

## *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.<sup>1</sup> 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 dere-

<sup>1</sup> 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 subtitarlo: *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”,<sup>2</sup> 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-

<sup>1,2</sup> Cuyo texto se encuentra en [http://europea.eu.int/comm/justice\\_home/unit/charte/index\\_en.html](http://europea.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/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*,<sup>1</sup> *El Derecho y el re-*

<sup>3.1</sup> 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.

vés.<sup>2</sup> En otra vena, los libros de JHERING, CARRIÓ 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,<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

<sup>3,2</sup> NIETO, ALEJANDRO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998.

<sup>4,1</sup> 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.

<sup>4,2</sup> 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 regresar 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.<sup>1</sup> 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,<sup>2</sup> 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

<sup>5.1</sup> Nuestro libro *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión, 2001.

<sup>5.2</sup> Con todo, no resistimos de sugerir un balance en el cap. X, § 10, “Hacia una síntesis de los conflictos filosóficos.”

aplicación hemos seguido siempre de cerca los precedentes de la Corte Suprema de EE.UU.<sup>1</sup>

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

<sup>6.1</sup> 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.<sup>2</sup> 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*,<sup>3</sup> 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.

<sup>6.2</sup> Por ejemplo LEPSIUS, OLIVER, *Verwaltungsrecht unter dem Common law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, esp. "Prólogo" e "Introducción."

<sup>6.3</sup> 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 CARRIÓ 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.

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.