

## 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 *O perecimento 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*—<sup>1</sup> sugiero leer

<sup>1</sup> Subtitulado *Ridendo dicere verum*, Civitas, Madrid, 1987, traducción del alemán *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

a CUETO RÚA<sup>2</sup> y a GENARO CARRIÓ.<sup>3</sup> 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*<sup>4</sup> y *La Administración Paralela. El parasistema jurídico-administrativo*,<sup>5</sup> traducido al italiano por el Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Università di Bologna Dr. LUCIANO VANDELLI y publicado bajo el título *L'Amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*,<sup>6</sup> 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-

<sup>2</sup> Mínimamente 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Publicado en Madrid, 1988, por Civitas. 2ª Reimpresión 1997. También disponible gratuitamente en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>5</sup> Publicado en Madrid, 1982, por Civitas. Reimpresión 1995. También disponible gratuitamente en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>6</sup> Ed. Giuffrè, Milán, 1987.

bién al versado en derecho administrativo,<sup>7</sup> 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;<sup>8</sup> me preparaba para ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Leí para ello (aunque no había examen de

<sup>7</sup> De hecho, ahora comenzamos los cursos de posgrado remitiéndonos a esta base.

<sup>8</sup> 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 camada generacional: 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 cuanto 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*.<sup>9</sup> 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-

<sup>9</sup> 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.”<sup>10</sup> 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).

Cuídense 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.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> CNCom., Sala E, *Plan Rombo, ED*, 8-II-2000, p. 7, cap. II.

<sup>11</sup> 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)<sup>12</sup> 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

<sup>12</sup> 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),<sup>13</sup> 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,

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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

<sup>14</sup> 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,<sup>15</sup> 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,

<sup>15</sup> 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 predefinidas 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-



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 GAUDEMET. 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.