes hacen cuentas es entonces vital administrar las citas, no sea cuestión que los que piensan distinto sean o parezcan más. En un erudito artículo de cien notas, citar por primera vez a quien piensa distinto... cuando se está acabando el artículo! Es la desnuda lucha por el poder llevada al campo “académico”, sin importar que ello sacrifique toda pretensión de objetividad.

ternacional, cambia el sometimiento del país a los tratados internacionales de derechos humanos, pero ellos siguen citando las mismas fuentes de antaño o leyendo las normas de hoy con los parámetros de esas doctrinas autoritarias del pasado.

4. Un derecho al servicio del poder

Cuando se llega a decir que el decreto suple a la ley ya se ha recorrido el camino en que se desconocen y violan los arts. 36, 42, 43, 75 inc. 22, 76, 99 inc. 3, de la Constitución; se incumplen los pactos y tratados internacionales de derechos humanos; se desafía a los órganos supranacionales de aplicación; se viola o tolera que se viole la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se desconocen los derechos del usuario al ente de contralor independiente previsto en el art. 42 de la Constitución, etc.

Si eso va a ser el resultado del “derecho” y la “doctrina”, no hace falta tener régimen jurídico ni tribunales. Es el dilema que planteó JACKSON.

El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder —cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos,¹ es

^{4.1} En la doctrina del derecho administrativo argentino es frecuente el cómputo de cuántos han dicho una cosa y cuántos otra, en cualquier texto. Son así computadas hasta las *lecturas* de un simple libro de derecho: quienes dicen leer *algo* y quienes dicen que *eso* no lo dice dicho libro. Les dijimos una vez que a este paso habrá que incluir en los libros un facsímil de las referencias.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

la aventura de pensar. Si se quiere hacer un *derecho de la administración*, un derecho legitimador del ejercicio del poder, entonces se está renunciando a hacer derecho.²

Todo es entonces el poder, los corredores del poder, la influencia, la corrupción.

Pero ello es retroceder ocho siglos en la historia, hasta **antes** de la Carta Magna de 1215. Es cuando el Rey JAMES I o luego CARLOS I sostuvieron que era traición sostener que el Rey estaba bajo la ley. LORD BRACON dijo entonces “*The King is under no man, but under God and the law*” (*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*).³ Carlos I sostuvo en su juicio que la corte no tenía competencia para juzgarlo. Fue sentenciado a muerte.⁴

5. *El uso emotivo, político y axiológico del lenguaje*

Por lo antes expuesto, el derecho administrativo está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje. Así ocurre a veces con expresio-

^{4.2} Ya se está allí en dirección a BONNARD, ROGER, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, París, V 1939, 2^a ed.; en un ejemplo más reciente, de distinto tinte y deslumbramiento, es la China de *fin de siècle*: como bien explica CORNE, PETER HOWARD, *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong, Hong Kong UP, 1996, todo es *guanxi*, relaciones.

^{4.3} Ver LORD DENNING, *What Next in the Law*, Londres, Butterwoths, 1989, p. 6.

^{4.4} LORD DENNING, *op. loc. cit.*

nes y “conceptos” “jurídicos” (poder de policía,¹ actos de gobierno, potestad reglamentaria, decreto, etc.), como dijo GENARO CARRIÓN respecto de la idea de poder constituyente originario: “en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra «poder» y en su uso híbrido [...] A veces esta palabra quiera decir «potestad» (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir «fuerza» (potencia, poderío, dominio, dominación, etc.).” “De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza.”² Como señala el mismo autor, habría que indagar una respuesta de alcance general que explicara el porqué de estos asertos;³ puede tratarse, como él mismo lo dice, “de una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo in-

^{5.1} Lo censuramos en “La crisis de la noción de poder de policía”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1962, nº 2; reproducido en nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963 y publicaciones posteriores; actualmente en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. V. Coincidén MARIENHOFF, BIDART CAMPOS, LINARES y otros. Los recuerda, en otra secuencia que no altera el resultado, RASPI, ARTURO EMMILIO, “La publicidad de los documentos de la administración y el resguardo de la privacidad individual”, *ED*, 187: 900, 907. Cuando alguien invoca el poder de policía no diacute una cuestión académica, busca el poder incondicionado.

^{5.2} CARRIÓN, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 50 y 51.

^{5.3} CARRIÓN menta “desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por teóricos del derecho”, *op. ult. cit.*, p. 56. La analogía con JHERING-SAVIGNY es manifiesta.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

condicionado.”⁴ Ello se aprecia en los conceptos del derecho público y privado: la polémica SAVIGNY- VON JHERING tiene aún hoy vigencia.⁵

6. *Las “Leyes” que no son leyes*

Del mismo modo, cabe dudar si es que es posible corregir, en el lenguaje de los abogados, algunos resabios autoritarios de los gobiernos de facto: la entonces terminología oficial de llamar “Ley” a lo que no eran sino decretos leyes.¹ Restaurada la democracia y condenada por el art. 36 de la Constitución la teoría de los gobiernos de facto, no es jurídica ni políticamente admisible seguir llamando “leyes” a lo que de ello tuvo solamente el nombre oficial. Es imprescindible pues ya que de Derecho hablamos, denominar correctamente como decreto-ley a las así llamadas leyes emitidas en los períodos 1966-1973 y 1976-1983. Como se advierte, es mucho lo que resta por hacer para llegar a un derecho administrativo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales.

^{5.4} *Op. ult. cit.*, p. 57. Que nuestra admiración por el autor sea excusa de repetir la misma brillante frase con pocos renegones de diferencia. Y ojalá el lector la recuerde.

^{5.5} Ver el caso *Allevato*, en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1996, 1^a ed., cap. X.

^{6.1} Lo dijimos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447 y 448; “Análisis crítico de la ley de desarrollo”, *Revista de Legislación Argentina*, 2: 88 (Buenos Aires, 1966).

A pesar de que los órganos internacionales de aplicación de los tratados que nos comprometen nos lo recuerdan, acá pretendemos ignorarlo. La propia CORTEIDH tiene dicho que ‘Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*’² En igual sentido se pronuncia la COMISIÓNIDH,: ‘Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno.’³

^{6.2} Párrafo 22 de la OC 6/96, en ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra. Las opiniones consultivas de la CORTEIDH son de obligatoria aplicación en el derecho interno, como lo tiene resuelto la CSJN en *Giroldi* de 1995. Lo hemos explicado en nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales”, en la *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1966). El criterio ha sido reiterado en *Bramajo, DJ*, 1996-196, cons. octavo y en *Arce, LL*, 1997-F, 696 con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 165, § 76, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado.”

^{6.3} *Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro. Ver la aclaración de la nota anterior.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

La CORTEIDH define como ley “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”,⁴ pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”,⁵ es la legislatura electa y no otra la que tiene la potestad legislativa.⁶

^{6.4} Opinión Consultiva n° 6, párrafos 23 y 32.

^{6.5} Opinión Consultiva n° 8, párrafo 24.

^{6.6} Opinión Consultiva n° 8, párrafos 22 y 23 ; todo ello reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párrafo 31, p. 197 del Informe de 1996 de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS : el principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional.

Capítulo VIII

*LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN
DEL DERECHO*

1. Introducción

Si bien la materia de los derechos humanos es la primera y más importante manifestación de la internacionalización del derecho, no es la única. Este capítulo tiene por finalidad mostrarla en su contexto, antes de pasar al análisis detallado de otros aspectos específicos de la materia.

*2. La realidad económica y jurídica
supranacional a comienzos del siglo XXI*

Es frecuente que el estudioso del derecho local encuentre dificultades para aceptar el fundamento de la supremacía aquí postulada del derecho

supranacional convencional sobre el derecho constitucional interno.¹

Nuestra propia Constitución peca de ambivalencia cuando ubica a los tratados por encima de las leyes —y no, al menos expresamente, de sí misma— pero en cambio acepta expresamente la cesión de competencia y jurisdicción a órganos supranacionales (art. 75 inc. 24), que desde luego prevalecerán por sobre la Constitución.

Si bien es difícil que se presente un conflicto interpretativo entre las normas supranacionales y la Constitución, por ser ambas de carácter garantista sobre todo en materia de derechos humanos,² en todo caso ya hemos expuesto en otro lugar cómo se resuelve dicha cuestión en materia de derechos fundamentales.³ Distinta es la

^{2.1} Con el aditamento del denominado derecho de gentes que menta el art. 118 de la Constitución y el art. 21 de la ley 48.

^{2.2} Señala ZAFFARONI, RAÚL, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal”, *Revista de Derecho Público*, 2: 61 (Buenos Aires, FDA, 1987), que las normas constitucionales “sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención”, aunque “parece tratarse de consecuencias que también hubiesen podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales.”

^{2.3} Una de las discusiones concretas la explicamos en el libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4^a ed., cap. XII, *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22*. Como dijo PESCATORE: “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda

cuestión de los tratados internacionales que imponen limitaciones a derechos de carácter económico. En el caso de la limitaciones internacionales al medio ambiente difícilmente pueda haber conflicto en virtud del art. 41 de nuestra Constitución. En otros temas como patentes, GATT en general, etc., lo más probable es que con el tiempo prevalezca también en los hechos la norma supranacional.

En todo caso, tal vez al lector dubitativo frente a este dilema le resulte reconfortante saber que en el país más importante del mundo existen quienes expresan similares dudas: Estados Unidos, que aplica a sus habitantes la jurisdicción norteamericana incluso por los actos de corrupción cometidos en el extranjero;⁴ que no suscribió

libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.” Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

^{2.4} Se trata de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero, *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que complementa la ley contra la mafia o ley sobre organizaciones corruptas y negocios ilícitos, ley *RICO, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18. U.S.C. Secs. 1962 et seq.; otra ley contempla la confiscación lisa y llana de todos los sobornos (18. U.S.C. Sec. 3666), sin perjuicio de otras figuras

el Pacto de San José para no quedar sometido a la jurisdicción supranacional de la Corte con sede en Costa Rica,⁵ ni todavía la convención sobre el derecho del mar, por razones de contenido y de jurisdicción; sin embargo, ha suscrito y ratificado el NAFTA, que como todo tratado de integración lleva a la creación de normas supranacionales; suscribió igualmente el GATT, en cuyo organismo supranacional de aplicación cuenta con solamente un voto.

La tendencia a la integración jurídica supranacional, aún para Estados Unidos, es pues un buen indicador de qué podemos esperar los demás países acerca del futuro. Agréguese a ello la gran interdependencia de los países, la globalización de la economía, el notable incremento en todo el mundo de las empresas transnacionales —incluidas las de capitales argentinos— y nuestra condición de deudores crónicos⁶ y se comprenderá que el orden de prelación de las normas supranacionales convencionales escapa en algu-

penales concurrentes. Nuestra propia Constitución libra a una ley especial el juzgamiento de los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de nuestro territorio (art. 118).

^{2.5} HENKIN, LOUIS, “International Human Rights and Rights in the United States”, en MERON, THEODOR (compilador), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 25 y ss., 50 y ss.

^{2.6} Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2000, reimpresión de la 5^a ed., caps. IV y XI, § 8.3 y sus remisiones; “El contrato de crédito externo”, en el libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2^a ed., cap. IV.

na medida a nuestro poder de determinación. Y ello, sobre todo, si queremos movernos dentro de la economía mundial. De todas maneras es la tendencia universal y cada vez que suscribamos un tratado (necesitados, obligados o convencidos), el principio de la buena fe que rige en la materia impide oponer posteriormente la supuesta violación del derecho interno, así sea constitucional. Suscrito un tratado, ratificado y depositado, por definición no le es oponible norma alguna del derecho interno de los países signatarios, inclusive de sus respectivas constituciones.⁷ La tendencia a la regulación en materia de fondos marinos, derecho de altamar,⁸ protección del medio ambiente, etc.,⁹ es inexorable.

2.1. *Los derechos individuales en el derecho supranacional*

La Constitución faculta al Congreso a aprobar tratados internacionales con transferencia de jurisdicción a organismos supranacionales, sin la obligación formal de someterlo a consulta popular (art. 75 inc. 24). Tampoco hay derecho de iniciativa popular para los tratados internacionales (art. 39), aunque no se excluye la consulta popular al respecto (art. 40).

^{2.7} *Tratado*, *op. cit.*, cap. VI; PESCATORE, *op. cit.*, p. 33.

^{2.8} Ver ROZAKIS, CHRISTOS L. y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983; nuestro *Tratado*, t. 1, *op. cit.*, cap. IV, p. 54 y ss.

^{2.9} AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 1992.

Ello hace que el derecho supranacional modifique el orden constitucional sin intervención directa del pueblo, titular de la soberanía en el orden interno, a menos que el Congreso decida someterlo a consulta popular, que es lo que en buenos principios debiera hacer.

En todo caso, cabe destacar que tales tratados internacionales, sean los de derechos humanos o los de integración, por su propia naturaleza tienden a limitar los poderes del Estado en lo interno o externo. Resulta de ello que este mecanismo no puede normalmente resultar en detrimento de los derechos individuales frente al Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió *in re Giroldi*, en 1995, que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica son obligatorias en el derecho interno de nuestro país. A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993, en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar *cualquier* norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención.

De este modo, ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a la Constitución, a

las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos. Las leyes pueden regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución.

2.2. La articulación de la legislación nacional con la internacional

De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”¹⁰ La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial y en consonancia a los tiempos de su dictado; esa norma, más de un siglo después, debe ser entendida en consonancia con la jerarquía actualmente vigente de normas.

Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser legislación interna sin otro requisito que el de la aprobación por el

^{2.10} PTN, *Dictámenes*, 58: 222 (1956).

Congreso, había dado lugar a soluciones diversas¹¹ según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación. Demás está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.) carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.¹²

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano. La integración económica usualmente no formaba parte de las estrategias nacionales reales y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado—marco, faltándole el más claro sentido dinámico que se atribuye desde antaño a los tratados de la comunidad europea. Se sigue de ello

^{2.11} Dictamen citado; CSJN, *Fallos*, 150: 84; 186: 258; 254: 500, *La República*, 1962.

^{2.12} Ha seguido las afirmaciones precedentes ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 63. El carácter jurídico internacional de los derechos humanos es indubitable: HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDIAR, 1991; LILICH, RICHARD B., y NEWMAN, FRANK C., *International Human Rights*, Boston, Little, Brown and Co., 1979; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing Company, 1988 y sus referencias.

que la Corte Suprema haya interpretado en el pasado que un tratado posterior de esta índole no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores.¹³ Algunos instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían entonces de la vigencia jurídica que algunos estudios intentaban darle.

La discusión europea¹⁴ entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos y los sostenedores de la tesis del quasi-federalismo llega a nosotros resuelta de antemano, como luego veremos, pero fluye también naturalmente de la aceptación en 1983 del Pacto de San José de Costa Rica y de los progresos en materia de integración, como es el caso del MERCOSUR.

2.3. *La creciente regulación internacional*

Ya vimos que el sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional y que exis-

^{2.13} *Fallos*, 254: 500, *La República*, año 1962.

^{2.14} Se decía en Europa que “estas tesis e hipótesis dejan reconocer que se está aún lejos de un juicio uniforme. Esto tiene su fundamento en el presente estado de fluctuación en que se encuentran no solamente el derecho comunitario, sino las comunidades mismas. En esta incertidumbre es comprensible que aún persista el forcejeo entre los «eurofóricos», los partidarios de los derechos soberanos y los «realistas». La opinión jurídica dependerá de si la presente época de estancamiento en la cuestión de la integración europea se orienta hacia un retroceso o un desarrollo mayor. Con este alcance tienen poco valor nuevos intentos de interpretación y debería dejarse la multiplicidad de construcciones hasta hoy transitadas.” EBERHARD MENZEL, comentario aparecido en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, 1969, cuaderno 15/6, pp. 579 y 580.

ten algunos sectores de la economía que están virtualmente internacionalizados, como el sistema financiero;¹⁵ hay otros en que la regulación internacional es creciente. Así, la protección de los recursos naturales,¹⁶ en que hay progresos respecto a la regulación de los fondos marinos, el derecho del mar y diversas cuestiones de medio ambiente.¹⁷

Pero es posible que haya todavía más desarrollo regulatorio internacional. En efecto, hay actividades que se desarrollan actualmente en los mares internacionales, fuera de la jurisdicción de todos los países. Los casos más antiguos y conocidos fueron los casinos flotantes, allende las cuatro millas de las aguas jurisdiccionales de Estados Unidos. Le siguieron las radios instaladas fuera de la jurisdicción marítima, por ejemplo de

^{2.15} Algo de esto explicamos en el cap. IV de la 5^a ed. del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*

^{2.16} Puede verse ROZAKIS y STEPHANOU, *The New Law of the Sea*, *op. cit.*; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1992. En una perspectiva ideológica ubicada en otra realidad nacional e internacional, ya antes se hablaba también de *Le nouvel ordre économique international e l'administration publique*, libro coordinado por GÉRARD TIMSIT, Aire-sur-la-Lys, Francia, Unesco-IISA, 1983.

^{2.17} Algunos ejemplos: leyes 15.802 y 24.216, Tratado Antártico; ley 18.590, Tratado de la Cuenca del Plata entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay; leyes 21.836, 23.456 y 24.089, contaminación del mar; leyes 22.344 y 23.815, comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre; ley 22.502, Protocolo de Londres sobre la seguridad de la vida en el mar; ley 23.778, capa de ozono.

Inglaterra, para escapar a las regulaciones nacionales.

Al mismo tiempo la pesca en aguas internacionales se abarató con los buques factorías, que realizan todo el proceso fabril en aguas internacionales y fuera de la jurisdicción de Estado alguno, no siempre respetando los convenios internacionales sobre límites racionales a la explotación de los recursos marinos.

Existen también al presente buques factorías que, bajo bandera de conveniencia (*convenience flag*), constituyen fábricas que producen otros productos en altamar, sin sujeción a las normas impositivas o laborales locales, obteniendo así costos más bajos y que ni siquiera tocan puerto. Otras naves se acercan a retirar la producción, hacer los recambios de personal, etc. Todo este sistema de creciente actividad en aguas internacionales puede llegar a tener suficiente importancia económica como para que las naciones quieran regularlo, controlarlo y por qué no, tributarlo.

Cabe pues, en general, esperar un lento pero progresivo avance de la regulación internacional al cual nuestro país como otros estarán también sometidos.

3. Distintas fuentes supranacionales

3.1. Tratados en general

Nuestro país se halla sometido a varios tipos de orden jurídico supranacional. Por ahora puede distinguirse:

- a)* aquellos ordenamientos que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica.
- b)* los demás tratados de derecho humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución pero que carecen de tribunal supranacional.
- c)* Los incipientes tratados de integración autorizados por el inciso 24 del mismo artículo pero que tampoco tienen tribunal supranacional. Es posible que con el correr del tiempo los tratados de integración tengan tales tribunales, como ya ocurre en Europa, con lo cual podrán ser clasificados junto al de San José como un derecho comunitario más efectivo por la existencia de tribunales de aplicación; esos tribunales seguramente extenderán su competencia en el siglo XXI.
- d)* Las demás normas supranacionales, de las cuales el medio ambiente es una buena muestra, con 69 convenciones suscriptas por nuestro país.

3.2. El caso específico de la Convención Americana de Derechos Humanos

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 la sumisión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales,¹ en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interameri-

^{3.1} TREJOS, GERARDO, “Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana”, en HERNÁNDEZ, RUBÉN y TREJOS, GERARDO, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1977, p. 59 y ss.

cana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica y luego realizó el acto formal de su depósito internacional.² Posteriormente la Constitución de 1994 les dio “jerarquía constitucional”, al igual que a otros tratados.

Daremos aquí especial énfasis a dicho pacto, por ahora, por ser el único que cuenta con un tribunal supranacional. Ello no cambia la obligatoriedad que todos tienen en el derecho interno, pero fuerza es reconocer que desde un punto de vista práctico no es lo mismo que la interpretación del tratado termine en el propio país o pueda continuarse ante un tribunal internacional o supranacional.

No es lo mismo introducir el caso federal para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea por violación a la Constitución o a los tratados, que introducir también el caso supranacional para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cualquier caso y así como nuestra Constitución, en una lectura no excesivamente atada al pasado, ya permitía leer en ella lo que el Pacto de San José se limita a explicitar, lo mismo ocurre con los demás pactos de derechos humanos: pueden y deben ser aplicados por nuestros tribunales. En cuanto a los de integración, pareciera evidente que la negociación no es suficiente medio de resolución de diferendos. De avanzarse en la in-

^{3.2} Con una insólita reserva por decreto: *Revista de Derecho Público, op. cit.*

tegración, la creación de tribunales independientes deviene un complemento indispensable para su funcionamiento y aplicación eficaces.

La Convención contiene una importante enumeración de garantías individuales y libertades públicas, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación, y que además definen con mayor amplitud que nuestra Constitución muchos derechos individuales;³ ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.

Desde este primer punto de vista práctico y con independencia de cuán eficaces⁴ sean o dejen de ser sus procedimientos de contralor jurisdiccional internacional atento el procedimiento previo ante la Comisión,⁵ el carácter excluyente de la legitimación de éste respecto de los individuos lesionados,⁶ lo cierto es que al constituir un avance

^{3.3} Ampliándolos, no reduciéndolos, por lo que no existe en tal aspecto conflicto normativo alguno. Incluso puede sostenerse que la Convención meramente explicita lo que ya está implícito en la Constitución.

^{3.4} Lo explicamos *infra*, cap. VIII.

^{3.5} Art. 44.: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte.”

^{3.6} Art. 57: “La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.” Y el 61, inc. 1, concluye el ritual restrictivo: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”

en materia de derechos individuales, toda persona deseosa de ver mejorar sus derechos debe necesariamente advertir que ella constituye un importante progreso de nuestro ordenamiento jurídico, e interpretarla y aplicarla en consecuencia.

3.3. *Otras convenciones de derechos humanos*

En 1990 precedimos a la Constitución, en el orden de prelación de las fuentes, por la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷

En 1992 la Corte Suprema de Justicia de la Nación inició un importante camino,⁸ que continúa desarrollando,⁹ de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno.

En 1994 la Constitución lo introduce claramente, aunque no emplea expresamente el orden de jerarquía de las normas que nosotros utilizamos.¹⁰

La pregunta que el lector se formula de inmediato es ¿por qué supranacionalidad? ¿No es acaso la Constitución la primera y más importante de las fuentes, la cúspide del ordenamiento jurí-

^{3.7} Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, en *La Ley Actualidad*, 17 de abril de 1990.

^{3.8} *Ekmekdjian*, 1992; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 338.

^{3.9} *Fibracca, Fallos*: 316: 1669; *Hagelin, Fallos*: 316: 3176; *Cafés La Virginia, LL*, 1995-D-277; *Giroldi, LL*, 1995-D-462.

^{3.10} Una de las tantas discusiones la explicamos en *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22, infra*, cap. XII del libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*; t. 1 de nuestro *Tratado...*, *op. cit.*, cap. VI y VII.

dico? Es una pregunta que se responde de a poco, y satisfará solamente con el correr del tiempo. En todo caso, explicamos la misma cuestión bajo otro prisma *infra*, cap. VIII.

3.4. *Los tratados de integración económica*

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano, pero también con la observación de qué pasa en la Unión Europea, pues ello nos muestra, como otras veces, un seguro camino.

La integración económica no ha formado parte de las estrategias nacionales reales y por ello ha sido común acordar a estos pactos el carácter de un tratado—marco, faltándole el sentido dinámico de los tratados de la comunidad europea.¹¹ Se sigue de ello que la Corte Suprema haya interpretado hace no mucho tiempo que un tratado posterior no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores.¹²

Esa jurisprudencia ha tenido un cambio sustancial a partir del fallo de la CSJN en *Cafés La Virginia*,¹³ ampliado por *Dotti*¹⁴ y otros.

^{3.11} GONZÁLEZ, FLORENCIA: “Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea”, *RDA*, 14: 455 (Buenos Aires, 1994).

^{3.12} *Fallos*, 254: 500, *La Repùblica*, 1962.

^{3.13} CSJN, *LL*, 1995-D-277.

^{3.14} *Dotti*, *DJ*, 1998-3, 233.

3.5. *Jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.*

Nuestra Corte Suprema ha dicho que la interpretación de la Convención Americana debe efectuarse “tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”; “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana (art. 2º ley 23.054)”, incluyendo las opiniones consultivas del tribunal.¹⁵ Sobre esto volveremos más adelante.

Por ahora no son fuente cuantitativamente importante los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, pero ya se ha reconocido su carácter de fuente en nuestro país, incluidas las opiniones consultivas. Es un paso cualitativamente fundamental.

Del mismo modo pueden llegar a aparecer otros órganos judiciales supranacionales y, de progresar los tratados de integración y otros multilaterales, pueden aparecer normas reglamentarias o

^{3.15} *In re Giroldi, LL*, 1995-D-462; BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 166.

de segundo rango dentro del orden jurídico supranacional. Es el camino que tomó la integración europea, es el camino que seguiremos nosotros si avanzamos en el proceso de integración.

Es por ahora prematuro preguntarse en detalle cómo se insertarán respecto al ordenamiento local, pero parece *prima facie* claro que el derecho interno, leyes incluidas, deberán ceder ante el derecho supranacional creado por los organismos a los que el país suscriba y que corresponderá a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la jurisprudencia internacional.

3.6. *Transacciones y compromisos internacionales*

No debe descuidarse la importancia práctica y jurídica de los compromisos y transacciones que el país realiza ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para evitar ser llevada a los estrados de la Corte Interamericana y que luego debe honrar como los propios fallos. Lamentablemente no son compromisos públicos, pero siempre se termina conociéndolos cuando la parte actora invoca el incumplimiento estatal. Seguramente es una materia que evolucionará con el paso de las décadas, a medida que siga avanzando el derecho supranacional.

Un ejemplo lo vemos en el caso *Birt*, en que la Corte Suprema se refiere al cómputo de la indemnización conferida por el decreto 70/91, mo-

dificado por la ley 24.043.¹⁶ La mayoría de cinco votos rechaza el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada; la disidencia de tres de sus miembros admite el recurso extraordinario y también confirma la sentencia apelada. Los análisis de ambos pronunciamientos, referidos al cómputo escalafonario, SINAPA, etc., parecieran referirse a un tema de función pública.

Sin embargo, la disidencia del noveno miembro de la Corte, que también admite el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada (hay, pues, *unanimidad total en mantener la sentencia apelada*) se funda, en definitiva, en exponer el contexto del problema —*in textu et contextu consideratam*—,¹⁷ que no es un cálculo escalafonario en la función pública.

Esa última disidencia es la que explica, en su cons. 9°, que esas normas “procuraron reparar económicamente los daños sufridos por quienes —en un período difícil de nuestra historia— fue-

^{3.16} El plazo previsto para reclamar las indemnizaciones de la ley 24.043 fue ampliado por la ley 24.436 en ciento ochenta días a partir de su propia promulgación (el 11-I-95); la ley 24.321 de desaparición forzada de personas ocurrida hasta el 10 de diciembre de 1983 no tiene plazo para el ejercicio de sus acciones y tal vez no pueda considerarse limitada por la ley 24.447. La indemnización de la ley 24.411 por la desaparición forzada de personas tenía como plazo 180 días desde su entrada en vigencia (se publicó el 3-I-95); la ley 24.499 (*B.O. 13-VII-95*) amplió a cinco años este último plazo. Esto da un adicional fundamento de analogía para extender también el plazo para reclamar la indemnización de la ley 24.043 y para el ejercicio de las acciones de la ley 24.321.

^{3.17} *Codici Iuris Canonici*, art. 17.

ron privados de su libertad, sin importar que las acciones por responsabilidad extracontractual estuvieran prescriptas”, para “superar situaciones” en que “se había producido la prescripción de dicha acción”, pues “aunque las soluciones dadas al respecto en el ámbito judicial se ajustaban al derecho positivo, no alcanzaban, empero, a dar equitativa solución, ello, en orden a lograr la plenitud del derecho y la justicia.”¹⁸

Lo importante de la disidencia de fundamentos es destacar la incidencia de los acuerdos y transacciones celebrados por el país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como derecho interno de nuestro país. “Al mismo tiempo se intentó [...] dar cumplimiento a la promesa dada por el Gobierno Argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referentes al dictado de una norma que reconociera dichos beneficios a las víctimas, cuestión ésta

^{3.18} Tal situación fue analizada en 1979 en los siguientes términos: “Al considerar un acto particular de violencia o intimidación dentro de un contexto político general, se torna también menos nítido el problema de la prescripción de la acción o en su caso de la caducidad: pensamos que la prescripción o la caducidad no pueden comenzar a computarse sino a partir del momento en que la intimidación o violencia han cesado. Ahora bien, puede ocurrir que cese el acto particular de intimidación, pero subsista el clima general de inseguridad. En ese caso entendemos que debe adoptarse un criterio amplio, y aceptar la acción o el recurso cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el acto concreto de intimidación o violencia”: GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos aires, Macchi, 1979, 3^a ed., cap. IX, p. 50; Buenos Aires, FDA, 2000, 5^a ed., cap. IX, p. 52.

que importaba no sólo hacer honor a un compromiso asumido, sino también una forma de evitar las sanciones internacionales que podría haber sufrido la Nación.”

Otros casos no han tenido repercusión judicial directa, pero sí periodística y es posible que las transacciones sean más de las que conozcamos.¹⁹

4. Caracteres generales

Una interpretación *a) realista* y sensata, *b) valiosa o justa*, *c) teleológica o finalista*, *d) que tome cuenta de la circunstancia fáctica*¹ que determinó nuestra adhesión,² no puede sino buscar aquellos métodos de interpretación que en cada caso mejor aseguren la efectividad y vigencia de tales normas y principios.

No se trata entonces de hacer una suerte de “neutra” orfebrería o albañilería jurídica, un tra-

^{3.19} Cuando hace poco en el país asomó su cabeza un proyecto restrictivo de la libertad de prensa, nos enteramos por los diarios que un conocido periodista, condenado hace algún tiempo por desacato periodístico a un miembro de nuestra Corte, había tiempo antes transado su reclamo en Washington a cambio del compromiso formal del gobierno argentino de derogar la figura del desacato. Visto el proyecto de ley de prensa el periodista se presentó nuevamente en Washington, alegando que el proyecto de ley violaba el texto y el espíritu de la transacción internacional. Ante la fuerza obligatoria de la transacción, el proyecto de ley fue debidamente abandonado. Esto implicaría que los mecanismos supranacionales de transacción están funcionando más eficazmente.

^{4.1} O arcónica, rectora, determinante, que fue “causa” en suma de la sanción legislativa.

^{4.2} Que no es otra que la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

bajo de dogmática o de lenguaje formal de textos positivos en el cual busquemos de qué modo interpretar cada artículo para llevarlo a su inexigibilidad, no vigencia o inaplicabilidad.

La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquélla que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional, y no a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.³

Es claro por lo demás que la globalidad del mundo, en las comunicaciones y la economía, incluso en las políticas e ideologías dominantes, no deja lugar para países que elijan quedar como parias de la comunidad internacional [...] el precio es demasiado caro.

4.1. *Derecho interno*

Una de las primeras y mínimas afirmaciones que parece así inevitable hacer es que estas normas constituyen no solamente derecho supranacional sino *también* y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de

^{4.3} Algunas de las dificultades concretas de interpretación pueden verse en “Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22”, en nuestro libro *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. XII.

pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas tengan un contenido que no sea manifiesta e indiscutiblemente programático. Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional.

La Convención y otras normas supranacionales tienen así el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de aplicarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso.

4.2. Derogación ipso jure

De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente ha cesado automáticamente en su vigencia. Es obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior.

Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales o al menos de rango constitucional no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas.

Es cierto que hubo doctrina y fallos que inexplicablemente sostuvieron el carácter programático de toda la Convención, pero fueron los pri-

meros tiempos de aplicación del Pacto y era todavía muy reciente el retorno a la democracia. La jurisprudencia y doctrina actuales han iniciado lo que parece una tendencia segura de cambio.

Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional. Si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. Sería un paso atrás hacia la barbarie, muy difícil de realizar por nuestro país en el actual contexto internacional.

4.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional.

En el caso de la Convención los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (art. 1º, inc. 1º), y a “garantizar su libre y pleno ejercicio” a través de la tutela jurisdiccional y por aplicación directa de la Convención y sus principios; ello, sin perjuicio de la obligación que también tienen de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes,⁴ sin

^{4.4} Art. 2º: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias

poder mientras tanto pretender negarles operatividad y aplicación directa e inmediata. Esa obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales, que deben aplicar tales normas en forma directa e inmediata.

No todos los juristas han aceptado o receptado esta conclusión, entre ellos algunos legisladores, que a veces prohijan leyes dando a entender que están “creando” determinados derechos que ya están consagrados en la Convención. En ello ha de verse nada más que una búsqueda de mejor instrumentación y más efectiva operatividad de la cláusula, pero no la afirmación de que ella carecía de existencia o vigencia antes de la ley reglamentaria pertinente.

En defecto de ley reglamentaria del Congreso, corresponde —lo mismo que en materia constitucional— la aplicación directa de la Convención por los jueces.

4.4. Carácter supranacional

La Convención y demás actos similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado. El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de

para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Es claro que la Corte de San José no es el único intérprete que aplica la convención, sino el último en los casos sometidos a su jurisdicción.

convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo.

No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual y menos aún los habrá en el futuro. En nuestro caso particular, es obvio que el rol que nos cabe es harto menor.

El país ha reconocido pues en forma expresa la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en su contra en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes. Ello se ha hecho extensivo a las opiniones consultivas, y pronto tomará también inevitablemente la jurisprudencia de otros tribunales, en especial el europeo de derechos humanos. Lo menos que se puede decir entonces, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las notas propias de un orden jurídico supremo.

Las características que explicamos en su lugar⁵ para la Constitución como orden jurídico superior en el derecho interno, son así en un todo aplicables a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico superior supranacional.

Muchos autores e intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional*. Quizás más

^{4.5} Nuestro *Tratado*, *op. cit.*, cap. VI.

que los que ya se negaban antes de la reforma constitucional a considerarlo *derecho interno*, o *derecho a secas*.

También están los que negaban a ultranza a la misma Constitución como derecho⁶ y no faltaron los que de igual modo razonaron con las leyes. Pero son éstas conjeturas falsas que no pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista que busque interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, etc., en su país.

El camino del futuro está a nuestro juicio claramente señalado: por encima de las vacilaciones, contradicciones y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, no serán en suma sino como la misma negación que hasta la Constitución debió padecer. Ello no cambia el curso del destino, al menos en el largo plazo.

El camino de la evolución europea en materia de derechos humanos, que también avanzó lenta pero seguramente en el sentido de la vigencia de un orden jurídico supranacional, marca también el derrotero.

Por lo demás, parece obvio que en los casos aberrantes ya no existe lugar para el retorno a la barbarie nacional, por lo menos a la barbarie bajo pretendido color de legalidad. Pase lo que

^{4.6} Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la 1^º ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962 y estimamos ahora oportuno formular la subsiguiente hipótesis de progreso jurídico.

pase en los hechos en determinada comunidad nacional, ya no podrá más en derecho decirse “que el genocidio, la tortura o el delito cesáreo de un déspota constituyan asuntos exclusivamente internos, *de jurisdicción doméstica*.⁷ Los demás países y la propia Organización de las Naciones Unidas podrán no siempre tener la voluntad política de intervención multilateral en las masacres internas, pero nadie podrá pretender reconocer el carácter de jurídicas a tales aberraciones.

En efecto, “hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre. En última instancia, la paz mundial no es la mera ausencia de guerras, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversarias, sino que es obra de la justicia.”⁸

4.5. *No denuncia unilateral*

En el caso *Cafés la Virginia* de 1994,⁹ la Corte Suprema recordó que por el principio de la buena fe en la interpretación de los tratados no es coherente sostener que un tratado “sólo consagra un compromiso ético pero no jurídico”, sino que crea auténticos “derechos y obligaciones” (cons. 6º), con lo cual “La aplicación por los órga-

^{4.7} ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL ANGEL, *Introducción a los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 63.

^{4.8} ORTIZ PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 63, quien cita en tal sentido *Gaudium et Spes*, P. II, c. 5, nº 78.

^{4.9} CSJN, *LL*, 1995-D-277.

nos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado —además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional— vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas” (cons. 8º); “una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento [...] sería un acto constitucionalmente inválido” (cons. 10).

En ese fallo, el voto de BOGGIANO avanza en recordar a JOHN JAY en cuanto a que un tratado no puede ser alterado o cancelado unilateralmente, sino que debe serlo de común acuerdo (cons. 21 y 22) y niega *a fortiori* competencia al Congreso a derogarlo por ley (cons. 23); por lo demás “los pactos se hacen para ser cumplidos; *pacta sunt servanda*”, con lo cual “carece de sentido postular, como principio general, la posibilidad de su revocación unilateral. Esta entraña incumplimiento del acuerdo” (cons. 26); también invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (cons. 29).

En su conjunto, el fallo sigue la inevitable tendencia de aplicar el nuevo orden jurídico y económico mundial y el voto comentado avanza un paso más; aunque la terminología cueste, hay un orden jurídico supranacional.¹⁰ Poco a poco debemos acostumbrarnos a consultar las colecciones de jurisprudencia supranacionales y no debemos tampoco olvidar que las opiniones consul-

^{4.10} En tal sentido, GORDILLO, *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, Prólogo y caps. VI y VII.

tivas de la Corte de San José son igualmente obligatorias en el plano interno.

5. La articulación de la justicia nacional con la justicia supranacional

5.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ y la Corte Suprema había declarado en 1993 la operatividad de sus cláusulas aún en ausencia de regulación legislativa.²

No obstante ello, el art. 75 inc. 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inc. 24.

Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional.

^{5.1} Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, *LL Actualidad*, 17 de abril de 1990.

^{5.2} *Ekmekdjan, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos*, 308:647, *ED*, 148: 338; *Fibracca, Fallos*: 316: 1669; *Hagelin, Fallos*: 316: 3179; *Cafés La Virginia*, CSJN, *LL*, 1995-D-277.

No ha de olvidarse el constantemente repetido principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios”; “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.”³

Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico; es igualmente evidente que al referirse al derecho interno como inoponible al tratado incluye la Constitución. “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.”⁴ Por ello carece de sentido procurar, peor aún, interpretar la Constitu-

^{5.3} PESCATORE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»”, *op. cit.*, p. 336.

^{5.4} PESCATORE, *op. cit.*, p. 348.

ción de 1994 en cualquier sentido que la haga supuestamente menos garantista que el derecho supranacional.

5.2. *Las “condiciones de vigencia” de los tratados*

Ya vimos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en 1995, en el ya recordado caso *Giroldi*, que cuando la Constitución da “jerarquía constitucional”⁵ a los tratados y concordatos “en las condiciones de su vigencia”,⁶ ello significa que es “*tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (cons. 11, primer párrafo), “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para

^{5.5} La Constitución emplea en el primer párrafo del art. 75 inc. 22 la frase “jerarquía superior a las leyes” y en el tercero “jerarquía constitucional”. La primera elección semántica podría indicar una jerarquía intermedia entre la ley y la constitución, la segunda alternativa es aceptar como mínimo el nivel constitucional del tratado. La Corte es explícita en elegir la segunda variante. Pensamos que con el tiempo reconocerá también la supraconstitucionalidad de tales normas y principios, según lo expusimos en “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, *op. cit.*

^{5.6} Art. 75, inc. 22, § 2.

conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y art. 2º ley 23.054).”⁷

5.3. Vigencia interna de las opiniones consultivas

De lo cual resulta que nuestra Corte debe aplicar los tratados “en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.”⁸ Nuestro tribunal *integra tales fallos y opiniones consultivas al texto constitucional* por la cláusula según la cual los tratados se han de aplicar “en las condiciones de su vigencia.” Ello incluye la jurisprudencia actual y futura de los organismos internacionales de aplicación.

El mismo criterio resulta aplicable para los tribunales que en el futuro se instituyan para tratados de integración como el MERCOSUR, o los organismos supranacionales de otros tratados internacionales suscriptos y aprobados por el país.

5.4. Prevalencia sobre “cualquier” norma de derecho interno

A su vez, dicha Corte de San José decidió en la opinión consultiva nº 13 de 1993, que la Comi-

^{5.7} Cons. 11, § 2.

^{5.8} Cons. 12.

sión es competente para calificar *cualquier* norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención, con lo cual ni siquiera una interpretación constitucional local podría oponerse a la jurisprudencia supranacional.

5.5. Su aplicación por la jurisprudencia nacional

Si se complementa lo aclarado en el citado voto *in re Birt* con el fallo de la Corte *in re Giroldi*⁹ y la tendencia internacionalista o universalista que la Corte está adoptando en los últimos tiempos (*Ekmekdjian*,¹⁰ *Fibracca*,¹¹ *Hagelin*,¹² *Cafés La Virginia*¹³), es claro que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación queda correctamente incorporada y articulada al sistema internacional que en primer lugar representa la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica con sus fallos y opiniones consultivas, sin perjuicio de los demás tribunales internacionales; ello, a nivel de organización jerárquica del poder judicial nacional y supranacional. En materia de otras fuentes, ya vimos que además de los tratados tenemos también los acuerdos transaccionales celebrados por el país ante reclamos frente a la Comisión Interameri-

^{5.9} *LL*, 1995-D-462.

^{5.10} *Fallos*, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148: 338.

^{5.11} *Fallos*, 316: 1669.

^{5.12} *Fallos*, 316: 3176.

^{5.13} *CSJN*, *LL*, 1995-D, 277.

cana de Derechos Humanos: puede ser una fuente creciente de derecho supranacional e interno.

5.6. *Medidas “de otro carácter”*

Frente a la clásica cuestión de si los Estados parte, cuando se obligan a adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” (art. 2º de la Convención Americana), se obligan sólo a dictar leyes o también a dictar sentencias¹⁴ que suplan la eventual falencia legislativa, esta Corte ya tiene tomada posición *in re Ekmekdjian*,¹⁵ que recoge el lejano principio rector de *Kot*¹⁶ y *Siri*:¹⁷ *la obligación es también de los jueces, no solamente del legislador*. Es la línea argumental que retoma el cons. 12 de *Giroldi* cuando afirma que “*a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados...*”. Agrega nuestro tribunal que el artículo 1º de la Convención en cuanto exige que los Estados parte deben no solamente “respetar” los derechos y libertades reconocidos en ella sino además “garantizar” su ejercicio, es interpretado por la Corte Interamericana en el sentido que ello “implica el deber del Estado de tomar *todas las medidas necesarias* para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos pue-

^{5.14} Y actos administrativos, en su caso.

^{5.15} *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos*, 308:647; *ED*, 148: 338.

^{5.16} *Fallos*, 241:291; *LL*, 92:632.

^{5.17} *Fallos*, 239:459.

dan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.”¹⁸

5.7. Derecho a sentencia en un plazo razonable

La cuestión, entonces, es qué hará la Corte Suprema en otros asuntos en que el legislador ha sido remiso, por ejemplo en la creación de más tribunales contencioso administrativos para que no haya una violación al mismo art. 8º en cuanto otorga en su inc. 1º la garantía de tener sentencia “dentro de un plazo razonable.” El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando igual cláusula de la Convención europea, condenó a Suiza por violación al derecho a tener sentencia en un plazo razonable (en el caso, el proceso administrativo tardó casi tres años y medio), no por negligencia de sus magistrados, sino del legislador en no crear oportunamente los tribunales a medida que aumentaban las causas. Tal vez deba también nuestra Corte recurrir a la jurisprudencia comparada *europea*, que no ha hecho sino interpretar la *misma* cláusula que también tiene la Convención Americana. No tendría

^{5.18} Otra particularidad de interés en el fallo es que invoca expresamente no ya una sentencia de la Corte Interamericana sino la opinión consultiva nº 11/90 de 1990, a la que además transcribe en cuanto afirma que esa debida garantía importa “el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público (par. 23 de la opinión consultiva, cons. 12 “in fine” del fallo aquí comentado). La opinión consultiva viene a adquirir, del modo expuesto, carácter vinculante para nuestro país.

sentido, en verdad, reconocer la obligatoriedad de la jurisprudencia supranacional *americana* como aquí se hace y desconocer luego el precedente de la *europea*, cuando la cláusula es igual y no existe precedente distinto de la Corte Interamericana. Esperamos, pues, la versión nacional de *Zimmerman y Steiner* antes que nos condene expresamente la Corte de San José.¹⁹

^{5.19} Ver nuestro libro *Derechos humanos, op. cit.*, cap. VII.

Capítulo IX

RESPONSABILIDAD DE ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. El crecimiento cualicuantivo del derecho internacional¹

Mi experiencia personal en este tema ha sido de descubrimiento permanente. Cuando estudié en la Facultad, derecho internacional era una materia totalmente ajena al mundo de los abogados comunes. La situación no ha mejorado pues aún hoy hay abogados que se reciben habiendo estu-

^{1.1} Nos remitimos a los caps. IV y VI de nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, 5^a ed., reimpresión 2000; y cap. XX del t. 2, *La defensa del usuario y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 4^a ed.

diado por el mismo libro que yo en la década del 50. Pero el derecho internacional ha cambiado, sea que lo sepamos o lo ignoremos. Es lo mismo que la llamada globalización de la economía: todo el mundo está entrelazado de una manera muy intensa. La cantidad de tratados operativos que tenemos escapa a nuestro conocimiento habitual y no siempre tenemos en claro que cualitativamente hay un salto muy grande pues ahora esos tratados están de hecho y de derecho por encima de nuestra Constitución.

2. La evolución-involución de la responsabilidad

En el tema de la responsabilidad del Estado se ha producido un doble fenómeno bastante curioso. Al mismo tiempo que disminuye la responsabilidad interna del Estado, (contrariando la evolución histórica que ha sido siempre creciente hacia la responsabilidad del Estado), aumenta la responsabilidad internacional. Ello es contradictorio; no es coherente que en un ámbito la responsabilidad vaya en constante aumento y en el otro en constante disminución.

En el plano interno la explicación es parecida a etapas análogas que han vivido diversos países, algunos hace un par de siglos. La penuria fiscal se enfoca tratando de aumentar los impuestos hasta que no se recauda más, reduciendo el gasto hasta que no parece posible limitarlo más, pidiendo préstamos hasta que la capacidad de endeudamiento queda excedida. Queda entonces el

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

remedio heroico, no pagar todas las deudas sino algunas, o demorarlas. Es el tema de la bancarrota total o parcial de los Estados, cosa que ha ocurrido muchas veces en la historia. Libros que parecían inútiles por obsoletos son, de pronto, terriblemente vigentes. MONSIEUR DE CORMENIN escribe en 1840 su *Derecho Administrativo*¹ en dos volúmenes y cuenta cómo en el mil setecientos el Estado francés entró en la misma espiral que nosotros ahora, dos siglos después. Ahí comenzaron a aparecer normas de distinto rango en las que se decía que a una categoría de acreedores no se les va a pagar sus acreencias, luego otra, luego alguna exclusión general. La lista de personas excluidas por el Estado francés cubre las primeras cincuenta páginas de aquel libro. Es parecido a situaciones que nosotros vivimos hoy en día, sólo que en otro contexto, con otro lenguaje, con otras explicaciones.

3. *La responsabilidad por la violación a los derechos humanos*

Donde primero empieza a aparecer la responsabilidad internacional del Estado es en los mecanismos de derechos humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos. Cuando el país se suscribe a ella, se formula en la adhesión que hace el gobierno argentino, una reserva por decreto respecto a la facultad que tiene la Corte de condenar al país. Esa reserva no estaba en la

^{2.1} MONSIEUR DE CORMENIN, *Droit administratif*, t. II, París, Thorel y Pagnerre, 1840, 5^a ed.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

ley y para mí es inexistente. De todas maneras, no es por una sentencia que condena a la República Argentina a pagar una suma de dinero, que funciona el mecanismo internacional de reparación de perjuicios causados por los Estados. Opera de una manera mucho más informal.

Los interesados —o terceros, en una verdadera acción popular— reclaman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Washington. Al culminar el trámite se puede llegar a una solución amistosa, que es frecuente, en la que el gobierno argentino se compromete a crear los mecanismos necesarios para que el Estado sea responsable de los perjuicios por los que se reclama; o a un informe condenatorio. Ambos documentos son reservados inicialmente. El primero de hecho, el segundo de derecho. Si el gobierno no da respuesta satisfactoria y no hay una solución amistosa, el documento es publicado en el informe anual de la Comisión, cuya tirada y circulación es limitada. El acuerdo amistoso, cuando se celebra, queda bajo la jurisdicción de esta comisión; si lo da por incumplido está en condiciones de iniciar la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹ No se suele llegar hasta ahí.

^{3.1} Donde, desde luego, nos pueden condenar. Ver CURIEL, ALICIA, y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, nº 8, 1996, p. 36 y ss. Ver también, en general, MARTINS, DANIEL HUGO, *Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Administrativo*, en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Uno de los problemas de este mecanismo es entonces que esas resoluciones no se publican o no hay forma sencilla de acceder a ella.

4. In re Birt

El primer caso más conocido es *Birt*. Es el nombre que va en primer lugar en un reclamo colectivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la responsabilidad del Estado hacia quienes fueron ilegalmente privados de su libertad por el último gobierno militar. Lo cierto es que la Argentina dicta primero una ley, luego dicta decretos, hay un fallo de la Corte con el mismo nombre, *Birt*, aplicándolo.¹ En este fallo, es interesante ver cómo el lector respetuoso de los fallos puede desorientarse con la lectura; hay tres votos, los tres dicen lo mismo, pero lo fundan diferente. Con los dos primeros votos, que firman ocho de los miembros de la Corte, parece una discusión de función pública, hablan del SINAPA, de la cuantía del sueldo, hasta que se llega al último voto y es éste que dice que la verdad es que la Argentina tiene comprometida su responsabilidad internacional, porque se ha obligado

Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. I. Ver CURIEL, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso «Guillermo José Maqueda c. República Argentina», *LL*, 1997-E, 515.

^{4.1} CSJN, *in re Birt*, que comentamos en *LL*, 1995-D, 292. Ver también GORDILLO AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, § 2, “¿Una excepción a la ley 24.447?”, pp. 33 a 36.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

ante la Comisión Interamericana a resolver estos problemas y los debe resolver de buena fe. En consecuencia, hay que pagar. Esa es la verdad, ese es el verdadero razonamiento.

Luego de esto, aparecen más leyes que vuelven a ampliar las prescripciones y reabrir los plazos para reclamar; nuevos fallos de la CSJN. Esto significó una erogación no despreciable para el Estado y no está cerrada esa cuenta todavía. Aquí tenemos un supuesto de responsabilidad que aparentemente está manejado por el legislador y los jueces internos. Sin embargo, su verdadero motor son los mecanismos internacionales.

5. In re Verbitsky c. Belluscio

5.1. *El origen*

Es muy interesante para apreciar la fuerza informal de estos procedimientos el caso *Verbitsky c. Belluscio*.¹ VERBITSKY agravia a BELLUSCIO, quien lo querella por injurias. Pero el juez encauza el ilícito como desacato y así condena a VERBITSKY. Dicho periodista acude a la Comisión Interamericana donde celebra una solución amistosa con el gobierno argentino por la que éste se compromete a eliminar la figura del desacato. Se hace el acuerdo, no se entera nadie. Pero es una obligación asumida internacionalmente que compromete la responsabilidad del Estado.

^{5.1} Causa 11.012 (*Verbitsky c. Belluscio*).

5.2. *Su resultado*

Tiempo después, sin ninguna mención a este antecedente que resulta verdaderamente determinante de la decisión, el Congreso argentino dicta una ley abrogando el desacato. Un buen día leemos en el diario que se ha derogado. Pero no hay nadie que se lo atribuya como bandera política.

5.3. *La información*

La doctrina, las disposiciones y las transacciones sobre responsabilidad internacional del Estado argentino en la Comisión o en la Corte no se publican sino raramente. ¿Dónde se estudia el tema? Solamente en un libro de VERBITSKY: *Un mundo sin periodistas*,² de editorial Planeta. Por su intervención directa en el asunto es el único que puede relatar toda esta experiencia.

Tuve que esperar que fuera Secretario de Justicia un amigo mío para decirle: “Yo soy profesor de derechos humanos y no tengo los acuerdos firmes del gobierno argentino que son fuente de derecho.” Los pidió oficialmente, pero utilizando a su vez la amistad con el secretario de la Comisión y me los dio. Ahora los tengo, los cito, pero a pesar de su extrema simplicidad de contenido no me animo a reproducirlos textualmente por temor a violar información confidencial.

^{5.2} VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta, 1997.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

5.4. *Efectos residuales*

Tiempo después, cuando circula un proyecto de ley que se llamó ley *mordaza*, VERBITSKY se presenta nuevamente en la Comisión y sostiene que se está violando el espíritu del acuerdo. La Comisión asiente, la Argentina archiva el proyecto y el tema no se comenta nunca más.

6. *Mendoza*

Hubo un caso de dos mendocinos asesinados. Se reclamó ante la Comisión Interamericana y la Argentina llegó a un acuerdo por el cual aceptaba la responsabilidad y las partes sometían de común acuerdo su fijación a un tribunal *ad hoc* local. Como la cuestión se demoraba, también se demoró uno de los créditos que la provincia de Mendoza trataba en otro organismo internacional que nada tenían que ver con el sistema interamericano de derechos humanos. Le informaron a los representantes provinciales que era embarazoso para los funcionarios internacionales otorgar el crédito cuando aún no se había resuelto el tema de la indemnización de los mendocinos asesinados; a buen entendededor...

La comisión *ad hoc* fijó el monto. Esa decisión salió publicada en los diarios locales, pero no en los diarios del resto del país y tampoco en las colecciones de jurisprudencia, que conocemos. Nos enteramos, pues, de casualidad.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

7. *Los convenios de protección de inversiones extranjeras*¹

Hay algo más de cuarenta tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras, que prevén arbitrajes internacionales para las controversias que pueda haber entre un inversor extranjero, definido de manera amplísima, y el Estado argentino.

La constitución y decisión de un tribunal arbitral internacional no sale en ninguna publicación oficial, ni en las revistas jurídicas, a veces apenas merece alguna mención en los diarios. Sin embargo es una clara fuente de responsabilidad internacional del Estado.

8. *Tribunales extranjeros*

Ocasionalmente uno se entera de acuerdos transaccionales ante tribunales extranjeros, o de fallos condenatorios al Estado argentino. Pero la información que se recibe es totalmente asistemática y puede no representar cabalmente el total. Quienes lean prolíjamente el boletín oficial pueden encontrar tal vez un decreto que aprueba una transacción por la que se paga una suma importante de dinero: así el caso *Siderman de Blake*, que tramitó en California.¹

^{7.1} Explicamos el tema en el cap. XVIII, “*El arbitraje administrativo internacional*” del t. 2, *La defensa..., op. cit.*

^{8.1} *Susana Siderman de Blake, et al, v. La República Argentina, et al.*, transado en virtud del Decreto 996/96, B.O. 4-IX-96, cons. 2, 7 y 8.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Frecuentemente aceptamos la jurisdicción extranjera. En el *B.O.* cada tanto se leen decretos nombrando al Procurador del Tesoro de la Nación como abogado en un juicio que tramita en el exterior y facultándolo a contratar los servicios locales que fueran necesarios.

Esto es un cambio muy importante de la tradicional política argentina en la materia. Antes el Estado argentino tenía una política que había diseñado GOLDSCHMIDT. Consistía en ni siquiera contestar la demanda, ni siquiera objetar la jurisdicción, porque había una teoría de que objetar la jurisdicción era consentirla. Se quejaba pues el país por la vía diplomática, pero quedaba en rebeldía judicial. En el juicio, le embargaban los aviones de Aerolíneas Argentinas, los barcos de ELMA y, finalmente, se arreglaba. Ahora se contestan las demandas, se acepta la jurisdicción² y, eventualmente, se llega al Superior Tribunal del país de que se trate, sea en juicios o en arbitrajes.

En juicios hay un famoso caso que tiene dos lecturas: *Weltover c. República Argentina*, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, que nos condenó por incumplimiento de contrato. En nuestro medio el fallo se publicó, como el caso

^{8.2} Con todo, la defensa del Estado en tribunales extranjeros a arbitrajes internacionales es altamente deficitario: los abogados del Estado no tienen instrucciones en cuanto a cómo llevar el fondo del asunto y por ello utilizan principal o exclusivamente defensas formales. Si éstas caen, el Estado ha quedado indefenso.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Álvarez Machaín³ con acerbas condenas de nuestra doctrina, incluso uno titulado *La república imperial*.⁴ Uno de los autores nos pregunta con malicia si los actores pudieron ejecutar la sentencia; pero es que no funciona así el sistema. Si el país no cumple la sentencia aumenta la calificación de riesgo país que dan las cinco o seis calificadoras privadas internacionales y con ello se eleva la tasa de interés flotante que el país debe por *todas* sus deudas externas.⁵ Si el Estado se alza formalmente contra una sentencia respetable, le sale entonces más caro que pagar la condena. Puede costarle cientos o miles de millones.

^{8.3} Es el principio *male captus, bene detentus*: el reo ha sido mal capturado en su país de residencia (Noriega, Eichmann, etc.), pero está bien detenido en el país que lo capturó en el extranjero y le aplica su propia jurisdicción: Alvarez Machaín, 1992, publicado en *ED*, 148:155, con notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Los Estados Unidos a contramano: el voto de Rehnquist en el caso Alvarez Machaín”; OUTEDA, MABEL N., “El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados”, *ED*, 148:163; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos”, *ED*, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico.” *ED*, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machaín?”, *ED*, 148:187.

^{8.4} El caso *Weltover* resuelto por la CS de ese país en 1992, publicado en *LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública”, *LL*, 1992-D, 1118. Nuestra visión en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2^a ed., cap. IV.

^{8.5} Pues están interconectados a tasa variable y tienen cláusula de *cross-default*.

9. *Los contratos de crédito externo*¹

Ha habido muchas voces locales sosteniendo la inconstitucionalidad del sometimiento del país a la jurisdicción extranjera. Pero lo cierto es que el Código Civil argentino dice que los contratos se rigen por el derecho y la jurisdicción del lugar de ejecución. Pues bien, nadie nos presta dinero (salvo los propios inversores locales) sin que el contrato se celebre en un país desarrollado y los desembolsos se efectúen en el mismo lugar, depositando el crédito en una agencia local del Banco Central.

También allí se firman los pagarés, se pacta la jurisdicción del lugar y el Procurador del Tesoro de la Nación concurre al acto, también en el lugar, manifestando en un dictamen razonado, elaborada y convincentemente, que tal contrato es constitucional, legal, exigible y que el país no tiene excepciones que oponer al eventual progreso, en los tribunales del lugar, de la acción de incumplimiento del contrato en su caso.

Obviamente por el principio de buena fe el Estado no puede luego oponer con éxito excepción alguna al progreso de la acción si no cumple con el contrato. Cada vez los dictámenes son

^{9.1} Explicamos el tema en nuestro libro *Después..., op. cit.*, cap. IV. No solamente el país celebra el contrato de crédito externo en el exterior, recibe allí el dinero y pacta allí su pago, con lo cual es indubitable la base fáctica y jurídica de la jurisdicción extranjera que también se pacta. También hace otros actos de voluntario sometimiento a autoridades extranjeras, como inscribir en la SEC los títulos de la deuda pública: decreto 395/97, *B.O.* 11-IX-97, p. 5, entre tantos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

mejores, porque cada vez que a un acreedor se le ocurre un argumento nuevo sobre el tema, le piden al país que lo ponga en el próximo dictamen para la renovación de un crédito.

10. *Cómo cobrar acreencias*

Todo esto va creciendo y tiene una serie de mecanismos de apoyo que no son absolutamente públicos. Desde siempre, cuando algún país tiene intereses económicos que el Estado argentino no está satisfaciendo adecuadamente, su embajador hace una intensa gestión de *lobby*.

Ni siquiera hace falta que se trate de un país desarrollado, dominante.¹ Hemos oído de cerca respecto a gestiones de embajadores de países no centrales para nosotros, que sin embargo logran que el gobierno argentino, nacional o local según el caso, ceda a lo que normalmente no debería ceder. ¡Cuántos modos por los cuales se llega al resultado en que el Estado tiene que pagar,

^{10.1} Hasta tal punto se encuentra extendida la práctica internacional que ahora los tratados, un poco inútilmente, la prohíben. Ver ley 25.350, convenio con Guatemala, art. IX, inc. 6: “Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias sometidas a proceso judicial o a arbitraje internacional, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, hasta que los procesos correspondientes estén concluidos, salvo en el caso en que la otra parte en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o a la decisión del Tribunal Arbitral, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o decisión.”

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

más los casos en que el Estado no tendría que pagar y por la presión paga igual!

En suma, en el contexto actual, la responsabilidad internacional del Estado es bastante pronunciada, aunque cueste encontrarla en las colecciones de jurisprudencia. Mientras tanto, la responsabilidad interna va disminuyendo. Una gran paradoja.

Capítulo X

RECAPITULACIÓN

1. El derecho romano

Del derecho romano nos quedó que lo principal eran los principios y el caso. Nada mejor que CICERÓN para demostrarlo. Los formulismos absurdos de aquel derecho fueron rápidamente abandonados, pero gran parte de su legado persiste por doquier. De todas maneras, ni siquiera todos los formalismos murieron. Los abogados seguimos usando, porque nos gustan, frases latinas. Nuevos principios del derecho reciben su bautizo en latín contemporáneo: *male captus, bene detentus*.¹

^{1.1} USSC, *Alvarez Machaín*, 1992, www.supremecourtus.gov, *ED*, 148:155, con notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Los Estados Unidos a contramano: el voto de Rehnquist en el caso «Alvarez

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

2. *El debido proceso*

Con el tiempo la humanidad reagregó el debido proceso, luego de verlo demasiado mancillado. Es posiblemente uno de las primeras grandes recuperaciones de los retrocesos posteriores al derecho romano. Reaprenderíamos que no se puede ser acusador y juez, ni juez y parte (*nemo iudex in causa sua*): el juez debe ser imparcial, ajeno a la contienda, un tercero desinteresado del proceso (CARNELLUTTI). Ello no implica distancia ni frialdad hierática, requiere *corazón* y sensibilidad.

Pero no basta con que el juez sea ajeno a la contienda. Debe también ser independiente, en el sentido de no estar estructurado jerárquicamente, no recibir órdenes ni instrucciones de nadie. Ello requiere ser *valiente*.

Machaín””; OUTEDA, MABEL N., “El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados”, *ED*, 148:163; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos”, *ED*, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico”, *ED*, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machaín?”, *ED*, 148:187. Mas allá de la dogmática jurídica, es preciso advertir la importancia que en EEUU tienen los hechos mencionados en la nota 1 del fallo y en el primer párrafo del mismo fallo (el conjunto sinérgico de narcotráfico, corrupción, crimen organizado, tortura y muerte, etc., todo en un caso) y su cotejo con *Noriega* en Panamá, o *Eichmann* para Israel, *Argoud* para Israel y Alemania, etc. En todo caso la Argentina hace lo mismo: *Gorriarán Merlo* en México, *Pico y Trovato* en Brasil, etc.

RECAPITULACIÓN

También se puntuaría el contradictorio, la igualdad de las partes en el proceso.

3. *El primer derecho de gentes y el derecho de los mares*

De la creciente actividad marítima de los grandes países nació el derecho de gentes, para combatir la piratería (pero expedir patente de corso),¹ luchar contra la esclavitud.

En el siglo XIX todo ello pareció haber quedado exclusivamente como un capítulo interesante en los libros de historia del derecho y a veces todavía se lo enseña así en el siglo XX.²

4. *La dogmática jurídica*

Hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX florece la dogmática jurídica, con la codificación civil, comercial, etc. El derecho Penal nace como una oda a la dogmática jurídica, como garantía de los individuos frente a las antiguas persecuciones irracionales de la vindicta pública, que con sus excesos hicieran renacer, mejorada, la idea del debido proceso.

^{3.1} Es fácil constatar que el orden internacional no era, ni siquiera en su nacimiento, entre iguales. ALLOT, PHILIP, “Mare Nostrum: A New International Law of the Sea”, en *American Journal of International Law*, 86: 764 (Octubre de 1992). Ver también la nota siguiente.

^{3.2} CRUZ BARNEY, ÓSCAR, *El régimen jurídico del corso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, UNAM, 1997; CABALLERO JUÁREZ, JOSÉ ANTONIO, *El régimen jurídico de las armadas de la Carrera de Indias. Siglos XVI y XVII*, México, UNAM, 1997.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

5. *Las investigaciones del lenguaje*

Más o menos por el mismo tiempo florecen los estudios de filosofía del lenguaje, que en realidad habrían de demostrar, con el tiempo, la falacia de una dogmática jurídica construida sobre palabras: una *contradictio in terminis*. No se puede hacer dogmática utilizando palabras, uno de los instrumentos menos precisos que emplea la humanidad.

6. *El Common Law*

En estas épocas el *common law* parece una cosa diferente del derecho continental. Enfatiza el caso, no la construcción dogmática. Enfatiza los valores, no las reglas. En Europa florecen en cambio los códigos, los sistemas, la dogmática.

7. *El Holocausto*

El Holocausto enseña que el derecho de gentes puede y debe ser también contemporáneo. A los primeros y ya viejos crímenes del derecho de gentes se agrega ahora el genocidio como crimen de lesa humanidad, con normas *ad hoc, ex post facto*¹ y jueces no naturales, pero el único modo de encontrar una solución justa al crimen más horrendo de la humanidad.

^{7.1} Ver ZUPPI, “La prohibición «ex post facto» y los crímenes contra la humanidad”, *ED*, 131: 765.

RECAPITULACIÓN

Su implicancia filosófica la advierte RADBRUCH cuando enseña que hay un derecho por encima de la ley y que la ley puede ser antijurídica.²

No hay allí, en RADBRUCH, jerarquía constitucional ni derecho internacional imperativo (*ius cogens*):³ es un razonamiento filosófico, aún partiendo como parte de que en general la seguridad precede a la justicia en el orden de prelación de los valores.

8. Piratería internacional, toma de rehenes, etc.

El Holocausto podría haber sido un caso puntual en la historia. Sin embargo, al renacer la realidad de la piratería y el terrorismo internacional bajo la forma de toma de rehenes, de aviones, etc., renace claramente y se renueva, el derecho de gentes. *Entebbe, Eichmann, el apartheid, van* demostrando que el derecho de gentes está vidente y en evolución. Hay un derecho por encima de los territorios nacionales y, además, se aplica. En cada caso hay explicaciones puntuales, como debe ser el derecho, pero ya no cabe hablar de excepciones ni de sólo historia. La historia demuestra que no se la puede olvidar, que el pasado está también en el presente.

^{7.2} RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 36, traducción de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

^{7.3} También lo hay, desde luego: pero eso viene después. Ver ZUPPI, “El derecho imperativo («*jus cogens*») en el nuevo orden internacional”, *ED*, 147: 863; “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional”, *ED*, 151: 781.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

9. *Genocidio, tortura, desaparición forzosa de personas, apartheid, etc.*

Los tratados internacionales agregan a la lista la trata de blancas, el genocidio —ahora expresamente—, la desaparición de personas, la tortura. Van por el mismo camino el narcotráfico¹ y la corrupción. Se podrá decir cínicamente que todo ello es por el interés de los Estados dominantes, como en el viejo derecho marítimo que dio lugar al primer derecho de gentes. La explicación no cambia las soluciones.

10. *Hacia una síntesis de los conflictos filosóficos*

Prosigue, en apariencia, un fuerte enfrentamiento entre los expositores de la dogmática jurídica, el iusnaturalismo, positivismo, etc. y las diversas variantes de cada uno. Los autores por lo menos discrepan fuertemente entre sí. Algunos parecen resentir que se haya desnudado el uso del lenguaje como instrumento de poder; otros que POPPER haya demostrado que el hombre no tiene el uso de la *Verdad* (ella pertenece a Dios y a la religión, no a los hombres de derecho). El ser humano, con cristiana humildad, fuera de su fe sólo tiene el uso de la *conjetura* o la *hipótesis* y, también, la demostración de la falsedad de algunas de ellas. Pretender más es el pecado de so-

^{9.1} JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 84: *jus cogens superveniens*; BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.

RECAPITULACIÓN

berbia o, al menos, mal uso del lenguaje. Otros parecen criticar que algunos iusnaturalistas intentan transmitir una concepción religiosa del mundo además de una serie de valores por encima de la ley. Hay por cierto sociedades en que religión y ley positiva coinciden en alguna medida, pero no suelen ser presentadas como modelos occidentales de cómo debe funcionar el derecho en una sociedad contemporánea. También hay sociedades democráticas y modernas con algún punto de unión entre religión y derecho; pero no es la regla general ni se lo puede mostrar como un *sistema* de relaciones.¹

Pero más allá de las percepciones de cada autor, parece indubitable que la humanidad, por los fundamentos que fuere, se ha puesto de acuerdo como mínimo en que hay una serie de valores jurídicos que están por encima de los ordenamientos nacionales. Es una suerte de iusnaturalismo. Se reconoce el *origen* eclesiástico del derecho público, sin duda, pero principalmente ya como una etapa histórica, no como modelo actual.²

^{10.1} Hay, por cierto, distinguidos autores que tratan de construir ese sistema, a partir de la doctrina de la Iglesia Católica. BIDEAGAIN, BARRA, COVIELLO, etc.

^{10.2} STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law”, *European Review of Public Law*, vol. 10, nº 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten”, 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres”, en JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

El viejo derecho de gentes es el nuevo derecho internacional imperativo, con jurisdicción extra-territorial (ha cambiado la noción de juez natural), con fuentes del derecho que ya no son las de los códigos penales locales. Son, contrariamente al derecho penal que aprendimos en la Universidad, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina. También los tratados, por cierto, pero estos en rigor no cumplen sino la función de registrar por escrito lo que primero ha sido acordado y aplicado por el concierto de las naciones civilizadas o más desarrolladas.

Ese fenómeno del derecho internacional penal tiene réplicas menores pero no menos importantes. Por de pronto, los crecientes tribunales internacionales de las más diversas materias (tribunal de justicia europeo, tribunales europeo y americano de derechos humanos, tribunales administrativos internacionales, tribunales arbitrales internacionales) por su propia composición de jueces de distintas nacionalidades y culturas jurídicas distintas, deben de todos modos ponerse de acuerdo en algunas cuestiones fundamentales de derecho. *Terminan siempre siendo los grandes principios del derecho, los grandes valores jurídicos.*

Los tratados internacionales no solamente tratan de delitos de lesa humanidad. Los convenios de derechos humanos incluyen una larguísima serie de derechos fundamentales de la persona humana, por encima de los Estados y principios jurídicos contemporáneos como la no discriminación, etc.

RECAPITULACIÓN

Otros textos empiezan a incluir valores como la equidad, la justicia, la eficiencia, como principios supranacionales (la Convención Interamericana contra la Corrupción) y hasta sanas prácticas contables supranacionales (la convención internacional contra el soborno transnacional). En realidad, ya se había advertido que la técnica era un factor de erosión de la soberanía.³ Las normas sólo lo confirman.

Era imposible que ese proceso internacional no tuviera su recepción interna. Es el momento en que los países empiezan a advertir la primacía de los principios por sobre las normas y que no existe diferencia entre el *common law* y el viejo derecho continental europeo. Que el derecho es y ha sido siempre, no puede ser otra cosa, que la solución de casos concretos e individuales. Solución que tendrá en cada caso litigioso, al concluir, el valor de finalidad, de cosa juzgada, pero nunca el valor de Verdad. Sólo de conjetura, a veces falsada desde su nacimiento.⁴ Lo que no le quita

^{10.3} PEDRIERI, ALBERTO, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di transferimento di sovranità*, en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Mucchi Editores, Módena, 1996, ps. 1413 y ss.

^{10.4} Los jueces son hombres, por ende falibles. Afuera y adentro de los Estados Unidos muchos no concuerdan con la decisión de su Corte Suprema al favorecer a BUSH frente a GORE. El tribunal (más allá de sus argumentos: estamos razonando como lo proponemos en el cap. V) claramente privilegió la seguridad (dando fin a un previsiblemente largo recuento de votos, que demoraría la decisión formal acerca de la elección del presidente) por sobre la justicia (pues obviamente GORE sería el ganador, si también se corregían los

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

su valor de finalidad, que es parte del derecho en su primacía de la seguridad jurídica.

errores incorporados al sistema en los condados integrados por minorías nacionales, que allí eran mayoría). Es que de eso se trata en la justicia: un proceso de toma de decisiones que en algún momento serán finales, aunque no estarán dotadas, porque no pueden estarlo, del valor de la Verdad. Esa resolución judicial que cierra el caso y es acatada, es la clave del orden jurídico. En eso todos los norteamericanos están unidos. Quienes no lo entiendan así no entienden todavía qué es el derecho.

EPÍLOGO

1. *Las premisas*

1.1. *Sapere vedere*

Copié el estilo testimonial y hasta las etapas y algunas palabras de CARDOZO y otros. Es una forma de homenaje. Propongo al lector que trate de identificar en su mente cuáles pueden ser las palabras ajenas y, cuando llegue a su lugar, reconocerlas.

Tomé de ATALIBA NOGUEIRA, profesor de Teoría del Estado en San Pablo hasta 1966 en que se jubiló, la idea de entregar lo más claramente posible un testimonio de todo lo que enseñó y aprendió a lo largo de su vida académica. En su caso fue la lección de despedida, el profético y provocativo *Operecimento do Estado* (1966). La muerte del Estado tal como se lo conocía entonces y el

anuncio anticipado del Estado tal como es hoy. No se trataba de que el Estado desaparecía, sino que él proponía verlo de otra manera pues ya se perfilaba cómo sería. Era *sapere vedere*, la difícil propuesta de MIGUEL ÁNGEL.

En mi caso fue ponerme al final de una larga lista de hombres de derecho de todo el mundo que han cuestionado una forma preconcebida y abstracta, voluntarista, de ver el derecho, que nada tiene que ver con la realidad.

1.2. La igualdad del common law, el derecho continental europeo y el nuestro

Agrego una idea que tampoco es mía. El derecho funciona exactamente igual tanto en el *common law* como en el derecho continental europeo y en el nuestro. Me fue explicado por CHARLES BREITEL, mi maestro en el Tribunal Administrativo del BID; es una forma en que se puede leer, a mi juicio claramente, a otro gran jurista de nuestro tiempo, JULIO C. CUETO RÚA.

1.3. Pequeña bibliografía

Además de JHERING —sus agudísimas notas con seudónimo y otras, reunidas bajo el título *Bromas y veras en la ciencia jurídica*¹— sugiero leer

¹ Subtitulado *Ridendo dicere verum*, Civitas, Madrid, 1987, traducción del alemán *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

EPÍLOGO

a CUETO RÚA² y a GENARO CARRIÓN.³ Son de lectura indispensable pero no suficiente, para el que quiera saber qué es el derecho (lo que por cierto no excluye a ningún abogado).

Sugiero trabajar y estudiar. No por obvio menos cierto. No hay recetas mágicas para aprender. El presente trabajo no alcanza, por supuesto. Pero por algún lado hay que empezar. Esta obra es mi propuesta de cómo empezar, junto a *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*⁴ y *La Administración Paralela. El parasistema jurídico-administrativo*,⁵ traducido al italiano por el Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Università di Bologna Dr. LUCIANO VANELLI y publicado bajo el título *L'Amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*,⁶ con introducción de FELICIANO BENVENUTTI. Los agrego, muy inmodestamente, a la lista.

He incluido los caps. I de los t. 1 y 2 de mi *Tratado de derecho administrativo*, con agregados y modificaciones. Sin perjuicio de que pienso que releer estas páginas le habrá sido útil tam-

² Mínimanente sus libros *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000 y *El “common law”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

³ Sugiero *todas* sus obras. A lo largo de este librito el lector habrá encontrado citadas sólo algunas, porque no traté aquí todos los temas que él abarca.

⁴ Publicado en Madrid, 1988, por Civitas. 2^a Reimpresión 1997. También disponible gratuitamente en www.gordillo.com

⁵ Publicado en Madrid, 1982, por Civitas. Reimpresión 1995. También disponible gratuitamente en www.gordillo.com

⁶ Ed. Giuffrè, Milán, 1987.

bién al versado en derecho administrativo,⁷ su formulación actual puede ser atractiva igualmente para quien se interese por cualquier rama del derecho y para quien no conozca el derecho.

2. *Mis comienzos*

2.1. *La hipótesis de un futuro estudiante de derecho*

Nací el 22 de octubre de 1938 en el pueblito Ascensión, Partido de General Arenales, Provincia de Buenos Aires. Al tercer año de mi escuela primaria nos mudamos a Avellaneda, en el Gran Buenos Aires. Sucesivas mudanzas me llevaron al centro de Buenos Aires y a una vida algo nómada. Me gusta viajar.

En 1955 tenía 17 años y terminaba la escuela secundaria;⁸ me preparaba para ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Leí para ello (aunque no había examen de

⁷ De hecho, ahora comenzamos los cursos de posgrado remitiéndonos a esta base.

⁸ Ya desde la infancia tenía una tendencia libertaria: siempre *dediqué mucho más esfuerzo a estudiar por mi cuenta* que en los cursos sistemáticos. Siempre traté de aprender algo en cualquier circunstancia, en todo momento de la vida, hasta descansando y paseando: la mente funciona siempre. Empecé a estudiar, a mi pedido, antes de ingresar a la escuela primaria (no existía jardín de infantes y yo quería leer las tiras cómicas de las revistas y diarios: así tuve mi primera profesora o maestra particular). Enfatizo esto porque frecuentemente se me atribuye, inexplicablemente para mí, que sugiero no estudiar. Ver la nota siguiente.

ingreso) *La lucha por el derecho* de JHERING y muchas páginas de un libro clásico de *Introducción al Derecho*. Tenía una ilusión juvenil: “¡Qué lindo debe ser saber, en cada situación, si uno tiene o no derecho a algo!”

2.2. *Los estudios y la enseñanza de derecho*

En diciembre de 1958 aprobé la última materia, en 1959 rendí libre los cursos prácticos y obtuve mi diploma. En 1958 y 1959 hice lo que se denominaba Docencia Libre en Derecho Administrativo, básicamente un entrenamiento en docencia e investigación, con RAFAEL BIELSA; el doctorado formal lo comencé en 1959. En 1960 obtuve el título de doctor e ingresé como profesor adjunto en la cátedra de MANUEL MARÍA DIEZ, donde enseñaban JORGE TRISTÁN BOSCH y MIGUEL S. MARIENHOFF. En esa cátedra fui el primero en incorporarse, de una nueva generación: llegaron sucesivamente HÉCTOR A. MAIRAL, JORGE A. SÁENZ, GRACIELA REIRIZ y otros futuros profesores titulares de derecho administrativo. Era un ámbito de investigación y enseñanza; casi diez años después sería titular por concurso (1969), al igual que, poco más tarde, todos los demás. Al año siguiente de mi incorporación como profesor adjunto en Buenos Aires ingresé, en 1961 y por concurso, en la Universidad Nacional de La Plata, como adjunto de MIGUEL S. MARIENHOFF, a cuyo lado estuve hasta alcanzar él en 1968 su límite estatutario de edad; al asu-

mir yo la decanatura en 1969, mi primer acto fue elevar, por acto fundado y con éxito, su propuesta como Profesor Emérito.

2.3. La respuesta al interrogante juvenil. La primera lección de la vida

Nunca dejé de estudiar, hasta hoy, pero sólo empecé a trabajar al ingresar en 1961 a la Procuración del Tesoro de la Nación. Allí comencé realmente a aprender, pues sólo se aprende *haciendo*.

En pocos años más supe que mi hipótesis juvenil era falsa.

Aprendí que era exactamente al revés, que “saber” Derecho significaba que *nunca estaba seguro de nada*, que nunca sabía si tenía o no derecho a algo en una situación determinada, salvo las cosas demasiado obvias para las cuales tampoco hace falta haber estudiado derecho.

Con más años todavía, acepté que aquella inicial falta de certidumbre era normal, perpetua, inmodificable y hasta deseable; que lo importante eran los grandes valores y principios, que no proporcionan una regla declinable como un verbo pero sí una orientación valorativa. Era para seres pensantes, no para autómatas.

2.4. Estudiar, siempre estudiar. Pero no alcanza

Recuerdo el consejo de un viejo abogado que en 1955 me vio estudiar y me decía, básicamente,

que lo fundamental era estudiar *después* de recibido; me recomendaba que desconfiara de cuánto me enseñaran en la Universidad, eso no era la profesión de abogado. Sí, me aconsejó estudiar poco en la Universidad.

Cuando en la actualidad y a pedido de algún padre que quiere orientar a su hijo, doy consejos individuales a un joven estudiante, el *feed back* a través de sus padres es que le dije que *no hacía falta estudiar*.⁹ Por supuesto que hace falta estudiar, mucho y *siempre*, aunque más no sea porque el derecho muta constantemente: siempre hay nuevas leyes, nuevos tratados, nueva jurisprudencia, nueva realidad en que insertar el sistema jurídico. Ignorarlo es asegurar el propio fracaso.

Nadie puede ser buen abogado si no estudia el sistema jurídico, las normas, los fallos, la doctrina, todo. Siempre.

Pero no alcanza. Es condición necesaria, pero no suficiente. Y no es quizás la más importante, pues ocurre que no hacen falta tutores para leer libros, pero sí maestros para aprender un oficio.

También hay que estudiar la realidad y las disciplinas de aproximación a ella.

Eso último es también condición necesaria aunque materialmente imposible. El hombre no puede determinar la verdad en la realidad. Allí comien-

⁹ Ningún alumno que haya rendido un examen conmigo dirá que ello pueda ser cierto. Pero eso sí, jamás tomo examen de libros.

zan los grandes fracasos de los abogados, que son parte inevitable de su vida profesional. Es lo mismo que los errores de los médicos. A su vez, nadie concebiría un profesor que enseñara medicina y no atendiera pacientes ni intentara curarlos, ni mostrara pacientes a sus alumnos; debe enseñar a evitar errores. Pues si no, qué: si no los errores que se hace vivenciar, entonces los conceptos que dicen los libros más su propia opinión *in vitro* (en abstracto, en base a la razón) sobre ellos, sobre los fallos, las normas. Pero eso no sirve para que el otro aprenda a *trabajar*.

2.5. La segunda lección: intentar ver la realidad

Aprendí en la profesión que es imposible ver bien la realidad, que uno se equivoca constantemente, que los errores pueden ser terribles y aparentemente imperdonables. Es lo que hay que enseñar y aprender, para mejorar nuestra visión. Tomemos como ejemplo de esto solamente una cuestión de papeles: es no ver una página, leer mal algo, confundir un original con una fotocopia, leer incompleta o superficialmente, no advertir que falta una firma, no encontrar lo esencial, no saber leer la letra chica ni entrelíneas... Más todos los objetos de la realidad sensible, más la mente humana... Los errores son infinitos y sólo el tiempo y la experiencia va disminuyendo, pero nunca eliminando, el margen de error.

Con inteligencia, se aprende del propio error. Con mucha inteligencia, también del error aje-

no. Hay que aprender a ver que el error es nuestra condición humana, no un fracaso personal. Hay innumerables ejemplos de error y no deben verse con censura ni rubor. Hay que aprender a verse uno mismo en la situación del otro y tratar de registrarla para no repetir el mismo error. Ya que es inevitable equivocarse, por lo menos que sea un nuevo error, no el mismo.

Damos aquí uno sólo, a título de ejemplo: se trata de la norma que obliga en los productos importados a que la etiqueta señale el país de origen. Norma clara y sin problemas. El importador de un producto fue multado por la administración por tener una etiqueta que no cumplía el requisito. Demandó. El juez de primera instancia, verificando que no se indicaba el país de origen, confirmó la multa y rechazó la acción. La cámara revoca el fallo, señalando que puesto que la etiqueta indicaba su procedencia de la Unión Europea, esto era suficiente identificación. Elaboró para ello una serie de buenos argumentos para superar la norma que exigía la mención precisa del país. Una trabajosa pero buena solución jurídica, que en definitiva hace decir a la norma lo que la norma no dice, sin ser ella injusta ni arbitraria. La Cámara entendió, en ese aspecto bien, que *la multa* era una solución injusta y arbitraria, no la norma.

Hasta allí, bien. Pero ocurre que el propio fallo transcribe en forma íntegra la etiqueta. Y la etiqueta dice “Producto elaborado en la Comunidad Económica Europea [...] siguen dos o tres ren-

glones de texto...], Toledo, España.”¹⁰ O sea, la etiqueta señalaba el país de origen y no lo advirtieron la administración que multó, el juez que confirmó la multa, la cámara que la revocó y el abogado que llevó el caso (pues de otro modo, si hubiera destacado la parte pertinente del texto de la etiqueta, hubiera ganado por esa razón y no por el ahora innecesariamente alambicado proceso de reinterpretación normativa).

Cuídese el lector de censurar muy vivamente a las partes y jueces de este proceso. Aprenda, primero, que el error, aún el manifiesto, es normal. *Sapere vedere es intrincadamente difícil* para los seres humanos. *Perfección en el sapere vedere?* Imposible. Como dijo LEIBNIZ, los datos de la realidad son infinitos; nuestra capacidad, finita.

En el ejemplo, el abogado no debe entrenarse solamente en leer la norma respecto a las etiquetas y sus posibles reinterpretaciones en un caso injusto, *debe entrenarse en leer etiquetas*. Esto no es un chiste, es la verdad. El que crea que es un chiste no está leyendo bien este libro. Pues si no se lee bien la etiqueta, todo lo demás es inútil y por añadidura equivocado.¹¹

¹⁰ CNCom., Sala E, *Plan Rombo*, ED, 8-II-2000, p. 7, cap. II.

¹¹ Hay un caso excelente por diversos motivos que luego explicamos, que también incluye la lectura de etiquetas. Ver *The Scotch Whisky Association Ltd.*, CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000, *LL*, 2000-C, 696.

3. Mi aprendizaje jurídico

3.1. La función pública

Permítaseme repetir algo muy importante para mí: Los primeros y mejores tiempos años de mi vida profesional los pasé en la Procuración del Tesoro de la Nación, de 1961 a 1968, donde básicamente *aprendí Derecho* (léase pues: no lo aprendí en la Universidad)¹² trabajando en preparar proyectos de dictámenes. Me lo enseñó un abogado magnífico: RAFAEL CASTRO VIDELA.

Ocurrieron después otros pasos accidentales —y accidentados— por la función pública, ejerciendo la decanatura de Derecho en 1969 (La Plata) y 1973 (Buenos Aires). También en 1983/4 pasé fugazmente por el Directorio del Instituto Nacional de Administración Pública.

3.2. Patrocinio y asesoramiento al sector público y privado

Hubo años de asesoramiento al sector público en el ámbito internacional. En el nacional, en ese largo período de más de cuatro décadas, asesoré y patrociné alternativamente al sector público y

¹² No porque no hubiera profesores que enseñaran a trabajar, sino porque “aprendí” erróneamente de mis compañeros que era mejor evitarlos. Demasiado trabajo, demasiada inseguridad. La situación se repite hoy en día, con un agravante: la inserción laboral es más difícil y para mejorar sus chances deben hacer postgrados y/o hacer *Masters* en el exterior. Como se advierte, es más caro y lleva todavía más tiempo que estudiar bien en la carrera desde el vamos.

al privado. Conozco “los dos lados del mostrador” y trato de mantener siempre ese doble enfoque de las cosas. Para trabajar eficazmente como abogado, sea de un particular o del Estado, es *indispensable* entender cómo es la situación y la estrategia del otro.

3.3. Stage en el Consejo de Estado de Francia

En 1984 hice un *stage* en el Consejo de Estado de Francia, donde de la mano de GUY BRAIBANT tuve el inusitado privilegio de presenciar los debates de una *Assemblée Restrainte* y de algunas comisiones internas. Esa experiencia me confirmó una vez más que *el derecho, en su ejercicio concreto, es una experiencia universal*.

Es a su propia costa, en su propio perjuicio intelectual, que quienes lean reflexiones empíricas crean que ellas se dan solamente en el mundo del *common law*. Craso error. Lo he hablado por doquier con cuanto magistrado o experimentado abogado litigante he tenido el placer de conversar; he dictado seminarios exclusivamente para magistrados, donde los participantes analizaban este tema y llegaban a las mismas conclusiones metodológicas comunes.

3.4. Integración de tribunales administrativos internacionales

Una de mis experiencias enriquecedoras fue integrar tribunales administrativos internaciona-

les: seis años en el Tribunal Administrativo del BID, culminando como su Presidente, ocho en el tribunal administrativo del FMI.

En los tribunales internacionales, obviamente integrados por magistrados de distintas nacionalidades y por ende distintas culturas y sistemas jurídicos, del *common law* o no),¹³ verifiqué aquello que se lee en sus estatutos, que cada juez *no debe ni puede invocar ni aplicar su propio derecho nacional*.

Si cada juez no puede invocar su propio derecho nacional (constitución, leyes, jurisprudencia,

¹³ En estos tribunales tuve el inmenso honor y privilegio de trabajar –en distintos momentos, claro está– junto a un magistrado de toda la vida, norteamericano; un distinguidísimo jurisconsulto norteamericano de derechos humanos; un profesor suizo que hoy es presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el entonces presidente de la CS de Barbados; el entonces Presidente de la CS de Jamaica; el entonces presidente de la Corte Internacional de Justicia; un magistrado del Consejo de Estado de Francia; un catedrático japonés; uno egipcio; a más de los magistrados de nuestra área: un costarricense, dos brasileños, un mexicano, un salvadoreño, un venezolano. Fueron iluminantes, además de conversaciones a lo largo de toda la vida con profesores y magistrados locales, pequeñas charlas informales con un miembro de la Corte Constitucional italiana, uno de la CS de Estados Unidos, uno de la CS de Brasil, uno de la Corte Constitucional chilena y así sucesivamente. Sería absurdo pretender que dirían lo que decimos aquí; pero injusto no reconocer que mucho se lo debemos a ellos. En la profesión, cuando trabajamos con otros profesionales de experiencia, aprendemos las mismas lecciones vitales. Nadie que ejerciera activamente la profesión desde la abogacía, la función pública o la magistratura, nos enseñó algo que esté en discrepancia sustancial con lo que aquí explicamos. Los colegas académicos no siempre piensan lo mismo.

doctrina), el único campo común de pensamiento y acción de todos son las pocas normas expresas que deban manejar y aquellos grandes principios o valores jurídicos que comúnmente acepten. La lista se repite con sólo variaciones de época y país: razonabilidad, proporcionalidad, debido proceso legal, buena fe, prudencia, no dañar al otro, etc.

Los otros tribunales internacionales están en igual situación: Corte Internacional de Justicia, Tribunal Europeo de Justicia, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo mismo sucede, por lo general, con los tribunales arbitrales internacionales, aunque los tratados o los compromisos arbitrales les indiquen fallar según un derecho nacional, pues en tal caso la magistratura funciona, según veremos, de la misma manera.¹⁴

Ocurrirá igual con la próxima Corte Penal Internacional.

3.5. Docencia e investigación

En estos más de cuarenta años ejercí con ahínco la docencia, a tiempo parcial pero continuadamente. Lo mejor de mis esfuerzos, con todo, se lo

¹⁴ A veces la norma indica que el tribunal aplicará también los principios del derecho internacional, como el tratado bilateral Argentina-Sudáfrica (ley 25.352), art. 9.4 *in fine*.

dediqué y dedico a la investigación libre,¹⁵ a escribir y publicar, a viajar a congresos y conferencias internacionales (pues la diversidad enriquece, la homogeneidad no) y a escuchar a colegas (magistrados, profesores, abogados, funcionarios) de distintos ámbitos y países. He escuchado a magistrados contar en privado lo que no contarían públicamente, porque ello no es propio de su profesión judicial (el juez habla por sus sentencias, no las explica oralmente). En cambio, en una variante algo diferente, siempre escucho a algún colega del mundo académico —tanto de nuestro país como de distintos países europeos— parecer algo sorprendido si algún magistrado judicial de cualquier parte del mundo le ha contado la simple realidad de cómo y por qué se ha resuelto algún caso.

3.6. *Las lecciones de la experiencia*

He leído aquello de que la democracia o el Estado de Derecho es no un gobierno de hombres sino de leyes y he leído a otros señalar, a la inversa,

¹⁵ Salvo mi tesis doctoral, que la hice en 1958/9 con una beca de Iniciación Científica del hoy CONICET. Hacer una investigación en la que uno sabe que debe rendir cuentas de ella a otro no es lo mejor. Al menos yo no quedé satisfecho y nunca publiqué el resultado, un innecesariamente voluminoso trabajo de 558 páginas (yo quería *demostrar* mi trabajo *material*; descuidé la *calidad* del resultado *intelectual*). En cambio prefiero investigar libremente, caóticamente. Los proyectos los empiezo, sigo o discontinúo, termino o no, sin rendir cuentas a nadie que no sea yo mismo y, claro está, mis lectores.

que una de las claves de la democracia es la eterna vigilancia social sobre los que mandan y los que juzgan, pues los hombres siempre yerran y no siempre obedecen a las leyes, aún cuando ellas sean claras.

Aprendí que es fundamental que los que manden estén divididos, fracturados y que sean controlados por *a) magistrados ajenos a la contienda* (terceros desinteresados del proceso), *b) independientes* (no sujetos a órdenes o instrucciones de nadie respecto a cómo decidir), *c) con instancias revisoras (doble instancia plena como mínimo, más alguna instancia extraordinaria)* y *d) bajo control social* (debemos vigilar qué hacen). Ayuda un buen Senado, un Consejo de la Magistratura, un tribunal de enjuiciamiento de magistrados, un *ombudsman* judicial.

Me di cuenta que si bien hay que trabajar casos concretos, es errado buscar soluciones prede terminadas y ni siquiera —*ex post*— certeras. Que la certeza no existe en el mundo de los hombres. Cualquier médico lo sabe. Cualquier abogado también, aunque acepte que debe conocer los libros. Pues *aprender*, se aprende *haciendo*.

En el camino me encontré nuevamente con JHERING, esta vez en su polémica vital con SAVIGNY (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*).

4. *Los ensayos. Los tiempos*

Luego de un comienzo kelseniano-axiológico-empírico en mi *Introducción al derecho administrativo* de 1962, comencé a ensayar parte de es-

EPÍLOGO

tas nuevas explicaciones, primero en la segunda edición de *El acto administrativo*, en 1969; luego a través de las sucesivas ediciones del tomo 1 de mi *Tratado*, desde 1974 en adelante. En 1984 publiqué en Madrid mi *Teoría general del derecho administrativo*, donde seguí elaborando el tema. Lo continué en un trabajo que hice a propósito de mi *stage* en el Consejo de Estado de Francia, inédito pero que expliqué, en 1985, en el Doctorado en Derecho Administrativo de la Universidad de París II, por gentil invitación de YVES GAUDEMÉT. Hice un nuevo balance hasta 1988 en *El método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*; continué la reflexión y agregué en el tomo 2 del tratado —*La defensa del usuario y del administrado*— un primer capítulo sobre la prueba: sin prueba, no hay derecho.

Formulé un balance actualizado y ampliado al explicarlo en un cursillo que llamé *International Administrative Law: Common Law and European Continental Law*, que dicté en el año 2000 en Grecia, en la *Academy of European Public Law*, gracias a la invitación de mi amigo y distinguido colega SPYRIDON FLOGAÏTIS.

Creo que está listo para publicarse, no porque esté bien, sino porque es hora de escuchar más opiniones y experiencias, de compartir reflexiones en un ámbito más extendido.

CAPITULO XIV

OTROS METODOS

1. Realización de experiencias personales

La utilidad de que el alumno realice experiencias personales que no sean relativas a documentos sino a vivencias, dentro o fuera de la Facultad, depende mucho del sentido que el alumno o en su defecto el docente den al trabajo, previa o posteriormente a su realización.

Esto se ilustrará mejor señalando algunas experiencias posibles primero, y luego qué objetivos se pueden perseguir con ellas, en un plano general: nuevamente aquí, sólo cada docente puede saber si alguna de estas experiencias puede resultar de utilidad, y para qué. La segunda cuestión —el objetivo particular de la experiencia— condiciona ciertamente la admisibilidad misma del método referido en este párrafo.

2. Posibles experiencias en el ámbito de la Facultad

2.1. «ENTREVISTA PROFESIONAL»

Dentro de este grupo podemos mencionar la simulación de roles, por ejemplo, el profesor en situación de cliente y los alumnos en situación de estudio jurídico ¹, o a la inversa, a fin de que experimenten la entrevista profesional.

Lo óptimo sería contar en tales trabajos con preparación, asesoramiento e incluso dirección de expertos en psicología, pues toda entrevista concita elementos psicológicos ²; o incluso organizar cursos especiales al efecto ³; pero aún en ausencia de

¹ Como explícita con más detalles el inciso *h*) del artículo 4.^º de la Resolución 16.041/85.

² BLEGER, *Temas de psicología*, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; Charles NAHOUM, *La entrevista psicológica*, Kapelusz, Buenos Aires, 1961.

³ Como se ha comenzado a hacer en Harvard, según relata ROWLES, *op. cit.*, p. 383.

ella, y conscientes de nuestras limitaciones extraprofesionales, algo podemos y debemos al menos tratar de transmitir experimentalmente al respecto. Peor es que tengan que hacerlo, una vez más, solos en la profesión, sin haber recibido un atisbo de preparación universitaria.

Una de las dificultades prácticas es que los alumnos, ante la novedad, lo toman como juego antes que como trabajo de aprendizaje, y no toman notas adecuadas aún advirtiéndoles previamente de ello. Al evaluar el trabajo, surgen rápidamente los errores de información en que han incurrido por haber confiado ingenuamente en su memoria ⁴.

2.2. OTROS DESEMPEÑOS DE ROLES

Los roles pueden sin duda multiplicarse y dividirse: asignar roles diferentes a distintos alumnos o grupos de alumnos en un problema determinado que se plantea (abogado de una parte; abogado de la contraparte; directivos de las empresas, sindicatos, etc., en una situación litigiosa o negociadora; funcionario que debe informar, dictaminar o decidir; magistrado; funcionario judicial; legislador), cuidando de rotar en tal caso los roles entre los alumnos para que la experiencia sea más rica para ellos.

2.3. MOOT COURT ⁵

No tenemos conocimiento directo del funcionamiento de estos «Tribunales simulados» en los Estados Unidos, pero sí información de que constituyen una parte importante del aprendizaje.

En este criterio se constituye públicamente un Tribunal completo, en el que verdaderos magistrados desempeñan el papel de tales, y los alumnos hacen los diferentes roles correspondientes a las partes y sus letrados. El Tribunal dicta una

⁴ Sobre la necesidad y el modo de tomar humildes notas, ver, por ejemplo, Harry MADDOX, *Cómo estudiar*, Ed. Tau, Barcelona, 1969, pp. 104 y ss.

⁵ Ampliar en John T. GAUBATZ, *The Moot Court-Book. A Student Guide to Appellate Advocacy*, Ed. Michie, Virginia, 1979, y sus referencias.

sentencia «simulada» en el sentido que no es un «verdadero» pleito, pero *real* en cuanto es la sentencia que él dictaría como juez ante tales hechos y trabajos profesionales.

Tenemos entendido que se llega a hacer competencias interfacultades, y que en las competencias finales son incluso los magistrados de la Corte Suprema los que brindan su aporte constituyéndose en Tribunal de enseñanza y aprendizaje.

Los magistrados de la Corte Suprema también se brindan a veces para actuar como magistrados en este tipo de Tribunales, simulando instancias menores. Todo ello da una clara idea de la trascendencia que se asigna a este procedimiento de enseñanza.

Por nuestra parte, no conocemos de su aplicación en nuestro país.

3. Experiencias fuera del ámbito de la Facultad: visitas, gestiones, entrevistas

Puede también contemplarse sustituir un número reducido de horas de clase del curso por visitas —*lato sensu*, comprendiendo desde luego gestiones, presentaciones, y en general, actividades de toda índole que puedan ser de aprendizaje profesional— a establecimientos o instituciones que correspondan según la materia ⁶.

Pareciera posible así plantearse si en Derecho penal, bajo determinadas circunstancias y condiciones, una visita carcelaria o policial, o a un Juzgado penal, puede ser conveniente; en Derecho procesal, una gestión o aunque sea mera recorrida tribunalicia, o asistir a una audiencia de testigos, una absolutión de posiciones, una audiencia de conciliación; en Derecho administrativo, una gestión administrativa determinada relativa a cualquier servicio público con el cual el alumno tenga alguna cuestión pendiente o que plantear como usuario ⁷.

Los ejemplos se pueden multiplicar: en el caso del Derecho comercial podrá ser a una empresa, la Comisión Nacional de

⁶ El inciso *j*) de la Resolución 16.041/85 autoriza sustituir hasta cuatro horas de clase por curso.

⁷ Sobre esto ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, *op. cit.*, cap. IV, núms. 3 y 4.

Valores, la Bolsa de Comercio, el Banco Central, otros bancos oficiales o privados, etc.; en materia de Derecho aeronáutico podrá ser un aeropuerto y sus aeronaves, la torre de control, etc.; en Derecho marítimo un puerto —y sus ancladeros o amarraderos, vías de acceso, diversas instalaciones portuarias, grúas, etc.— y los buques.

En Derecho de los recursos naturales o agrario y minero, un establecimiento de una y/u otra índole, una usina nuclear, una represa, etc.; en Derecho del trabajo una fábrica, un sindicato, el Ministerio del Trabajo y sus delegaciones, etc.; en Derecho administrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, el Tribunal de Cuentas de la Nación, la Sindicatura de Empresas Públicas, etc.

También se pueden intentar otras experiencias sociales, como gestiones en defensa o promoción del medio ambiente⁸, control social de los medios de difusión⁹, ejercicio del derecho de réplica, intervención en audiencias públicas cuando las haya¹⁰, participación en organismos intermedios, asistencia a debates parlamentarios o del Concejo Deliberante, intervención en comisiones del Colegio Público de Abogados, realización de encuestas en el ámbito judicial o de la propia Facultad —sea profesores o alumnos—; todo ello sin perjuicio del clásico trabajo de «clínica jurídica» o «consultorio jurídico gratuito» que se suele hacer en los «prácticos» de la Facultad, pero nada impide canalizar también desde las materias concretas.

También puede resultar de utilidad que los alumnos entrevisten a determinada persona —especialista, funcionario, magistrado, profesional de la disciplina o de otras ramas o ciencias— para conforme a un esquema predeterminado con el profesor, indagar y aprender a indagar sobre el tema específico de la entrevista.

4. Objetivos particulares de la realización de experiencias

Es imprescindible que la visita o gestión no quede «descolgada» del resto del aprendizaje, que el alumno no sepa qué

⁸ *Op. ult. cit.*, p. 139.

⁹ *Op. ult. cit.*, pp. 140 a 145.

¹⁰ Al respecto ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, *op. cit.*, cap. IV, punto 5.

aprendió experimentalmente con la realización de la actividad. Actividades de esta índole deben ser precedidas de alguna orientación, o en todo caso continuadas con la discusión en clase de su significado como experiencia.

Esto se relaciona entonces con los objetivos de aprendizaje que persigue el docente al indicar la experiencia. Ellos pueden ser del siguiente tipo:

1.º Identificar algunos de los aspectos fácticos a los cuales la materia se refiere, y comparar su vivencia experimental con la recibida intelectualmente en forma apriorística.

2.º Reconocer en qué medida las personas concretamente involucradas, con su comportamiento y actitudes, influyen en el modo que la materia o sus problemas se presentan y resuelven en la realidad.

3.º Identificar qué posibles errores de comportamiento o actitudes pueden haber cometido los alumnos, en relación a las personas de la institución visitada o ante la cual se hizo la gestión, y analizar vías alternativas de comportamiento o actitud (entre errores y alternativas: ruego, obsecuencia, pedido respetuoso, «lobbying», reclamo enérgico, queja violenta, menosprecio, conmiseración, desconsideración, descortesía, ignorancia de la realidad, mejor o peor argumentación, exceso de utilización del tiempo de quien lo atiende, etc.).

5. El método de casos por «enseñanza programada»

Existe un método de aprendizaje que habitualmente se denomina «enseñanza programada»¹¹. Hay múltiples variedades de él, una de las cuales consiste en preparar un libro que plantea problemas o casos al alumno y ofrece un «cuestionario de respuesta múltiple» con diferentes respuestas que se ofrecen al lector para su elección, y ramifican diversos caminos según la opción elegida. Esta es la «enseñanza programada ramificada» por el método de casos, en la variante de opciones de respuesta múltiple.

¹¹ Para un introducción al tema, ver, por ejemplo, William A. DETERLINE, *Introducción a la enseñanza programada*, Troquel, Buenos Aires, 1969, especialmente pp. 53 y ss.

Según la respuesta que el lector elige en el primer caso, el programa le indica acudir a otra parte del libro, donde:

- a) Si su respuesta es «correcta» le formula algunas conclusiones y le envía al siguiente problema;
- b) Si su respuesta es incorrecta, le proporciona la información adicional que su respuesta errónea sugiere le hace falta, y según sea el tipo de error cometido:
- c) Lo hace retroceder y elegir *otra respuesta del mismo caso*; o
- d) Si el error no es sino parcial, o si ya ha agotado los reenvíos al primer problema, entonces lo dirige al siguiente problema.

En algunos de los problemas posteriores hay respuestas erróneas que son control de la perdurabilidad de la corrección de anteriores equivocaciones en los primeros casos: si el alumno vuelve a equivocarse, es nuevamente reenviado al problema que sólo en apariencia había superado.

Así se procede sucesivamente hasta que el lector agota todos los problemas y todas las respuestas; el libro ¹² se arma de tal manera que no puede ser leído «de corrido», ni «consultado»: es forzoso resolver los problemas en el orden planteado, resultando entonces un verdadero «rompecabeza» en el cual es necesario inevitablemente resolver los casos por el camino marcado en el libro, hasta terminar con todos los problemas.

El incentivo de auto-aprendizaje, pues de ello se trata, es no sólo el estímulo que brinda, el mayor interés de la lectura, etc., sino además que uno cualquiera de tales problemas puede ser materia de examen.

La idea es que la cantidad de lectura y trabajo mental se amolda a las necesidades de cada alumno, y así, por ejemplo en un tema de interés general ¹³ se puede leer en menos de una

¹² Desde luego, en vez de un libro puede ser un programa cargado en una computadora, para lo cual no existen dificultades tecnológicas. Sí las hay prácticas, como explicamos con carácter más general en el cap. VI, núm. 3.

¹³ Un entretenido libro de administración de empresas emplea este método y puede ser una forma adecuada y divertida de conocerlo:

hora un centenar de páginas, resolviendo adecuadamente los problemas allí planteados; o si los problemas se solucionan equivocadamente, la lectura y razonamiento puede insumir uno o varios días de trabajo, según el material de que se trate, su grado de complejidad, etc.

Cuesta *muchísimo* trabajo preparar un libro por enseñanza programada ramificada con método de casos, y realmente hay desproporción entre el esfuerzo que requiere y el resultado que brinda si no es para grupos muy numerosos de alumnos.

Pero en tales grupos masivos puede ser un elemento útil. Por nuestra parte, en un tema de carácter general e interdisciplinario hicimos una obra utilizando en menos de un centenar de páginas tal mecanismo¹⁴, pero no lo hemos vuelto a experimentar para temas generales; tampoco lo hemos realizado para materias del final de la carrera, ni lo recomendamos para ellas¹⁵.

Sin embargo, en las materias de los primeros años, quienes tengan dificultades con el carácter masivo de la enseñanza y quieran mejorarla desde adentro, encontrarán que este método les permite brindar a sus alumnos una valiosa herramienta de auto-aprendizaje y nivelación básica o introductoria, empleando el método de casos. Solamente deberán tener presente las salvedades globales que recordamos en el capítulo XVI, si ellas resultaran pertinentes.

Anthony BURTON, *A Programmed Guide to Office Warfare*, Panther Books, Londres, 1969.

¹⁴ En las págs. 3 a 72 del libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, que fuera edición simultánea en Ediciones Macchi y la Alianza para el Progreso, México y Buenos Aires, 1973. Posteriormente reeditamos la obra, prescindiendo de la introducción programada, bajo el título de *Introducción al Derecho de la planificación*, Caracas, 1982.

¹⁵ También Roberto J. VERNENGO hizo en Filosofía del Derecho, hace más de una década, un libro experimental por instrucción programada; al igual que nosotros no lo ha vuelto a editar, ni utilizar bajo ese procedimiento de aprendizaje. Son los dos únicos casos, ambos frustados, que conocemos en nuestro medio.

CAPITULO XV

PLAN DE ACTIVIDADES DEL CURSO

1. Programación previa en equipo

Es necesario programar anticipadamente qué se va a mandar hacer en cada una de las clases de un curso, porque contribuye efectivamente a un ordenamiento de toda la actividad de aprendizaje del curso ¹.

Es esta una tarea en la que deben trabajar en equipo el profesor titular y sus adjuntos, o los adjuntos y la dirección del Departamento, etc., a fin de aprovechar las experiencias de cada uno y asegurar consenso y coherencia en la ejecución.

A fin de poder continuar utilizando, con las debidas modificaciones, las programaciones anteriores, resulta útil numerar simplemente las clases y dejar para una cuestión de almanaque determinar qué número corresponde a cuál clase.

Hacer la programación global antes de iniciar el curso tiene una gran ventaja pedagógica, y es que permite determinar en una sola oportunidad —que pueden ser semanas de trabajo previo, desde luego— cuál es el equilibrio que se da a las distintas actividades de aprendizaje, cuáles técnicas o métodos se usan y cuáles no, cómo se mezclan unos y otros cuando ello es posible, cómo se gradúa la dificultad creciente de los trabajos que se van dando.

2. Programación de las evaluaciones

Además, al programar las actividades de aprendizaje de los alumnos sale naturalmente la determinación de las fechas aproximadas en que se tomarán los exámenes parciales, y la decisión de en qué consistirán los mismos.

¹ Y porque lo requieren las disposiciones actuales.

Desde luego, si se ha exigido la realización de trabajos de aplicación a lo largo de todo el curso, no es coherente tomar luego un examen teórico; aunque confesamos que en muchos años hemos tomado los parciales divididos en mitad teóricos y mitad prácticos. Actualmente estamos tomando los parciales y final exclusivamente con casos prácticos, a libro abierto, lo que no ha provocado otras dificultades que el abandono de alumnos a los cuales la carga de tareas durante el curso les resultó excesiva. Trabajamos siempre en la búsqueda del equilibrio más adecuado, desde luego, y esto nuevamente es algo que no puede resolverse sobre la marcha sino en la tranquila reflexión de sucesivas reuniones de cátedra.

3. Prueba anónima

En muchas Universidades de países desarrollados es ya costumbre tradicional que las pruebas se rindan en forma escrita y anónima, para que el profesor al calificar no se deje influir por su percepción personal del alumno, sino por la calidad objetiva de su trabajo.

El modo práctico de realizarlo es identificar cada prueba, por ejemplo en el ángulo superior derecho, con los datos del alumno y un número que se repite en el ángulo izquierdo; el ángulo derecho se recorta y se guardan todos los recortes en un sobre que se cierra y firma en presencia de los alumnos, incluso cruzando los cierres con firmas de ellos. Cada prueba queda sólo identificada con un número, el profesor desconoce a quién corresponde cada número, y sólo después de dadas públicamente las notas se abre en público el sobre a fin de determinar a quién ha correspondido qué nota.

4. Evaluación cruzada

Aún mejor nos parece el sistema en práctica en la Escuela Nacional de Administración Pública de Francia, a la cual se ingresa habitualmente con dos títulos universitarios ya obtenidos, y además previo rigurosísimo examen de ingreso. Todo el trabajo posterior de aprendizaje y evaluación es igual y altamente exigente.

Pues bien, la práctica en dicha Escuela de altísimo nivel es que los profesores que dan los cursos *no son los que calificarán a los alumnos*. Los que califican son siempre profesores de cursos anteriores, u otros profesores que no están dictando cursos.

En el caso de nuestra materia, el sistema que utilizamos en la actualidad es que las pruebas y los expedientes con los trabajos de aprendizaje de cada alumno son evaluados separadamente por otros dos profesores adjuntos de la cátedra, cada uno de los cuales elabora una lista de calificaciones sin conocer las que ha puesto el otro, ni la opinión individual del docente a cargo del curso.

Una vez terminada esta tarea de doble corrección de cada comisión por dos profesores de otras comisiones, se reúnen los adjuntos con el titular y se comparan las notas: los que han calificado unifican sus notas si son próximas, y si hay diferencias importantes en la calificación la prueba es leída por el titular y por los demás profesores, arribándose de tal modo a una nota final del equipo docente.

Si el adjunto a cargo del curso considera que la nota resulta injustamente baja para algún alumno que él tiene especialmente calificado, el caso es discutido, y sopesando ambos elementos se llega a la calificación final. Sobre el peso de uno y otro aspecto nos remitimos al punto siguiente.

Obviamente, este tipo de calificación cruzada demanda un gran esfuerzo docente, pero en cambio contribuye enormemente a aproximar criterios sobre la realización y forma de encarar los diversos trabajos, casos, etc., que se van dando. Resulta así un instrumento potentísimo de integración metodológica y también científica del grupo.

Para evitar una de las quejas de los alumnos, no acostumbrados a estos métodos de calificación, de que sea alguien «anónimo» quien califica, hemos organizado cruzamientos sistemáticos de todos los adjuntos por todas las comisiones — siguiendo desde luego el mismo plan de trabajo ya mencionado— con lo cual la mencionada crítica se ha morigerado sustancialmente. Desde luego, mejora también de tal modo la variedad de experiencias y enfoques metodológicos que el alumno recibe de los distintos adjuntos y del titular.

5. Observaciones comunes

5.1. ¿El «ALEGATO DE OREJA»?

Las clases que hemos tenido oportunidad de presenciar en el exterior, en que se desarrollaban cursos con este sistema, daban una relación entre los alumnos y el profesor muy clara: nadie se siente particularmente interesado en colocarse en «primera fila», «intervenir activamente», «demostrar» sus «aptitudes» e «interés» con los múltiples recursos que todos conocemos; causar, en suma, la mejor impresión posible en el profesor.

Si la impresión personal del profesor sobre el alumno no juega un rol decisivo en la nota, la preocupación del alumno —y del docente— es en mayor medida aún la de verdaderamente aprender —y enseñar— a resolver en serio los problemas, porque de nada le servirá «semblantear» a su profesor para calcular cómo podrá ser la evaluación. Mejor le conviene entrenarse en hacer el tipo de trabajos sobre cuya base se le evaluará.

Algo similar le pasa al profesor: son siempre otros los jueces del resultado de su trabajo docente, con lo cual hay una suerte de evaluación objetiva permanente de los resultados de su enseñanza, que al ser efectuada en equipo dentro de una misma cátedra permite incrementar el aprendizaje recíproco sin asperezas ni resentimientos.

La crítica que todavía suele formularse a uno u otro de estos sistemas, es que impiden valorar adecuadamente el interés, la participación, dedicación, etc., del alumno. Nos parece una crítica errónea. La participación, el interés, la dedicación, etc., del alumno se meritúan perfectamente, junto con su capacidad, *a través de los trabajos y casos que ha ido entregando en tiempo y forma a través de todo el curso*.

Es esta una prueba cierta y objetiva de su interés, dedicación, trabajo, participación, capacidad, y no depende de un juicio subjetivo determinado por su cantidad de intervenciones espontáneas, consultas «inteligentes», etc.

Lo cual nos lleva a la práctica, por nadie desconocida, del «alegato de oreja» en Tribunales o del *lobbying* en la Administración o en el Congreso. En el Poder Judicial, algunos jueces

no la aceptan si no es en presencia de ambas partes², otros incluso la fomentan porque favorece la inmediación³. Los abogados litigantes tratan de hacerlo⁴. Pero convengamos que en nuestro procedimiento escrito no siempre el abogado tendrá la oportunidad de hacer el «alegato de oreja» al magistrado o funcionario, e incluso a veces desconocerá qué asesor o funcionario será el que verdaderamente preparará, en base al expediente, el proyecto que finalmente suscriba la autoridad⁵.

Dicho en otras palabras, el alumno como mínimo también debe aprender, o más aún *principalmente* debe aprender, a ser juzgado y evaluado por la calidad de sus escritos y no por la habilidad de sus comportamientos en el trato personal.

Por lo tanto, el deber del docente es entrenarlo a hacer buenos escritos, y para ello además de hacerle realizar tal tipo de experiencias de aprendizaje, debe igualmente *juzgarlo por la calidad de sus trabajos*, no por la impresión que personalmente le haya causado, buena o mala, al menos como regla general y principal.

5.2. EL NIVEL DE EXIGENCIA

Los profesores a veces pecan de inconsecuencia en quejarse del elevado número de alumnos, pero no ser lo suficientemente riguroso en las exigencias de aprendizaje y en los niveles de calificación.

Claro está, cualquiera sabe que aprobar a un alumno no ocasiona problemas inmediatos al docente⁶, y que a la inversa no

² Lord DENNING, para mencionar uno.

³ Lo cual es admisible si recibe o cita a *ambas* partes, y las escuchan en igual medida. Lo mejor, desde luego, es hacerlo a través de audiencias públicas convocadas por el propio Tribunal citando a ambas partes, para una misma oportunidad procesal. Lo trágico es que hay quienes escuchan el «alegato de oreja» de una sola de las partes, y no recibe o escuchan a la otra...

⁴ CARRIÓN, *Cómo argumentar...*, art. cit., pp. 50 y 51, quién también señala sus inconveniente, concluyendo «que no puede recomendarse su adopción universal», p. 51.

⁵ Es la vieja observación de Sauvy, que desarrollamos en *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 51 a 53.

⁶ Existen, aunque son excepcionales, los casos de profesores que han debido dejar la cátedra por lisa y llana irresponsabilidad en su excesiva benevolencia.

aprobarlo implica quejas personales, reclamos grupales, discusiones, llegando a los extremos de denuncias formales ante las autoridades, etc.

Allí les toca compartir suerte tanto a los profesores arbitrarios en el reprobar (no a los arbitrarios en el aprobar), como a los profesores exigentes pero razonables o al menos coherentes en el nivel de exigencia aplicado a sus diferentes alumnos.

Creemos que se trata de una cuestión de responsabilidad del profesor frente a su conciencia y a la sociedad: ¿asume él en plenitud de espíritu que está probando la treintava parte (o lo que sea) de un *profesional*? ¿Asume su responsabilidad por la aptitud o ineptitud profesional, en esa proporción, del alumno frente a sus futuros clientes, etc.?

¿Cumple él mismo con el rol de responsabilidad social que le toca dentro de la profesión, y en que debiera ser uno de los objetivos de enseñanza y aprendizaje de sus alumnos?⁷ ¿Enseña con su ejemplo el ejercicio de esa responsabilidad?

¿Da testimonio con sus actos de la *justicia* a que aspira para la sociedad? ¿O da testimonio de una sociedad *sin valores de capacidad, esfuerzo y trabajo*, de premios y castigos a quienes cumplen e incumplen respectivamente?

¿Está aprobando una parte de un profesional eficiente o parte de un irresponsable, incapaz, etc.? Si ello ocurre, ¿no es él mismo *algo* de aquello que en esa *parte* aprueba bajo tales condiciones? La irresponsabilidad o incapacidad de algunos profesionales, ¿no es la suma de las partes proporcionales de irresponsabilidad o incapacidad de quienes fueron sus profesores?

De todos modos, ¿no debiera compartir algo de esta responsabilidad el Colegio Público de Abogados? ¿No debiera renovarse la vigencia de la matrícula cada década, previos requerimientos de actualización a cumplir ante el Colegio?

Por nuestra parte, cada vez que encontramos un profesional competente que dice haber sido alumno nuestro, nos enorgullecemos; y cada vez que encontramos un profesional incompetente

⁷ *Supra*, cap. I, punto 3, núms. 7 *in fine* y 9.

que dice lo mismo, nos avergonzamos: él es así en parte por nuestra culpa, esto constituye un hecho inescapable.

No critiquemos pues en exceso a la Universidad masiva, ni el ingreso «irrestricto», pues no está mal que estudien muchos o todos: nos compete a los docentes aplicar un *egreso restricto* en cada materia.

Seamos conscientes que nuestra responsabilidad como docentes es que efectivamente *estudien y aprendan*, no que *cursen y rindan*; y al calificar, nuestro deber no es verificar meramente su asistencia, buena predisposición, atención, regularidad, etc., sino fundamentalmente su *aptitud* para ejercer la treintava parte de la profesión para lo cual lo aprobamos. De *sus* actos profesionales seremos nosotros, en esa proporción, moralmente responsables.

Y no se trata tampoco de reducir números, eliminar alumnos, etc., como con ingenuidad creen a veces nuestros hijos o nuestros alumnos; ni de crear «élites», reducir la competencia profesional, etc.

Si *todos estudian y aprenden, y todos resultan aptos, todos deberán aprobar*. Pero si esas condiciones no se dan, *no valen las excusas para aprobarlos*: ni el escaso tiempo de ellos, ni su trabajo, ni su cansancio ⁸, pues allí sólo ocultamos nuestra propia debilidad para asumir la responsabilidad de no aprobarlos, de enfrentar los disgustos de todo reclamo o protesta individual o colectiva.

A la inversa, asumimos la responsabilidad, frente a la sociedad, de los daños que su carencia parcial ⁹ de aptitud profesional provoque a terceros o a él mismo. De eso, moralmente al menos y por lo que hace a nuestra respectiva materia, nosotros somos los únicos responsables, puesto que la autoridad de la decisión fue puesta en aquel momento en nuestras manos por la sociedad.

En el juramento profesional del egresado va también, verdadero o falso, el juramento de los profesores que lo aprobaron.

⁸ O próximo nombramiento, inminente casamiento, viaje al interior, enfermedad, duelo, etc. Todo eso justifica *reprogramar fechas de examen, dar prórrogas, etc.*, pero el final es el mismo: debe demostrar en algún momento su *aptitud profesional* en la materia, para poder ser aprobado.

⁹ En lo referido a nuestra disciplina.

6. Evaluación del proceso

Al hacer la programación se puede ya prever y anunciar las ocasiones en que se requerirá a los alumnos la entrega de comentarios anónimos sobre el desarrollo del curso, conteniendo en su versión más simple: *a) Aspectos positivos, b) Aspectos negativos, c) Conclusiones y sugerencias.*

El Centro de Perfeccionamiento Docente de la Facultad cuenta con formularios más perfeccionados, y también presta su colaboración en la elaboración de los resultados obtenidos. A él pueden pues recurrir los docentes que deseen mejores instrumentos o ayuda en la tabulación, evaluación, sin perjuicio de otros importantes servicios que el Centro brinda a quienes se lo soliciten.

Por otra parte, la ventaja del método simplificado es que requiere menos elaboración y se puede conocer de inmediato con cierta claridad la evolución del curso, y tenerlo presente para la corrección de futuras planificaciones. También facilita devolver de inmediato la información al curso, comentándoles en la clase siguiente cuáles han sido los resultados de la evaluación anónima.

7. Una prospectiva de integración metodológica

La queja más común, al comienzo de los cursos, es que es «la primera vez» que hacen casos en la Facultad. Esto puede ser cierto en cada alumno individualmente considerado; pero en la Facultad de hoy una apreciable cantidad de cátedras y de adjuntos de cátedras dictan sus cursos empleando en gran medida el método de casos.

Tal vez sería de desear que esta información se unificara, y se ofreciera a los alumnos que lo deseen la posibilidad de seguir esta opción metodológica, que sin duda les supone mayor esfuerzo pero tal vez mejor preparación. Si de ese u otro modo el alumno pudiera seguir desde el comienzo hasta el final de su carrera aquellos cursos en los cuales sucesivamente se profundice en la aplicación de lo que será luego el método de trabajo en su vida profesional, sin duda que las quejas que actualmente se escuchan no existirían en igual medida.

8. Perspectivas

De todos modos, queda siempre como consuelo y satisfacción que aquellos que terminan este tipo de cursos, lo hacen reconociendo que ahora han comenzado a entender experimentalmente cómo se aplica el Derecho a los hechos de un caso concreto.

Si, por otra parte, cada vez más docentes experimentan con la indispensable prudencia en la aplicación de alguno o algunos de estos métodos, y se adecua el régimen de concursos de modo que no perpetúe de hecho el sistema de la clase magistral como método de promoción docente, mucho se habrá avanzado.

CAPITULO XVI

SALVEDADES FINALES

A continuación reproducimos, con ligeras correcciones, el trabajo que hicéramos en 1982¹ resumiendo veinte años de intentos de aplicar distintos métodos de enseñanza. Las correcciones que hemos introducido son mínimas, y han dejado incólume el sabor de las conclusiones. Si a pesar de ello lo incorporamos aquí casi inalterado, es por las siguientes razones:

a) Primero, para que no se concluya erróneamente que el tono más optimista de los capítulos precedentes responde a una experiencia de continuos «éxitos»;

b) Segundo, para que cada uno tenga presente la situación de espacio y tiempo en que le toca actuar, meritúe cuál es el grado de innovación que su medio le permite, y a qué costo, todo ello para tomar una decisión consciente y reflexiva;

c) Tercero, porque aun respondiendo a un tiempo político diferente², constituye de todos modos parte de la historia cierta del pensamiento de quien aquí intenta exponer su visión experimental de la enseñanza y el aprendizaje del Derecho, y puede arrojar luz sobre la evolución de su respuesta intelectual ante tales experiencias.

d) Cuarto, porque en cualquier país todo intento de reforma de la enseñanza del Derecho tropieza siempre con considerables resistencias y fracasos³.

El texto de aquel resumen de 1982 es pues el siguiente:

¹ *Adaptabilidad de los métodos a las condiciones económicas y sociales de la Universidad Argentina. Experiencias, art. cit.*

² Tiempo que anímicamente ilustra CARRIÓN en su artículo ya citado, *Funciones de la Facultades de Derecho*, en el cual toma como premisa la «desaparición del Estado de Derecho», y que fuera pronunciado como conferencia en las mismas Jornadas sobre Enseñanza del Derecho en las cuales nosotros aportamos la visión del presente capítulo.

³ ROWLES, *op. cit.*, p. 398, refiriéndose a los Estados Unidos.

1. Introducción

En esta comunicación se intentará analizar la adaptabilidad de los métodos de enseñanza y aprendizaje a las condiciones actuales de las Facultades de Derecho en la Universidad argentina, sobre la base de experiencias personales y grupales en el curso de los últimos veinte años.

En general, estimamos que los problemas que pueden presentarse y de hecho se han presentado no derivan fundamentalmente de cuestiones económicas, al menos en forma directa. En otras palabras, no hay significativas erogaciones que deba hacer un docente, ni tampoco un estudiante, y ni siquiera la Universidad, para intentar nuevos métodos educativos. Sin despreciar eventuales ayudas técnicas y humanas que pueden llegar a emplearse con utilidad, y que en cualquier caso tampoco son demasiado costosas, lo cierto es que un cambio en los métodos de enseñanza no requiere sino aptitudes y dedicación distintas de todos los actores del proceso de enseñanza y aprendizaje.

A lo sumo podría apuntarse un factor económico directo en el mayor tiempo que una propuesta renovadora de la enseñanza requiere de parte del docente, por lo menos en su propia etapa formativa de cambio. También en el caso del estudiante, si en los primeros años de la Universidad se le ha impartido enseñanza tradicional y no se le ha enseñado a pensar, resolver, comparar, discutir, crear, puede sentir que si esto se intenta de él en los últimos años, se le hace presión sobre su potencial *status* económico, al postergarle o complicarle la obtención de su diploma, en cuanto se le plantean situaciones o problemas que no está habituado a enfrentar.

Creemos que la mayor parte de los problemas se presentan al considerar en sentido lato las implicancias psicológicas, sociológicas y políticas de cualquier esfuerzo sistemático de renovación o cambio docente.

2. Adaptación del estudiante

2.1. RESISTENCIA AL CAMBIO

En muchos casos es dable encontrar una apreciable resistencia al cambio de parte de los estudiantes en todo lo no referido al trabajo activo y participativo en clase.

Así por ejemplo, no obstante que casi todo recién egresado suele quejarse de que en su formación universitaria no se le enseñó a hacer escritos, cuando esto es intentado en sus años de estudiante, invariablemente provoca no su adhesión sino su reclamo, por la cantidad de tiempo que le insume. Es un tipo de experiencia de aprendizaje que sólo a regañadientes ejecuta, y que provoca serias resistencias si se trata de profundizarla, por ejemplo a través de la preparación y seguimiento individual de un expediente. Sólo en dosis modestas, y preferentemente como trabajos grupales, lo acepta sin inconveniente.

Del mismo modo, la solución de casos y problemas prácticos concretos es vista de muy buen grado por el alumnado como actividad a ser realizada en clase, pero en cambio provoca resistencias cuando se lo encomienda como trabajo o ser ejecutado en la casa o, peor aún, cuando se utiliza el sistema de casos como modo de examinación: en particular, si se plantea al alumno el procedimiento de ser calificado sola y exclusivamente por su aptitud para resolver problemas concretos como le presentará luego la vida profesional, no se obtiene su adhesión; es que la posibilidad de ser enfrentado desde ya a un real y verdadero «fracaso» personal, por solucionar mal un problema, le provoca al alumno una dosis aparentemente demasiado grande de ansiedad e inseguridad.

En suma, el estudiantado por lo general sólo toma de buen grado una forma distinta de hacer la clase, pero no una forma diferente integral de aprender. Cambia gustoso la clase pasiva por la clase activa y participativa, pero no cambia con agrado sus hábitos de preparación para los exámenes ni sus actividades de aprendizaje fuera de la Facultad. Para el estudio en su casa y para el exámen, su inclinación natural es siempre por el más tradicional de los métodos.

Con las limitaciones antedichas —evaluación y trabajos a ser realizados fuera de la clase— la aceptación por parte del estudiante a cualquier método de clase activo y participativo es plena. Sin embargo, no está libre de contradicciones, como, por ejemplo, reclamar que algún tema «no fue dado», si el docente no ha procedido a explicarlo o tratarlo de algún modo semejante a la enseñanza tradicional.

Tampoco está libre de la contradicción fundamental de que nuevos métodos de aprendizaje sólo resultan bien recibidos en

la medida que le facilitan o mejoran su asistencia-participación en clase, pero no en tanto y en cuanto le significan un auténtico esfuerzo mayor al tradicional. De allí que el peligro con el cual el docente se enfrenta constantemente cuando intenta renovar métodos de enseñanza, es que los alumnos puedan llegar a confundir nuevos métodos educativos con menor estudio y mayor improvisación, en lugar de mayor trabajo y esfuerzo creativo serio.

2.2. ANSIEDAD

«Sin ansiedad no se aprende, y con mucha, tampoco»; «Lo desconocido es peligroso (persecutorio)»⁴.

Estas dos frases de BLEGER compendian a nuestro juicio adecuadamente la reacción posible del estudiante ante métodos que le resultan novedosos; aunque intelectualmente comprenda y acepte que son preferibles a los métodos tradicionales, no obstante le provocan una ansiedad que puede desbordar si no se dosifica prudentemente el grado de complejidad de los problemas.

Las tareas que resultan nuevas o desconocidas pueden ser percibidas como persecutorias, y si tomamos en cuenta que el argentino, como decía ORTEGA Y GASSET, suele ser un «hombre a la defensiva», fácil es concluir que el alumnado puede llegar a percibir como una agresión y una persecución de parte del docente, su intento de enseñarle mejor. Ello explica a veces reacciones de agresividad que algún alumno o alumnos a veces tienen hacia profesores o ex-profesores, fruto de haberse sentido agredidos o perseguidos por éstos en la realización de tareas de aprendizaje.

Si unimos lo aquí expuesto a lo señalado en el punto anterior, resulta ya claro que la primera dificultad que tiene el docente que quiera modernizar sus métodos de enseñanza del Derecho en la Universidad argentina, está precisamente en los destinatarios y presuntos beneficiarios de la reforma. De allí que sea indispensable tener especial cuidado en la explicitación a los educandos, desde el comienzo de cada curso, de cuáles son los objetivos que el docente quiere conseguir, como así también

⁴ BLEGER, *op. loc. cit.*

en el seguimiento y evaluación constante de la recepción que los alumnos tienen de sus actividades de enseñanza.

2.3. TRABAJO GRUPAL

2.3.1. *En clase*

Si bien la poca formación o aptitud del docente puede a veces influir adversamente en el trabajo grupal, lo cierto es que las experiencias y los repetidos intentos que se han realizado y realizan en el ámbito de Derecho encuentran una respuesta parecida: en general, una parte de los alumnos se resiste pasivamente a trabajar en grupos, lo cual se manifiesta en su escasa o nula participación, su falta de interés en escuchar opiniones de los compañeros, etc. Es casi siempre sólo una parte aquella que participa y trabaja activamente en cada grupo (por ejemplo, en un grupo de siete, tres o cuatro). Luego de concluidos los trabajos grupales, es posible advertir que el resto, o sea la parte pasiva del grupo, no considera haber realizado una actividad particularmente provechosa.

En cualquier caso, en los trabajos grupales no se observa habitualmente el fenómeno de la ansiedad ante situaciones nuevas a resolver, sino antes bien al contrario, curiosidad y hasta interés por ver funcionar en la práctica el procedimiento de aprendizaje. Ello hace que aun aquellos que no son entusiastas de este método de estudio, no tienen con todo objeciones serias que formular a su empleo en clase. Les puede resultar indiferente o interesante, según sus percepciones, pero no les resulta negativo. Otra cuestión diversa es cómo perciben otros docentes el trabajo grupal, tema que incluimos en el punto 3.3.

2.3.2. *Evaluación del trabajo*

Finalmente, conviene tener presente cuando se organizan trabajos en grupos, que si bien ellos contribuyen a desarrollar la actitud y aptitud creativa que el futuro profesional debe tener, son también campo propicio para la eventual improvisación lisa y llana de quienes no realizan el igualmente necesario trabajo previo y concomitante de investigación y análisis. Desde este punto de vista, y en atención a las circunstancias en las

cuales se realiza la experiencia educativa en el ámbito de Derecho, estimamos indispensable que el docente realice una devolución permanente de la información que produce el grupo, señalando específicamente sus falencias de información, análisis, etc., para mantener constante el equilibrio entre el trabajo o análisis de textos, materiales, etc., y la labor creativa.

2.4. EVALUACIÓN GRUPAL

Otro inconveniente que puede presentar el trabajo grupal, si el docente no explicitó muy claramente los métodos de evaluación a ser empleados en el curso, es que puede generar una expectativa y hasta un reclamo por métodos «grupales» de evaluación. Es claro que estas situaciones se produjeron particularmente en una determinada época de la Universidad argentina, y no puede menos que señalarse que constituyeron situaciones de falta de seriedad en el funcionamiento del sistema. Para poder emplear métodos semejantes de evaluación se requieren grados tales de madurez, responsabilidad, libertad, integración social y grupal, etc., como para transformarlos en utópicos en las Facultades de Derecho de la Universidad argentina actual y aún más, peligrosos en cuanto atentan contra la seriedad de la enseñanza y alimentan las reacciones no ya sólo contra tal evaluación, sino contra toda propuesta de renovar la enseñanza en cualquier aspecto.

Desde el enfoque de la experiencia concreta de las Facultades de Derecho de la Universidad argentina en los últimos años, no creemos que estén dadas las condiciones para intentar siquiera este tipo de evaluación. Ello, desde luego, sin perjuicio de que en cursos limitados el docente puede indudablemente formarse un concepto suficiente a través de la participación de cada alumno en los grupos: pero en tal caso estaremos ante una evaluación individual y no grupal.

2.5. FACILISMO

En una buena parte del alumnado existen a veces urgencias objetivas o subjetivas en terminar la carrera: en las materias de los últimos años, pues, es donde el docente encontrará este obstáculo a la introducción de métodos de enseñanza

que requieran un esfuerzo mayor o por lo menos distinto del estudiantado.

Por lo general, hay una tendencia a no querer recibir casi más nada de la Universidad salvo el título, a estudiar lo indispensable para concluir la carrera; hay un cansancio acumulativo de los años de estudio con métodos frecuentemente tradicionales, y esto crea en el alumno del final de la carrera una resistencia y hasta una indiferencia para toda propuesta de cambio que le parezca no facilitar sino complicar la obtención de su título. Pensamos por ello que el esfuerzo fundamental para cambiar los métodos de enseñanza debe ser realizado en los primeros años de la carrera: de lograrse entronizar un sistema de aprendizaje moderno, no habrá ya mayores resistencias en los últimos años a continuarlo. Sí en cambio lo hay a intentarlo por primera vez, como ocurre en muchísimos casos.

Cuando la facultad tiene diversidad de cátedras entre las cuales el alumno puede elegir, también es previsible calcular cuál será el grado de aceptación que cada una tendrá mayoritariamente; aquellas cátedras en que hay libro por el cual estudiar, o en que es más fácil aprobar, pueden atraer más alumnos. Aquellas cátedras que intentan métodos nuevos de enseñanza y plantean por lo tanto a los alumnos dificultades y problemas que los demás no les presentan, obviamente serán cuidadosamente evitadas por una gran proporción del alumnado, al menos para los exámenes libres.

Este tipo de dificultad es, sin duda, totalmente intrascendente —en tanto el docente tenga algunos alumnos, claro está— y no debe arredrar al profesor que desee concretar un método moderno de enseñanza. Simplemente se trata de tomar nota de la existencia del problema, que afecta entonces cuantitativamente al alcance práctico que tendrá en el alumnado la nueva experiencia que se esté intentando.

3. Adaptación del docente

3.1. RESISTENCIA AL CAMBIO

En los docentes se presentan también situaciones de resistencia al cambio, paralelas a las que por su parte tiene el alumno, y a veces más graves.

3.1.1. *El docente joven*

En el docente joven, por de pronto, nos encontramos habitualmente ante un abogado recién egresado que está haciendo sus primeras armas en la profesión y necesita aún afirmar su rol profesional y su *status*: esta básica inseguridad puede fácilmente traducirse en una actitud falsamente hipersegura frente a los alumnos, y en una tozuda tendencia a hacer sus experiencias docentes siguiendo las peores y más tradicionales pautas docentes: clase magistral, abundancia de citas, limitada participación estudiantil, omisión total de planteamiento de casos y problemas concretos para su resolución por los alumnos y debate con el docente, etc. Corresponde al docente de mayor experiencia, en tales casos, tratar de ayudar al docente joven a superar tales inseguridades y a encarar el proceso de enseñanza y aprendizaje con el entendimiento de que en la discusión y resolución de problemas también el docente aprende, y no necesita por lo tanto cobijarse en un falso rol magistral.

Hay también una generalizada suposición de que enseñar a hacer casos y trabajos prácticos, resolver problemas, preparar escritos, etc., es tarea de «ayudantes» de docencia: hasta el cargo docente intermedio de «Jefe de Trabajos Prácticos» sugiere que la práctica es una actividad docente secundaria, menos ensalzada que la verdadera «cátedra». Ello hace que los que son verdaderamente ayudantes de docencia, o jefes de trabajos prácticos, quieran hacer de profesores «en serio», y prefieran entonces dar clase magistral como aprendieron a hacerlo en toda su carrera, de tanto escucharlas así.

En tales casos se da a veces el curioso fenómeno de que quién más casos prácticos da es el propio profesor titular, mientras que, en cambio, dan clase magistral los ayudantes de docencia. Demás está decir que muchas personas que se desempeñan en la docencia, e incluso posiblemente una mayoría, consideran que el planteamiento de problemas y trabajos prácticos es tarea secundaria y complementaria, de menor rango académico, y que la clase debe ser magistral.

3.1.2. *El docente formado*

Sería, sin embargo, una gruesa injusticia suponer que es el docente joven el que plantea los mayores problemas. También

el docente formado, no obstante haber realizado eventualmente cursos de formación y perfeccionamiento docente, puede tener resistencias a propuestas modernas de enseñanza. Hay para esto diversas razones, algunas menos comprensibles y aceptables que otras.

En primer lugar, es obvio que la preparación de una clase tradicional requiere menos búsqueda y menos reflexión o preparación integral que una clase activa. La comodidad o la falta de tiempo, según los casos, puede ser uno de los primeros factores que conspire contra una modificación del método de enseñanza.

También el docente tiene que tener mucha seguridad intrínseca para estar dispuesto a razonar y discutir con los alumnos, enseñándoles a pensar, sin sentir por ello amenazada su autoridad o la disciplina del grupo.

No todo el mundo admite siempre fácilmente la discusión o el debate, y menos proveniente de quien está *prima facie* en una situación de cierta subordinación jerárquica; si a ello le agregamos que no siempre el joven estudiante cejará en su argumentación y se convencerá, sino que a veces hasta puede de pronto «ganarle» una argumentación al docente... se comprenderá que hay allí elementos disuasivos, para el docente, de la adopción o continuación de tales esfuerzos.

Pero, aun suponiendo que el docente supere bien todos estos escollos, y logre integrar una enseñanza moderna y participativa, con esfuerzo, dedicación, seriedad, etc., no por ello terminan los problemas.

3.1.3. *Otros docentes*

Es que el funcionamiento exitoso de un grupo docente, o aun de un solo docente, que logra hacer real un procedimiento de aprendizaje que al propio tiempo haga pensar y aprender a pensar, genera a su vez resistencias de otros docentes, en la misma u otras materias, que se sienten injusta e impropriamente comparados. Haga o no haga comparaciones el estudiantado, las hagan o no los interesados, virtualmente la comparación existe siempre: el mayor éxito y esfuerzo del uno son al propio tiempo en alguna manera el menor éxito del otro. Esto es una

«agresión» que no todos fácilmente toleran. En lugar de incrementar el propio esfuerzo docente y superar así en buena lid al que desde otra cátedra intenta algo distinto, alguno dedicará entonces su esfuerzo a destruir lo que el otro construye: la crítica se ve facilitada por el hecho de que el otro es «distinto» y «peligroso», en aquel sentido de que «Lo desconocido es peligroso (persecutorio)»⁵.

No será quizás apuntar exclusivamente a la casualidad, cuando se tome nota de casi todos los docentes que en este medio adoptaron visiblemente métodos modernos de enseñanza, han sufrido luego alguna suerte de hostigamiento a veces grave, por parte de sus pares y competidores, terminando en algún caso por la «exfoliación» y hasta el exilio. Sería desde luego exagerado implicar que haya docentes que han tenido problemas en la Universidad argentina exacta y precisamente por haber intentado renovar los métodos de enseñanza, pero también sería ingenuo desconocer que algo puede haber tenido que ver tal actitud frente a la enseñanza con su posterior destino fuera de ella.

La resistencia al cambio, pues, ha de evaluarse no sólo en el propio docente que intenta cambiar su método de enseñanza, sino también en los demás docentes que no desean cambiar el suyo y no quieren verse expuestos a una desventajosa comparación.

3.2. INSEGURIDAD. «STATUS»

Tenemos pues una situación de verdadero dilema para el docente: si es inseguro íntimamente y no desea intentar un cambio, estará seguro al aferrarse al método tradicional; seguro formalmente, al no tener que enfrentar eventuales discusiones y argumentaciones con estudiantes a veces agudos y con buenos argumentos para el debate. Seguro también externa y objetivamente, ya que su propio tradicionalismo le asegura estabilidad, pues aun quienes discrepan con su método de enseñanza no le cuestionarán su *status* docente, salvadas que estén las bases mínimas de estudio y dedicación.

Veamos en el otro extremo qué puede ocurrir con el docente que, seguro íntimamente, no le arredre en aras a lograr un au-

⁵ Es la misma cita de BLEGER hecha páginas antes.

téntico aprendizaje de sus alumnos, despojarse de los elementos secundarios de su *status*, y «descender» a discutir con los alumnos, hacer casos y problemas, trabajos grupales, experiencias docentes diversas, etc. Ese docente se transforma, según dijimos, en una incómoda comparación: en lugar de recibir elogios, recibirá críticas; en lugar de fortalecer su posición en la docencia, la debilita. El docente seguro en su espíritu, pasa a ser inseguro objetivamente en su función.

Desde luego, para quien ama la docencia, sea por métodos tradicionales o modernos, sólo hay una forma de ejercerla, y esto es con autenticidad. Vale pues la pena cien veces poner en juego la seguridad, si se trata de hacer con sinceridad y vocación aquello en que uno cree profundamente; y no hay seguridad alguna, en términos de estabilidad docente, que compense la insatisfacción de hacer algo que se sabe o se siente no constituye verdadera enseñanza.

Pero, lo cierto es que en el ámbito de una Facultad de Derecho, en la Universidad argentina actual, no es fácil la situación que se presenta al docente que intenta renovar profundamente los métodos de su enseñanza concreta.

3.3. OTRAS CONNOTACIONES

Particularizando el análisis en los pocos últimos años, no puede menos que admitirse que cuando la sociedad entera se hace memos proclive a la crítica y al debate, cuando los medios oficiales de comunicación de masas son muchos y están al servicio del respectivo Gobierno y no promueven en consecuencia el debate abierto de las ideas, sino la machacona propaganda oficial de circunstancia, mucho peor ha de resultar entonces un docente o grupo de docentes que, contra la corriente social y política, persistan en querer enseñar a pensar, debatir, cuestionar.

Es innecesario decir que toda suerte de invectivas son fácilmente lanzables, desde la oscuridad, contra esos docentes, y que tales invectivas no pocas veces encontrarán adecuado cauce institucional. Es este un dilema que al docente, ex docente o potencial docente se le plantea con ribetes de hierro: querer renovar la enseñanza es más de una vez empezar a andar el camino hacia la puerta de salida de la enseñanza. Claro está

que si todos los docentes en todos los ámbitos se dedicaran, no a repetir clases magistrales tomadas de libros carentes de todo compromiso con la realidad, sino a enseñar a sus alumnos a pensar, reflexionar, discutir, resolver problemas, otro podría ser el país que como resultado tendríamos.

4. Adaptación de la administración universitaria

4.1. BIBLIOTECA

Una Facultad sin buena biblioteca es como la casa o el estudio de un docente sin buena biblioteca: simplemente una autocontradicción. No porque de la información libresca vaya a surgir la creación, sino porque sin información no hay creación sería posible, sino mera improvisación. Precisamente para que educadores y educandos puedan juntos realizar nuevas experiencias de aprendizaje, se torna indispensable contar con una nutrida y bien dotada biblioteca, en la cual estén también, como mínimo, todas las colecciones de jurisprudencia y todas las obras monográficas publicadas en cada una de las materias.

Contrariamente a los usuales requerimientos de los usuarios, quizá a este efecto lo más indispensable no sean los libros o manuales con los cuales el estudiante estudia o trabaja más a diario: que la Universidad lo provea o no hace al sistema socioeconómico general, no a uno u otro procedimiento de enseñanza. Pero, por el contrario, la consulta estudiantil de colecciones de jurisprudencia y legislación, y de autores diversos, sólo puede efectuarse sistemáticamente en una biblioteca pública. Esta es una adaptación que la Universidad debe hacer donde no la tenga aún concretada.

4.2. APOYO PSICOPEDAGÓGICO

Un segundo apoyo que la Universidad debe prestar es la asistencia de equipos o profesionales expertos en psicopedagogía: no tanto o no sólo cursos de perfeccionamiento docente, que no siempre brindan frutos adecuados, sino más bien la provisión de servicios de personas que puedan asesorar y ayudar a los grupos docentes de cada cátedra a programar su enseñanza, y

a diseñar actividades de aprendizaje que sean al mismo tiempo buenas por el método y por el contenido. Con todo, cabe anotar que en alguna época en que una de las Facultades de Derecho tuvo un tal equipo a disposición de los docentes, la respuesta fue escasa en términos de interés de éstos por utilizar tales servicios. Claro está, si el servicio no existe siquiera, ninguna posibilidad hay de que se lo utilice.

4.3. COMODIDADES MATERIALES

Aquellas Universidades que aún tienen bancos en sus aulas, deberán oportunamente cambiarlos por sillas o asientos individuales que permitan el trabajo en grupo con mayor comodidad, y que faciliten también distribuciones físicas semicirculares de los alumnos.

Salvo esto, en lo demás no existen dificultades prácticas para la adopción de nuevos métodos de enseñanza en las Facultades de Derecho de la Universidad argentina. De hecho jamás ha habido cuestionamiento alguno porque un docente resuelva examinar con casos o trabajos, incluso permitiendo la consulta de libros y leyes, siempre que exista consenso de que está haciendo un esfuerzo serio de emplear nuevos métodos de enseñanza. Sus problemas podrán ser otros, según ya vimos, pero no lo serán al menos de carácter burocrático. Lo mismo cabe decir de la realización de visitas a instituciones cuando las circunstancias y la materia lo justifiquen, trabajos de campo, etc.: las dificultades podrán provenir en todo caso de los alumnos, pero no de la administración.

5. Conclusiones

5.1. ESCLARECIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN CONSTANTE

Surge de lo expuesto que no existen serias dificultades materiales para la adopción de nuevos métodos, y que los problemas se centran preferentemente en la resistencia al cambio proveniente de los alumnos y los demás docentes. En lo referente a los alumnos, estimamos que lo fundamental es realizar, desde el primer día de clases, una tarea previa y luego constante de

esclarecimiento, explicando los objetivos que se procura conseguir, y tratando de obtener el consenso o al menos la comprensión de la sinceridad y profundidad del compromiso que se ha querido asumir con una propuesta renovadora de la enseñanza. La juventud siempre aprecia la honestidad y seriedad de las convicciones, aun cuando no las comparta, y esto es indudablemente un elemento de peso para la mejor receptividad de los nuevos métodos.

Lamentablemente, no están dadas las circunstancias para efectuar sin formal apoyo de la propia Universidad similar labor de esclarecimiento con los demás docentes, pues por lo general se acercan a este tipo de encuentros, jornadas, etc., las personas que están interesadas en averiguar un poco más al respecto, o que ya están convencidas de antemano de su bondad. Los que están en contra de toda sugerencia de renovar la enseñanza a veces se atrincheran en su negativa, su desconfianza o sus prejuicios, y quedan así impermeables y ajenos a la explicación, lo que no les priva en absoluto de volver al ataque y a la crítica toda vez que la oportunidad se les presenta.

5.2. ADAPTACIÓN PROGRESIVA Y PAULATINA DE NUEVOS MÉTODOS

La segunda conclusión que obtenemos de lo hasta aquí expuesto es que todo intento de renovar los métodos de enseñanza del Derecho en la Universidad argentina actual debe necesariamente ser gradual y progresivo.

Debe ser gradual, en primer lugar, en relación a los propios alumnos, para no generar en ellos ansiedades e inseguridades extremas que, al no poder manejar adecuadamente, les impedirán aprender también con los nuevos métodos y provocarán por otra vía un fracaso de éstos. En base a nuestra experiencia, creemos que en las situaciones concretas referidas la mejor actitud posible es la combinación de métodos modernos y tradicionales, tanto para la enseñanza como para la evaluación. Va de suyo que en la medida que se puedan generalizar métodos modernos, se podrán ir abandonando progresivamente la enseñanza magistral y libresca más antigua.

La adopción de nuevos métodos debe ser gradual también en comparación a otros docentes y al medio político y social en

el cual el docente está inserto, pero no debe serlo a costa de no iniciar cambio alguno. Que de tanto gradualismo el cambio no sea imperceptible. Lo ideal sería que no fueran pocas cátedras de los últimos años las que tomen este compromiso con la enseñanza. Si pudiera formarse un grupo más o menos análogo de cátedras en los primeros años de la Facultad, que enseñaran correctamente a los alumnos a resolver, crear, pensar, debatir, entonces el resto del camino estaría marcado para los profesores de los años siguientes.

En tanto tales soluciones concertadas no se den, queda siempre la cuestión planteada en el plano de la conciencia individual, de lo que cada uno sienta que debe hacer desde la enseñanza, partiendo de lo que entienda que es enseñar. Por nuestra parte, pensamos que sin un cambio en la educación —y en los medios masivos de comunicación—⁶ el argentino no llegará a realizar siquiera el consejo de Píndaro que nos diera ORTEGA Y GASSET hace más de medio siglo: llega a ser el que eres⁷.

Sin mentes preparadas para el debate, la creación, la resolución de problemas, no podremos ver nuestra realidad ni tampoco atisbar sus problemas y sus soluciones. La preparación del buen profesional, en esta perspectiva, es parte de la preparación del buen ciudadano, que sepa cumplir con sus deberes para con la sociedad, ejerciendo sus derechos y haciéndolos respetar en la medida de sus fuerzas.

⁶ Temas estos que hemos tratado en el libro *Problemas del control de Administración pública en América Latina*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, cap. I, y también en *Participation in Latin America*, Vantage Press, Nueva York, 1982, cap. 5.

⁷ Para un desarrollo de esta problemática ver nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, especialmente caps. II y III. La referencia de ORTEGA Y GASSET está tomada de su artículo publicado en «La Nación» el 13 de abril de 1930, y reproducido en sus *Obras Completas*, t. II, Revista de Occidente, Madrid, 1943, pp. 642 y ss.

RESOLUCION 16.041/85

VISTO:

La necesidad de actualizar y flexibilizar normativamente los métodos de enseñanza que se emplean en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; y

CONSIDERANDO:

Que resulta conveniente impartir orientaciones de carácter programático tendientes a lograr progresivamente, y en la medida de lo posible, la adopción de métodos alternativos de enseñanza, que impliquen la participación activa del alumno en la realización de tareas de aprendizaje diseñadas y dirigidas por los profesores.

Que atento la variedad de métodos y tareas de aprendizaje existentes, resulta de este modo enriquecida la posibilidad del docente de concebir y programar de uno u otro modo tales tareas de aprendizaje.

Que la reforma de los métodos de enseñanza es a su vez el mecanismo idóneo para coadyuvar a la mayor eficacia del plan de estudios.

POR ELLO:

EL DECANO NORMALIZADOR DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Resuelve:

I. Métodos de enseñanza

A) *Actividades de aprendizaje*

Artículo 1.º Los señores profesores titulares, asociados y adjuntos procurarán en la medida de lo posible reducir el dictado de clases magistrales, entendidas éstas como la exposición unilateral y exclusiva del docente durante la clase, adoptando métodos de enseñanza activa con previo diseño de trabajos a ser realizados por los alumnos en clase como tareas de aprendizaje, y bajo la pro-

gramación, el control y dirección del docente, conforme se explicita a título enunciativo en los artículo 2.º y 3.º siguientes.

Artículo 2.º En el caso de los Jefes de Trabajos Prácticos, Ayudantes Primeros y Segundos, o cualquiera otra jerarquía que pudiere crearse dentro de la carrera docente, los docentes procederán en la misma forma que se indica para los profesores titulares, asociados y adjuntos, con la diferencia de que como regla general todas sus actividades docentes deberán canalizarse por alguno de los métodos que se determinan en el artículo 4.º. Salvo excepciones que lo justifiquen suficientemente en casos concretos, no utilizarán el sistema de exposición magistral frente a los alumnos.

Artículo 3.º Los trabajos o tareas de aprendizaje a ser realizados por los alumnos podrán serles encomendados por el docente para su realización en clase o en forma previa a la clase, quedando en el segundo caso destinada ésta a la discusión y evaluación de los resultados respectivos.

Artículo 4.º sin perjuicio de otros métodos docentes que en su caso puedan desarrollarse, en sus clases los señores profesores podrán conforme lo expuesto en el artículo 1.º:

a) Dictar clases activas, en las cuales promuevan la participación y discusión de los alumnos;

b) Organizar grupos de trabajo, según las diferentes metodologías existentes en materia de dinámica de grupos, variando a su vez los respectivos métodos grupales, para realizar, durante la hora de clase, las tareas que le encomienden, cuyas conclusiones serán discutidas en la misma clase o clases siguientes, conforme al método específico utilizado en cada caso;

c) Preparar y entregar a los alumnos casos prácticos para su resolución, sea individual o grupal. Los casos prácticos podrán consistir tanto en casos reales, o adaptados de la realidad, como en casos diseñados expresamente por el profesor para el trabajo de los alumnos. En todos los casos se procurará la graduación progresiva de las dificultades o problemas de hecho y de derecho que presenten, comenzando por los más simples desde el inicio del curso;

d) También podrán preparar y entregar expedientes simulados, o copia de expediente reales, o llevar expedientes reales, en los cuales los alumnos puedan realizar tareas de reconocimiento y manejo de los mismos, y sus diversos contenidos documentales, y en su caso procedan a la pertinente preparación del escrito, resolución, dictamen, informe, acto interlocutorio o sentencia, etc., según corresponda;

e) Asimismo podrán encomendar o entregar casos de jurisprudencia, dictámenes, textos normativos, documentos, etc., para su análisis y discusión en clase;

f) Igualmente podrán formar grupos de debates para que, previa preparación, sostengan en clase diferentes posiciones sobre un mismo tema, conforme las instrucciones que para el mismo disponga el docente;

g) En las materias en las cuales existan, en la vida profesional, textos o referentes documentales empíricos (cheques, letras de cambio, pagarés, distintos tipos de estatutos, distintos tipos de contratos civiles, comerciales o administrativos, pliegos de licitaciones públicas, «Boletín Oficial de la Nación», tratados o convenios internacionales, actos jurídicos de todo tipo, actos administrativos, reglamentos, etc.) los docentes procurarán que los alumnos realicen de manera directa trabajos en clase sobre tales materias, sea analizando su alcance en el caso concreto, confeccionándolos o modificándolos, analizando su validez o invalidez, detectando errores o vicios, evaluando cursos posibles de acción frente a los mismos, etc.;

h) La simulación de entrevistas, en las cuales el docente se presente ante la clase como cliente que plantea una consulta, confiriendo a los alumnos el rol de abogado en el caso, para que puedan ejercitar, y luego debatir, el modo de realizar la entrevista, preguntas formuladas y su pertinencia, preguntas omitidas, etc.; en un segunda etapa, los alumnos en su rol de abogados podrán dar su consejo al cliente, explicitando las diversas vías o alternativas de solución que el caso plantea, cómo evalúan sus pros y sus contras en cada caso y qué consejo concreto y final se da. En una tercera etapa, el profesor en su rol de cliente puede a su vez discutir con el abogado la conveniencia y oportunidad del consejo, desde su punto de vista de cliente, y los aspectos en que el mismo le satisface o no, incluyendo estimación de tiempo, honorarios, posibilidades de éxito, etc. En una cuarta etapa puede finalmente discutirse en conjunto la ética profesional adoptada en el caso por el profesional. Las etapas y aspectos referidos son meramente enunciativos, y cada docente podrá desde luego, adaptarlos del modo que considere más adecuado, para el supuesto de que resuélva emplear este procedimiento pedagógico;

i) En forma análoga al inciso anterior, la simulación de otro tipo de entrevistas profesionales en las diferentes situaciones que se pueden presentar en el ámbito de la justicia y/o la administración, y asignado roles variables y rotativos a distintos alumnos o grupos de alumnos;

j) Los señores profesores podrán sustituir hasta cuatro horas de clase por curso, por visitas a establecimientos o instituciones

que correspondan a la materia. Las visitas así organizadas podrán serlo tanto a organismos jurisdiccionales o administrativos con competencia decisoria, como a instituciones públicas o privadas que ejerzan funciones vinculadas directamente al objeto de la materia y plan de enseñanza. En los casos en que el profesor sustituya clases por visitas a instituciones conforme al presente inciso, procederá a dejar constancia en el libro de asistencia a clase de cuál es la visita de que se trata.

B) Programación futura de las tareas de aprendizaje

Artículo 5.º Sin perjuicio de los programas llamados de enseñanza y de examen ya aprobados o que se aprueben en el futuro, los señores profesores titulares deberán, con la colaboración que al efecto requerirán de todos los miembros de la cátedra o equipo docente de que se trate, proceder a la paulatina y progresiva programación de la enseñanza, conforme a los criterios que más adelante se indican y correlativamente a los principios enunciados en los artículo 1.º, 3.º y 4.º de la presente resolución, incluyendo los métodos de evaluación a que se refiere el capítulo C).

Artículo 6.º Fíjase como fecha tentativa de entrega de tales programas complementarios de enseñanza el 1 de marzo de 1987, sin perjuicio de las prórrogas que en su caso puedan solicitarse por causa fundada. La Facultad procurará por su parte continuar brindando ayuda metodológica a los profesores que lo requieran para la elaboración de tales programas de enseñanza, a través de personal especializado al efecto.

Artículo 7.º En los referidos programas de enseñanza y aprendizaje deberán incluirse:

a) Los objetivos generales de la materia y particulares de cada sección, capítulo o bolilla, según corresponda, formulados en términos de aptitudes que los alumnos habrán de adquirir como resultado de cada sección, etc., y de la materia.

b) La formulación del problema central, bajo la forma de pregunta, que debe guiar el trabajo de aprendizaje del alumno en cada clase o grupo de clases según corresponda.

c) La formulación de los problemas particulares, también expresados como preguntas, a través de los cuales se desarrolla o puede desarrollar el referido problema central.

d) La indicación de cuáles serán las tareas de aprendizaje, conforme a los artículo 3.º y 4.º de esta resolución, que el profesor

ha diseñado para ser realizadas por los alumnos a fin de poder, mediante tales trabajos, resolver los problemas particulares y centrales de cada clase o grupo de clases o sección, en función de los objetivos a que se refiere el inciso a) del presente artículo.

C) Métodos correlativos de evaluación

Artículo 8.º En la misma medida en que los señores profesores vayan gradualmente adaptando sus métodos de enseñanza a los criterios generales expuestos en esta resolución, podrán también simultáneamente adaptar los métodos de evaluación, incorporando progresivamente a las evaluaciones parciales y/o finales que tomen a los alumnos la solución de casos, problemas, realización de trabajos, etc., con utilización de los materiales de legislación, doctrina, etcétera, pertinentes.

Artículo 9.º En tales casos los señores docentes evaluarán principalmente el método de análisis y la aptitud demostrada por el alumno para encarar el caso, detectar sus principales problemas, advertir las carencias de información que el caso pueda presentar y señalar cómo influyen según las alternativas en que puedan presentarse, razonar, etc. La coincidencia en la eventual solución del caso no se dé por sí el elemento determinante de la evaluación, sino que lo será la aptitud demostrada por el alumno para razonar y encarar el problema, tanto en su faz teórica como práctica, en cuanto futuro profesional.

Artículo 10. En este tipo de evaluación y en atención a que el alumno podrá disponer durante el examen de los textos normativos, libros y materiales pertinentes, el criterio de evaluación tendrá asimismo en cuenta:

a) La mayor gravedad que supone la no aplicación de una norma o principio jurídico pertinente, en función de que cuenta con la información apropiada y no requiere realizar esfuerzo mnemotécnico alguno.

b) La carencia de validez, a los efectos de la nota, de la mera repetición de normas o principios contenidos en los libros cuyo contenido tiene a su disposición.

Artículo 11. En caso de emplearse el método de evaluación contemplado en el presente capítulo, es condición «sine que nono», de la validez del examen, que el mismo sea rendido en forma individual, en la propia Facultado y bajo la vigilancia de los docentes de la cátedra, quienes a su vez se abstendrán de orientar a los examinadores en la resolución del caso o problema.

Artículo 12. Cuando el profesor haya optado total o parcialmente por el sistema de evaluación previsto en el presente capítulo, podrá a su vez optar por combinarlo de alguna de las siguientes maneras:

a) Tomar solamente el examen de tipo práctico.

b) Tomar el examen de tipo práctico y permitir recuperatorio del mismo, tratándose de exámenes parciales, a través de una nueva evaluación, ser teórica o práctica.

c) Dividir el examen, sea en el mismo día o en días o clases diferentes, en una parte teórica de tipo tradicional y una parte práctica conforme al presente capítulo, promediando ambas notas conforme al criterio que determine.

En todos los supuestos referidos será igualmente de aplicación lo dispuesto en el artículo 10.

D) Información y evolución del proceso de enseñanza y evaluación

Artículo 13. Anualmente el profesor titular o encargado que corresponda elevará al Departamento respectivo al 30 de noviembre de cada año, su informe respecto al cumplimiento de la presente resolución, señalando las dificultades encontradas, posibles soluciones y detallando los avances o progresos realizados en su caso conforme a los capítulos A), B) y C) precedentes.

Artículo 14. El director del respectivo Departamento confec-cionará a su vez un informe acerca de la evolución del sistema y su progresiva adaptación, que elevará al decano de la Facultad el 1 de marzo del año siguiente. Dentro de los quince (15) días subsiguientes todos los directores de Departamento se reunirán con el señor decano a fin de evaluar el conjunto de los informes y en su caso formular las conclusiones que sean pertinentes, informando de ello, si así correspondiere, al Consejo.

Artículo 15. El Centro de Desarrollo Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, prestará su apoyo, asesoramiento y colaboración con los señores profesores que decidan adoptar las recomendaciones de la presente resolución.

Artículo 16. Regístrese. Siga a la Subsecretaría Académica, Secretaría Técnica, Centro de Desarrollo Docente, Dirección de Consejo Académico, de Cursos, Actas y Exámenes, de Graduados, siga la Casa, cumplido, archívese.