

CAPÍTULO I

EL MÉTODO EN DERECHO

SUMARIO

I. <i>Las cuestiones fundamentales</i>	I-1
1. La necesidad de una metodología.....	I-1
2. Qué es el derecho.....	I-3
2.1. Ciencia de problemas	I-3
2.2. Principios, no “conceptos”	I-4
2.3. Debido proceso legal y derecho soviético. Derecho natural.....	I-5
2.4. Los conceptos y los hechos	I-6
2.5. <i>Common law</i> y derecho continental europeo	I-8
2.6. El derecho en los tribunales internacionales.....	I-10
3. Aceptación de la incertidumbre	I-10
4. La lucha contra el poder	I-11
4.1. Al servicio del poder.....	I-11
4.2. La búsqueda del poder incondicionado.....	I-11
4.3. Un “derecho” legitimador del poder absoluto	I-12
5. Lenguaje, método y derecho administrativo	I-13
5.1. El lenguaje del poder incondicionado	I-13
5.2. Realidad, lenguaje e ideología	I-14
5.3. Las “Leyes” que no son leyes	I-15
5.4. El uso común del lenguaje	I-17
5.4.1. La textura abierta del lenguaje.....	I-18
5.4.2. El uso común y la libertad de estipulación	I-19
5.5. La libertad de estipulación y las palabras del derecho administrativo	I-20
5.6. La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico.....	I-21
5.6.1. Elementos a considerar para estipular las definiciones ...	I-22

5.6.2. Definición y clasificación	I-23
II. <i>El caso en derecho administrativo</i>	I-26
6. La importancia del caso en el derecho	I-26
6.1. La importancia de los hechos en el caso.....	I-27
6.2. La dificultad de determinar los hechos.....	I-29
6.3. Analizar la prueba que ya existe	I-30
6.4. La prueba adicional a producir	I-32
6.4.1. Los abogados	I-32
6.4.2. Los funcionarios o magistrados	I-33
6.4.3. Observaciones comunes	I-34
6.5. La apreciación de la prueba.....	I-35
6.6. El devenir del tiempo en el caso	I-36
6.7. Algunos aspectos específicos.....	I-38
6.7.1. El objeto del acto administrativo	I-38
6.7.2. La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación.....	I-38
6.7.3. La presunción de legitimidad del acto administrativo y la prueba	I-39
6.8. La razonabilidad de todos los elementos en juego	I-40
6.9. Encontrar las normas aplicables al caso	I-40
6.10. Las vías alternativas de comportamiento	I-41
7. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos.....	I-45

Capítulo I

EL MÉTODO EN DERECHO¹

I. Las cuestiones fundamentales

1. La necesidad de una metodología

No es conducente adentrarse a estudiar la teoría y el régimen de la actividad administrativa sin tener una teoría general del derecho y del derecho administrativo,² o previa explicación de al menos algunos de los elementos de metodología del conocimiento y de teoría general del derecho de los cuales el autor parte: De lo

¹ Ampliar en nuestras publicaciones GORDILLO y otros, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed., <http://gordillo.com/tomo6.html>; t. 7, GORDILLO y otros, MARCELO BRUNOS DOS SANTOS (dir.), *El derecho administrativo en la práctica*, Buenos Aires, FDA, 2013, 1ª ed, <http://gordillo.com/tomo7.html>; nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003; *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007 y también en <http://gordillo.com/iad.html>; *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003, <http://gordillo.com/aitl.html>; *Une introduction au Droit*, iguales datos, <http://gordillo.com/uiad.html>. Puede también ser útil, para el contexto, *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003, <http://gordillo.com/tfol.html>.

² Esta observación nos fue proporcionada personalmente por MARÍA ISABEL AZARETTO a comienzos de la década del 60 en el siglo XX, quien además hizo una acción práctica para solucionarla: Nos contactó con EDUARDO RABOSI, quien nos tomara peripatéticamente como alumno *full time* durante dos semanas, transmitiéndonos los primeros elementos indispensables, que están en el presente capítulo; éste habría de recibir, en una de sus primeras versiones, la corrección detallada de GENARO CARRIÓ. Sobre ellos hemos continuado construyendo posteriormente. Además de las obras citadas en la nota anterior ver también nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, reproducida en 2ª ed. en el *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, *Teoría general del derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, 1º ed, <http://gordillo.com/tomo8.html>. Hicimos algunas salvedades empíricas en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y 3ª reimpresión 2001 y *L'amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*, Introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, a las que nos remitimos: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed., <http://gordillo.com/tomo6.html>; "Parole lette come introduzione al seminario sul libro «L'Amministrazione Parallela» nell'Università Bocconi," Milán, 12 de abril de 2013, <http://gordillo.com/articulos/art7.pdf>, tambien disponible gratuitamente en *iBooks*.

contrario resulta más difícil, o a veces imposible, desentrañar el porqué de las diferencias luego puntuales entre diversas obras.³ La omisión de explicitar tales principios elementales puede llevar a discusiones inútiles en las que se hacen jugar argumentos de supuesto valor científico-administrativo, cuando en realidad se trata de argumentos al margen de toda ciencia.⁴ En este primer cap. y sus referencias, entonces, retomaremos algunos aspectos de teoría general que a nuestro juicio es indispensable tener presente en el estudio de la materia, y señalaremos los presupuestos metodológicos del resto de la obra.⁵

La falta de metodología y filosofía lleva a graves contradicciones —y esto es lo menos grave—, como sostener que pueda ser titular de derechos quien no es sujeto de derecho —el pueblo, del dominio público—; que a una institución no corresponda denotarla o definirla por su naturaleza —el dominio público—, pero a otra sí —el servicio público—; que se pueda tener personalidad jurídica pero no patrimonio —los entes autárquicos. También lleva a inventar falsos problemas de lenguaje como supuesta solución a problemas jurídicos, como creer que se puede mutar una institución por el sólo artilugio de cambiarle de designación (en vez de actos de gobierno o actos no justiciables, “actos institucionales” o “actos constitucionales”),⁶ etc. Es aquella orfandad ideológica la que lleva a estos desaguisados menores pasando por los dogmas mayores que se han inventado para el poder. Es ser consejero y asesor del soberano: El mal consejero que le dirá que es derecho todo lo que al príncipe le plazca.

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. Debemos también advertir

³ Ver el análisis de “El caso de los exploradores de cavernas” que publicamos en GORDILLO-FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., anexo III al cap. III (pp. III-39); igualmente en los casos “el deber de no fumar en público,” anexo I al cap. IX (pp. IX-12), *Cine Callao*, anexo al cap. VIII (p. VIII-39), *E., F.E.*, cap. IV, caso I. (P. IV-1.)

⁴ Esto sin entrar a la discusión de si el derecho es o no una ciencia.

⁵ Este enfoque no era común en las obras de derecho administrativo anteriores a nuestra 1ª ed. de 1974 y su predecesor *El acto administrativo*, 1969, 2ª ed., salvo las advertencias de BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. IX y ss. y cap. único, § 3. Posteriormente los autores argentinos tienden a explicitar su filosofía, metodología o axiología. Un precursor fue JUAN FRANCISCO LINARES, *Los Sistemas Dogmáticos en el Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 1984. Otros casos destacados son BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, caps. I a IV; *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios. Fuentes*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, caps. I a VI; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “Concepción cristiana del Estado de Derecho,” *ED*, 129: 923. Comp. DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, 5ª ed., caps. I a III. En otras obras clásicas no se encuentra ese enfoque: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1974, etc.

⁶ O a la inversa insistir en terminología antigua que ni siquiera utiliza la propia ley que comentan, como explicamos *infra*, t. 7, cap. VIII, p. 97, nota 16, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf.

que en ningún tema de derecho es tan fundamental aclarar estos principios de metodología de la ciencia como en el derecho administrativo, pues allí la lucha de palabras en ocasiones desborda los límites corrientes. En efecto, además de los problemas clásicos de valoración económica o social, pesa demasiado el problema, político–arquitectónico y coyuntural, del poder y la autoridad frente a la libertad.⁷

2. *Qué es el derecho*

2.1. *Ciencia de problemas*

Una primera cuestión es si el derecho consiste o no en reglas generales.⁸ Tomemos partido rápidamente y adelantamos al lector al desarrollo que luego sigue: 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.)⁹ No hay reglas, hay casos individuales y concretos; como dice GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰ y le siguen aquí este autor y otros,¹¹ “la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una Ciencia de problemas singulares y concretos.”

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, a semejanza de la imperfección del ser humano: Es una característica humana. Recuerda CARDOZO 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.”¹² Esto

⁷ Al respecto nos remitimos al cap. III, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf.

⁸ Son las tres etapas del pensamiento universal: 1^a) 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.); 2^a) 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 nuevo caso particular: Así BIELSA decía que el derecho administrativo tenía el método inductivo-deductivo. 3^a) El actual momento se inicia con POPPER, al cual nos remitimos en este cap. No sería acertado llamarlo método hipotético deductivo, porque la hipótesis es siempre singular en el caso del derecho y no existe lugar a deducción o generalización alguna a partir de ella. Ver VILANOVA, JOSÉ y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, FDA, 1985.

⁹ POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 261.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12, reproducido en su libro *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996, reimpresión, p. 76.

¹¹ BOLAÑOS, MARCELO, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa,” *ED*, 187: 950, 951 y notas 3 y 4, año 2000, donde señala a su vez las fuentes.

¹² CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale UP, 1952, p. 166.

es lo fundamental, aprender a convivir con la incertidumbre y a cuestionar la certeza.¹³ Siempre, intentar conocer los hechos.¹⁴

No hay reglas, hay casos. Dicho de otra manera, la única regla es que no hay ninguna regla. O si no, en una tercera forma de desmitificar la “regla,” dice CARDOZO,¹⁵ “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados,” esto es, grandes principios.¹⁶ Son los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso.¹⁷ Ni siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo,”¹⁸ sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.¹⁹

2.2. Principios, no “conceptos”

JHERING²⁰ 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: Prevalen en ella, según JHERING, los conceptos por sobre los hechos.²¹ No se trata de negar la existencia y vigencia de *principios* de derecho,²²

¹³ BUNGE destaca dos características de la ciencia: a) Falibilidad; b) No es autosuficiente, no puede operar en el vacío de los conocimientos sino que requiere algún conocimiento previo que pueda luego reajustarse y elaborarse. BUNGE, MARIO, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Editorial De Bolsillo, 2005, pp. 21-48. También en internet, con errores de transcripción, en www.philosophia.cl/ Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.

¹⁴ En el caso del derecho, el más importante conocimiento previo que resulta indispensable tener es el de los hechos del caso, como explicaremos a lo largo de este cap.: “Pereyra. El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *infra*, t. 6, Libro I, *El método en derecho*, cap. VII, http://gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap07.pdf.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 161.

¹⁶ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 7.

¹⁷ Ver el excelente fallo *The Scotch Whisky Association*, CNFed. Civ. y Com., Sala II, 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.

¹⁸ POPPER, KARL: Ver las referencias *infra*, nota 2.1.

¹⁹ CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32-33, § 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*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328; COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122.

²⁰ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traducido como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, subtítulo *Ridendo dicere verum*, Madrid, Civitas, 1987.

²¹ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Los Sistemas Dogmáticos en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984, pp. 28 y 44, recuerda a PUCHTA, pandectista: “Sólo el conocimiento sistemático del derecho es completo. Si consideramos al derecho mero agregado de reglas jurídicas, no podremos jamás estar seguros de habernos apropiado de la totalidad de su complejidad.” Es lo que sostuvo también SAVIGNY diciendo que los sistemas jurídicos reobran sobre sí mismos y se autoalteran. De ese tipo de pensamiento se aparta JHERING; su antecedente más remoto puede encontrarse en CICERÓN, quien se apartó así de las versiones dominantes del derecho romano.

²² Esos *standards* a que se refiere CARDOZO en la cita que acabamos de hacer más arriba.

muy al contrario, pero ellos nada tienen que ver con la construcción del derecho a base de “conceptos,” en la crítica de JHERING. Se los critica en tanto se pretenda que son reglas para deducir axiomáticamente consecuencias.²³ Se trabaja en cambio, al analizar los hechos de cada caso, con una orientación axiológica e interpretativa, con los grandes principios del derecho.²⁴ El más importante es el debido proceso legal²⁵ tanto en su parte sustantiva o garantía de razonabilidad,²⁶ proporcionalidad,²⁷ sustento fáctico suficiente,²⁸ como en su carácter adjetivo o procedimental. También se lo enuncia como justicia y equidad, no como valores *sublegales* sino *supralegales*. Es la tendencia que se impone y es así como tratados interamericanos agregan la *eficacia y eficiencia* y reiteran la *equidad*, siempre con carácter *supralegal*.²⁹ A todos ellos cabe agregar un plexo de principios de origen antiguo pero en constante reelaboración: Buena fe,³⁰ confianza legítima³¹

²³ Por el contrario, se trata de determinar qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual de parte del derecho, evitando así las definiciones dogmáticas. Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª ed., 2010, cap. I, p. 2 y ss. y BONINA, NICOLÁS – DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 2009.

²⁴ Que nadie niega, ni tampoco SAVIGNY. Ver, entre otros, PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de Dereito Administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 229 y ss. y ediciones posteriores; ATALIBA, GERALDO, *Constituição e República*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 14.

²⁵ 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, 3ª ed., caps. 11, p. 331 y ss., y 13, p. 451 y ss., 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, 2ª ed., cap. 6, p. 271 y ss., y 7, p. 343 y ss.; PERELMAN, CHAIM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, Au-delà du positivisme juridique*, París, LGDJ, 1984. La obra clásica en derecho argentino es la de JUAN FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed.

²⁶ Es, también, el principio de justicia natural. CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. 13, p. 401 y ss. WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., p. 353 y ss., cap. 13 (“Natural Justice and Legal Justice,” p. 413 y ss.), p. 421 y ss. (“Judicial and Administrative Impartiality”), etc.

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ Ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>.

³⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed.; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977.

³¹ CRAIG, *op. cit.*, cap. 19, § 1 y 2, p. 611 y ss.; BLANKE, HERMANN-JOSEF, *Vertrauensschutz 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,” *Mélanges Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzänderungen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.

(con su remoto antecedente directo de la *breach of confidence* o *breach of faith*),³² imparcialidad,³³ audiencia previa,³⁴ desviación de poder,³⁵ discrecionalidad cero o única solución justa,³⁶ seguridad jurídica,³⁷ cláusula *rebus sic stantibus*,³⁸ etc. La razonabilidad, racionalidad,³⁹ proporcionalidad, 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.⁴⁰ La razonabilidad aparece igualmente en derecho civil, comercial, internacional, procesal, etc.

2.3. 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 famosa frase del Juez JACKSON, en la Corte Suprema de Estados Unidos, en plena guerra fría, en 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 un instante en elegir lo segundo.

³²Tanto en el derecho romano como luego en el derecho canónico y anglosajón: MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER, *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 45, 61, 75.

³³*Infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. IX, §13, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf.

³⁴*Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf y cap. IX, § 10, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf.

³⁵*Infra*, cap. X, § 15.3, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf; t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. IX, § 6, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf.

³⁶*Infra*, cap. X, § 15, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf; t. 3, *op. cit.*, cap. IX, § 8, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf; t. 3, cap. VI, nota 162, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf.

³⁷PACTAU, BERNARD, "La securité juridique, un principe qui nous manque?," *AJDA*, París, 1995, p. 151; nuestro art. "La seguridad jurídica y la emergencia," en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74.

³⁸KÖBLER, RALF, *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

³⁹Sin perjuicio del análisis particularizado que hacemos en el tomo 3 de la arbitrariedad o irracionalidad como vicios del acto administrativo, para un enfoque más general nos remitimos a "Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality," GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372., libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, <http://www.gordillo.com/articulos/art4.pdf>.

⁴⁰CPenal, art. 34, inc. 6°); SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, TEA, pp. 359-61 y 365; JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, t. 4, Buenos Aires, Losada, 4ª ed., pp. 26, 127, 235. Uniforme. Más aun, el derecho penal pareciera construido enfatizando variantes del mismo principio fundamental de todo el derecho. Ver p. ej. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, p. 584, racionalidad de la legítima defensa, o proporcionalidad (pp. 586-7); proporcionalidad mínima, pp. 123-4; ínfima lesividad, intrascendencia o trascendencia mínima, p. 124; insignificancia, bagatela, trivialidad, afectación insignificante del bien jurídico, pp. 471-2; *standard* mínimo de previsibilidad, p. 530; deber de cuidado, p. 529 y de informarse debidamente, p. 532; temeridad, p. 529; actuar sin precaución, p. 528, etc.

WADE recuerda y enfatiza esta cita,⁴¹ 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 CUETO RÚA, “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*.”⁴² Desde otra perspectiva, es una de las formulaciones de la justicia natural; sus raíces vienen del derecho natural, sea en sus vertientes religiosas o laicas.⁴³

2.4. *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 *poner al descubierto por doquier los motivos prácticos de las instituciones y reglas jurídicas*.”⁴⁴ Esta obra se inscribe también en esa orientación.

Crítica 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*.”⁴⁵ Dice además JHERING que “La aplicación de la *usucapio* a un objeto incorporal como lo es la *Hereditas* presupone una madurez y virtuosidad de abstracción jurídica inimaginables en tiempos primitivos. [...] 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.⁴⁶ “Me da vértigo sumirme en esa literatura y cuanto

⁴¹ J. JACKSON, en *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953), citado por WADE, *Administrative Law*, op. cit., cap. 13, p. 414.

⁴² CUETO RÚA, JULIO C., *El “common law”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 64, nota 27.

⁴³ BOLAÑOS, op. loc. cit. y sus referencias. Las primeras son desde luego muy fuertes. Cabe incluir en ellas el muy importante desarrollo respectivo del pensamiento católico, cristiano y protestante. Ver STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia Publications Ltd., 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.

⁴⁴ *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. Su origen puede remontarse a CICERÓN y el pretor romano: Ver WATSON, ALLAN, *The Spirit of Roman Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1995, apéndice A, “Cicero the Outsider,” pp. 195-200, esp. pp. 197-9.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 219. El énfasis es nuestro.

⁴⁶ P. 136 y nota 18: Son páginas imperdibles, hasta la 145; pp. 245-51.

más leo, más me confundo, a tal punto que *cuando tengo que juzgar un caso práctico, sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído.*⁴⁷ Luego dedica más dardos a la definición de servidumbre, la compra de la esperanza, el derecho prendario sobre la esperanza, etc.⁴⁸

Según JHERING, es propio de SAVIGNY explorar al máximo *los conceptos de derecho*; afirma que es propio de él, en cambio, explorar al máximo *los hechos*. En otra forma de expresarlo, se abandona hoy en día la “jurisprudencia (filosofía) de conceptos” y se supera la “jurisprudencia (filosofía) de intereses,” postulándose una filosofía o jurisprudencia de problemas.⁴⁹ Aunque algunos autores quieran ubicar a JHERING en el pasado, sigue tan vigente como siempre y por cierto no se encuentra aislado, aunque no sea la forma dominante de exponer el derecho.⁵⁰ Por ello señala COHEN que en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y de buscar refugio en “problemas jurídicos” formales, cerrando así el paso a la investigación inteligente de los hechos sociales y de las pautas valorativas sociales.⁵¹

2.5. Common law y derecho continental europeo⁵²

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.⁵³ Dado que una y otra ocupación suelen ser en muchos países, aunque definitivamente no en todos, *full time*, no es frecuente que haya personas que tengan *al mismo tiempo*, sin vivencia de contradicción, *ambas* experiencias. Esa distinción ocupacional hace que los primeros presten importancia central a los *hechos* del caso, relegando momentáneamente a un lugar secundario la

⁴⁷ P. 42. El destacado es nuestro. Igual expresión hemos oído de más de un distinguido magistrado en diversos países del derecho continental europeo. Ver nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, <http://gordillo.com/iad.html> y nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, *op. cit.*

⁴⁸ P. 47.

⁴⁹ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, recordando la evolución alemana del siglo XX.

⁵⁰ Entre tantos otros, COLOMBO recuerda que “CALAMANDREI nos hablaba de la «fundamentación intuitiva» de las sentencias, por obra de la cual el juez forma su convicción sobre la base de los hechos y luego busca en algunos casos, hasta forzosamente, las normas en las cuales subsumir tales hechos.” COLOMBO, CARLOS J., “La ley y los hechos,” *LL*, 18-IV-01, p. 1.

⁵¹ COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, traducción de GENARO R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 46 y ss. COHEN, FÉLIX, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 *Columbia Law Rev.* 809, 814-817 (1935).

⁵² SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954; FLOGAÏTIS, 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*, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994; CUETO RÚA, *op. cit.*

⁵³ Distinción que insinúa GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 77.

doctrina de los libros. Los segundos, dedicados en mayor medida a las grandes líneas del régimen jurídico, suelen prestar mayor atención inicial a los conceptos, definiciones, clasificaciones, comparaciones, etc. Llamémosles respectivamente ocupación *a*) y ocupación *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% del problema.⁵⁴ 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*, antijurídicas. Puede ocurrir 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,⁵⁵ potencialmente inútiles. 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” al “empirismo” y “pragmatismo francés;” o el “empirismo anglosajón” y el carácter “sistemático” del derecho continental europeo. La gran diferencia es que en *a*) se pinta o expone más el *problema*; en *b*) se pinta o expone más la búsqueda de un posible *sistema* que lo englobe. *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 problemas y en el otro explican más el posible sistema, las reglas, las normas, las definiciones, clasificaciones, comparaciones, tendencia y evolución histórica, conceptos, etc.⁵⁶ 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. Reunidos quienes practican el derecho, de países del *common law* y del derecho continental europeo, coincidirán en 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. *Los grandes principios y la experiencia de la resolución de casos, esos dos puntos son universales*. Es una sola experiencia, un sólo método de resolver casos y problemas, una sólo filosofía.

⁵⁴ Según la tradición oral, lo habría dicho WERNER GOLDSCHMIDT en la Procuración del Tesoro de la Nación.

⁵⁵ Como le critica JHERING acerbamente a SAVIGNY.

⁵⁶ Este tratado también analiza dichos temas con esta perspectiva.

2.6. *El derecho en los tribunales internacionales*

Los tribunales internacionales⁵⁷ son los que mejor ejemplifican el criterio de CARDOZO. 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 puedan coincidir a pesar de su distinta formación y nacionalidad y la percepción de los hechos del caso.⁵⁸ Lo mismo ocurre con los tribunales europeos de derechos humanos (Estrasburgo) y de justicia (Luxemburgo), con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José), 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.

3. *Aceptación de la incertidumbre*

Antiguamente los inductivistas⁵⁹ concebían el conocimiento científico como un conocimiento verdadero y cierto a partir de la observación de un cierto número de hechos particulares, de los cuales se derivaban reglas generales. Se contraponen el refutacionismo, con su máximo exponente KARL POPPER que desarrolló la concepción hipotética o conjetural de la ciencia. Sostiene éste 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 ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.”⁶⁰

⁵⁷ *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVI, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo16.pdf.

⁵⁸ Por lo demás, es infrecuente que se violen frontalmente normas jurídicas existentes; la mayor parte de los casos tiene que ver con la alegada o posible arbitrariedad, indefensión, discriminación, etc., con que la norma ha sido aplicada al caso. Ver también FLOGAITIS, SPYRIDON, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa en el libro de homenaje a SABINO CASSESE. Nuestro conocimiento empírico tiene su origen en haber presidido los tribunales administrativos del BID y la OEA, e integrado los tribunales administrativos del FMI, la OIT y la ONU; actualmente la *Administrative Court* de la OEDP.

⁵⁹ H. REICHENBACH, R. CARNAP, C. HEMPEL, entre otros.

⁶⁰ POPPER, *Unended Quest*, Londres, 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. 260-61; *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton University Press, Nueva Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc. También es fundamental su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, con ediciones en todo el mundo. Aún sin fundarse en POPPER, muchos juristas adoptan su criterio básico y así por ejemplo relata RIVERO, JEAN, *Páginas de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2002, p. 114, que HAURIUOS pasó su vida cuestionando su propio pensamiento. Jamás creyó que la adhesión dada por él a una tesis fuera suficiente para que ella fuera cierta: Si al reexaminarla la consideraba falsa, le retiraba su adhesión diciendo por qué consideraba haberse equivocado.

“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;” “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.”⁶¹

4. *La lucha contra el poder*

4.1. *Al servicio del poder*

La falta de metodología y de aceptación de la incertidumbre que es la única regla de toda ciencia lleva también a la búsqueda de la falsa certidumbre de justificar siempre y de cualquier manera el poder.⁶²

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 francesa de 1958, etc., o que se sigan irreflexivamente los autores que mejor diserten a favor del poder, los ideólogos del poder administrador ilimitado.

4.2. *La búsqueda del poder incondicionado*

Esas afirmaciones —aun 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.⁶³ De allí el éxito irrefrenable que siempre tienen, aun desafiando la razón, o *precisamente por ello*. Si ante la evidencia constitucional que la asignación de recursos solo proviene del Congreso, el Ejecutivo mal puede entonces crear un ente estatal para que los gaste sin disposición legislativa. Un autor que

⁶¹ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santaféde Bogotá, Temis, 10ª ed., p. 8.

⁶² Les parece más seguro, siempre, el poder económico o político del momento.

⁶³ De todas maneras, cabe tener presente que varias obras hacen una revalorización de MAQUIAVELO, dando lugar a complejos interrogantes: MAJUL, LUIS, “Una clase magistral de política y negocios,” *El cronista*, 24 de febrero de 2009, p. 14.

sostuvo con énfasis que las entidades autárquicas podían crearse por decreto volcó la balanza del poder; luego casi toda la doctrina y todo el poder dijeron e hicieron lo mismo, aunque nadie pudo encontrarlo escrito en la Constitución. Sus ideas fueron “mayoría” doctrinaria, “ganaron” la discusión.

Tuvo que ser el duro pavimento de la insolvencia del Estado, el default ya acaecido y el nuevo riesgo inminente de *default*, el que pusiera freno empírico a ese desvarío de dispendio estatal y tuvo el Congreso que reafirmar, por la ley de intangibilidad de los depósitos 25.466, que ello le está *prohibido* al Poder Ejecutivo. Pero luego el propio Congreso tuvo épocas caracterizadas por el dictado de leyes inconstitucionales o económicamente irracionales.⁶⁴

El fundamento de tales tesisuras es *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 en la que aquí nos basamos. 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 es el éxito de estas concepciones autoritarias. Cambia la Constitución, cambia el orden internacional, 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.

4.3. Un “derecho” legitimador del poder absoluto

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. 29, 36, 42, 43, 75 inc. 22, 76, 99 inc. 3, de la Constitución;⁶⁵ 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.

⁶⁴Nuestro ya citado art. “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” Cap. 15 del libro editado por GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON, TOM ZWART, *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Reino Unido, y Portland, Oregon, 2011, reproducido en <http://www.gordillo.com/articulos/art4.pdf>

⁶⁵Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., t. I, art. 36, pp. 505-14; art. 42, pp. 529-604; art. 43, pp. 604-664; t. II, art. 75 inc. 22, pp. 217-234; art. 76, pp. 260-79; art. 99 inc. 3º, pp. 365-385.

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,⁶⁶ es 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.⁶⁷ Todo es allí 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 BRACHTON 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*).⁶⁸ Carlos I sostuvo en su juicio que la corte no tenía competencia para juzgarlo. Fue sentenciado a muerte.⁶⁹

5. Lenguaje, método y derecho administrativo

5.1. El lenguaje del poder incondicionado

Por lo antes expuesto, el derecho administrativo está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje. Así ocurre a veces con expresiones y “conceptos” “jurídicos” (poder de policía,⁷⁰ actos de gobierno o no justiciables, potestad reglamentaria, decreto, etc.⁷¹), como dijo GENARO R. CARRIÓ 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 quiere 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

⁶⁶ Desde un plano similar, NIETO ha afirmado que la vocación del derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales. (NIETO, ALEJANDRO, “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo,” *RAP*, n° 76, Madrid, enero/abril 1975, pp. 9-30.) También el derecho civil: LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las notas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, cap. III, “El derecho privado como límite del poder.” En rigor, todo el derecho bien entendido debe ser una limitación al poder del Estado o de los monopolios o grandes concentradores de poder.

⁶⁷ Ya se está allí en dirección a BONNARD, ROGER, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, París, L.G.D.J., 1939, 2ª ed. Ver también CORNE, PETER HOWARD, *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong, Hong Kong UP, 1996: todo es *guanxi*, relaciones.

⁶⁸ Ver LORD DENNING, *What Next in the Law*, Londres, Butterwoths, 1989, p. 6.

⁶⁹ LORD DENNING, *op. loc. cit.*

⁷⁰ Lo censuramos en “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1962, n° 2; *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963; *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf; “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. La expresión invoca el poder incondicionado.

⁷¹ Asimismo, expresiones como bien común o interés público. Al respecto, ver MANASSERO, NATALIA, “Se activa el Poder Judicial,” *LL, Supl. Adm.*, junio 2008, p. 28.

entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza.”⁷² Como señala el mismo autor, habría que indagar una respuesta de alcance general que explicara el porqué de estos asertos;⁷³ puede tratarse, como él mismo lo dice, “de una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado.”⁷⁴ Ello se aprecia en los conceptos del derecho público y privado: Vemos que la polémica SAVIGNY—VON JHERING tiene aún hoy vigencia.⁷⁵

5.2. Realidad, lenguaje e ideología

Los seres humanos nos vinculamos con el mundo por la medio de significados que se construyen sobre ese mundo principalmente en el espacio del lenguaje. Y desde el momento en que la realidad así entendida necesita ser definida, delimitada, se convierte en un terreno de lucha donde se define lo que el conjunto social termina aceptando como tal.⁷⁶

La realidad es siempre una construcción social, donde no hay espacio para una realidad absoluta. Si creemos que somos capaces de “capturar” esa realidad objetiva, libre de toda subjetividad, ese es el momento máximo, dice HALL, de conclusión ideológica, es cuando más nos encontramos bajo la influencia de la estructura más ideológica de todas: el “dar algo por sentado.”⁷⁷

No hay discursos neutros, se impone una manera de contar la realidad desde un “lugar” concreto. Donde hay lenguaje hay ideología. Como señala Hall, “[n]o es posible acabar con la ideología y simplemente vivir lo real.”⁷⁸ Es más, “[e]l lenguaje no sólo manifiesta una ideología sino que, fundamentalmente, es el espacio en que la ideología se constituye, consolida y legitima.”⁷⁹

⁷² CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 50-51. JUAN FRANCISCO LINARES, *Los sistemas dogmáticos*, op. cit., pp. 43-4, consideraba que “el derecho es también valoración jurídica según la constelación de valores coordinados por el de justicia: orden, seguridad, paz, poder, cooperación, solidaridad. La verdad de las valoraciones jurídicas salvo en casos paradigmáticos, es opinable y cambiante a lo largo de la historia por ser una verdad múltiple, un ‘mejor’ y ‘un peor’.” Por nuestra parte, preferimos evitar del todo el vocablo *potestad*, que evoca a uno de los ángeles en el derecho canónico. Suena improbable reconocer carácter angelical al poder humano.

⁷³ CARRIÓ, op. ult. cit., p. 56, los llama “desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por teóricos del derecho.” Como se advierte, es la misma distinción entre teóricos y practicantes que sugiere GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, op. cit., p. 77. Otro antecedente es JHERING, *Bromas...*, op. loc. cit.

⁷⁴ Op. ult. cit., p. 57.

⁷⁵ Lo explicamos en *Introducción al derecho*, op. cit., <http://gordillo.com/iad.html>.

⁷⁶ YACOVINO, CECILIA, “Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” *RPA*, 2007-1: 83, también publicado en el t. 7 de este tratado, op. cit., cap. IV, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo04.pdf; HALL, STUART, “Significado, representación, ideología,” en CURRAN, JAMES; MORLEY, DAVID y WALKERDINE, VALERY (compiladores), *Estudios culturales y comunicación. Análisis, producción y consumo cultural de las políticas de identidad y posmodernismo*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 27-61; BARTHES, ROLAND, *Mitologías*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003; LACLAU, ERNESTO, *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Nueva Visión, 1993, y otros.

⁷⁷ HALL, op. cit.

⁷⁸ HALL, op. cit.

⁷⁹ YACOVINO, op. cit.

5.3. 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.⁸⁰ 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.⁸¹ De lo contrario, desde el lenguaje seguiremos consolidando, reproduciendo y legitimando el componente autoritario de ciertas prácticas políticas.

YACOVINO señala las distintas cadenas de significantes que se movilizan cuando hablamos de ley y decreto-ley, construyendo realidades abiertamente diferentes, con lo cual llamar ley a lo que es un decreto-ley es borrar “la marca de la bestia,” aquello que lo revela como el producto de una cuestionable práctica política. En síntesis, cada vez que optamos por una palabra, estamos adhiriendo y sosteniendo la totalidad del discurso ideológico al que esa palabra pertenece.⁸²

A pesar de que los órganos internacionales de aplicación de los tratados que nos comprometen nos lo recuerdan, acá pretendemos ignorarlo. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos 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*

⁸⁰ Lo dijimos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447-8; “Análisis crítico de la ley de desarrollo,” *Rev. de Legislación Argentina*, 2: 88, Buenos Aires, 1966.

⁸¹ Ver también, en este mismo *Tratado*, tomo 7, *El derecho administrativo en la práctica*, Buenos Aires, FDA, 2013, <http://gordillo.com/tomo7.html>, cap. II a V, la reproducción de los artículos: GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.59/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo02.pdf; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *LL*, 2007-A, 777, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo03.pdf; YACOVINO, CECILIA, “Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” *RPA*, 2007-1: 83, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo04.pdf; “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *RPA*, 2005-1: 99; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo05.pdf. Ver también, DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo. Doctrina de facto y emergencia económica,” *RPA*, 2009-2 y 3: 73, nueva versión en el t. 6 de este *Tratado*, *op. cit.*, libro II, anexo I, http://gordillo.com/pdf_tomo6/02/anexo_diana.pdf.

⁸² YACOVINO, *op. cit.*

*Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*⁸³ En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “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.”⁸⁴

La Corte Interamericana 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,*”⁸⁵ pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables;”⁸⁶ *es la legislatura electa y no otra la que tiene la potestad legislativa.*⁸⁷

Sin embargo, nuestro viejo caciquismo se resiste a admitir que la ley debe emanar del Congreso y no puede emanar, bajo ninguna forma, del Poder Ejecutivo. Se importan principios del constitucionalismo francés del ‘58,⁸⁸ que nada tienen que ver con nuestra Constitución de origen estadounidense,⁸⁹ ni con el sistema de principios y valores de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esos puntos de vista locales, para los que es axiológicamente indiferente quién emite la norma general (o, incluso, prefieren la norma administrativa a la legislativa)

⁸³ Párrafo 22 de la OC 6/96, en OEA, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra. Conviene adelantar que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana son de obligatoria aplicación en el derecho interno, como lo tiene resuelto la CSJN en *Giroldi* en *Fallos* 318: 514 (1995); *LL*, 1995-D, 462. Lo hemos explicado en nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151, p. 151 y ss. El criterio ha sido reiterado en *Bramajo*, *Fallos* 319: 1840, cons. octavo y en *Arce*, *LL*, 1997-F, 697. Ver nuestros comentarios en el libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999.

⁸⁴ *Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro. Ver la aclaración de la nota anterior.

⁸⁵ Opinión Consultiva n° 6, párrafos 23 y 32.

⁸⁶ Opinión Consultiva n° 8, párrafo 24.

⁸⁷ Opinión Consultiva n° 8, párrafos 22 y 23, reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPIANO, OSCAR LUJÁN, Informe 36/96, párrafo 31, p. 197 del Informe de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: el principio de la buena fe nos obliga a cumplir con lo mismo en el plano interno y externo y *nos obliga* en el plano interno e internacional. En cuanto al alcance de la expresión *leyes*, el principio de legalidad, su vinculación con las competencias normativas del Poder Ejecutivo y la validez de los DNU en el sistema interamericano de Derechos Humanos, puede verse el comentario al art. 30 de la CADH, en ALONSO REQUEIRA, ENRIQUE M. (Dir.), *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, 1ª ed.

⁸⁸ Básicamente, el enunciado del supuesto carácter limitado y taxativo de los poderes del Congreso, lo que contradice el principio de los poderes implícitos del Congreso, consagrado expresamente en el art. 75 inc. 32 de la Constitución.

⁸⁹ Aunque muchas de sus cosas las hemos caricaturizado, como el presidencialismo. Ver nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; de libre acceso en www.respublicaargentina.com, *Serie de Estudios*; también reproducido *infra*, tomo 7, *op. cit.*, cap. XII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf.

pueden coincidir con la sociología del poder público en la Argentina,⁹⁰ pero se contraponen a su derecho público.

5.4. *El uso común del lenguaje*

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. Como expresa HOSPERS⁹¹ las palabras no son más que rótulos de las cosas. Ponemos rótulos a las cosas para hablar de ellas y por ende las palabras no tienen más relación con las cosas, que la que tienen los rótulos de la botella con la botella misma. “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.”⁹²

El lenguaje no sería comprensible ni 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. El uso común no sólo se emplea en el lenguaje ordinario, sino también en el llamado lenguaje técnico o científico.

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.⁹³

Tampoco es siempre neutro, como hemos explicado en los puntos 5.1 y 5.2. Esto es particularmente grave en el derecho argentino, en el cual hay un uso ideológico proclive a los gobiernos de facto como es el caso de llamar leyes a los

⁹⁰ Máxime, cuando los gobiernos deciden invocar la emergencia y con ello crear más emergencia aún. Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” *LL*, 2006-A, 872; “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877. Ya antes había dicho MAIRAL que “cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene.” MAIRAL, “El impacto de la crisis económica en el derecho,” *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; “La degradación del derecho público argentino”, en SCHEIBLER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp.17-32; DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, “Los superpoderes al Jefe de Gabinete,” *LL*, *Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1; nuestros arts. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; “La seguridad jurídica y la emergencia,” en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74.

⁹¹ HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, t. I, Buenos Aires, Macchi, 1965, cap. I.

⁹² HOSPERS, *op. cit.*, p. 22; ROSS, ALF, *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 32 y *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, pp. 109-10.

⁹³ CARRIÓ, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 23-35, 67-69.

decretos leyes de los gobiernos militares, existen también usos ideológicos en los últimos tiempos llamados “nacionales y populares.”

5.4.1. *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,⁹⁴ a menos que construyamos un lenguaje artificial.⁹⁵

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.⁹⁶

En cualquier caso, la aplicación de la lógica simbólica⁹⁷ al derecho⁹⁸ permite evitar razonamientos inválidos,⁹⁹ pero no soluciona el problema de la imprecisión del lenguaje y de los términos jurídicos de que se parte,¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ No ha logrado estar a la altura de las esperanzas que en ella se tuvieron.

Dicho en las 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.”¹⁰²

⁹⁴ HOSPERS, *op. cit.*, pp. 48-58.

⁹⁵ Ampliar en HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 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. 110-111.

⁹⁶ CARRIÓ, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 37-39.

⁹⁷ 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*, *op. cit.*

⁹⁸ Puede verse KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 41 y ss.; WEINBERGER, OTA, *Rechtslogik*, Nueva York, Viena, 1970, p. 189 y ss.

⁹⁹ Dice AYER, ALFRED JULES, *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, 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.”

¹⁰⁰ 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. Comp. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., pp. 332-33.

¹⁰¹ Explicamos algunos de ellos *infra*, cap. III, “Bases políticas, supra constitucionales y sociales del derecho administrativo,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf.

¹⁰² POPPER, KARL, *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1985, p. 97; POPPER, KARL L., *La lógica de la investigación*

5.4.2. *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.”¹⁰³

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 última 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 vaguedad e imprecisión que resulta insatisfactorio continuar usando esa palabra siguiendo el uso común.”¹⁰⁴

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;¹⁰⁵ 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.*”¹⁰⁶

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.

científica, op. cit., pp. 260-261; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism, op. cit.*; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones, op. cit.*; *Unended Quest, op. cit.*, etc.

¹⁰³ HOSPERS, *op. cit.*, pp. 14-5; ROSS, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁴ HOSPERS, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁵ Es lo que hemos hecho, siguiendo la doctrina austríaca de ANTONIOLLI, con las palabras “policía” y “poder de policía,” *supra*, nota 65. Para una crítica de nuestro desarrollo en el punto concreto ver BEZOS, CLOVIS, *Poder de policía*, San Pablo, Revista Dos Tribunais, 1979. Ampliar *infra*, tomo 7, *op. cit.*, cap. VIII, p. 97, nota 16, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf.

¹⁰⁶ HOSPERS, *op. cit.*, pp. 17-18; la bastardilla es nuestra; HAYAKAWA, S.I., *Language in Thought and Action*, Londres, 1970, 2ª ed., p. 214 y ss.

5.5. *La libertad de estipulación y las palabras del derecho administrativo*

Lo que acabamos de recordar tiene importancia fundamental para la futura definición de “acto administrativo,” “derecho administrativo,” etc., ya que estas palabras tienen —de acuerdo con el uso común de *algunos* autores (ni siquiera existe un uso común de *todos* los autores)— una gran vaguedad, al abarcar un dominio muy diverso de cosas.

Todas las palabras del lenguaje tienen una zona central donde su significado es más o menos cierto y una zona exterior en la cual su aplicación es menos usual y se hace cada vez más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no.¹⁰⁷ Ello se resuelve en parte buscando cuál es el contexto en que la palabra ha sido empleada por quien la utiliza,¹⁰⁸ la expresión en que aparece,¹⁰⁹ o incluso las situaciones con las cuales está en una función de conexión.¹¹⁰

Pero ello no soluciona suficientemente la cuestión en el caso de las palabras del derecho administrativo, pues su zona periférica de incertidumbre es muy amplia: Se torna por ello metodológicamente necesario tratar de estipular un campo de aplicación lo más preciso que sea posible (nunca lo será totalmente) para saber entonces cuál es el campo de aplicación de un determinado *régimen jurídico* y no otro. Esto no le dará exactitud al análisis de los problemas jurídicos, pero sí más racionalidad en el tratamiento de tales problemas que empleando palabras que el autor supone “verdaderas” o necesariamente válidas.¹¹¹ Aclarando en cambio que se trata de *estipular* una definición o un concepto *tan sólo funcional y operativo dentro de un cierto contexto*, será posible referirse a situaciones reales antes que a luchas de palabras.

Por lo tanto, sobre la base de la observación y el análisis de las particularidades del régimen jurídico administrativo y su aplicación, estipularemos las definiciones y clasificaciones que pueden más adecuadamente explicar ese régimen jurídico. En algunos casos y por considerar que una extensión amplia de ciertas palabras torna confuso e inadecuado su uso, provocando erradas aplicaciones del régimen jurídico, consideramos que es necesario tratar de eliminar la palabra; o en otros casos acotarla usándola en un sentido especial y más limitado, “restringiéndola arbitrariamente a alguna parte específica del vasto dominio de referencia que tiene.”¹¹² En otros términos, el uso amplio de la palabra a veces hace confusa su

¹⁰⁷ ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 111.

¹⁰⁸ ROSS, op. cit., p. 114 y ss.

¹⁰⁹ ROSS, op. cit., p. 110.

¹¹⁰ ROSS, op. cit., p. 112.

¹¹¹ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., pp. 260-61; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, op. cit. POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 83, dá como ejemplo de contras-tación por falsamiento en la ciencia de la naturaleza: “si se afirma que todas las aves de la clase de los cuervos son negras, quedaría demostrado el error de la enunciación si se comprobara que en el Jardín Zoológico de Nueva York existe toda una familia de cuervos blancos.”

¹¹² HOSPERS, op. cit., pp. 17-18. Ver también HEMPEL, CARL G., *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, 1960, p. 1 y ss.

aplicación y la del régimen jurídico que con ella se quiere describir o explicar, por lo que en aras de la claridad la delimitaremos, precisando de tal modo los alcances de los principios jurídicos aplicables a las diversas manifestaciones de la actividad administrativa.

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

Queda dicho con lo expuesto que la definición de las palabras “acto administrativo,” “función administrativa,”¹¹³ “derecho administrativo,” etc., 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: si no está bien claro qué entendemos cada uno de nosotros¹¹⁴ por acto, contrato o reglamento administrativo, o en qué sentido empleamos la palabra, menos claro estará cualquier cosa que digamos sobre sus nulidades, vicios, extinción, etc.

La claridad del vocablo o definición que se estipule es un prerequisite 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 [...] estos, 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.”¹¹⁵

Tampoco se trata de averiguar, por supuesto, la “naturaleza” o “esencia” de las cosas o las instituciones. Como recuerda ALF ROSS,¹¹⁶ 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 conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descripto,”¹¹⁷ 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.”¹¹⁸

¹¹³ Ver *infra*, cap. IX, § 4, p. 7, nota 25, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIX.pdf, para la aplicación de estos criterios sobre búsqueda de una explicación del régimen jurídico de la función administrativa.

¹¹⁴ Y, por supuesto, no hay necesidad científica alguna de que todos debamos acordar algo. Lo haremos en la medida que nos parezca práctico, útil, conveniente. Quienes creen conveniente reforzar el poder estatal sobre los individuos, hacen su propia elección. No es la nuestra.

¹¹⁵ *Popper Selections, op. cit.*, pp. 95-7.

¹¹⁶ *Sobre el derecho y la justicia, op. cit.*, p. 111 y sus remisiones.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 109, nota 3.

¹¹⁸ *Op. loc. cit.* Este planteo nada tiene que ver con el epistemológico acerca de qué es “el Mal” o “lo bueno, lo bello y lo verdadero.” JUAN PABLO II, *De fides et veritas*.

“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,¹¹⁹ en base a las cuales ha de deducirse la conveniencia o inconveniencia de la definición estipulativa que se proponga.¹²⁰ Con mayor razón cabrá evitar las definiciones dogmáticas en las cuales “La noción [...] responde a una tendencia irreprimitable 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 jurídica y de toda justificación jurídica. Tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y de expresión.”¹²¹

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 denotación no debe ser demasiado amplia ni restringida.¹²²

5.6.1. 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? No es una cuestión dogmática ni que ponga en juego grandes principios jurídicos, sino una cuestión metodológica, pragmática, de mera conveniencia u oportunidad. En esto concuerdan no sólo la teoría general y la metodología de la ciencia,¹²³ sino también muchos administrativistas.¹²⁴ Pero no todos. Este es el punto fundamental: 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 desencaminada.¹²⁵ Discutir sobre esa premisa es como ir y venir en una “verdadera vía muerta” y

¹¹⁹ COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 103.

¹²⁰ Pues “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*. [...] [T]iene un carácter directivo más que informativo” (COPI, *op. cit.*, p. 102).

¹²¹ CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, *op. cit.*, p. 57.

¹²² COPI, *op. cit.*, p. 121; HOSPERS, *op. cit.*, pp. 36-7; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 326; STEBBING, L. S., *Introducción a la lógica moderna*, México, 1965, p. 195, quien agrega otros requisitos en p. 199 y ss., al igual que COPI, *op. cit.*, p. 120 y ss.

¹²³ P. ej. CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 66-71.

¹²⁴ 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, 1960, 2ª ed., p. 2 y ss.; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche, 1954, p. 195.

¹²⁵ 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.”

hacer “monumentos a la esterilidad,” en las palabras de CARRIÓ.¹²⁶ Lo que habrá que discutir, en consecuencia, es ante todo cuáles son los objetos sobre los cuales discurriremos 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 (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.

5.6.2. *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 en materia de derecho administrativo, acto administrativo, etc., la definición sólo puede resultar de una clasificación previa de objetos.

Antes de analizar las relaciones entre una definición y una clasificación de los “actos administrativos,” 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.”

Posiblemente 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.

¹²⁶ CARRIÓ, *op. cit.*, p. 69.

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 amplia — 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.¹²⁷ Por ello, podemos razonablemente clasificarlas de una u otra manera, agruparlas de uno u otro modo, según las características asimilables o, al contrario, diferenciables que nos 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 de 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.”¹²⁸

En base a estos principios, resulta que la definición, p. ej., de la expresión “acto administrativo” requiere primero la clasificación de las características jurídicas de distintas actividades de tipo administrativo, dentro de las cuales ubicaremos a una especie que definiremos de alguna manera; a su vez, la misma especie “acto administrativo” ya definida, puede dar lugar a nuevas y más minuciosas clasificaciones, que constituirán ahora *subespecies* de actos administrativos.¹²⁹

Esto permite ya adelantar que en la escala descendente de clasificaciones, del total de la actividad administrativa hasta el más ínfimo y reducido acto concreto que se analice, puede colocarse en cualquier grado o escala a la “definición” de “acto administrativo.” Esta palabra no cumple otra función que la de ordenar y sistematizar los conocimientos que se quieren transmitir sobre el total de la actividad administrativa, 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,

¹²⁷ HOSPERS, *op. cit.*, pp. 25-7.

¹²⁸ HOSPERS, *op. cit.*, pp. 28-30.

¹²⁹ Un primer desarrollo de este tema se encuentra en este volumen, cap. X, “Clasificación jurídica de la actividad administrativa,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf, y con mayor extensión, en los caps. I a IV del t. 3, <http://gordillo.com/tomo3.html>. El mismo procedimiento que indaga el régimen jurídico debe utilizarse, por ende, para la función administrativa.

según el caso, pero no “verdadera” o “falsa.”¹³⁰ 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 significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales», al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado.”¹³¹ Lo mismo vale para *toda la ciencia*.

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 incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas;”¹³² “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.»”¹³³

Como dice CARRIÓ, 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 formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.”¹³⁴ En palabras del mismo autor, “Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidir está dado 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.”¹³⁵

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 y consecuentes definiciones 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 in-

¹³⁰ CARRIÓ, *op. cit.*, p. 65.

¹³¹ CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 66-7.

¹³² *La lógica de la investigación científica, op. cit.*, p. 262; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism, op. cit.*

¹³³ *Op. ult. cit.*, pp. 256-7. Pedimos excusas por la licencia de reiterar la transcripción, pero son premisas metodológicas a nuestro juicio indispensables.

¹³⁴ CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 72-3.

¹³⁵ CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 72-3. “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.”

comprensibles sino además dañosas. 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.

II. El caso en derecho administrativo

6. La importancia del caso en el derecho

Puesto que el derecho es una ciencia de casos singulares y concretos, según hemos explicado, cabe referirse a la resolución de casos.¹³⁶ Es conocida hasta en el mundo anglosajón,¹³⁷ en distintas versiones¹³⁸ y en otros países,¹³⁹ 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.¹⁴⁰ 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, actos administrativos, etc. Este método consiste en “el suministro a todos los estudiantes [...] de una serie concreta de situaciones de las que emergen problemas, como material común para discusiones de grupo, seleccionados y organizados de tal manera que los problemas relacionados pueden ser considerados conjuntamente, en un esfuerzo por desarrollar principios a lo largo de la discusión en clase, y facilitar cierto ejercicio [...] respecto de la prueba y la aplicación de dichos principios.”¹⁴¹

¹³⁶No 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 libro *El método en derecho, op. cit.*, Puede verse también nuestra *Introducción al derecho, op. loc. cit.* Ver también “Pereyra. El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998, reproducido en la segunda edición de *El método, infra*, t. 6, Libro I, cap. VII, http://gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap07.pdf.

¹³⁷“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*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. XVII.

¹³⁸Comparar ROWLES, JAMES P., “Towards Balancing the Goals of Legal Education,” *Journal of Legal Education*, 1981, 31: 375 y ss., 383-384 y 389, que es más optimista en el aspecto técnico, no así en el político-social, pp. 391 y ss.

¹³⁹En 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 la doctrina, sino haberla visto antes como información genérica y volver a consultarla después, en búsqueda puntual. Pero siempre, en el abordaje concreto a un tema concreto, dejarla para después del análisis de los hechos, la valoración y las normas. En el trabajo concreto no se empieza con los libros, se empieza con los hechos.

¹⁴⁰Dice CARRIÓ, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso...*, op. cit., 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,” *Cómo argumentar y fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1996.

¹⁴¹LLEWELYN, KARL N., citado por CUETO RÚA, JULIO, en *El “common law”, op.cit.*

Debe reiterarse que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos¹⁴² 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.”¹⁴³

Los libros tienen un lugar en el aprendizaje 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.

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

Quizá lo fundamental y lo más difícil sea transmitir a los alumnos experiencias que les permitan apreciar, comprender y *actuar* conforme a la máxima de que lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante 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. Desde la posición de SALEILLES que recuerda CARDOZO, “Uno decide el resultado al comienzo; después encuentra el principio; tal es la génesis de toda construcción jurídica,”¹⁴⁴ pasando por la postulación de que las normas “no se activan por sí mismas,” que son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva,”¹⁴⁵ que “el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos,”¹⁴⁶ o expresando con simplicidad el principio cardinal de que “Todo depende del asunto,”¹⁴⁷ o que “Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98 % del problema,”¹⁴⁸ los juristas de todo el mundo nunca han dejado de enfatizar la cuestión.

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

¹⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, en su prólogo a VIEHWEQ, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 12.

¹⁴³ ESSER, *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.

¹⁴⁴ Ver CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, op. cit., p. 170. Se trata de la conjetura científica: No es que ya se “decida,” sino que se formula una hipótesis provisional, sujeta a modificación.

¹⁴⁵ BINDER y BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, op. cit., p. 2. “Describe qué ocurrió y por qué de una manera que es persuasiva para la mente y para el corazón.”

¹⁴⁶ LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁷ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., pp. 93-7.

¹⁴⁸ Ver *supra*, nota 54.

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.”¹⁴⁹

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 Administrativo.”¹⁵⁰

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*.”¹⁵¹

Cabe asimismo recordar que “Las resoluciones [...] fundadas en una prueba inexistente [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas,”¹⁵² o que “no cabe al órgano administrativo [...], 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,”¹⁵³ y que “los jueces intervinientes 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.”¹⁵⁴

Pero determinar cuáles son los hechos del caso no es en absoluto una tarea sencilla, sino por el contrario altamente desafiante a nuestra capacidad de percepción, imaginación y creación.

Para determinar esa realidad en el plano documental y del expediente, es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación,” se trata del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según

¹⁴⁹ JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601. El “buen derecho” aplicado al caso que no corresponde es, por supuesto, mal derecho. Es el caso que relatamos en nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., cap. V, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf.

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31-2 y su art. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.”

¹⁵¹ PADILLA, M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77. CSJN, Fallos, 335: 452, Q.C., S.Y. c/ GCBA (2012); TSJ CABA, Alba Quintana, 12-V-10; Gigacable S.A., 11-XII-07.

¹⁵² PTN, 81:228, 230 y nuestro t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VII, “Producción y valoración de la prueba,” http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf.

¹⁵³ CSJN, Fallos, 248: 625, Aldamiz (1960).

¹⁵⁴ CSJN, Fallos, 244: 248, 554, López de Reyes (1959). Ver también CSJN, Fallos, 320: 2509, Solá (1997); Fallos, 331: 735, Schneiderman (2008); Fallos, 334: 1909, Silva Tamayo (2011).

la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;¹⁵⁵ es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”¹⁵⁶ De todas maneras, el expediente se refiere a su vez a hechos de la realidad que es necesario observar con la propia percepción para determinar si coincide con la que muestra el expediente.¹⁵⁷

El necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;”¹⁵⁸ 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»,”¹⁵⁹ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones.”¹⁶⁰

Para ello debe “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas,”¹⁶¹ “profundas investigaciones de hecho,”¹⁶² en todos los campos del saber que la situación del caso y la imaginación creadora de quienes intervienen en él lo requieran.

6.2. *La dificultad de determinar los hechos*

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano, idea que ya se encontraba en ARISTÓTELES.¹⁶³ Ese primer principio común es necesario y determinante para el que encara la enseñanza o la realización de casos de derecho, tanto en su primer aprendizaje como a lo largo de toda su vida.

Para apreciar la índole y dificultad de la tarea de percibir los hechos cabe recordar que ya LEIBNIZ 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

¹⁵⁵ DE CORMENIN, M., *Droit administratif*, t. I, París, ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destaca el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes; CHAPUS, RENÉ, *Droit Administratif Général*, t. I, París, 1985, p. 316; 1993, 7ª ed., p. 366 y ss.; RIGAUD y DELCROS, *Les institutions administratives françaises. Les structures*, París, 1984, p. 238.

¹⁵⁶ LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés,” *op. loc. cit.*

¹⁵⁷ Ver el capítulo V de nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf.

¹⁵⁸ 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.* El concepto y la práctica de la racionalidad, con todo, son menos frecuentes cuanto menos desarrollado es un país: Por ello es que la educación y el desarrollo cultural son precondition del desarrollo económico y social.

¹⁵⁹ Ver RIVERO, JEAN, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif,” en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, 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*, 31: 27, 1979/1980.

¹⁶⁰ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

¹⁶¹ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

¹⁶² LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

¹⁶³ COPLESTON, F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, FCE, 1969, pp. 25-30.

forma plena y exhaustiva.¹⁶⁴ Todas las ciencias sólo admiten pues un conocimiento contingente de sus objetos; lo mismo pasa al jurista en un caso de derecho y aun más 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*.¹⁶⁵ Veremos ahora algunas reglas empíricas.

6.3. *Analizar la prueba que ya existe*

El primer paso a realizar se cumple con la prueba preexistente y cuál parece ser según ella la realidad, sin olvidar nunca el expediente administrativo.¹⁶⁶ 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, además de la realidad misma y su contexto.

Relacionar papeles entre sí, buscar sus correlaciones o antagonismos, entre ellos y con los comportamientos materiales de las personas y demás datos empíricos, no es tarea fácil. La doctrina de los actos propios p. ej. puede tanto sustentar un documento como refutarlo, pero en el segundo caso será necesario encontrar los medios de prueba que demuestren cuál ha sido la conducta anterior de la persona.

Puede ser conveniente hacer un listado¹⁶⁷ 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 preexistentes, 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.¹⁶⁸ Más de una vez una escritura pública

¹⁶⁴ VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 19-21.

¹⁶⁵ Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-8.

¹⁶⁶ Para un análisis de los distintos medios de prueba ver el t. 2 del presente *Tratado*, cap. I, “La prueba de los derechos,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo1.pdf; antes en el art. “La prueba en el Derecho procesal administrativo,” *LL*, 1996-A, 1398.

¹⁶⁷ BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, proponen 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. No debe olvidarse el valor de la propia escritura en el proceso de maduración de las ideas, como explicamos en *El método...*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁸ Sobre todo lo precedente nos remitimos a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. I a VIII.

o un instrumento público que pudiera dar plena fe de sus formas extrínsecas o de su contenido,¹⁶⁹ podrá ser redargüido de falso.¹⁷⁰

a) 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;

b) No sólo habrá que analizar cuidadosamente la documentación que aporta;

c) Habrá que acceder al expediente administrativo completo si él existe.

d) Se debe consultar los libros de comercio de la parte¹⁷¹ si ello es pertinente a la cuestión.

e) Es indispensable fundamentalmente visitar el lugar de los hechos porque siempre es posible que nos de alguna idea creativa respecto a la comprensión del total de la situación fáctica.¹⁷²

f) Es también indispensable consultar a los técnicos o expertos¹⁷³ 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 dio 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 tiempo¹⁷⁴ —se vence un plazo para recurrir, hay que contestar una demanda, hay que dictar sentencia— y costo, amén de la no siempre predisposición del interesado, o posibilidad material

¹⁶⁹ Para deslindar cuál es el efecto probatorio en cuanto al fondo y la forma de los expedientes administrativos nos remitimos al t. 3, *op. cit.*, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo7.pdf.

¹⁷⁰ Pues no es extraño que se cometan graves deslices documentales, rearmando expedientes de manera artificial, detrayéndoles piezas documentales, etc.

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ Ver “El tiempo en la decisión jurídica,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, IJ, 2007, pp. 146-58; disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf>; reproducido en CARLOS E. DELPIAZZO, coord., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 733-44 y en este *Tratado* en el t. 7, *op. cit.*, cap. XX, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo20.pdf. Versión oral originaria en Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 8 y 9 de Junio 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <http://gordillo.com/charlas.html>

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 “sobreambientadamente,”¹⁷⁵ 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 conjeturable es congruente y proporcionado con los hechos que lo sustentan.

6.4. *La prueba adicional a producir*

6.4.1. *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 aun más, de ser permanentemente autocrítico y crítico de la autocrítica.¹⁷⁶ Esta etapa es previa a la iniciación del asunto: De lo contrario se incurre en el riesgo de efectuar un planteamiento de la cuestión que caiga por su base con la ulterior producción de prueba en contrario que realice la contraparte o eventualmente el tribunal. Una decisión responsable, por lo tanto, debe incluir esta

¹⁷⁵ Ha de tenerse presente que la prueba producida antes del pleito es siempre sensiblemente más barata que la producida judicialmente. Es un cálculo de costo-beneficio que deberá hacerse caso por caso.

¹⁷⁶ MILLER, *Popper Selections, op. cit.*, p. 126.

etapa intermedia. La instrucción del proceso empieza pues tempranamente, con la producción privada de la prueba por el abogado, antes de iniciar el juicio o el procedimiento administrativo.

6.4.2. *Los funcionarios o magistrados*

Si se trata de un funcionario público 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.¹⁷⁷

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados de ambas partes, más el expediente en su caso, ha permitido avanzar en la determinación de los hechos. Pero el juzgador debe dictar medidas para mejor proveer, si los elementos probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos.¹⁷⁸

Ello es así en buenos principios¹⁷⁹ y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto de oficio importantes medidas de prueba.¹⁸⁰

Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: en el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo,¹⁸¹ y en el amparo la naturaleza sumarisima 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.¹⁸²

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”¹⁸³ y también lo es que cada instan-

¹⁷⁷ Explicamos tales principios en el t. 2, *op. cit.*, cap. I, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo1.pdf; el desarrollo continúa en el cap. X del mismo t. 2, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo10.pdf y en el t. 4, *op. cit.*, caps. VI, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo6.pdf y VII, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf. Por supuesto, cabe evitar el dogmatismo en la aplicación de estos asertos, pues el interesado deberá siempre ser diligente en la defensa de su derecho.

¹⁷⁸ En esa inteligencia, recordemos que en la última reforma procesal implementada a través de la ley 25.488 se estableció que los jueces “deberán” —y no podrán— dictar medidas para mejor proveer. (Art. 36.)

¹⁷⁹ 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.

¹⁸⁰ P. ej. en el caso *Saguir y Dib, Fallos*, 302-2: 1284. (1980.)

¹⁸¹ Así en el caso *Cine Callao* (que analizamos en *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. VIII, p. 39), 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.

¹⁸² Caso típico, si está en juego una vida: *Fallos*, 302-2: 1284 (1980), *Saguir y Dib*.

¹⁸³ LORD DENNING, *The Due Process of Law, op. cit.*, p. 61.

cia sucesiva es más renuente que 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.

6.4.3. *Observaciones comunes*

En base a la estrategia probatoria que resuelva en la etapa anterior, el abogado¹⁸⁴ pasará a una etapa de investigación:¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶

A veces los profesionales dejan esta actividad probatoria para el juicio mismo: Pero el costo de una pericia es menor si se la produce en forma previa a la etapa judicial, los puntos de pericia se preparan con más eficacia y oportuna colaboración del cliente, etc. Sobre todo, se puede así plantear de modo más eficaz el encuadramiento jurídico del problema. Ello da bases más seguras para negociar soluciones alternativas y si éstas fracasan, para emprender el litigio.

En nuestra opinión es preferible adelantarse a concebir y producir, primero privadamente,¹⁸⁷ la prueba¹⁸⁸ adicional o contraria¹⁸⁹ que resulte necesaria. Nuestro derecho y práctica procesales distan mucho aun de la realidad estadounidense, donde la producción privada de la prueba se hace en forma contradictoria, con intervención de los letrados de ambas partes. En todo caso, sea de una u otra manera, con la mayor información y el mejor planteamiento del caso que resulta de la producción privada de la prueba, corresponderá más adelante aportar,

¹⁸⁴ Y el administrador o el magistrado, cada uno de manera decreciente. (*Supra*, § 13.1.)

¹⁸⁵ Investigación del propio abogado, o a cargo de expertos contratados al efecto: BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 161 y ss., 211 y ss., 218-220 y 317 y ss. En ocasiones, incluso el tribunal puede determinar que se realicen determinadas diligencias probatorias por el funcionario que indique al efecto.

¹⁸⁶ Sobre todo ello nos remitimos nuevamente a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. 11 a 17. El tipo de razonamientos que proponen permite la solución de problemas que se plantean en la etapa instructoria, a través de preguntas para reducir los riesgos ulteriores.

¹⁸⁷ Para el tema de la producción privada de la prueba, sujeta a refutación por prueba contraria, ver en este *Tratado* el t. 4, *op. cit.*, cap. VI, § 19, 22.8, 26.2, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo6.pdf y cap. VII, § 10, ap. 10.1, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf, etc.

¹⁸⁸ Analizamos en el t. 4, *op. cit.*, cap. VI, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo6.pdf, 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.

¹⁸⁹ "No sabemos: Sólo podemos adivinar [...] Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas 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.)

si es necesario, prueba adicional en sede administrativa¹⁹⁰ y sólo por último en sede judicial.¹⁹¹

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 privada o administrativa, incluso invocando en algunos casos un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos.¹⁹² 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.¹⁹³ De tal modo, toda postergación de la actividad probatoria es siempre progresivamente perjudicial para quien incurre en ella.

6.5. *La apreciación de la prueba*¹⁹⁴

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 debe llegar a juicio.

En este punto, como tal vez en otros, la experiencia pareciera resultar insustituible¹⁹⁵ y debe 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 decidir¹⁹⁶ pero como existen sucesivas instancias y el tiempo

¹⁹⁰T. 4, *op. ult. cit.*, cap. VII, "Producción y valoración de la prueba," http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf; cap. VI, "Apertura a prueba. Medios de prueba," http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo6.pdf.

¹⁹¹Guardando siempre la prudencia documental que sugerimos en el t. 2, *op. cit.*, caps. I, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo1.pdf y IX, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf.

¹⁹²Lo explicamos en el t. 3, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos," http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo7.pdf.

¹⁹³BINDER 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.

¹⁹⁴Ver el t. 4, *op. cit.*, cap. VII, "Producción y valoración de la prueba," http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf.

¹⁹⁵Lo 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, 6ª ed., pp. 115-126.

¹⁹⁶CARRIÓ, *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 refle-

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.¹⁹⁷

6.6. *El devenir del tiempo en el caso*

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:¹⁹⁸ “la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso.”¹⁹⁹

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.”²⁰⁰ Cabe estar en consecuencia siempre atento a los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo, los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso.²⁰¹

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

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

2º) “las reglas aplicables,”²⁰²

3º) “el resultado que se considera deseable,”²⁰³

4º) la autoridad decidente,

5º) el entorno jurídico político,

6º) las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno,²⁰⁴ etc.

El transcurso del tiempo obliga así a un reanálisis constante de todos los factores del caso. Los hechos y circunstancias de un caso pueden irse modificando a través del tiempo, como así también los intereses y valores en juego. Más aún, tanto el abogado como la administración van introduciendo modificaciones, que los abogados formados deben realizar cotidianamente en su trabajo profesional.

¹⁹⁷ Nos remitimos a las reflexiones de CUETO RÚA, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

¹⁹⁸ Ver el t. 2, *op. cit.*, caps. IX a XIII, <http://gordillo.com/tomo2.html>.

¹⁹⁹ CARRIÓ, *Cómo estudiar...* *op. cit.*, p. 34, § K.

²⁰⁰ COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, *op. cit.*, p. 122, quien desde luego lo afirma con criterio general.

²⁰¹ ROMBAUER, *op. cit.*, pp. 328-9.

²⁰² CARRIÓ, *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,” lo que también es exacto, sobre todo en derecho administrativo.

²⁰³ CARRIÓ, *op. loc. cit.*

²⁰⁴ Ocurre a su vez que a veces el gobierno, aún electo democráticamente, no representa el pensamiento de la sociedad, pues fue fruto del voto de una minoría. Esos casos son particularmente difíciles pues el gobierno está convencido que, por haber sido electo, entonces tiene razón. No es así.

en la situación de hecho originaria, cada uno para mejor adecuar el caso a una correcta solución jurídica.

Es necesario por ende considerarlo dinámicamente y en función del tiempo, lo cual impone estimar no solamente en *qué tiempo*²⁰⁵ se piensa que ocurrirán qué cosas, sino también decidir *cómo* y *quién* habrá de proveer *cuándo* el impulso para que se produzcan.

Es que importa precisar que si bien la teoría jurídica en materia de procedimiento ante la administración pública indica p. ej. 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, en la gestión ante la administración pública, en tanto no se instituyan tribunales administrativos,²⁰⁶ casi siempre se produce un desbalance que judicialmente no se debería en buenos principios aceptar. En efecto, en la práctica administrativa cada parte necesariamente arguye su caso ante el funcionario sin la presencia de la contraparte y sin posibilidad oportuna de corregirla o contradecirla.²⁰⁷

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 permanente²⁰⁸ y la suficiente adaptabilidad para readequar el planteamiento del problema. Lo cual, desde luego, se puede hacer privadamente y en vía administrativa²⁰⁹ y aun estando en litigio, por las negociaciones y eventuales transacciones.

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 hil-

²⁰⁵ Tratamos este tema en el t. 4, *op. cit.*, cap. VIII, § 1, 1.1, 1.2 y 1.3, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo8.pdf. El tiempo también es de significativa importancia en los juicios de responsabilidad del Estado: Ver "La responsabilidad del Estado en la práctica," *infra*, t. 7, *op. cit.*, cap. XXXII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf.

²⁰⁶ Iniciamos el planteo en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. II. Hemos seguido explicitando la idea en "Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: "El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo," en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

²⁰⁷ Ver LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 85. Lamentablemente, estas prácticas también se reproducen en el ámbito judicial, ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., "Los alegatos de oreja: una práctica cotidiana que atenta contra un mejor servicio de justicia," *LL*, 2007-F, 865.

²⁰⁸ Sobre el rol crítico del docente en la asistematicidad del derecho viviente, nos remitimos a nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, *op. cit.*, 1984, pp. XIV y XV del prólogo, reproducido en t. 8, *Teoría general del derecho administrativo*, *op. cit.*, http://gordillo.com/pdf_tomo8/03prologo.pdf; reproducido en *Derechos humanos*, *op. cit.*, cap I, § 3.3, "La influencia asistemática de la doctrina."

²⁰⁹ *Infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 17, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo3.pdf.

vanado 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: Se requiere el despliegue de toda la creatividad e imaginación profesional para escudriñar en los lugares más recónditos que puedan iluminar el resto de la situación. Esto requiere por supuesto, experiencia práctica y habilidades profesionales.

6.7. *Algunos aspectos específicos*

6.7.1. *El objeto del acto administrativo*

Es parte integrante del análisis documental el identificar el objeto²¹⁰ del acto administrativo,²¹¹ dándole atención prioritaria y reflexionando realista y empíricamente sobre el tipo de problema que ese objeto o contenido central del acto plantea en la práctica, en el contexto de la realidad material a que el mismo se refiere o en la cual se inserta.

6.7.2. *La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación*

Corresponde también identificar los hechos de la realidad que dan justificación, motivo o causa fáctica al acto administrativo,²¹² diferenciándolos de la motivación del acto o explicación de tales hechos externos al acto,²¹³ cuidando de 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 en su contexto 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.

²¹⁰ Esto es, lo que el acto decide: T. 3, *op. cit.*, cap. VIII, ap. II, § 4 y ss, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf.

²¹¹ Según la extensión que atribuimos al concepto en el t. 3, *op. cit.*, caps. I a IV, <http://gordillo.com/tomo3.html>.

²¹² T. 3, *op. cit.*, cap. IX, § 8.2, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf; cap. VIII, § 5 ap. a), p. VIII-10; § 7, “Imposibilidad de hecho,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf, etc. El sustento fáctico suficiente es parte de la garantía de razonabilidad de *todos* los actos estatales, la que desarrollamos en el cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf. Un planteo más general de la racionalidad económica, en nuestros citados arts. “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional;” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” <http://gordillo.com/articulos/art4.pdf>, donde explicamos la interacción entre estos principios jurídicos.

²¹³ Ver t. 3, *op. cit.*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo10.pdf.

Los hechos materiales, las circunstancias y conductas realmente acaecidas en el contexto social, económico, político, etc. son fundamentales para el correcto encuadre de los hechos en el derecho.²¹⁴

El análisis del acto 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 esencial para entender y aplicar el derecho: Si uno lee *Cine Callao* y no advierte que la Corte no percibió los hechos, erra 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,²¹⁵ también se equivoca; lo mismo con *Marbury v. 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.²¹⁶

6.7.3. La presunción de legitimidad del acto administrativo y la prueba

Hay un error político de gran persistencia: La tendencia a creer ciegamente a quien ejerce el poder, parecida a la creencia en sí mismo que tiene el que ejerce dicho poder. Ello es válido no solamente para lo político sino también para lo jurídico, donde se lo ha vestido de diversos ropajes.

Debe por lo tanto evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad²¹⁷ con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial en materia de derecho político y administrativo,²¹⁸ que pagamos caro en una sociedad cada vez más permeada de autoritarismo.²¹⁹

²¹⁴ Ver también lo que decimos en el cap. V de nuestra *Introducción al derecho, op. cit.*, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf

²¹⁵ Lo explicamos en “Cómo leer una sentencia,” cap. V de *Introducción al derecho, op. cit.*, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf

²¹⁶ Ver también nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones...*, *op. cit.*

²¹⁷ Ver t. 3, *op. cit.*, cap. V, sec. II, § 2 a 6, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo5.pdf; HUTCHINSON, TOMÁS, “Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo,” en AA. VV., *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2002, pp. 149-65.

²¹⁸ La ubicación política en la materia es arquitectónica. Al respecto ver en este mismo t. 1 el cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf

²¹⁹ Ver “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, Porrúa, 2010, p. 83.

6.8. *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 aplica²²⁰ y de los hechos que lo sustentan. Todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento,²²¹ 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 extenderse 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.²²² Por ello son más complicados los casos del momento político presente que los ya más distantes en el tiempo.

6.9. *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,²²³ que son como la “marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida,”²²⁴ b) constitucionales,²²⁵ c) legales²²⁶ y por último d) reglamentarias. Este último, que es el problema cualitativamente menor, a veces se transforma en uno cuantitativamente mayúsculo²²⁷ a punto tal que a veces lo cuantitativo supera el nivel de lo cualitativo.

²²⁰ Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf; cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” § 9, “Diferencias entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf; cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo10.pdf.

²²¹ Ver t. 3, *op. cit.*, cap. IX, § 8.4.1, “Falacias no formales” y § 8.4.2, “Falacias formales,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf.

²²² Para las pruebas emotivas, BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 105 y ss.

²²³ Para la discusión de este tema nos remitimos al cap. VI, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf; nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno” (1990, reproducido en *LL*, 1992-B, p. 1292), antes reproducido en el cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*

²²⁴ 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.

²²⁵ *Infra*, cap. VII, § 1 a 3, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf. 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.

²²⁶ Cap. VII, § 5 a 8, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf.

²²⁷ Cap. VII, § 9 a 17, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf; nuestro libro *La administración paralela*, reproducido en el t. 6, *op. cit.*, libro II, <http://gordillo.com/tomo6.html>. Dada su cantidad y constante mutación, no siempre es una tarea fácil encontrar la norma reglamentaria aplicable. Es uno de los problemas todavía no resueltos de información en materia administrativa. Una luz de esperanza se asoma a través de los motores de búsqueda en Internet, cada vez más sofisticados y que requieren más sofisticación en el usuario. 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. 3°, no obstante el abuso de ellos constan-

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 jurista²²⁸ 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,²²⁹ pero es cotidiano en la práctica. Así como se cometen 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 jurídicos.

6.10. *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. Con frecuencia un problema puede resolverse propiciando una modificación de los hechos que lo generan. Un diverso comportamiento ayuda a un diverso encuadre de algún modo transaccional. Mantenerse impertérrito en la primera conducta, cuando ha originado un problema, no es una reacción inteligente.

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

temente se realiza. Ampliar *infra*, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” punto III, “Los reglamentos,” pp. 15-40, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf.

²²⁸ A menor nivel del agente público o privado en la escala jerárquica, mayor importancia le da a la norma reglamentaria.

²²⁹ Ver *infra*, cap. VI, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf; nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, caps. I, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_i.pdf y II, http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_ii.pdf; ; nuestras glosas a NIETO, *op. cit.* Ampliar en RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962, traducción de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*; CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 76 y ss., traducción de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, 2ª ed.; esto ya fue dicho por SAVIGNY en su *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, 5, p. 10 y ss. Más recientemente encontramos a GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, pp. 97-103; ATALIBA, GERALDO, *Constituição e República*, *op. cit.*, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 229 y ss.; *Curso de Direito Administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2002, 14ª ed., p. 91 y ss.

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.

Dicho en las palabras de MUNROE SMITH que recuerda CARDOZO, 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.²³⁰

Sin duda, el abogado que debe dar una respuesta a su cliente deberá al final de su proceso mental, o de su tiempo,²³¹ dar una opinión: El cliente quiere a veces “su opinión y no sus dudas;”²³² 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 podrán 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 conclusiones 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 definidamente 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.²³³

²³⁰ CARDOZO, *op. cit.*, p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En el mismo sentido CARDOZO recuerda a ROSCOE POUND y a POLLOCK: es una apreciación común y tradicional en el derecho norteamericano. Es lo mismo que ocurre en los tribunales internacionales cuando son integrados por personas con experiencia como operadores del derecho.

²³¹ Ver nuestro trabajo “El tiempo en la decisión jurídica,” *op. cit.*, reproducido en t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, *op. cit.*, cap. XX, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo20.pdf.

²³² LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

²³³ En tal sentido, se ha dicho que “lo que un juez hace es más importante que lo que dice que hace”: REED DICKERSON, “Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing,” en la

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 plantearse, 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.

Luego de haber adecuadamente analizado lo atinente a la validez del acto,²³⁴ 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.

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—²³⁵ de comportamiento jurídico²³⁶ 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);

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,²³⁷

b) negociación,²³⁸ gestión, *lobby*,

c) comportamiento material, etc.,²³⁹

revista *Law and Contemporary Problems*, *op. cit.*, p. 53 y ss., p. 68.

²³⁴ Ver t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, caps. VIII, IX, X, XI, XII y XIII, <http://gordillo.com/tomo3.html>.

²³⁵ 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.

²³⁶ 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 estos mecanismos.

²³⁷ 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. Es lo que ocurre con “el caso de la cena de fin de curso,” que hace años explicáramos en nuestras clases y en las primeras eds. del tratado.

²³⁸ 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.

²³⁹ 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. Puede tratarse de una modificación voluntaria por

d) someter la cuestión a arbitraje cuando ello es posible y deseable; conviene recordar que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema la Nación sólo puede someterse a arbitraje cuando la ley expresamente la autoriza.

e) Recurso, reclamo o denuncia administrativa,²⁴⁰

f) 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 procesal 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, seleccionando²⁴¹ y graduando²⁴² los argumentos que va a utilizar, sin excluir desde luego los hechos y argumentos adversos.²⁴³

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, negociación²⁴⁴ o comportamientos que 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

el particular, a su costa, de la situación de hecho que ha generado o en la que se encuentra, para adecuarla mejor al ordenamiento jurídico en la evaluación administrativa.

²⁴⁰ Para sus diferencias ver en el t. 4 el cap. III, § 2, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo3.pdf.

²⁴¹ 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, eligiendo sólo aquellos que resultan más aptos para la explicación pública.

²⁴² 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 hacerse difícil la tarea de encontrar fundamentos *nuevos* que no sean repetición de los del peticionante, en caso de encontrarle razón. Nos remitimos nuevamente a *El método...*, *op. cit.*

²⁴³ 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.

²⁴⁴ 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.*

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.²⁴⁵

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*.²⁴⁶ 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.

7. *Inexistencia de reglas generales para solucionar casos*

Por lo expuesto, es oportuno recordar el viejo aforismo según el cual para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla,” y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada.”²⁴⁷ Tal como explicamos en la primera parte de este cap., no existen reglas previas de las cuales “deducir” una solución, ni tampoco reglas empíricas a partir de las cuales “inducirla.”

“La persuasión de que la propia infalibilidad es un mito lleva por fáciles etapas y con algo más de satisfacción a la negativa de adscribir infalibilidad a los otros.”²⁴⁸

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.²⁴⁹

No hay casos “típicos;” es el método lo que debe aprenderse experimentalmente, no las supuestas “soluciones” en cada caso y en todos ellos 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.

²⁴⁵ Nos remitimos a *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. cit.*, pp. 55-8.

²⁴⁶ *Op. cit.*, caps. VII a XII, pp. 99-197.

²⁴⁷ Salvo, tal vez, del demostrado error o la conjetura falsada, en su terminología.

²⁴⁸ CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

²⁴⁹ En sentido análogo CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 53.

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