

Capítulo II

¿QUÉ ES EL DERECHO?

1. Ciencia de problemas

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

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

^{1.1} Nos remitimos al cap. VI.

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

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

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

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

^{1.4} GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12, reproducido en su libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, reimpresión 1996, p.76.

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

no es con juicios axiomático–deductivos como el derecho es y debe ser aplicado.

Hay que aprender a convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez constantemente provisional. Recuerda 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.”⁶

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

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

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

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

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

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

2. Principios y valores, no “conceptos”

JHERING¹ ataca diversas complejidades de la “jurisprudencia de conceptos” de los romanistas de su época (SAVIGNY, PUCHTA y otros) y les imputa no adecuarse a la realidad: prevalecen en ella, según JHERING, los conceptos por sobre los hechos. No se trata de negar la existencia y vigencia de *principios*² o *standards* de derecho, muy al contrario. Hechos, valoración, normas, son las tres etapas metodológicas del análisis jurídico. Ver nuestro art. “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas”, *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

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

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

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

^{2.2} Los principios tienen valor de derecho positivo, “hayan logrado o no el reconocimiento jurisprudencial”; “se aplican, juegan en la vida jurídica, independientemente de que un Tribunal los haya reconocido como tales,” como dice GONZÁLEZ

trario, pero ellos nada tienen que ver con la construcción del derecho a base de “conceptos”,³ en la crítica de JHERING. Se los critica en tanto se pretenda que son como supuestas reglas generales de las cuales se pueda luego deducir axiomáticamente consecuencias jurídicas.⁴

Se trabaja en cambio, al analizar los hechos de cada caso, con una orientación axiológica e interpretativa, con los grandes principios del derecho.⁵ El más importante es el debido proceso

PÉREZ, JESÚS, “El método en el Derecho administrativo,” *RAP*, 22: 11, 46 (Madrid, 1957), quien a su vez recuerda a RIVERO, JEAN, “Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés,” *RAP*, 6: 295 (Madrid).

^{2.3} Conceptos que, para mayores, cada autor se considera libre para formular como le plazca, a su arbitrio.

^{2.4} El efecto nocivo del inadecuado énfasis en definiciones de conceptos lleva todavía en el siglo XX a una constante y negativa separación entre lo que sería “la ciencia del derecho y el ejercicio de la profesión”, como observa TAMAYO Y SALMOVÁN, ROLANDO, “Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía”, en HART, H. L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, p. XXI; HART, “Definition and theory in jurisprudence”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 21 y ss.

^{2.5} Que nadie niega: PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996, reimpresión. Hay autores que distinguen, en el derecho comunitario europeo, entre los principios nacidos de él mismo (no discriminación, igualdad de trato) y los provenientes de los derechos nacionales pero receptados por la Corte europea de Justicia: derecho a ser oído, principio de proporcionalidad, obligación de motivar, tutela de las expectativas legítimas, etc.: CASSESE, SABINO, “Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali,” en CHITI, MA-

legal o *due process of Law*⁶ y su parte sustantiva o garantía de razonabilidad,⁷ proporcionalidad,⁸

RIO P. y GRECO, GUIDO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 3, 5-6.

^{2.6} 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 y 13 y el mayor desarrollo de su *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, St. Paul, West, 1986; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1984, 2ª ed., caps 6 y 7, p. 343 y ss.). PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, Au-delà du positivisme juridique*, París, LGDJ, 1984; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed.; TJE, *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado en CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 317; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Fundamentos de Direito Público*, San Pablo, Malheiros, 2000, 4ª ed., p. 173; para el derecho alemán y portugués, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 670/3 y sus referencias de las notas 490 y ss. a la doctrina alemana. Del mismo origen anglosajón y su derivación germana, es la idea de proporcionalidad, parte del *due process of law*.

^{2.7} WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., p. 353 y ss. (*The Principle of Reasonableness*), cap. 13 (*Natural Justice and Legal Justice*, p. 413 y ss.), p. 421 y ss. (*Judicial and Administrative Impartiality*), etc. Se encuentran antecedentes de este principio en toda la historia del derecho. En el primigenio derecho anglosajón y el derecho canónico aparece como "principio de razón"; ver MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER, *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 85, 87, 102.

^{2.8} BRAIBANT, GUY, "Le principe de proportionnalité", en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss.; GERAPETRITIS, GEORGE,

sustento fáctico suficiente.⁹ También se lo enuncia como justicia y equidad, no como valores sublegales sino supralegales. Tratados interamericanos modernos agregan la eficacia y eficiencia y reiteran la equidad.¹⁰

A todos ellos cabe agregar un plexo de principios de origen antiguo pero en constante reelaboración: imparcialidad,¹¹ audiencia previa,¹² desviación de poder,¹³ discrecionalidad cero o única solución justa,¹⁴ seguridad jurídica,¹⁵ cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁶ buena fe,¹⁷ confianza legíti-

Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community, Atenas, Sakkoulas, 1997.

^{2.9} 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*, Paris, Dalloz, 1932, p. 192.

^{2.10} Así, la Convención Interamericana Contra la Corrupción que explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 4 ts., 4ª y 5ª ed., 1999/2000, cap. XVI.

^{2.11} Explicamos estos principios en el *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. IX, §13.

^{2.12} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. IX, § 10.

^{2.13} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, cap. X, § 15.3; t. 3, cap. IX, § 6.

^{2.14} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 1, cap. X, § 15; t. 3, cap. IX, § 8; t. 3, cap. VI, nota 11.7.

^{2.15} PACTAU, BERNARD, "La sécurité juridique, un principe qui nous manque?", *AJDA*, Paris, 1995, nº especial del cincuentenario, p. 151.

^{2.16} KÖBLER, RALF, *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

^{2.17} 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.

ma,¹⁸ etc. Se les puede agregar, emparentados con el principio de la *mala praxis*, el deber de actuar con diligencia, prudencia, cuidado, eficiencia, etc., en el obrar normal de una persona respecto a otras, en el cumplimiento de una obligación debida a ellas.

La razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., en las distintas terminologías de los distintos derechos, son principios universales y antiguos.¹⁹ A guisa de ejemplo, el derecho penal enfatiza múltiples variantes.²⁰ La razonabilidad aparece igualmente en derecho civil, comercial, internacional, procesal, etc. Son todos verdaderos principios generales del derecho, de validez universal.

^{2.18} 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", en *Mélanges Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzeänderungen*, Berlín, Duncker y Humblot, 1990. El principio deriva de la buena fe y ya se lo encuentra en la historia del derecho como "*breach of confidence*," MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, pp. 45, 75, o "*breach of faith*," *op. cit.*, pp. 45, 61.

^{2.19} Se los puede rastrear al derecho romano, canónico, anglosajón, etc. Ver p. ej. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, pp. 85, 87, 102.

^{2.20} Ver ZAFFARONI, EDUARDO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, pp. 123-4, 471-2, 528-32, 584-7, etc.

3. *El conocimiento del derecho*

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

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

Sin embargo, con el correr de los siglos han aumentado bastante los *principios* pero en cambio lo han hecho de manera exponencial las *normas*, sobre todo de carácter administrativo. Ellas contradicen a veces los principios rectores del orden jurídico. En casos extremos es imposible cumplirlas pues así están diseñadas.² O es necesario incumplirlas pues son degradantes o violan principios éticos fundamentales; o atentan contra el creciente orden público internacional.

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

^{3.2} Lo explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001; *L'amministrazione paralela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, con "Introducción" de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987.

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

Es fácil colegir que la ignorancia no puede sin más excusar su incumplimiento. Pero pareciera que la ignorancia de cómo llenar un formulario adecuadamente no puede ser juzgada con la misma vara que el actuar doloso o malicioso que perjudica a otro, incluso más si es específicamente por venganza o simple malignidad y no por descuido o desconocimiento. Toca pues al intérprete realizar una ponderación, en el caso,³ que no reduzca al absurdo este irreal dogma del conocimiento de todas las normas legales o reglamentarias y revalorice en cambio el necesario conocimiento y respeto, la plena vigencia efectiva de los grandes principios del derecho. La solución debe necesariamente ser *justa* y, en esa búsqueda, es posible que haya algún caso en que quepa excusar la ignorancia de las *normas secundarias*,⁴ no de los principios. Como tampoco se puede excusar el cumplimiento de la norma gravemente injusta.

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

^{3.4} Incluso las penales, como en el sabio fallo del TSJ de Neuquén, sobre el derecho indígena frente al Código Penal,

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

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

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

Puel, 1999, que se puede leer en <ftp://ftp.palermo.edu.ar/pub/red.dip/stjnequen.doc>. El fallo podría todavía fundarse, adicionalmente, en el principio de justicia (la solución penal era, en el caso, injusta) y en el de intrascendencia (el hecho era haber removido dos estacas de su terreno...). El derecho penal admite el error sobre elementos normativos como mitigante o excluyente del dolo cuando afecta “la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad o de la magnitud del injusto”: ZAFFARONI, *op. cit.*, § 35, IV, pp. 511-2, aunque apunta una “administrativización del derecho penal” en que se privilegia al funcionario y se aplica un “poder punitivo estricto” para el particular (*op. cit.*, p. 511).

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

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

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

5. *Los conceptos y los hechos*

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

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

² CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 64, nota 27. La bastardilla es del original.

³ BOLAÑOS, *op. loc. cit.* y sus referencias. Ver STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law”, *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten”, 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres”, en JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

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

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.*"²

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. El mismo SÉNECA la considera todavía una sutileza de los juristas. Para que un jurista llegara a la idea de extender el concepto de usucapión de los objetos perceptibles por los sentidos al objeto simplemente imaginado, basado en la pura abstracción," etc.³

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

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

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

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

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

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

Según JHERING, es propio de SAVIGNY explorar al máximo *los conceptos de derecho*; afirma que es propio de él explorar al máximo *los hechos*. En otra forma de expresarlo, se puede decir que se abandona hoy en día la filosofía o jurisprudencia "de conceptos" y se supera también la filosofía o jurisprudencia "de intereses," postulándose una filosofía o jurisprudencia "de problemas."⁶

6. Common law y derecho continental europeo¹

Quienes se acercan al derecho suelen tener una de dos grandes vertientes: a) los que principalmente lo practican o ejercen, como abogados litigantes o magistrados judiciales (y también fun-

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

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

^{5.6} Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, recordando la evolución alemana del siglo XX.

^{6.1} 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*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fé de Bogotá, 1994; CUETO RÚA, *El "common law"*, *op. cit.*

cionarios de la administración); *b*) los que principalmente lo enseñan y publican libros, tratados o manuales para la divulgación, la enseñanza, etc.² Dado que una u otra ocupación suele ser *full time*,³ 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 *doctrina* de los libros. Los segundos, dedicados en mayor medida a las grandes líneas del sistema

^{6.2} Esa distinta ocupación es fuente de eternos conflictos. Las duras palabras de JHERING contra teóricos de conceptos como SAVIGNY tienen reiteración en el Consejo de Estado de Francia en el siglo XIX y encendidas respuestas en el siglo XX. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 84, recuerda a un autor que lamenta, “en boca de los meros profesionales, la alabanza de la práctica y vituperio de toda construcción teórica”, lo que a su juicio “Es el terrible pecado de orgullo de los técnicos profesionales: no reconocen su filiación legítima, pero de secundones, porque la primogenia, el mayorazgo, evidentemente, es de la ciencia pura.” Si bien GONZÁLEZ PÉREZ acertadamente señala que “Resulta absurdo el divorcio entre una y otra”, lo cierto es que las ocupaciones *a*) y *b*) son divergentes y en buena cantidad de casos, excluyentes. De allí surgen después estos antagonismos tan irreductibles como dañinos. En el Consejo de Estado de Francia, en el siglo XIX, el consejero ROMIEU indicaba a los jóvenes auditores: “Sobre todo nada de doctrina, ustedes falsearían el espíritu”: LEGENDRE, PIERRE, *Histoire de l' Administration de 1750 à nos jours*, París, P.U.F., 1986, p. 469.

^{6.3} En el mundo desarrollado. Una brecha la constituyen muchos tribunales internacionales cuyos jueces se reúnen unos pocos días al año, permitiendo una fusión de ambas ocupaciones en el campo de la experiencia.

jurídico, suelen prestar mayor atención a los conceptos, definiciones, clasificaciones, comparaciones, etc. Llamémosles respectivamente ocupación *a)* y *b)*.

Para resolver un problema concreto —ocupación *a)*— hace falta, antes de empezar, *haber estudiado y seguir estudiando las obras de los segundos*. Pero al entrar al caso, los hechos son el 98%⁴ del problema. Resuelta la percepción valorativa sobre los hechos, en base al *previo conocimiento del derecho* por quienes lo escriben —ocupación *b)*— queda una cuestión de técnica jurídica, de vinculación y adecuación de la solución provisoria a *b)*, o de redacción de la solución *a)* en base al conocimiento de *b)*.

Puede ocurrir que alguien se dedique tanto a lo primero, que descuide lo segundo. Allí dictará sentencias *contra jus*, arbitrarias, antijurídicas. Puede también, a la inversa, que alguien se dedique tanto a lo segundo que descuide o ignore lo primero. Entonces escribirá obras abstractas, sin contacto con la realidad,⁵ 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, contra-

^{6.4} Vieja figura de lenguaje o *façon de parler* atribuida a WERNER GOLDSCHMIDT por la tradición oral de la Procuración del Tesoro de la Nación.

^{6.5} Como le critica JHERING acerbamente a SAVIGNY.

poniendo p.ej. “el espíritu teórico alemán” y el “empirismo” y “pragmatismo francés”; o el “empirismo anglosajón” y el carácter “sistemático” del derecho continental europeo. Podemos también ir a las fronteras de cada ocupación, sin exceder los límites: libros enteros analizando un solo caso, o libros tan abundantes en casos y experiencias que un “teórico” no le encuentra mérito científico.

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 el mundo *a*) explican principalmente los grandes principios y en particular los casos y problemas⁶ y en el otro explican más el sistema, las reglas, las normas, las definiciones, clasificaciones, comparaciones, tendencia y evolución histórica, conceptos, etc.⁷ 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 que sus experiencias son análogas.

^{6.6} Nos remitimos a las citas de CARDOZO referenciadas en la p. II-3.

^{6.7} La mayor parte de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 4 vols., Buenos Aires, 2000, trata esos temas, pero con la perspectiva que aquí explicamos.

Reunidos, de ambos sistemas, quienes escriben y enseñan derecho, encuentran las coincidencias entre los grandes principios de uno y otro, aunque una gran dispersión terminológica. Las mismas cosas, a fuerza de llamarlas distintas, pueden llegar a parecer diferentes;^{6.8} no lo son.

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

7. *El derecho en los tribunales internacionales*

Los tribunales internacionales¹ son los que mejor enseñan el criterio. Su integración por jueces

^{6.8} De hecho, un estudio a base de libros, típico de una investigación universitaria clásica sin contrastar con la experiencia propia del trabajo personal de resolución de casos, puede perfectamente llevar a enfatizar al máximo las diferencias y hasta considerar que son dos sistemas opuestos y contrastantes en todo, como dos mundos distintos: LEPSIUS, OLIVER, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.

^{7.1} *Tratado...*, *op. cit.*, t. 2, cap. XVI, "La justicia administrativa internacional." Destacamos entre ellos los tribunales administrativos internacionales. Hemos adelantado este criterio en *The Facts of the Case: Different Cultures, a Single Problem*, conferencia pronunciada en el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 20 de mayo de 1988; *Law-making at an International Tribunal*, palabras pronunciadas en la Corte Suprema de los Estados Unidos, Washington, 6 de octubre de 1988. Ver también *infra* "Epilogo" § 1.2 y 3.4, nota 13.

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, sobre todo, la percepción de los hechos y la prueba del caso.²

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

Sugerimos leer pronunciamientos de distintos tribunales en los cuales haya la presencia de un mismo juez. Así por ejemplo THOMAS BUERGENTHAL en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, tribunales arbitrales,³ etc; MICHEL GENTOT en el Consejo de Estado de Francia, el Tribunal Administrativo de la Orga-

² Documentos, comportamientos, cláusulas contractuales, etc.

³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, D.C., *in re Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Demandantes, c. República Argentina, Demandada*, caso N° ARB/97/3, 29 de setiembre de 2000, LL, 5-II-2001.

nización Internacional del Trabajo, el Tribunal administrativo del Fondo Monetario Internacional, etc.; STEPHEN SCHWEBEL en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional, tribunales arbitrales, etc; Sir William Douglas, Presidente del Tribunal Administrativo de la OIT, miembro del Tribunal Administrativo del BID, etc.; Luzius Wildhaber, Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, miembro del Tribunal Administrativo del BID, etc. La fuente de formación e información que este tipo de tribunales proporcionan a través de sus sentencias es la mejor brújula para la comprensión del derecho en esta visión universalista.

Se puede hacer el mismo ejercicio, con igual resultado, analizando los fallos de un mismo tribunal internacional en distintas composiciones. En tal sentido puede ser de interés el vol. I, 1994-1999 de los *Reports* del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional, Washington, D.C., 2000. Un muestreo más extenso en el CD de los fallos 1984-2000 del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo, con numerosas variantes de integración a través del tiempo (uno o dos miembros se renuevan casi anualmente). En todos se hallará la misma constante que este libro quiere explicar.