

## CAPÍTULO XX

### EN TORNO AL MÉTODO: REFLEXIONES, LECTURAS Y TRABAJOS

Por GUILLERMO BLUSKE

#### SUMARIO

1. Introducción .....	Mét-XX-1
2. Reflexiones, lecturas y trabajos .....	Mét-XX-1
2.1. Acerca de la definición del problema y la elección de la opción ante un caso.....	Mét-XX-1
2.1.1. Síntesis .....	Mét-XX-1
2.1.2. El derecho como ciencia de problemas singulares y concretos.....	Mét-XX-2
2.1.3. Ciencia, problema y método científico.....	Mét-XX-2
2.1.4. Problema y caso ¿A qué llamamos problema? Lo que debemos observar. Preferencias, expectativas, relevancia, pertinencia, intereses .....	Mét-XX-3
2.1.5. El escrito jurídico como acto de creación científica ....	Mét-XX-5
2.1.6. Lo que me dejó el trabajo.....	Mét-XX-6
2.2. Acerca de la legalidad y la tutela judicial efectiva.....	Mét-XX-6
2.2.1. El conocimiento jurídico teórico y el principio de legalidad.....	Mét-XX-6
2.2.2. El conocimiento práctico, el giro ético y los principios	Mét-XX-9
2.2.3. Necesidad de una mayor participación ciudadana en la cosa pública. La tolerancia del pueblo como límite a la observancia de las leyes .....	Mét-XX-10
2.2.4. Hacia una nueva conceptualización del litigio de derecho público .....	Mét-XX-11
2.2.5. La teoría del derecho secuestrado y la realidad argentina. Pretensión del poder de adueñarse de los jueces	

y de la ley .....	Mét-XX-13
2.2.6. El giro ético y la doctrina de los autores.....	Mét-XX-15
2.2.7. Conclusión .....	Mét-XX-16
2.3. Acerca de la supranacionalidad del Derecho Interna- cional .....	Mét-XX-16
2.3.1. Planteamiento del tema.....	Mét-XX-16
2.3.2. Un orden público común.....	Mét-XX-17
2.3.3. El DI como proceso continuo de toma de decisiones de autoridad.....	Mét-XX-19
2.3.4. La tesis de BROWNLIE: Crear una relación que funcio- ne entre el DI y el derecho nacional .....	Mét-XX-21
2.3.5. Ni vencedores ni vencidos.....	Mét-XX-24
2.3.6. Los principios de buena fe y legalidad como funda- mento de la responsabilidad .....	Mét-XX-26
3. Balance de aprendizaje: El Método y la enseñanza en CARL ROGERS .....	Mét-XX-28
3.1. Planteo de la cuestión .....	Mét-XX-28
3.2. Una anécdota educativa .....	Mét-XX-33
3.3. El método de enseñanza de la materia “El Método en Derecho Administrativo” visto desde la experiencia de enseñanza y aprendizaje de CARL ROGERS.....	Mét-XX-34
3.4. Conclusión .....	Mét-XX-38

*Capítulo XX*  
**EN TORNO AL MÉTODO:  
REFLEXIONES, LECTURAS Y TRABAJOS**

Por GUILLERMO BLUSKE

*1. Introducción*

Como alumno de la Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuve el privilegio de ser alumno del Dr. AGUSTÍN GORDILLO en la materia el Método en Derecho Administrativo. Lo que sigue es el resultado de algunos trabajos, reflexiones y lecturas realizadas en el decurso de la materia y una evaluación de mi experiencia como cursante, con base en las lecciones de la experiencia de aula de CARL ROGERS.

Nuestra disciplina es inmensa y en sus dominios se expresa de manera permanente la tensión entre poder, autoridad y libertad. Debemos dar gracias porque en su enseñanza el Dr. GORDILLO, lejos de la reverencia al poder, nos introduce al pensamiento científico, a la metodología de resolución de problemas y a la forma de dar aplicación efectiva en nuestro desempeño profesional de los valores y los principios que hayamos incorporado libre y selectivamente a nuestro propio sistema de pensamiento.

*2. Reflexiones, lecturas y trabajos*

*2.1. Acerca de la definición del problema y la elección de la opción ante un caso*

*2.1.1. Síntesis*

En este trabajo me propuse indagar (i) a qué llamamos problema; y (ii) cuál es la utilidad del enfoque centrado en el mismo, para la construcción de un caso. Condensa reflexiones y lecturas acerca del significado e importancia —no sólo en el estricto plano jurídico sino también de la ciencia en general y del método

científico en particular— de la observación de los hechos, la definición del problema y las limitaciones e importancia del lenguaje.

### 2.1.2. *El derecho como ciencia de problemas singulares y concretos*

Afirma GORDILLO,<sup>1</sup> con cita de GARCÍA DE ENTERRÍA, que “el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos” y que “los principios de valoración y 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.»”<sup>2</sup> Previamente GORDILLO<sup>3</sup> nos recuerda un postulado esencial 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.” Mi primera reflexión al respecto fue que no estaba seguro de poder definir a qué llamo un problema y que confrontado con tal exigencia o necesidad, lo que en otro momento me hubiera parecido obvio, me generaba dudas. Por eso me propuse indagar: (i) A qué llamamos *problema*; y (ii) cual es la *utilidad del enfoque* centrado en el mismo, para la construcción de un caso.

### 2.1.3. *Ciencia, problema y método científico*

Habiendo advertido la evidente inclinación *popperiana* de nuestro profesor, acudí a POPPER,<sup>4</sup> para quien las ciencias naturales y también las sociales siempre empiezan a partir de *problemas*, del hecho de que algo inspira *asombro* en nosotros. El filósofo de la ciencia afirma que para resolver dichos problemas, la ciencia usa fundamentalmente el método de prueba y error. Y postula un modelo de aprendizaje por prueba y error consistente en tres etapas: (1) *el problema*; (2) *las soluciones intentadas*; y (3) *la eliminación*. Para el autor, el modelo es aplicable a la lógica o metodología de la ciencia, de la siguiente manera: (1) el punto de partida es siempre un *problema* o una *situación problemática*; (2) luego siguen las *soluciones intentadas*. Estas siempre consisten en teorías, y estas teorías, siendo *experimentos*, son muy a menudo equivocadas: Son y siempre serán hipótesis y conjeturas; (3) en la ciencia aprendemos *eliminando* nuestros errores, al *eliminar* nuestras falsas teorías.” Consecuentemente, cada nuevo desarrollo científico puede ser entendido solamente de esa forma, es decir, que su punto de

<sup>1</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Parte general*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, p. I-24.

<sup>2</sup> Encomillado sencillo con citas de ESSER, MARTÍN-RETORTILLO y SAINZ DE ROBLES.

<sup>3</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, *op. cit.*, p. I-22.

<sup>4</sup> En este punto seguimos a POPPER, KARL, *All life is problem solving*, London and New York, Routledge, 1999, p. 3 y ss.

partida es un problema o una situación problemática. Por esa razón critica la vieja teoría de la ciencia, que enseñaba y aún enseña que el punto de partida de la ciencia es nuestra percepción por los sentidos u observación sensorial. Valora que eso es fundamentalmente errado y propone que sin un problema, no hay observación posible.

Para ilustrar lo anterior brinda el siguiente ejemplo: “[...] Si le solicitara a usted «por favor, observe», el uso lingüístico requeriría que usted me respondiera preguntándome: «Sí, pero *¿qué? ¿Qué se supone que deba observar?»* En otras palabras, usted me solicita a mí que le establezca un *problema* que pueda ser solucionado a través de la observación, y si no le doy un *problema*, pero sólo un *objeto*, esto es algo, pero de ninguna manera suficiente.”

Y para concluir con la cita de este autor, encuentro de particular pertinencia al método en derecho administrativo como lo enseña GORDILLO los siguientes enunciados de POPPER: (1) Que el rasgo distintivo de la ciencia es la aplicación del *método crítico*, que es “no dogmático” y presupone un lenguaje humano descriptivo en el cual pueden tomar forma *argumentos* críticos; (2) que posiblemente, esto presupone inclusive escribir, “dado que la esencia del método crítico es que nuestras soluciones intentadas, o teorías, y nuestras hipótesis, pueden ser formuladas y objetivamente *presentadas* en lenguaje, de manera que puedan transformarse en *objetos de investigación crítica consciente*.”

#### 2.1.4. *Problema y caso ¿A qué llamamos problema? Lo que debemos observar. Preferencias, expectativas, relevancia, pertinencia, intereses*

Nada más sencillo y claro para advertir la vinculación entre caso y problema que el siguiente enunciado de CARRIÓ: “[...] con la palabra caso se hace referencia a un *problema práctico*.” También resulta muy claro como lo grafica: “Una persona C (el cliente), que se encuentra en las circunstancias H (conjunto de hechos), desea obtener un resultado R (un cierto estado de cosas.)” Según este autor, la labor de los abogados consiste en usar ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación inicial dada.<sup>5</sup>

Ahora bien, todavía no hemos resuelto a qué llamamos un problema. Siguiendo a COPI, podemos caracterizar un problema como un hecho o conjunto de hechos, para los que no tenemos ninguna explicación aceptable, que parecen desusados o que no se adecuan a nuestras expectativas o preconceptos. Se desprende de lo anterior que son necesarias ciertas creencias o expectativas para que algo aparezca como problemático. Para el autor, toda investigación seria comienza con algún hecho o grupo de hechos cuyo carácter problemático atrae la atención de quien investiga y con los cuales se inicia todo el proceso de la búsqueda. Señala que habitualmente los datos iniciales que constituyen el problema son demasiado

<sup>5</sup> CARRIÓ, GENARO R., *Cómo Estudiar y Cómo Argumentar un Caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003, 2ª ed., p. 22.

escasos para sugerir por sí mismos una explicación totalmente satisfactoria, pero pueden insinuar al investigador competente alguna hipótesis preliminar que lo conduzca a la búsqueda de hechos adicionales, que se espera puedan resultar elementos importantes para la solución final. El investigador inexperto o chapurero ignorará todos, excepto los más obvios de ellos; en cambio, el trabajador cuidadoso tratará de ser completo en su examen de los hechos adicionales a los que lo ha conducido su hipótesis preliminar. Los hechos adicionales, afirma, pueden sugerir nuevas hipótesis que a su vez pueden sugerir nuevos hechos.<sup>6</sup>

Despejada —al menos en una primera aproximación— la cuestión anterior podemos pasar a la apreciación de los hechos del caso y, volviendo a la pregunta del ejemplo de POPPER, preguntarnos: ¿Qué se supone que debemos observar? La respuesta la encontramos en GORDILLO:<sup>7</sup> “Lo decisivo en todo caso es siempre *lograr percibir y relacionar*<sup>8</sup> *todos los hechos*, seleccionando la información *relevante y pertinente* y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de relevancia.” El autor prescribe que “en cada caso se debe buscar una hipótesis o conjetura que sea nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de causa.”<sup>9</sup>

En este punto entran a jugar las valoraciones. En efecto, vimos en COPI que son necesarias ciertas creencias o expectativas para que algo aparezca como problemático. Y en GORDILLO la importancia en el caso de percibir y relacionar los hechos, seleccionando la información relevante y pertinente. En la misma línea se expresa CUETO RÚA: “La memoria rescata sólo una parte de lo acaecido en el pasado. Quien procura recuperarlo desde el presente se ve en la forzosa necesidad de utilizar criterios de selección, conforme a sus preocupaciones vitales o a sus intereses. En otras palabras, toda recuperación de hechos acaecidos en el pasado implica el ejercicio de preferencias [...]. De la misma manera, el abogado de la parte actora seleccionará ciertos hechos del pasado para «construir» el caso de su cliente y presentarlo a la consideración del juez. El abogado de la parte demandada hará algo similar. También él seleccionará ciertos hechos del pasado diferenciados, habitualmente, de los hechos seleccionados por el abogado de la actora y «construirá» el caso según las conveniencias de su cliente para someterlo a la consideración del juez. El juez, por su parte, también habrá de «construir» el caso.”<sup>10</sup>

Una explicación al tema de las preferencias la podemos encontrar en GUIBOURG, autor que efectúa una importante distinción entre objetos, estados de cosas y acontecimientos y señala que tal distinción es subjetivamente contingente: Ella

<sup>6</sup> COPI, IRVING M. *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1999, 4ª ed., pp. 495-499.

<sup>7</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., p. I-24.

<sup>8</sup> Bastardilla nuestra.

<sup>9</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., p. I-41.

<sup>10</sup> CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 40.

depende de nuestra decisión al apreciar cierto segmento de la realidad, habida cuenta de la relevancia que atribuyamos a su siempre presente complejidad (para considerarlo como objeto o como estado de cosas) o de la escala temporal con la que estemos dispuestos a medirlo. (Para verlo como objeto —o estado de cosas— o bien como acontecimiento.)<sup>11</sup>

### 2.1.5. *El escrito jurídico como acto de creación científica*

Nos enseña GORDILLO que una vez construido el caso, lo que sigue es reflejar por escrito, con claridad y precisión, la configuración elegida. Una vez resuelto el tipo de comportamiento, dice, cabe desarrollarlo a través de la redacción del acto jurídico (recurso, reclamo, denuncia acción judicial, etc. seleccionando<sup>12</sup> y graduando<sup>13</sup> los argumentos que se van a utilizar, sin excluir los hechos y argumentos adversos.<sup>14</sup> En síntesis, para nuestro profesor, la formulación y la selección de la opción frente al problema implica: (1) Un *acto de creación*, (2) *científica*, que además (3) debe expresárselo en un *escrito*.<sup>15</sup> No hace falta reiterar la influencia *popperiana* de nuestro profesor. Aparece en este enunciado en estado químicamente puro.

También resulta aconsejable tener presente la advertencia de CARRÍO<sup>16</sup> de que los abogados debemos esmerarnos más para poder presentar nuestros argumentos, llegada la oportunidad, de la manera más clara y concisa posible. Resulta atinente al tema la caracterización que este autor hace de una hipotética primera entrevista de un joven abogado con su cliente. Éste hace un relato heterogéneo y confuso, que resulta en un “borbollón de hechos,” frente a lo cual el joven abogado le solicita que le prepare un *memorándum*. Lo que nos remite inmediatamente al *objeto susceptible de investigación crítica consciente* de POPPER a que antes aludimos.

En otra de sus obras clásicas que integran la bibliografía de la materia, CARRÍO expone la problemática de las limitaciones del lenguaje, afirmando que las palabras presentan vaguedad potencial y textura abierta” y que tal característica constituye una enfermedad incurable de los lenguajes naturales.<sup>17</sup>

También dentro de la bibliografía que nos fue dada encontramos que LORD DENNING<sup>18</sup> destaca la importancia del dominio del lenguaje, nos recuerda que la razón

<sup>11</sup> GUIBOURG, RICARDO A., *La construcción del pensamiento, decisiones metodológicas*, 1ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, Colihue, 2006, p. 45.

<sup>12</sup> Con cita de MORELLO.

<sup>13</sup> Con cita de ROMBAUER.

<sup>14</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, *op. cit.*, p. I-42.

<sup>15</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho, aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 2001, 4ª reimpresión, p. 97..

<sup>16</sup> CARRÍO, GENARO R., *Cómo estudiar y argumentar un caso...*, *op. cit.*, pp. 14 y 20.

<sup>17</sup> CARRÍO, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2006, 5ª ed.

<sup>18</sup> The Rt. Hon. LORD DENNING, *The Discipline of Law*, London, Buttersworth, 1979, published in the United States by Oxford University Press Inc., New York, reprinted 2005, pp. 5-6.

por la cual las palabras son importantes es porque las palabras son el vehículo del pensamiento, y advierte que la obscuridad en el pensamiento inexorablemente lleva a la obscuridad en el lenguaje. También se refiere a sus limitaciones del lenguaje, proporcionando como ejemplo que las palabras “día” y “noche” resultan claras la mayoría de las veces. Pero se pregunta ¿Cuándo comienza el día y termina la noche? Algunos pueden decir al amanecer. Otros pueden decir al ocaso. ¿Cuándo comienza el amanecer? Nadie puede decirlo con exactitud.

### 2.1.6. *Lo que me dejó el trabajo*

La realización del trabajo me permitió extraer las siguientes conclusiones: (a) Un caso se construye a partir de la configuración de una situación inicial, de un cierto estado de cosas compuesto por uno o varios problemas; (b) un problema es una situación, generalmente insatisfactoria, que nos provoca perturbación o incertidumbre; (c) esta situación se modela con base en proposiciones formuladas a partir de la observación de los hechos del caso, utilizando preferencias o juicios de relevancia; (d) al describir el problema por escrito este se *objetiva*, transformándose en un objeto susceptible de ser aceptado o atacado por otros o inclusive por uno mismo; (e) la habilidad de redactar y usar el lenguaje de manera precisa y clara es esencial para la construcción del caso.

## 2.2. *Acerca de la legalidad y la tutela judicial efectiva*

En oportunidad de ser debatido en clase (la segunda del ciclo lectivo 2008) mi primer trabajo de la materia, que versaba sobre verdad y conjetura, recibí de parte del Dr. SARCIAT, entonces profesor ayudante de cátedra del Dr. GORDILLO, la sugerencia de que trabajase con la obra *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, de ALEJANDRO NIETO con glosas de AGUSTÍN GORDILLO. A ello pude dedicarme recién durante el receso de verano 2008-2009, con la recompensa de que el esfuerzo resultó, por la generosidad de nuestro profesor, publicado en *Res Publica Argentina*, 2009-1, p. 29. El trabajo se tituló “Notas sobre derecho administrativo, legalidad, tutela judicial efectiva y giro ético en la realidad argentina de la postmodernidad: El pensamiento de ALEJANDRO NIETO, AGUSTÍN GORDILLO, INÉS D'ARGENIO y MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI” y lo reproduzco a continuación.

### 2.2.1. *El conocimiento jurídico teórico y el principio de legalidad*

En su obra<sup>19</sup> conjunta con AGUSTÍN GORDILLO, el distinguido científico, literato y jurista español ALEJANDRO NIETO examina las limitaciones del conocimiento jurídico, al que considera una manifestación del conocimiento científico.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>20</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 16.

El autor recuerda que en la *Metafísica de las costumbres*<sup>21</sup> KANT distinguió dos niveles de conocimiento jurídico, que valora como aún válidos: Lo que las leyes prescriben en un lugar y tiempo —*quid (sit) iuris*—,<sup>22</sup> y lo que es *iustum et iniustum* —*quid sit ius*,<sup>23</sup> saber éste que requiere acudir a la filosofía.<sup>24</sup> Sin embargo, NIETO renuncia a precisar el contenido del conocimiento jurídico y opta por mantener deliberadamente su ambigüedad.<sup>25</sup> De hecho, propone que el derecho no es una realidad objetiva dada, preexistente, sino que se va formando maleablemente por el propio conocimiento y depende de la perspectiva que el observador adopte con base en la metodología, la dogmática y la política.<sup>26</sup> Así, postula que hablar de conocimiento jurídico es, en último extremo, hablar de sus técnicas y que la división capital —de origen aristotélico— es la que distingue el conocimiento teórico, con el que se pretenden entender las cosas, del conocimiento práctico, que sirve para tomar una decisión concreta singular.<sup>27</sup>

NIETO clasifica al conocimiento teórico en conceptual, sistemático, interpretativo y casuístico.<sup>28</sup> Al conocimiento teórico sistemático lo subdivide a su vez en dos vertientes: La expositiva y la conceptual.<sup>29</sup> Con relación a ésta señala que “el conocimiento teórico no se detiene [...] en la elaboración de conceptos sino que a veces, dando un paso más, los traba en un sistema”<sup>30</sup> y considera “deseable que los sistemas estén inspirados en torno a un principio, o principios, que los caractericen y determinen el funcionamiento de todos y cada uno de los conceptos, clases y órdenes y de sus correspondientes regímenes.”<sup>31</sup> Luego de recordar que en España fracasaron varios principios —el franquista de la “unidad de mando;” el de la “eficacia desarrollista” y el de la “intervención pública mínima”— sostiene que “*el único sistema que verdaderamente ha arraigado entre nosotros es el del derecho administrativo de la legalidad.*”<sup>32</sup>

NIETO se pregunta, además, hasta qué punto es posible contar hoy con un sistema global de referencia. Si bien considera que la Filosofía y la Filosofía de la Ciencia “han tenido que renunciar resignadamente a trabajar con un sistema,”<sup>33</sup> reconoce la utilidad de disponer de un marco de referencia, pero “manejado con la cautela que impone un *momento histórico en el que se ha tomado conciencia*

<sup>21</sup> Cursiva en el original.

<sup>22</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 16.

<sup>23</sup> Ídem.

<sup>24</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 17.

<sup>25</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 18.

<sup>26</sup> Ídem.

<sup>27</sup> Ídem.

<sup>28</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>29</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 26.

<sup>30</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 28.

<sup>31</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 29.

<sup>32</sup> Ídem, p. 29. El destacado me pertenece.

<sup>33</sup> Ídem, p. 30.

*de la relatividad de los sistemas y de su fugacidad.*<sup>34</sup> Y concluye que la mejor prueba de lo que afirma es “la importancia que ha tenido el [...] sistema jurídico administrativo de la legalidad, que bajo la impronta de García de Enterría ha dominado en España durante dos decenios [...]”<sup>35</sup>

Por su parte, GORDILLO, en la Nota 6 de la misma obra,<sup>36</sup> formula la siguiente advertencia: “hablar del principio de legalidad obliga a preguntarse a qué se refiere uno y qué ocurre en la realidad.”<sup>37</sup> Con fina ironía, luego de destacar que la Argentina suscribió muchos pactos internacionales de derechos humanos, el autor señala que ellos eran raramente citados en las sentencias judiciales —aún después de 1994— y que “de repente se pusieron de moda;” pero que no ocurrió lo mismo con los pactos internacionales contra la corrupción “a pesar de estar vigentes, ser aplicables y *no ser tan rara la corrupción.*”<sup>38</sup>

También en su Nota 6, GORDILLO explica que “la parte más «jugosa» de una decisión judicial bien debatida casi nunca es la que aparece en la decisión final”<sup>39</sup> y que el camino posible para desentrañar el cómo y el por qué de las decisiones es situarlas en cada realidad contextual concreta. Del mismo modo, en la Nota 7, el autor advierte<sup>40</sup> que la legalidad se emplea para fundar la decisión en la sentencia; pero ésta no hace públicos los razonamientos y argumentaciones que realmente llevan a la decisión<sup>41</sup> que —a mi modo de ver y como se desprende del marco teórico apretadamente expuesto en este trabajo— pueden resbalar inclusive sobre cuestiones metajurídicas. En efecto, para NIETO, si bien la decisión concreta se adopta de ordinario como consecuencia de un conocimiento teórico previo, ello no siempre es necesariamente así, ya que pueden primar razones no jurídicas y

<sup>34</sup> Ídem, p. 30. El destacado me pertenece.

<sup>35</sup> Ídem, p. 30.

<sup>36</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>37</sup> Ídem, p. 76.

<sup>38</sup> Ídem, el destacado me pertenece.

<sup>39</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 76.

<sup>40</sup> Ver la Nota 7 en *op. cit.*, pp. 78-80.

<sup>41</sup> Sin ir más lejos, traigo a colación dos ejemplos recientes, que considero indicativos de la plausibilidad de la visión de la realidad argentina y universal que GORDILLO propone en punto a la operación del principio de legalidad. El 28 de enero de 2009, bajo el título “Cuando la justicia tiene miedo,” el diario *La Nación* de Buenos Aires publicó un editorial acerca de un fallo de la Sala III de la Cámara de Casación que devolvió a la Sala II una causa, rechazando la excusación que habían presentado cinco jueces. Apparently ellos tenían temor porque uno de los encartados es miembro político del Consejo de la Magistratura y se lo vincula con la corrupción estructural dentro del gobierno. Por su parte el Dr. RICARDO A. GUIBOURG, Director de la Maestría en Filosofía del Derecho de la UBA, parafraseando el propósito del Preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia, publicó el 5 de enero de 2009 en el mismo medio una nota eficazmente titulada “¿Afianzar la venganza?” Allí dijo: “Algunas ideas, sin embargo, se han abierto paso en las conciencias. Una de ellas, que todos tienen derecho de defensa y son inocentes (o deben ser tratados como tales) hasta que se demuestre su culpabilidad. Otra, que nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley anterior y que la ley penal es retroactiva cuando es más favorable al imputado, pero no cuando empeora su situación. Es posible observar, sin embargo, que estas ideas se enfatizan de modo muy diverso según quién sea el autor del presunto delito y quién sea su víctima.”

además —como advierte el autor con cita de KIRSCHBAUM— el conocimiento jurídico puede estar empañado por sentimientos.<sup>42</sup> Esto es precisamente puesto de relieve también por GORDILLO, cuando alude a que “según los valores de cada persona habrá o no un principio fundante: Para algunos la razonabilidad de la decisión, para otros la aquiescencia al poder político.”<sup>43</sup> La conclusión a la que llega este autor es que *para resolver se utilizan los hechos y las grandes valoraciones de los principios generales del derecho.*<sup>44</sup>

### 2.2.2. *El conocimiento práctico, el giro ético y los principios*

En el mismo sentido que GORDILLO, NIETO expresa que el conocimiento práctico, a diferencia del conocimiento teórico, no proporciona un aumento de los conocimientos, sino *argumentos o causas para la decisión*;<sup>45</sup> que en ocasiones, el conocimiento teórico —precedido e iluminado por la experiencia y la intuición— camina derechamente a la solución práctica de la mano de la prudencia;<sup>46</sup> pero que en otros casos no es así; en ese caso los operadores “deben adoptar una decisión personal que el pensamiento filosófico contemporáneo ha calificado como de *giro ético*, una decisión ética personal *que (el juez) justificará como pueda, ordinariamente invocando alguno de los principios inspiradores del conocimiento sistemático.*”<sup>47</sup>

A lo largo del siglo XX la ética ha ido adquiriendo mayor relevancia, al punto que hay quienes proclaman que en la actualidad es el tema básico de la filosofía. Concretamente, hay quien<sup>48</sup> rescata como cuestión central del pensamiento ético actual dar nuevas respuestas a las preguntas más universales: ¿Qué debemos hacer? ¿dónde encontrar las normas morales básicas? ¿cómo resolver los conflictos más fundamentales? Desde el punto de vista ético puedo aceptar —claro está que sin pretensión de verdad absoluta— y también prescribir dos postulados básicos

<sup>42</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 19.

<sup>43</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 78.

<sup>44</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 80.

<sup>45</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 32. El resaltado me pertenece.

<sup>46</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 80. Allí NIETO sostiene que en contraste con las ciencias naturales, en las que la articulación entre la teoría y la práctica se realiza por medio de la intuición, que levanta hipótesis, y la verificación, que las confirma o falsea, en el mundo de derecho se cuenta, además, con la prudencia, a la que califica como la verdadera esencia del conocimiento práctico, que moldea la ley para ajustarla al caso. Por eso pone de relieve que quienes deciden no son iurissapientes sino iurisprudentes y razona que si el objetivo último del derecho es la solución de conflictos concretos, y la verdadera fuente del conocimiento práctico es la prudencia, nada tiene de particular que la ciencia del derecho sea “jurisprudencia.” Claro está que para el autor el vocablo debe ser entendido en el sentido cultural europeo, y no en el restringido de la lengua española que lo asimila a las sentencias de los jueces.

<sup>47</sup> NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, pp. 33 *in fine* y 34. La cursiva me pertenece.

<sup>48</sup> CAMPS, VICTORIA, “Giro ético en la filosofía,” en diario *El País*, Madrid, 04-I-03, [http://www.elpais.com/articulo/semana/Giro/etico/filosofia/elpeputec/20030104elpbabese\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/semana/Giro/etico/filosofia/elpeputec/20030104elpbabese_7/Tes). (Crítica del libro de GÓMEZ, CARLOS (editor), *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, Madrid, Alianza, 2002, 307 pp.

que NIETO formuló ya en 1974, en una obra publicada por el INAP de España:<sup>49</sup>

1) Que la tarea de la administración no es ejecutar la ley sino satisfacer las aspiraciones de la colectividad y 2) que la administración está en manos de la tolerancia de los ciudadanos.

Ahora bien, el problema que me planteo es hasta donde se pueden realizar dichos postulados éticos en el marco de la realidad, la legalidad y la tutela judicial argentinas. Al respecto se me ocurren tres ejes para el análisis: La participación de la sociedad civil; la justicia y su vinculación con el poder, y el rol de la doctrina en la postmodernidad.

### 2.2.3. Necesidad de una mayor participación ciudadana en la cosa pública. La tolerancia del pueblo como límite a la observancia de las leyes

Un primer eje de análisis se vincula con la cuestión de lograr una mayor y más directa *participación ciudadana* en los asuntos del gobierno, del Estado y de la administración.

En este sentido encuentro pertinente traer a colación, en primer lugar, el pensamiento de CIURO CALDANI, quien en un reciente artículo<sup>50</sup> se ocupa de la sociedad civil, a la que caracteriza —siguiendo a BOBBIO— como “la esfera de relaciones entre individuos, entre grupos y entre clases sociales que se desarrollan *fuera de las vinculaciones de poder* que caracterizan a las instituciones estatales.”<sup>51</sup> El autor postula que “la crisis del Estado contribuye a afirmar la razonabilidad de la presencia de la sociedad civil,”<sup>52</sup> y que “las *entidades de la sociedad civil* suelen ser *vías importantes de participación* y a menudo *la voz de los débiles* que de otro modo no tendrían acceso al diálogo social.”<sup>53</sup>

En segundo lugar me parece importante la observación de NIETO<sup>54</sup> acerca de que el monopolio jurídico estatal no ha conseguido evitar la aparición de otras fuentes del derecho distintas de la ley, ni la actuación interactiva de otros agentes sociales en los procesos de aplicación, ejecución y cumplimiento de ella.<sup>55</sup> El autor analiza quienes son los agentes sociales que disputan al Estado la facultad de crear y manejar el derecho y concluye que en la creación y funcionamiento del derecho intervienen varios sujetos, no jerárquicamente ordenados y cada uno

<sup>49</sup> NIETO, ALEJANDRO, *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Colección estudios de historia de la administración, editado por el Instituto Nacional de Administración Pública de España, 1974.

<sup>50</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL Á., “Las teorías jurídicas y la sociedad civil,” *JA*, suplemento del 14-II-07, 2007-I, Buenos Aires, 2007.

<sup>51</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *op. cit.*, p. 5.

<sup>52</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *op. cit.*, p. 6.

<sup>53</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *op. cit.*, pp. 5 final y 6 principio.

<sup>54</sup> NIETO, ALEJANDRO, *Crítica de la razón jurídica*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, Trotta, 2007, p. 134.

<sup>55</sup> GORDILLO destaca como consecuencia que “Hay así normas legales que no se cumplen, y normas reales que no están en la ley.” Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, 3ª reimpresión, p. 51.

con autoridad propia. Por esa razón, concibe el derecho como una trama sin costuras en que se entrecruzan leyes, sentencias y actos jurídicos en forma de red, y justifica su postura afirmando que dicha concepción, pluralista y compleja, si bien reconoce al protagonista legislador, “no autoriza a desconocer el papel que juegan los otros agentes: Jueces, juristas y particulares.”<sup>56</sup>

Para ilustrar lo anterior NIETO cita dos viejos dichos españoles: “*Prefiero tener a mi favor la opinión de la doctrina que el texto de la ley*”<sup>57</sup> y “*allá van leyes do jueces quieren y hasta donde el pueblo lo tolere.*”<sup>58</sup> Con relación a este último aspecto, el autor proclama que los destinatarios particulares de las leyes —el pueblo—, “conservan una potestad residual de enorme importancia: *La de inobservar e incumplir las leyes e imponer su actitud de resistencia al propio Estado [...]*”<sup>59</sup>

#### 2.2.4. *Hacia una nueva conceptualización del litigio de derecho público*

La labor de la justicia constituye un segundo eje de acercamiento a la posibilidad de que en la Argentina la administración satisfaga las aspiraciones de la colectividad y no desafíe continuamente la tolerancia de los ciudadanos, los exaspere o mantenga en generalizado estado de insatisfacción y desconfianza respecto de ella.

Al abordar el problema de las contradicciones entre la administración y el derecho administrativo modernos, NIETO recuerda que el derecho administrativo moderno nace cuando se conexianan dos principios que hasta entonces habían operado con relativa independencia: El de la legalidad de la actividad administrativa y el de su control jurisdiccional, y que la indicada conexión se articula en torno a los derechos subjetivos individuales. En todos estos aspectos existen en nuestro país tremendos valladares, que limitan la actuación jurisdiccional en materia administrativa. En efecto, para poder beneficiarse de un eventual *giro ético* de los jueces como operadores del derecho, el problema previo del administrado en la Argentina es poder tener acceso irrestricto a la justicia para resolver sus problemas con la Administración; bien que, sin embargo, dicho derecho se encuentra reconocido en tratados internacionales de rango suprallegal,<sup>60</sup> en la Constitución Nacional y en varias constituciones provinciales.

<sup>56</sup> NIETO, ALEJANDRO, *Crítica...*, p. 135. Resaltado en el original.

<sup>57</sup> Que atribuye al comentarista RAFAEL FULGOSIO de principios del Siglo XV; ver NIETO, ALEJANDRO, *Crítica*, p. 137.

<sup>58</sup> NIETO, ALEJANDRO, *Crítica...*, p. 135. Resaltado nuestro.

<sup>59</sup> NIETO, ALEJANDRO, *Crítica...*, p. 139. Resaltado nuestro.

<sup>60</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed. En este punto me parece importante recordar dos de los fundamentos que da GORDILLO para ello, a los que asigno particular relevancia. El primero remite al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con cita de PESCATORE, sostiene que “suscrito un tratado, ratificado y depositado, por definición no le es oponible norma alguna del derecho interno de los países signatarios, inclusive de sus propias constituciones.” (P. II.3.) El segundo, con citas de POPPER, LINARES, ALCHOURRÓN y BULGYN, y PESCATORE, postula que las normas en cuestión “configuran un orden público común,” por

En tal sentido, resulta pertinente la distinción que formula D'ARGENIO,<sup>61</sup> quien argumenta que la configuración actual del derecho administrativo en la Argentina plantea dos extremos en cuanto a la conceptualización del litigio de derecho público. El primero —lamentablemente mayoritario a mi entender—, representado por la existencia de una jurisdicción especial, revisora de actos administrativos de autoridad. El segundo, encomiable, es obra de una nueva jurisprudencia sustentada en la doctrina de los autores —cita a BOSCH, FIORINI, GORDILLO<sup>62</sup> y GRAU— que proponen un derecho administrativo acorde con el sistema institucional vigente en la Argentina, caracterizado por la “*presencia de una jurisdicción judicial consagrada por la Constitución Nacional como la única jurisdicción posible*,”<sup>63</sup> donde el juez tiene el deber de actuar como un tercero imparcial frente a las partes e independiente de los otros poderes.

La autora citada cuestiona que “el contencioso administrativo jamás se desprendió de sus atavismos de origen propios de la jurisdicción revisora y fue regulado [...] sobre la base del previo agotamiento de una instancia administrativa anterior a la judicial en la que la administración tuviera la facultad de decir el derecho en el caso concreto antes de ser sometida a la justicia.”<sup>64</sup> Reaparecen aquí las ideas de legalidad, realidad y la necesidad de definir las en un contexto específico que postula GORDILLO. Sin ir más lejos, viene al caso la siguiente contradicción que pone de resalto D'ARGENIO: “todos los códigos procesales resuelven en ese sentido, incluidos los más recientes de la CABA y la Provincia de Buenos Aires, *no obstante los elementos esenciales plasmados en sus nuevas constituciones que abrevan en una normativa internacional de aplicación operativa y directa*.”<sup>65</sup> Por eso la sabiduría de la Nota 6 de GORDILLO que por lo menos a mí me genera los mismos interrogantes que al autor: ¿De qué legalidad estamos hablando? ¿Hasta

lo cual “el carácter jurídico, obligatorio, imperativo, incondicionado de este derecho, es indubitable.” (Pp. III.5 y III.6 y notas 5.2 a 5.5.)

<sup>61</sup> D'ARGENIO, INÉS A., “Trascendencia institucional del litigio de derecho público,” en: [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/documentos/material\\_interes/TRASCENDENCIA\\_INSTITUCIONAL\\_DEL\\_LITIGIO\\_DE\\_DERECHO\\_PUBLICO\\_INES\\_D\\_ARGENIO.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/documentos/material_interes/TRASCENDENCIA_INSTITUCIONAL_DEL_LITIGIO_DE_DERECHO_PUBLICO_INES_D_ARGENIO.pdf), p. 1.

<sup>62</sup> En la “Introducción” al Tomo 3 del *Tratado*, pp. Int-1 y ss., GORDILLO enumera las “seudo nociones fundantes del derecho administrativo.” En apretada síntesis, recortamos lo siguiente: (a) Su afirmación de que el acto administrativo y el contencioso administrativo nacen de la Revolución Francesa y nos llegan trasvasados con el peso de haber nacido como privilegio del funcionario o compromiso con el poder; (b) que “en el sistema de fractura del poder que propone han ganado aceptación instituciones nuevas como la participación; las audiencias públicas; la legitimación en los derechos de incidencia colectiva; los efectos erga omnes de las sentencias; las cautelares autónomas y anticipatorias, etc.,” (c) que “propone ubicar el eje del proceso administrativo en la tutela judicial efectiva, superando el esquema de la jurisdicción revisora;” (d) su propuesta de juzgar los hechos en el marco de una justicia ordinaria y su denuncia del sistemático incumplimiento de la Constitución; (e) su apelación a la superación definitiva de la dogmática tradicional y a un esfuerzo social concertado, atribuyendo a la doctrina la responsabilidad moral primaria para posibilitar una construcción crítica.

<sup>63</sup> D'ARGENIO, INÉS A., *op. cit.*, p. 2.

<sup>64</sup> D'ARGENIO, INÉS A., *op. cit.*, p. 3.

<sup>65</sup> *Ídem*, p. 3.

donde entra en ella el principio de la tutela judicial efectiva? En caso de superar los escollos y lograr acceder a la justicia: ¿Es posible esperar la aplicación efectiva de las convenciones de la OEA y la ONU contra la corrupción en causas de los administrados contra la administración? ¿Han girado los jueces en esta última dirección? ¿En qué medida?

En la Argentina de hoy no es fácil atreverse a predecir un resultado positivo a obtener en la justicia, previamente a iniciar una causa en materias delicadas como corrupción, responsabilidad de los funcionarios, publicidad de los actos de gobierno o derechos de los usuarios y consumidores o entender cómo se llegó a la decisión en una sentencia en cuestiones relacionadas con ellas, tres de las cuales hacen directamente a la esencia del principio republicano. Ello en virtud de lo que GORDILLO explica en cuanto a lo que las sentencias dicen y no dicen. De lo antedicho se reitera la importancia de ponderar el contexto; es decir, precisar los rasgos salientes de los hechos, la realidad contextual y la legalidad en la coyuntura, vinculados al caso concreto. Como bien dice el autor se trata de un ejercicio donde juegan un rol importante la intuición y la información.

Conocer la posición ética e iusfilosófica del juez sin duda representa una ventaja para ponderar y adoptar la decisión de litigar y para la consiguiente argumentación. Pero también existen otras cuestiones importantes, como *los mecanismos políticos y de operación del poder*, de gran opacidad e incidencia en el accionar de la justicia o del poder legislativo, como se aprecia, por ejemplo, en los problemas del fiscal de investigaciones administrativas Garrido para investigar hechos supuestamente acaecidos en el INDEC o en los límites legislativos que se pretenden imponer a las atribuciones del presidente de la Auditoría General de la Nación, hoy en manos de Leandro Despouy. Esto, a su vez, lo relaciono con la tesis de WIEACKER que expone NIETO en su ya citada obra *Crítica de la razón jurídica*, en el cap. titulado “El derecho secuestrado.”<sup>66</sup>

### 2.2.5. *La teoría del derecho secuestrado y la realidad argentina. Pretensión del poder de adueñarse de los jueces y de la ley*

En dicha obra, NIETO afirma que en el siglo XIX el constitucionalismo liberal entregó al Estado el monopolio de la creación, ejecución y aplicación del derecho, hecho que fue denominado por WIEACKER como “el secuestro del Derecho por el Estado.”<sup>67</sup> Para NIETO, la consecuencia más notable de ese monopolio es que el derecho, si quiere serlo, ha de ser estatal y el Estado, por su parte ha de ser jurídico, en el sentido que ha de actuar siempre con arreglo al derecho. Ambos se legitiman mutuamente, dice el autor: El Estado legitima al derecho como éste legitima a aquel, cerrándose así un círculo hermético que se denomina Estado de Derecho. En último extremo, afirma, el Estado está utilizando al derecho como

<sup>66</sup> NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 127 y ss.

<sup>67</sup> NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 129.

un rehén que le presta respetabilidad y le protege de agresiones ideológicas *por que no se puede poner en duda la autoridad de un Poder basado en la ley.*<sup>68</sup> No obstante, el autor valora que “una unión formada en estas condiciones no puede durar durante mucho tiempo, dado que el secuestrador tiende inevitablemente a *abusar* de su posición, como el rehén a *escapar* a la primera oportunidad.”<sup>69</sup> Por ello se pregunta: ¿Quién puede creer hoy honradamente en la existencia de un auténtico Estado de Derecho?<sup>70</sup> Y concluye lapidariamente que “[...] admitiendo que alguna vez haya sido una realidad, en la actualidad no pasa de ser un montón de ruinas que yacen detrás de una elegante fachada de cartón piedra.”<sup>71</sup>

Luego de este fuerte postulado, NIETO propone que lo que convierte a la Constitución en un elemento capital del derecho es la voluntad del Estado, de los partidos y de los ciudadanos en hacerla operativa con el esfuerzo de cada día.<sup>72</sup> A mi modo de ver, lo medular de la propuesta de NIETO es que “*los verdaderos enemigos del Estado de Derecho son las prácticas políticas perversas que efectivamente lo han quebrado.*”<sup>73</sup> Se refiere,<sup>74</sup> entre otras, a la tolerancia generalizada de los incumplimientos, a la impunidad seleccionada de los incumplidores,<sup>75</sup> a la indefensión de los perjudicados, y a las desviaciones legislativas. Llega a afirmar que el poder político vive más cómodo manipulando las leyes que obedeciéndolas y que “*el corazón del problema no es tanto la fragilidad de la ley, como la insuficiencia de su garantía,[...] deliberadamente provocada por el poder político.*”<sup>76</sup> La razón que da para ello es que “el garante del imperio de la ley [...] es el Poder Judicial [...] que [...] *ha sido más que arrasado, triturado por el Poder político*”<sup>77</sup>[...] quienes tienen que controlar el poder son nombrados por este a través del Consejo General del Poder Judicial [...] convirtiendo el control en una farsa bien conocida.”<sup>78</sup>

El citado autor utiliza magistralmente la imagen de la cetrería para ilustrar el punto: Señala que ciertos delincuentes realizan sus crímenes sin disimulo, a la vista de jueces y fiscales que nada ven “puesto que tienen envuelta la cabeza por la caperuza del propio cargo y el *agradecimiento hacia aquel que se lo dio.* De la misma manera que *cuando el poder levanta al juez la caperuza y le señala*

<sup>68</sup> NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 130. El resaltado me pertenece.

<sup>69</sup> Ídem, p. 130. Resaltado nuestro.

<sup>70</sup> Ídem, p. 130.

<sup>71</sup> Ídem, p. 130.

<sup>72</sup> NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 131.

<sup>73</sup> NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 132. Resaltado nuestro.

<sup>74</sup> Ídem, p. 132. El resaltado que sigue es nuestro.

<sup>75</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La Administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Cívitas, 2001, 3ª reimpresión, p. 99: “El uso que el parasistema hace del sistema reside, entre otras cosas, en que el aparato formal del Estado concurre con su mecanismo de sanciones para castigar no al que meramente viola el sistema, que casi todo el mundo lo hace, sino en verdad al que viola el parasistema.”

<sup>76</sup> NIETO, ALEJANDRO, *Crítica de la razón jurídica, op. cit.*, p. 133. Resaltado nuestro, *op. cit.*

<sup>77</sup> Ídem, p. 133.

<sup>78</sup> Ídem, p. 133. Resaltado nuestro.

*una presa*, entonces el ave rapaz se lanza sobre ella [...] hasta destrozarla y el halconero declara cínicamente que no ha sido él el victimario *sino que la justicia ha cumplido con su deber.*<sup>79</sup> Por ello concluye que “[...] no hay que temer, en definitiva, ni a la ley ni al juez *sino al dueño de uno y otro*” y que “donde no hay tribunales eficaces no hay Estado de Derecho. La razón jurídica crítica ha de empezar pues, por aquí.”<sup>80</sup>

La cruda realidad que describe NIETO para su país encuentra obvias y conocidas similitudes con la nuestra. Esto es importante, porque las consecuencias de la intromisión del poder en la justicia son de la mayor gravedad para el sistema republicano. A su vez, su visión concuerda con la visión de GORDILLO expuesta en su obra *La Administración paralela*, cuando distingue, por ejemplo, entre Constitución formal y Constitución real.<sup>81</sup> A partir de su plausibilidad como diagnóstico, se acrecienta la figura de quienes con integridad y coraje, se resisten desde la doctrina, la magistratura, la docencia, la función pública y desde el llano a la manipulación política, la corrupción y la impunidad, en muy inferiores condiciones que el poder de turno.

### 2.2.6. *El giro ético y la doctrina de los autores*

A continuación me refiero a un tercer camino para incentivar un *giro ético* de la justicia, en pos de asegurar que la administración satisfaga las aspiraciones de la comunidad y no reincida continuamente en poner a prueba las virtudes de tolerancia, resignación y paciencia de los ciudadanos comunes, particulares, civiles, administrados, contribuyentes o como se nos quiera llamar. Se trata de la *doctrina de los autores*. Su difusión no solo a los operadores del derecho, sino a los legos y a la sociedad civil en su conjunto, representa a juicio de los autores un imperativo de la postmodernidad.

En un artículo reciente,<sup>82</sup> CIURO CALDANI caracteriza a la postmodernidad a partir de la existencia de un *sujeto débil* y de *una razón también débil*.<sup>83</sup> “El espectáculo predomina sobre la pretensión de realidad,”<sup>84</sup> afirma el autor, para quien en la postmodernidad la lógica tradicional “se rompe en los dispares trozos de realidad que se transmiten en televisión,”<sup>85</sup> sujetos prioritariamente al

<sup>79</sup> Ídem, p. 133. Resaltado nuestro

<sup>80</sup> NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>81</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *La Administración paralela...*, *op. cit.*, pp. 60 y 61: “Los autores de ciencia política han trabajado en igual sentido, al analizar las diferencias entre la Constitución formal y la Constitución «real,» entendiendo por tal la que efectivamente se cumple” y p. 64: “Al lado del sistema constitucional existe y funciona así un sistema *paraconstitucional*.” (Resaltado en el original.) La pregunta clave que se hace GORDILLO, a mi juicio es si ese parasistema es disvalioso para la ciudadanía.

<sup>82</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL A. “La doctrina jurídica en la postmodernidad,” en *JA*, Buenos Aires, 1999-III, pp. 938-951.

<sup>83</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL A., *op. cit.*, § 3.2.1.1, p. 942. Resaltado nuestro.

<sup>84</sup> Ídem, § 3.2.1.1, p. 942.

<sup>85</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL A., *op. cit.*, § 3.2.1.3, p. 943.

“rating” y *no a la razón*. Esta última percepción es importante, porque unida a la premisa del autor de que “la doctrina es siempre de alguna manera una propuesta de razón que busca obtener seguimiento, pero que a veces lo hace con el *auxilio de la vía emotiva*,”<sup>86</sup> la consecuencia inevitable y muy verosímil a que llega es que “*la limitación de la razón postmoderna dificulta el desarrollo de un orden doctrinario sólido*.”<sup>87</sup>

### 2.2.7. Conclusión

El desafío de afirmar la legalidad y la tutela judicial efectiva en la realidad argentina actual es enorme y requiere un giro ético generalizado por parte de la justicia, una mayor participación de la sociedad civil y un considerable esfuerzo doctrinario.

Por ello, ya en el final del trabajo hago propia una reflexión de CIURO CALDANI: “El desafío de la comprensión de la nueva realidad denominada post modernidad requiere un *protagonismo humano* que debe ser *apoyado por un lúcido despliegue doctrinario* [...] La abstención, resulta “*una actitud demasiado peligrosa*.”<sup>88</sup> Esta reflexión coincide con el postulado que formula GORDILLO al final de la Introducción al Tomo III de su *Tratado de Derecho Administrativo*, bajo el título de “*¿Quo Vadis?*,” cuando cuestiona las nociones seudo fundantes del derecho administrativo argentino ya aludidas en nota, a las que asimila a una Hidra de siete cabezas y sostiene que para que ello suceda “hace falta un esfuerzo social concertado, en primer lugar, *y es la doctrina la que tiene la responsabilidad moral primaria* para posibilitar esa construcción crítica. Todo eso construye el Estado —de derecho o no— que tenemos.”<sup>89</sup>

## 2.3. Acerca de la supranacionalidad del Derecho Internacional

### 2.3.1. Planteamiento del tema

Como punto de partida encuentro apropiada la certera observación de GORDILLO: “Es frecuente que el estudioso del derecho local encuentre dificultades para aceptar el fundamento de la supremacía aquí postulada del derecho supranacional convencional sobre el derecho constitucional interno.”<sup>90</sup> En una posición opuesta, el ministro de la Corte Suprema de Justicia CARLOS S. FAYT dijo en una obra reciente que “frente a la evidente desigualdad internacional los órdenes

<sup>86</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL A., *op. cit.*, § 3.2.2.1, p. 944. Resaltado nuestro.

<sup>87</sup> Ídem, § 3.2.2.1, p. 944. Resaltado nuestro.

<sup>88</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL A., *op. cit.*, § 3.3, p. 947.

<sup>89</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Prólogo de JORGE A. SÁENZ, t. 3, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., p. Int-24.

<sup>90</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. II-1.

constitucionales se erigen como normas infranqueables.”<sup>91</sup> El fundamento para ello se aprecia en el considerando 13 de su voto en la causa *Espósito, Miguel A.* (CSJN, 23-XII-04, publicado en *LL*, 2005-C):

“[...] La alusión al art. 27 de la Convención de Viena —en cuanto a que “de conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación” (párr. 118 de la sentencia de la Corte Interamericana)— sólo encuentra aplicación en el ámbito de la responsabilidad internacional. Por el contrario, *en el ámbito nacional, el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local.*”<sup>92</sup>

El problema de la supremacía o no del DI sobre el derecho interno adquiere un matiz particular en el caso argentino dado que la jerarquía normativa que establece el art. 31 ubica en la cúspide a la Constitución Nacional y a los tratados de jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22 segundo párrafo y los susceptibles de obtenerla y luego a los tratados internacionales propiamente dichos, los del art. 75 inc. 22 primer párrafo. A mi juicio nuestra Constitución, al equiparar a los tratados de DDHH a la CN como complementarios de los derechos y garantías que ella confiere y subordinarlos al art. 27 al establecer que ellos no modifican la primera parte de la CN, lo que hizo a partir de la reforma de 1994 desde el punto de vista del DI es transformarlos en derecho interno.

### 2.3.2. *Un orden público común*

A continuación condenso lo que entiendo son los fundamentos que da GORDILLO para postular la supremacía del DI. Como criterio panorámico, téngase en cuenta su cita de LORD DENNING, quien afirma que “esas normas supranacionales [...] son cada vez más como la marea creciente. Penetra por los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida.”<sup>93</sup> Por añadidura, con citas de POPPER, LINARES, ALCHOURRÓN y BULIGYN y PESCATORE, nuestro profesor sostiene que las normas internacionales configuran un *orden público común*,<sup>94</sup> por lo cual el carácter jurídico, obligatorio, imperativo, incondicionado de ese derecho resulta indubitable.<sup>95</sup>

El fundamento de derecho positivo el autor lo encuentra en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con cita de PESCATORE

<sup>91</sup> FAYT, CARLOS S., *La Constitución Nacional y los tribunales internacionales de arbitraje*, Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley, 2007, p. VIII.

<sup>92</sup> Resaltado nuestro.

<sup>93</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. III-3 y nota 2.13.

<sup>94</sup> Bastardilla propia.

<sup>95</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. III-5 y III-6 y notas 5.2 a 5.5.

sostiene que “suscrito un tratado, ratificado y depositado, por definición no le es oponible norma alguna del derecho interno de los países signatarios, inclusive de sus propias constituciones.”<sup>96</sup> Mucho más no habría que decir. Es un tratado que la Argentina firmó y se encuentra plenamente vigente. Además, con cita del mismo autor, GORDILLO acude por analogía al principio de la irreversibilidad de los compromisos comunitarios: “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la comunidad.”<sup>97</sup>

De manera que para GORDILLO “la única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional, y no a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.”<sup>98</sup> El Autor sostiene que “estas normas constituyen no solamente derecho supranacional sino *también* y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas tengan un contenido que no sea manifiesta e indiscutiblemente programático.”<sup>99</sup> Comparto plenamente este criterio.

La obvia consecuencia que debiera derivarse de lo anterior para el Poder Judicial como órgano del Estado, es para GORDILLO que “frente a la clásica cuestión de si los Estados Parte, cuando se obligan a adoptar las medidas legislativas «o de otro carácter» (art. 2º de la Convención Americana) se obligan sólo a dictar leyes o también a dictar sentencias que suplan la eventual falencia legislativa, esta Corte ya tiene tomada posición en *Ekmedjian*, que recoge el lejano principio rector de *Kot y Siri*; la obligación es también de los jueces, no solo del legislador.”<sup>100</sup> Así, GORDILLO sustenta el deber de los jueces de aplicar en forma directa la norma posterior de mayor jerarquía, en virtud de la obligación que tienen los órganos de los Estados de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes; por la obligación *ipso iure* contraída de respetar los derechos y libertades y garantizar su libre ejercicio, libertad que requiere la indispensable tutela judicial.”<sup>101</sup>

<sup>96</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. II-3.

<sup>97</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. II-17 y nota 5.3.

<sup>98</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. II-13.

<sup>99</sup> Ídem, p. II-13.

<sup>100</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. II-19 ver además nota 5.16 en que hace extensiva la obligación al dictado de actos administrativos, en su caso.

<sup>101</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. III-5.

Otro fundamento de peso que da GORDILLO es que “los pactos internacionales suscritos por nuestro país, y otros del continente, han intentado sin duda crear un *sistema* de derechos humanos, garantías individuales o libertades públicas” y que “ello supone también, necesaria y simultáneamente, denunciar asistematicidades dentro del orden jurídico y con respecto a su funcionamiento real.”<sup>102</sup>

Finalmente, cabe tener en cuenta la denuncia de GORDILLO acerca de que “el derecho viviente está sesgado inequívocamente a favor de la autoridad y en desmedro de la libertad.”<sup>103</sup>

Veamos a continuación los fundamentos que da la jurista británica ROSALYN HIGGINS, ex presidenta de la Corte Internacional de Justicia para la supremacía del DI.

### 2.3.3. *El DI como proceso continuo de toma de decisiones de autoridad*

Para HIGGINS, el Derecho Internacional (DI) no constituye un conjunto de normas, sino un sistema normativo atado al logro de valores compartidos<sup>104</sup> y un *proceso continuo de toma de decisiones de autoridad* en un esquema descentralizado.<sup>105</sup>

Con cita de LAUTERPACHT,<sup>106</sup> HIGGINS argumenta que el rechazo de la percepción del derecho como “normas,” entraña como consecuencia necesaria que la función de quienes deben tomar decisiones con base en el DI —entre ellos los jueces— no consiste en encontrar una norma aplicable al caso, sino optar entre pretensiones que tienen diferentes grados de mérito legal. Deshecha la visión que confina al poder “a la oscuridad de las relaciones internacionales” y sostiene que es una fantasía creer que puede existir autoridad sin apoyo del poder. “El derecho, lejos de consistir en la lucha de la autoridad contra el poder, es la unión de ambos,” dice.

HIGGINS critica la visión clásica, cuya articulación atribuye a FITZMAURICE, de que el DI puede servir mejor a la comunidad si se distancia de la política; también cuestiona a los positivistas por concebir al derecho como disposiciones emanadas de un poder soberano y descarta también el pragmatismo, por sus presupuestos filosóficos. La autora considera que no existe fórmula de síntesis entre las concepciones del DI como conjunto de normas o como proceso, por lo cual debe optarse entre una u otra. Advierte que la percepción del DI como proceso, implica mayor trabajo a la hora de identificar fuentes y aplicar normas, dado que *nada resulta mecánico y el contexto siempre reviste importancia a la hora de decidir*. Y que la legalidad en DI consiste en “asegurar que las decisiones se tomen por quienes tienen competencia para hacerlo, guiados por los precedentes

<sup>102</sup> GORDILLO, AGUSTÍN; FLAX, GREGORIO y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. I-1. Bastadilla en el texto original.

<sup>103</sup> GORDILLO, AGUSTÍN y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, p. I-2.

<sup>104</sup> HIGGINS, ROSALYN, *Problems & Process. International Law and How We Use it*, New York, Clarendon Press, Oxford University Press, (1ª ed., 1994), 1998, p. 2.

<sup>105</sup> HIGGINS, ROSALYN, *op. cit.*, p. 10.

<sup>106</sup> HIGGINS, ROSALYN, *op. cit.*, p. 3, nota 3.

y ejerciendo opciones con base en los intereses de la comunidad y la promoción de valores compartidos.”

El peso que tiene la idea de la necesaria conjunción de autoridad y poder en la concepción del derecho internacional de HIGGINS, se percibe en toda su magnitud en el análisis que realiza sobre el fundamento de la obligatoriedad del DI. Sostiene la autora que para un positivista Austiniano, el concepto de derecho es el de una orden soberana que se hace efectiva por la aplicación de una sanción, motivo por el cual esa corriente filosófica considera que, al jugar las sanciones un rol modesto en el sistema legal internacional, el DI no debería ser llamado con propiedad derecho. También encuentra que el tema de la obligatoriedad genera problemas para los no positivistas, y entonces se pregunta: ¿qué es lo que hace que los Estados consideren al DI como *obligatorio* y capaz de constituir un *verdadero sistema legal*? Para responder esa pregunta, empieza describiendo las posiciones principales.

En primer lugar se refiere a KOSKENIEMMI,<sup>107</sup> para quien el fundamento radicaría en las “obligaciones naturales de justicia,” entendidas como *lo que es necesario para la subsistencia y la auto preservación*.<sup>108</sup> Luego se remite a la concepción que fundamenta la obligatoriedad en el *consentimiento*, que considera estrechamente vinculada a la noción de *soberanía* que, a su vez, considera que descansa en el principio de la *libertad de los Estados para actuar unilateralmente*, salvo en los casos en que consintieron auto restringirse. Seguidamente expone la concepción —que atribuye a los países socialistas en general— según la cual las bases de la obligatoriedad del DI y sus fuentes, serían parte del mismo problema. Recuerda que en el mundo occidental tradicionalmente se distinguieron ambas cuestiones, aunque aceptando su interrelación y reconociendo en general como fundamento al consentimiento, frente a lo cual los socialistas argumentaron que si el consentimiento fuese la base de la obligatoriedad, entonces los tratados serían fuente primaria del DI y debería desconfiarse de la costumbre internacional.

A continuación, la autora afirma lo siguiente: “*como sea, tenemos en derecho internacional un sistema en el cual las normas emergen o por consentimiento expreso, o porque no existe oposición a las obligaciones impuestas en ausencia de consentimiento, o porque se considera que a pesar de la soberanía, la oposición no tendrá éxito en oponerse.*”<sup>109</sup> Destaca que un elemento central de la obligatoriedad es la reciprocidad. Y, finalmente, responde la pregunta sobre la obligatoriedad del DI con el siguiente razonamiento: “Así como los fundamentos de justicia natural fueron reemplazados por el consentimiento, el consentimiento

<sup>107</sup> HIGGINS, ROSALYN, *op. cit.*, p. 14. La obra de KOSKENIEMMI referida es *From Apology to Utopia*.

<sup>108</sup> Ídem.

<sup>109</sup> HIGGINS, *op. cit.*, p. 16: “In any event, we have in international law a system in which norms emerge either through express consent, or because there is no opposition —or because it is thought that, sovereignty notwithstanding, opposition would not succeed— to obligations being imposed in the absence of such specific consent.”

to fue gradualmente reemplazado por el *consenso*. Los estados indudablemente se consideran regidos por normas a las cuales no han prestado consentimiento expreso porque no son Parte en el órgano que dictó la ley, o porque no quisieron aprobar las propuestas específicas. Si el consenso, a menudo tácito y a veces poco entusiasta, es el fundamento del DI, es porque los estados perciben una ventaja recíproca en cuidar el auto control.<sup>110</sup> La conclusión a que arriba la autora es que rara vez la violación del DI resulta en el mejor interés de los países y que *en la concepción del DI como un proceso de toma de decisiones esto es suficiente para fundamentar la obligatoriedad*.

¿Que pasa cuando existe colisión entre el derecho nacional y el derecho internacional? La autora recuerda que para la Corte Internacional de Justicia *el derecho local es considerado un hecho*. En cuanto a la cuestión de si una obligación internacional puede ser evitada o excusada por una deficiencia o contradicción emanada de la legislación nacional, la respuesta que da es que *la obligación internacional subsiste*. La autora también reconoce que es una tarea difícil persuadir a los tribunales nacionales de aplicar la ley internacional en lugar de la nacional cuando existe colisión y que para muchos tribunales “una obligación internacional no puede ser ofrecida como razón para no cumplir una ley nacional.”<sup>111</sup> En el caso específico de los Derechos Humanos, sostiene que ellos se detentan solo por el hecho de ser un ser humano y que forman parte de su integridad y dignidad; por ello son derechos que no pueden ser concedidos o retirados a voluntad por ningún ordenamiento jurídico local. Y que aunque puedan ser eficazmente *instrumentados* por el sistema jurídico nacional, *ese sistema no es la fuente del derecho, sino que la fuente de la obligación es la legislación internacional de Derechos Humanos*.<sup>112</sup>

#### 2.3.4. *La tesis de BROWNLIE: Crear una relación que funcione entre el DI y el derecho nacional*

Este autor, también británico, señala que desde el punto de vista teórico el problema se presenta usualmente como un conflicto entre monismo y dualismo (o pluralismo): Ambas escuelas de pensamiento asumen la existencia de un terreno común en el que los dos sistemas pueden operar simultáneamente y el problema es determinar cual “manda.”<sup>113</sup> Cuando el problema se plantea en estos términos, dice, ya existe un límite establecido a la controversia y también soluciones descartadas. La doctrina dualista apunta a la diferencia entre ambos derechos, consistente en que los dos regulan materias distintas: El DI es derecho entre

<sup>110</sup> HIGGINS, *op. cit.*, p. 16.

<sup>111</sup> HIGGINS, *op. cit.*, p. 209.

<sup>112</sup> HIGGINS, *op. cit.*, p. 96.

<sup>113</sup> BROWNLIE, IAN S., *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 31.

estados soberanos y el derecho local se aplica al interior de un Estado y regula las relaciones de los ciudadanos entre sí y con el ejecutivo. Ninguno puede alterar al otro y en caso de conflicto el dualismo asume que una corte local debe aplicar el derecho local.<sup>114</sup>

Para BROWNLIE, el monismo se encuentra representado por un número de juristas cuyas teorías divergen en aspectos significativos. Se refiere en primer lugar a LAUTERPACHT, a quien presenta como exponente enérgico de la doctrina que afirma la supremacía del DI sobre la esfera local y que proporciona una visión bien desarrollada del individuo como sujeto de DI. Observa que *esa doctrina es criticada por resultar antipática a los corolarios de la existencia de estados soberanos*<sup>115</sup> y “reducir al derecho local al status de un pensionista del DI.” En ella el Estado es mal mirado como una abstracción y se recela de él como vehículo para el mantenimiento de los DDHH. En cambio, *el DI es percibido como el mejor moderador disponible de los DDHH* y también como una condición lógica para la existencia *legal* de los estados y en consecuencia de los sistemas de derecho local dentro de la esfera legal de competencia de los estados.<sup>116</sup>

Luego se refiere a KELSEN y su desarrollo de principios monistas sobre la base de métodos formales de análisis basados en la teoría del conocimiento: Postula que de acuerdo con las bases de pensamiento de KELSEN, el monismo se establece científicamente si el derecho internacional y el local son parte del mismo sistema de normas y reciben su validez por una operación intelectual derivada de una norma básica, que formula como sigue: “Los estados deben comportarse como ellos han acostumbrado a comportarse.” Para KELSEN el *principio de efectividad* constituye la norma básica del derecho local. Pero como las normas básicas de los sistemas legales nacionales son determinadas por una norma de derecho internacional, son normas básicas en un sentido relativo; para el autor es la norma básica del orden legal internacional la que constituye la razón fundamental de validez de los órdenes legales nacionales también. Pero si bien KELSEN establece el monismo como la base formal de su propia teoría, no apoya la primacía del DI sobre el derecho nacional. La interpretación de BROWNLIE es que *para KELSEN la cuestión puede ser sólo decidida sobre la base de consideraciones que no son estrictamente legales*. Para concluir el análisis del monismo, BROWNLIE se refiere a la existencia de una teoría monista-naturalista según la cual el DI y el derecho local se subordinan a un tercer ordenamiento jurídico, usualmente postulado en términos de derecho natural o “principios generales del derecho” superior a ambos y capaz de determinar sus respectivas esferas. Teoría que encuentro sumamente atractiva.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> BROWNLIE, IAN S., *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>115</sup> BROWNLIE, IAN S., *op. cit.*, p. 32. Resaltado nuestro.

<sup>116</sup> Ídem, *op. cit.*, p. 32.

<sup>117</sup> BROWNLIE, IAN S., *op. cit.*, pp. 32-33.

Ahora bien, el autor pone énfasis en que un creciente número de juristas desean *escapar de la dicotomía monismo-dualismo* y sostienen que las consecuencias lógicas de ambas entran en conflicto con la forma en que los órganos y tribunales nacionales e internacionales se desempeñan. Así, recuerda que FITZMAURICE desafía la premisa común de monistas y dualistas de que el DI y el derecho nacional tienen un campo común de operación. Para este autor ellos no entran en conflicto porque como sistemas trabajan en esferas distintas y cada uno de ellos es supremo en su propio terreno; sin embargo, puede existir un conflicto de *obligaciones*, una incapacidad del Estado en el plano doméstico de actuar en la manera requerida por el DI; en esa hipótesis la consecuencia no sería la invalidez del derecho interno sino la responsabilidad del estado en el plano internacional. Posición que coincide con el criterio de FAYT en el caso “Espósito” antes citado. BROWNLIE recuerda asimismo que también ROUSSEAU había propuesto puntos de vista similares y caracterizado al DI como un derecho de coordinación, que no provee a una automática abrogación del derecho interno en conflicto con normas internacionales. Señala que éste y otros autores prefieren la práctica sobre la teoría y que es a esa práctica a la cual él presta atención para analizar la relación entre las obligaciones de los estados y el derecho local.

Considera que la ley en ese respecto está bien establecida: Un estado no puede oponer disposiciones o deficiencias de su derecho interno como respuesta a un reclamo en su contra por una supuesta ruptura de sus obligaciones bajo el DI y cita en apoyo de su aserto el arbitraje “*Alabama Claims*,” una consistente jurisprudencia de la CIJ y la Opinión Consultiva de este alto tribunal en el caso “*Greco-Bulgarian Communities*.”<sup>118</sup>

[...] Es un principio generalmente aceptado de DI que en las relaciones entre Potencias que son Partes contratantes de un tratado, las disposiciones de derecho local no pueden prevalecer sobre las del tratado.”

BROWNLIE postula también que *el mismo principio se aplica cuando entran en juego las disposiciones de una constitución* y recuerda que ya la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso “*Polish nationals in Danzig*” había dicho que un estado no puede aducir en contra de otro estado su propia constitución para evadir sus obligaciones bajo la ley internacional o los tratados en vigencia. No obstante, sostiene que si bien existe un deber general de poner el derecho local en conformidad con el DI, la omisión de hacerlo no constituye en sí misma una violación del DI, y que *ella ocurre solo cuando el Estado omite incumplir sus obligaciones en un caso concreto*.<sup>119</sup>

Específicamente en lo relativo a la recepción del DI en estados distintos al Reino Unido, este autor constata que “en la mayoría de los Estados la regla es que el Derecho Internacional debe ceder frente al derecho nacional” y que “una

<sup>118</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>119</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, p. 35.

importante consideración al respecto es el hecho de que el derecho consuetudinario internacional no provee guías precisas para su aplicación a nivel nacional.” Según su criterio, la cuestión a resolver es la de “crear una *relación que funcione* entre los dos sistemas dentro de la jurisdicción de cada Estado” y que a tal efecto debe producirse un “acomodamiento” entre ambos, más que el logro de una armonización formal o la “primacía” del DI.<sup>120</sup> Lo cual obviamente en nuestro sistema jurídico resulta más complejo, dada la diferente interpretación del principio de división de poderes que prima en el Reino Unido.

Con relación al conflicto entre monismo y dualismo, el autor destaca que son varios los países que adhieren al principio de que los tratados hechos de conformidad con la constitución son obligatorios para el Estado sin ningún acto específico de incorporación, pero que en dichos estados el principio a menudo se aplica con restricciones significativas y cita el caso de los EEUU, donde una ley federal posterior tiene precedencia sobre un tratado. Y reconoce que probablemente el principio más aceptado sea el que requiere una incorporación legislativa específica como condición de vigencia interna del DI.<sup>121</sup>

### 2.3.5. *Ni vencedores ni vencidos*

La conclusión general de BROWNLIE es que en la relación entre DI y nacional las construcciones teóricas han oscurecido las realidades y que si uno debe elegir entre las teorías consideradas anteriormente, posiblemente los puntos de vista de FITZMAURICE y ROUSSEAU sean los que más se acercan a la realidad: Cada sistema es superior en su propio terreno y ninguno tiene hegemonía sobre el otro.<sup>122</sup>

Para el autor tres factores operan en el tema. El primero es organizacional: ¿En qué medida están los órganos de los estados deseosos de aplicar reglas de DI interna y externamente? Esto deriva en las cuestiones de responsabilidad del estado, sanciones y no reconocimiento de actos ilegales. El segundo factor es la dificultad de probar la existencia de normas de DI, lo que obviamente no ocurre en materia convencional. En tercer lugar, sostiene que tanto los tribunales nacionales como los internacionales a menudo deberán ocuparse de las cuestiones más técnicas de cual es el sistema más *apropiado* para aplicar en los casos particulares que surjan. Y que esta cuestión enfatiza la *diferencia entre organización* (jurisdicción nacional o internacional) y el *carácter de las reglas de ambos sistemas como instrumentos flexibles* para entenderse con las disputas y regular asuntos no contenciosos. Así, un tribunal internacional puede encontrar necesario aplicar el derecho local mientras que cuerpos como la *United States Foreign Claims Settlement Commission*, que son nacionales en términos de organización y jurisdicción pueden encontrar apropiado y estar autorizados

<sup>120</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, p. 50.

<sup>121</sup> Ídem, *op. cit.*, p. 50.

<sup>122</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, p. 55.

para aplicar normas internacionales en gran escala. Y que *cuando un tribunal nacional aplica una regla de derecho internacional porque es apropiada, no tiene sentido preguntarse si la regla aplicada ha sido “transformada,”* excepto que la transformación venga impuesta por un proceso especial requerido por el derecho local como presupuesto para que ciertos órganos puedan aplicar reglas de derecho internacional.<sup>123</sup> Este último es el caso de la Argentina, lo cual se erige en un obstáculo a la tesis de la supremacía, por imperio de los arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, me parece que a la luz de las teorías expuestas la cuestión resulta en que no hay vencedores ni vencidos. En primer lugar, por el principio general de la buena fe en las relaciones internacionales, que debe gobernar la forma en que cada país se desenvuelve en la comunidad internacional organizada y se concreta en el imperativo de que el Estado actúe en consecuencia con las obligaciones que asume —o que le son impuestas— en virtud de su pertenencia a dicha comunidad o a un espacio comunitario específico. Por imperio de este principio, la exigencia del art. 27 de la CN de correspondencia de los tratados internacionales con el orden público nacional, debe ser satisfecha en el momento de la aprobación del convenio y una vez aprobado, ese segmento del “orden público internacional” al menos pasa, como señala GORDILLO en su hipótesis de mínima, a constituir no solamente derecho supranacional sino *también* y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas.

También operaría en contra del sostenimiento de la supremacía del DI la posición que postula que los constituyentes comprobaron al incluir los tratados de DDHH en la CN que ellos no se oponen a su primera parte, como lo dijo la CSJN en Chocobar y otros fallos. Obviamente, si se lo mira desde el derecho local, ello equivale a negar la supremacía del DI sobre la CN. Este razonamiento resulta aun más pertinente con relación a los demás tratados, que según el texto constitucional resultan infra constitucionales en virtud de la jerarquía normativa que consagra el art. 31 de la CN. En este punto, si analizamos la primera parte de la tesis de FITZMAURICE antes expuesta de que el DI y el derecho nacional no entran en conflicto porque como sistemas trabajan en esferas distintas y que cada uno de ellos es supremo en su propio terreno, podemos concluir que el corolario de dicho postulado es que no resultaría aceptable para quienes postulan la primacía del DI que el fundamento en contrario provenga justamente de un texto constitucional, por aplicación del principio de que una norma superior no puede encontrar fundamento en una inferior. Y el mismo razonamiento es válido a la inversa: Quienes sostienen la primacía de la Constitución no encontrarán admisible una argumentación que ponga el fundamento de la supremacía del DI en normas o principios internacionales que ellos consideran a su vez subordinados

<sup>123</sup> BROWNLIE, *op. cit.*, p. 56.

a principios que definen un “orden público nacional.” Vemos así que mientras la CSJN sólo acepta el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH, la CIJ de la Haya tiene establecido que el derecho interno, incluidas las constituciones, tienen en el proceso ante ella el valor de un mero hecho.

### 2.3.6. *Los principios de buena fe y legalidad como fundamento de la responsabilidad*

Una consecuencia del postulado de FITZMAURICE, que coincide con la postura de FAYT, es que del conflicto entre normas internacionales y nacionales puede surgir un conflicto de *obligaciones*, una incapacidad del Estado en el plano doméstico de actuar en la manera requerida por el DI, en cuya hipótesis la consecuencia no sería la invalidez del derecho interno sino la responsabilidad del estado en el plano internacional. Mi pregunta es ¿Y cuál sería la fuente de las obligaciones de las que se deriva la responsabilidad internacional? La respuesta nos regresa al primer casillero.

Que el DI y el derecho nacional como sistemas trabajan en esferas distintas y cada uno de ellos es supremo en su propio terreno se advierte por ejemplo en el sistema de la ONU: Cabe citar al respecto que el Consejo de Derechos Humanos que reemplaza a la Comisión puede decidir en casos individuales aun sin el consentimiento del país miembro y sin que se haya agotado la vía interna. Tal el caso del llamado “Procedimiento 1235,” que si bien fue concebido para al análisis de situaciones y no de casos particulares, “se amplió considerablemente en las últimas décadas a través de la instauración de mecanismos de «acción urgente.»”<sup>124</sup>

En virtud de lo anteriormente expuesto, parecería hasta aquí que la solución más práctica parecería ser la de BROWNLIE, que coincide sino con la hipótesis de máxima de GORDILLO, al menos con su segunda hipótesis. Se trata de tomar como operativo todo el derecho internacional del cual el país es parte, los principios del derecho de gentes y las restantes fuentes internacionales y nacionales y argumentar en cada caso acerca del mérito legal de la pretensión y fundamentar en función de los hechos y a la luz de la valoración del conjunto de principios *por qué la decisión es la más apropiada*.

Con el objeto de poner a prueba esa afirmación se me ocurre el siguiente caso: El presidente de la Nación cuenta con la atribución de declarar la guerra que le confiere el art. 99 inciso 15 de la Constitución Nacional. Para ello requiere la autorización y aprobación del Congreso de la Nación. Por otra parte la Argentina es miembro de la ONU, cuya Carta consagra entre los propósitos y principios de la organización, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. (Art.1º inc. 1.) El artículo 2º de la Carta establece entre los medios para realizar sus propósitos y principios el cumplimiento de buena fe de las obligaciones

<sup>124</sup> BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2008, 2ª ed.

contraídas por sus Miembros de conformidad con la Carta (inciso 2) y el arreglo pacífico de controversias o renuncia a la autotutela. (inciso 3.) Dedicar el cap. VI a los mecanismos de arreglo pacífico de controversias, y el cap. VII a la acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. Dentro de este último cap., el artículo 41 establece que el Consejo de Seguridad podrá decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza para hacer efectivas sus decisiones, y el artículo 42 dispone que si esas medidas resultaran inadecuadas, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales y terrestres, la acción que sea necesaria para restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Supongamos también que un presidente de nuestro país solicita autorización al Congreso para declarar la guerra a un país vecino y le es concedida por ley. ¿Podríamos oponer la Constitución y esa ley para bloquear una eventual intervención armada de restablecimiento de paz de la ONU al amparo del cap. VII de la Carta? ¿Esa ley que aprueba la declaración de guerra, al entrar en conflicto con la Carta de la ONU, no plantea una cuestión federal? ¿Si la ONU interviene, se trata de una intervención de hecho o con amparo legal? ¿Si hay responsabilidad de la Argentina, ella de donde surge? O dicho en otras palabras: ¿La intervención surge de la responsabilidad o del quiebre de la legalidad? ¿Rige la Carta de las Naciones Unidas en nuestro país? ¿En el caso concreto, qué legislación piensa el lector que terminará *primando, la ley que autoriza la declaración de guerra o la Carta de las Naciones Unidas?*

En virtud de todo lo expuesto, más allá de la forma en que se incorpore la norma a nuestro ordenamiento y de las referencias a una jerarquía normativa rígida, opino parafraseando a GORDILLO cuando cita a LORD DENNING, que todo *depende del asunto*, que los convenios internacionales aprobados por el país según el proceso establecido en la Constitución resultan plenamente operativos, y en la resolución de muchos casos, como el anterior, la primacía del DI no puede ser contestada. Me parece que la cita es pertinente porque este último autor la formula para explicar decisiones judiciales aparentemente contradictorias y fundadas en los mismos principios de derecho natural. Por eso, adhiero plenamente a la tesis de nuestro profesor de que la única interpretación posible es la finalista y en función de los hechos del caso.

También en virtud de lo anterior me parece que resulta desmentido por la realidad el postulado de FAYT de que “frente a la evidente desigualdad internacional los órdenes constitucionales se erigen como normas infranqueables.” Por el contrario, parece más bien que cada vez más suelen ser superados por la marea a la que alude LORD DENNING.

Podrá argumentarse, claro está, que los tratados internacionales y la pertenencia a organismos internacionales pueden ser denunciados bajo ciertos plazos y condiciones y que ese proceso está gobernado por la Constitución. A eso debemos oponer, en primer lugar, que para la Corte Internacional de Justicia el derecho

local de los países, incluidas sus constituciones, se considera como hecho y no como derecho, lo cual guarda lógica coherencia con el art. 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados antes citada. Además, el argumento de que los tratados pueden ser denunciados no puede eludir la consideración de las consecuencias que se derivan en tanto mantengan su vigencia. La primera es el imperio de los principios de legalidad y buena fe en las relaciones internacionales y la completa operatividad de este derecho. De esa legalidad, y en virtud de ese principio de la buena fe en las relaciones internacionales, surgen las demás, entre ellas la responsabilidad internacional, que si llega a ser determinada es porque pudo legalmente serlo y porque el país está legalmente obligado a reparar. No importa si le toca al ejecutivo o al legislativo hacerse cargo, y no a la justicia, argumento que utilizan quienes suscriben la tesis de la responsabilidad. Los tres son órganos de un solo Estado y si a éste se le determina responsabilidad *es porque surge de algún ordenamiento que logra prevalecer o primar en el caso*, dado que esos órganos no tienen atribuciones para actuar fuera de la legalidad, y en ésta incluimos a los principios, al derecho de gentes, al DI y al derecho local.

En suma, la responsabilidad internacional no puede sino surgir del quiebre de una obligación internacional o de la atribución de una conducta ilegal al Estado. Una precondition para ello es la existencia de una norma aplicable a dicho Estado, (principio de legalidad) norma que debe ser aplicada de buena fe. La cuestión se complica por la trasferencia de competencias y atribuciones a los organismos internacionales, como se ve claramente por ejemplo en el funcionamiento del Consejo de Seguridad de la ONU.<sup>125</sup>

Por último, la posición de la ex presidenta de la Corte Internacional de Justicia que antes reseñé, deja en claro que en materia internacional no puede desconocerse el peso del poder, que influye en el proceso colectivo de toma de decisiones y fuerza consensos e instrumentos de DI cuya ruptura, como bien señala GELLI,<sup>126</sup> genera problemas que exceden lo jurídico.

### 3. Balance de aprendizaje: El Método y la enseñanza en CARL ROGERS

#### 3.1. Planteo de la cuestión

La Carrera de Especialización de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de cuya reconocida excelencia da testimonio el haber sido acreditada y categorizada "A" (Excelente) por la CONEAU, atrae profesionales del derecho que actúan en muy

<sup>125</sup> Si bien dedicada específicamente a la responsabilidad de los organismos internacionales con relación a terceros, razonamientos análogos pueden encontrarse en HIRSCH, MOSHE, *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

<sup>126</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 708.

diversos ámbitos y en algunos casos de manera simultánea: Ejercicio libre de la profesión, administración pública, justicia, ministerio público, defensorías, órganos de control, entes reguladores, empresas prestadoras de servicios públicos, organismos no gubernamentales, organismos internacionales, investigación, docencia, etc.

Sin duda deben ser variadas las expectativas que el cursante trae a la hora de inscribirse: Obtener conocimiento práctico de aplicación laboral inmediata, profundizar conocimientos para la investigación o la docencia, actualizarse, sumar antecedentes etc. Todas ellas se corresponden con los distintos roles que les toca ejercer a los abogados a que alude GORDILLO en el cap. I de su obra *El método en derecho*,<sup>127</sup> a los que más allá de su diversidad asigna una nota común: Nos dice el profesor: “[...] siempre lo principal de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, casos o problemas concretos.”<sup>128</sup> De modo que, más allá de las distintas motivaciones e intereses individuales, entre dichas expectativas tal vez se encuentre también la de incorporar la capacidad de caracterizar, analizar y resolver problemas jurídicos.

Y para ello resulta de ayuda intentar avanzar en la construcción de un pensamiento jurídico propio, motivo por el cual no podemos descartar a éste como uno de nuestros objetivos de aprendizaje. La importancia de esto la podemos ver en GUIBOURG<sup>129</sup> quien postula que el hecho de que los abogados litigantes, llevados por su deber profesional, puedan sostener o proponer a menudo, respecto de cada controversia, la interpretación que más favorece en el caso<sup>130</sup> los intereses de su cliente, no releva de la responsabilidad de cada uno de conocer su propio sistema de pensamiento<sup>131</sup> y revisar permanentemente su consistencia mediante la introspección y el análisis, ya que la renuncia a ese conocimiento nos deja inermes no sólo en la argumentación y el debate frente a terceros —jueces, abogados, amigos, vecinos— sino especialmente con relación a nuestros impulsos momentáneos.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho, aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 2001, 4ª reimpression, p. 23 y ss.

<sup>128</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho...*, op. cit., p. 23.

<sup>129</sup> Ver GUIBOURG, RICARDO, *La construcción del pensamiento: Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2006 1ª reimpression.

<sup>130</sup> Ya hemos señalado que para CARRIÓ, “[...] con la palabra caso se hace referencia a un problema práctico [...] una persona C (el cliente), que se encuentra en las circunstancias H (conjunto de hechos), desea obtener un resultado R (un cierto estado de cosas.)” Según este autor, la labor de los abogados “[...] consiste en usar ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación inicial dada.” CARRIÓ, GENARO R. *Cómo estudiar y argumentar un caso*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003, 2ª ed., p. 25. En esta definición subyace la lógica de definición de problemas que está en la base del método científico.

<sup>131</sup> GUIBOURG, RICARDO, *Provocaciones en torno al derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2002, 1ª ed., p. 12 y ss.

<sup>132</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” en *Res Publica Argentina*, 2009-1, p. 72. Se refiere allí al “[v]iejo dilema acerca de si el cerebro mantiene y en qué medida, rasgos de razonamiento proveniente de la época de los anfibios y reptiles (poder, territorio, jerarquía, agresión, ira, etc.), de la época de los mamíferos (afecto, solidaridad, amor, desprendimiento, etc.)

Esto es importante porque en general las soluciones a las situaciones y problemas nos surgen en general como primer impulso, intuición o sensación. Como enseña GORDILLO y se confirma en la experiencia de CARL ROGERS, como veremos más adelante.

¿Y cómo construimos nuestro pensamiento? En primer lugar a través de la autoevaluación permanente, que nos permite mantener en revisión y actualización nuestro propio edificio intelectual,<sup>133</sup> sobre todo tratando de establecer las distintas vinculaciones entre las ideas que le sirven como fundamentos, límites y presupuestos. Ejemplos de algunas preguntas básicas que a juicio de GUIBOURG deberíamos hacernos son: A qué llamamos *realidad*, qué entendemos por *verdad*, qué contenido asignamos a las palabras éticas como “bien,” “justicia” o “mérito.” Lo que nos advierte este autor es que si no resolvemos esto, nuestros juicios de valor no serán otra cosa que meras expresiones de preferencias.<sup>134</sup> Pero además, GUIBOURG nos recuerda la importancia de decidir *qué método* propugnamos o aceptamos para aprehender la realidad que previamente hayamos definido como tal y advierte también que si omitimos ese recaudo, cualquier idea de ciencia o de conocimiento quedará relegada al terreno de la pura retórica.

Trasladando la cuestión desde la filosofía del derecho al ámbito de nuestra disciplina, y para decirlo con las palabras de AGUSTÍN GORDILLO “[N]o es conducente adentrarse a estudiar la teoría y el régimen de la actividad administrativa sin [...] una previa explicación de al menos algunos de los elementos de la metodología del conocimiento<sup>135</sup> y de teoría general del derecho.”<sup>136</sup> De manera coincidente con la advertencia de GUIBOURG acerca de las consecuencias de la falta de método, GORDILLO señala que “[...] 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.”<sup>137</sup> Sostiene además que la falta de metodología y filosofía lleva a graves contradicciones, a inventar falsos problemas de lenguaje y que “[...] en ningún tema de derecho es tan fundamental aclarar estos principios de metodología de la ciencia como en el derecho

y del último medio millón de años que dio lugar al nacimiento del córtex. Cómo se vinculan unos y otros es ciertamente un problema no resuelto [...]”

<sup>133</sup> ATIENZA, MANUEL, “Entrevista a Ricardo Guibourg,” *Doxa*, Portal de filosofía del derecho, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/80259953008916940700080/015809.pdf?incr=1>.

<sup>134</sup> Para CARRIÓ la labor de los abogados “[...] consiste en usar ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación inicial dada.” CARRIÓ, GENARO R. *Cómo estudiar y argumentar un caso*, op. cit., p. 25. En esta definición subyace la lógica de definición de problemas que está en la base del método científico.

<sup>135</sup> En este punto me parece útil recordar la noción de paradigma de KUHN y su concepción de que el conocimiento sólo avanza a partir de rupturas, de revoluciones, de la sustitución de una red de conocimientos por otra más adecuada, esto es, con mayor fuerza explicativa o mayor capacidad predictiva. CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 109.

<sup>136</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, op. cit., p. I-1.

<sup>137</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 1, op. cit., pp. I.1-I.2.

administrativo, pues [...] pesa demasiado el problema político-arquitectónico y coyuntural del poder y la autoridad frente a la libertad.”<sup>138</sup>

En definitiva, GORDILLO pone énfasis en la enseñanza en algo a mi criterio fundamental y es que el derecho es una ciencia de problemas. Esto parece importante que los cursantes lo descubramos al principio de la carrera y no recién al momento de enfrentarnos con la tesina. Con cita de GARCÍA DE ENTERRÍA nos recuerda que “[...] la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una Ciencia de problemas singulares y concretos.”<sup>139</sup> Y nos introduce en el refutaciónismo de KARL POPPER, su concepción hipotética o conjetural de la ciencia y su postulado de que “la ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas.”<sup>140</sup> Para concretar, pienso que el modelo, enfoque o metodología de resolución de problemas representa un conocimiento esencial para los cursantes de la especialización, que adquirimos en la materia “El método en Derecho Administrativo” cuyo titular es el Dr. GORDILLO y que tan importante como ese conocimiento es “el método con que se enseña el método.” A esta última cuestión dedico el presente trabajo.

Recordemos que para POPPER<sup>141</sup> el rasgo distintivo de la ciencia es la aplicación del *método crítico*, que es “no dogmático” y presupone un lenguaje humano descriptivo en el cual pueden tomar forma *argumentos* críticos. Y que posiblemente *eso presupone inclusive escribir*, dado que es de la esencia del método crítico que nuestras soluciones intentadas, o teorías, y nuestras hipótesis, puedan ser formuladas y objetivamente *presentadas en lenguaje*, de manera que puedan transformarse en *objetos de investigación crítica consciente*. Lo destaco porque a

<sup>138</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, p. I-2.

<sup>139</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, p. I-2.

<sup>140</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, pp. I-9 y I-10.

<sup>141</sup> Ver POPPER, KARL, *All life is problem solving*, Routledge, London and New York, 1999, p. 3 y ss. Para el autor las ciencias naturales y también las sociales siempre empiezan a partir de problemas. Para resolver esos problemas, la ciencia usa fundamentalmente el método de prueba y error. El filósofo de la ciencia austríaco presenta un modelo de aprendizaje por prueba y error consistente en tres etapas: (1) El problema; (2) las soluciones intentadas; y (3) la eliminación. Y sostiene que el mismo es aplicable a la lógica o metodología de la ciencia, de la siguiente manera: (1) El punto de partida es siempre un problema o una situación problemática; (2) luego siguen las soluciones intentadas. Estas siempre consisten en teorías, y esta teorías, siendo experimentos, son muy a menudo equivocadas: Son y siempre serán hipótesis y conjeturas; (3) en la ciencia aprendemos eliminando nuestros errores, al eliminar nuestras falsas teorías. La tesis de POPPER es que cada nuevo desarrollo científico puede ser entendido solamente de esta forma, es decir, que su punto de partida es un problema o una situación problemática. Resulta extremadamente ilustrativo el ejemplo utilizado por POPPER para demostrar lo anterior: “Si le solicitara a usted «por favor, observe», el uso lingüístico requeriría que usted me respondiera preguntándome: «Sí, pero ¿qué? ¿Qué se supone que deba observar?» En otras palabras, usted me solicita a mí que le establezca un problema que pueda ser solucionado a través de la observación; y si no le doy un problema, pero sólo un objeto, esto es algo, pero de ninguna manera suficiente.”

ello, precisamente, nos conducen los contenidos de la materia y la forma en que el profesor GORDILLO encara su enseñanza en su obra y en el aula, esta última centrada en la elaboración, crítica y discusión de trabajos escritos. Vemos por ejemplo y con relación a este punto cómo aflora la inclinación “popperina” de nuestro Profesor, cuando afirma que “[...] lo que registra finalmente la historia del Derecho, aquello de lo que queda constancia para la *sucesiva construcción*, es lo que se ha vertido por escrito,” que el “[...] trabajo escrito es también el elemento objetivo con el cual poder juzgar desapasionadamente la labor profesional [...]”<sup>142</sup> que la solución creativa a los problemas “generalmente ha de expresarse al mundo por escrito” y por fin cuando explica en su obra *El Método...* “[...] cómo se produce el *acto creativo* dentro de las *etapas de la creación científica*, y cuáles son los medios por los cuales se puede fomentar la propia capacidad creativa, aplicados desde luego al ámbito jurídico.”<sup>143</sup>

Días pasados estaba releendo la obra de STEPHEN HAWKING *A briefer history of time*,<sup>144</sup> en que aborda de manera accesible al lego algunas de las cuestiones más difíciles de la física moderna, relacionadas con lo que realmente se sabe acerca del universo y con *cómo se sabe*. Al leer el cap. 3, titulado *The Nature of a Scientific Theory* recordé las clases de la materia. Allí, HAWKING se refiere a KARL POPPER y su énfasis en el refutacionismo o falsacionismo y subraya aspectos que vimos en clase y también en la obra de GORDILLO, por ejemplo que una buena teoría científica se caracteriza por realizar una serie de predicciones que pueden en principio ser refutadas. Pensé entonces que los contenidos de la materia nos aproximan al universo de la ciencia y del método científico, que no para todos los cursantes es conocido. Además recordé una observación que me formuló la Dra. REIRIZ en el coloquio de admisión a la especialización. Me preguntó lo que había leído para el coloquio. Yo respondí que los tomos I y II del *Derecho Administrativo* de CASSAGNE, *El Contrato Administrativo* del mismo autor y los tomos III y IV del *Tratado de Derecho Administrativo* de GORDILLO.

La observación de la Dra. REIRIZ, de la que tomé debida nota, era que la lectura de la obra del último autor la había encarado *al revés*. Evidentemente resultaba coherente con su decisión de haber incluido la materia *al principio* de la especialización

Lo que sigue a continuación es una síntesis de mi experiencia a partir de un hecho anecdótico ocurrido como cursante de la materia en 2008, que analizo con base en la experiencia de aula de CARL ROGERS, que se halla expuesta en una obra que integra la bibliografía obligatoria de la materia y cito más adelante. Para el lector poco interesado en invertir más de su tiempo en anécdotas y experiencias personales ajenas, adelanto que ellas me llevan a concluir que *la ubicación de*

<sup>142</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho...*, *op. cit.*, p. 24. La bastardilla me pertenece.

<sup>143</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho...*, *op. cit.*, p. 25. Bastardilla en el original.

<sup>144</sup> HAWKING STEPHEN Y MLODINOW LEONARD, *A briefer history of time*, New York, Bantam Dell, 2008, Bantam trade paperback edition.

*la materia “El método...” en el primer módulo de la especialización, resulta insustituible porque permite un acercamiento imprescindible al método científico y al enfoque de resolución de problemas.*

### 3.2. Una anécdota educativa

La actividad de la materia “El método en Derecho Administrativo” del viernes 23 de mayo de 2008 transcurría de manera distendida, dedicada al comentario por parte del Dr. DIEGO ALBERTO SARCIAT de los trabajos recibidos esa semana, hasta que se generó un intercambio no exento de cierta tensión, a partir de un conjunto de apreciaciones y preguntas formuladas por un condiscípulo, acerca del rumbo a seguir para el estudio de la materia y la presentación de los trabajos. El Dr. GORDILLO, que se encontraba siguiendo el desarrollo del diálogo desde una fila de sillas alineadas contra la pared lateral derecha del aula, dejó fluir el intercambio con una mirada muy atenta y en un momento determinado se puso de pie e intervino. Una de las cuestiones individualizadas por nuestro colega era que no tenía claro cómo elegir el tema para la realización de los trabajos.<sup>145</sup> El Dr. GORDILLO recordó lo explicado en la primera clase, en el sentido de que debía surgir de la reflexión e identificación de ideas o problemas a partir de las lecturas y, a continuación, le preguntó si había leído algo de la bibliografía, obteniendo una respuesta afirmativa. Seguidamente le preguntó si había leído el “fallo de las etiquetas,” obteniendo otra respuesta afirmativa. Lamentablemente, la tercera fue la vencida: Preguntado acerca de cual era la enseñanza que para él se derivaba del fallo, la respuesta denotaba desconocimiento. El consiguiente recordatorio —para todos— fue que si no leíamos no íbamos a poder identificar cuestiones de interés y que había, entonces, que dejarse llevar por las lecturas, reflexionar y cuando apareciese una idea, escribirla “en bruto” y empezar a desarrollarla, en sucesivos pulimentos. Luego de lo cual expeditivamente puso fin a la cuestión, reiterando las directivas oportunamente impartidas y puso a

<sup>145</sup> Más adelante descubrí que la situación representaba un caso contemplado en la bibliografía de la materia. Lo explica GORDILLO, AGUSTÍN en *El método en derecho, op. cit.*, p. 242: “«Sin ansiedad no se aprende, y con mucha tampoco» «lo desconocido es peligroso» (persecutorio)” [...] “Estas dos frases de BLEGER compendian a nuestro juicio adecuadamente la reacción posible del estudiante ante métodos que le resultan novedosos; aunque intelectualmente comprenda y acepte que son preferibles a los métodos tradicionales, no obstante le provocan una ansiedad que puede desbordar si no se dosifica prudentemente el grado de complejidad de los problemas. Las tareas que resultan nuevas o desconocidas pueden ser percibidas como persecutorias, y si tomamos en cuenta que el argentino, como decía ORTEGA Y GASSET, suele ser un «hombre a la defensiva,» fácil es concluir que el alumnado puede llegar a percibir como una agresión o una persecución de parte del docente, su intento de enseñarle mejor. Ello explica a veces reacciones de agresividad que algún alumno o alumnos tienen a veces contra profesores o ex profesores, fruto de haberse sentido agredidos o perseguidos por éstos en la realización de tareas de aprendizaje. [...] “De allí que sea indispensable tener especial cuidado en la explicitación a los educandos, desde el comienzo de cada curso, de cuáles son los objetivos que el docente quiere conseguir, como así también en el seguimiento y evaluación constante de la recepción que los alumnos tienen de sus actividades de enseñanza.”

la clase a trabajar en grupos, mientras laboriosamente escribía con tiza, en el pizarrón, un enorme cuadro en donde ordenó esquemáticamente las lecturas que nos habían sido mandadas, clasificándolas en lecturas de cultura general y lecturas sine qua non, cuadro que luego explicó.

¿Por qué traigo esto a colación?

### 3.3. *El método de enseñanza de la materia “El Método en Derecho Administrativo” visto desde la experiencia de enseñanza y aprendizaje de CARL ROGERS*

Fue en esa ocasión cuando me terminé de quedar claro que el estudio de la materia tenía mucho de auto aprendizaje —tutelado y participativo, por cierto—, y que promovía, a partir de un marco teórico y metodológico dado, la práctica temprana de la investigación, que se concretaba en la elaboración de trabajos prácticos sobre temáticas de libre elección que a mi juicio *no representan otra cosa que los objetos de investigación crítica consciente de POPPER y las soluciones creativas a problemas expresadas por escrito dentro de un proceso de creación científica de GORDILLO antes aludidos*: Una nota a fallo, un artículo, una reflexión sobre un tema, etc. todo lo cual se enriquecía con el debate en clase de los trabajos. El atractivo y utilidad del método lo fui descubriendo con la práctica, pero confieso que como todo desafío al principio me generó cierta ansiedad, pero con la decisión tomada de seguir las reglas del juego, porque las había aceptado al inscribirme en la materia y además porque intuitivamente el desafío me parecía interesante.

Más adelante, encontré en la bibliografía que nos fue dada, algunos elementos que me resultaron sumamente esclarecedores con relación al método de enseñanza-aprendizaje de la materia. Concretamente, me refiero a la obra de CARL ROGERS *On becoming a person*.<sup>146</sup>

El cap. 1 de la obra citada combina dos charlas del autor. La primera en la Universidad de Brandeis, destinada no a presentar sus ideas como psicoterapeuta, sino a presentarse a sí mismo, es decir, a explicar cómo llegó a pensar lo que pensaba y ser la persona que era. La segunda charla tuvo lugar a solicitud del Student Union Forum Committe at Wisconsin y allí el autor confiesa que en esa oportunidad transmitió de manera más completa los aprendizajes personales o temas filosóficos que llegaron a resultar significativos para él. De ambas charlas sacó como conclusión la avidez que en general tienen las personas de saber algo acerca de la persona que les habla o les enseña. Por eso decidió presentarse a sí mismo en el primer cap. de su libro, de manera de transmitir al lector algo sobre su persona y permitirle así contextualizar y aprehender mejor el significado de las ideas que expone en los caps. siguientes.

<sup>146</sup>ROGERS, CARL R., *On Becoming a Person, a Therapist's View of Psychotherapy*, Introduction by Peter D. Kramer, M.D., Boston, New York, Houghton Mifflin Company, 1961, Introduction copyright 1995 by PETER D. KRAMER.

En primer lugar se pregunta ¿Quién soy yo? Y responde que es un psicólogo con interés primario en la sicoterapia. En segundo lugar se pregunta ¿Y esto que significa? Y explica que el libro se refiere a él en la relación con su paciente y su rol en el nacimiento de una nueva persona, a fin de dar una idea de lo que hace y cómo percibe eso que hace. A continuación describe sus primeros años, que transcurrieron en el seno de una familia unida y en una atmósfera estricta, religiosa y ética, con poca vida social y mucho trabajo. Y que a los doce años sus padres compraron una granja para sustraerlo de las tentaciones de la vida suburbana y fue en esa vida rural donde desarrolló dos intereses, que según él tuvieron impacto en sus posteriores trabajos. En primer lugar, capturaba y mantenía en observación insectos, *lo que le transmitió las alegrías y frustraciones del científico que observa la naturaleza*. En segundo lugar, se transformó en un estudiante de lo que denomina agricultura científica, lo que le brindó un acercamiento a la ciencia y a las dificultades que presenta corroborar una hipótesis, *así como también incorporar el conocimiento y respeto por los métodos de la ciencia en un campo de aplicación práctica*.<sup>147</sup>

Luego relata su educación en Wisconsin, que comenzó en el campo de la agricultura para virar luego a la religión. Con relación a la segunda, llegó al convencimiento de que es aceptable que la gente honesta pueda creer en doctrinas religiosas muy divergentes entre sí, convencimiento que lo emancipó del pensamiento religioso de sus padres e introdujo cierta tensión a su relación con ellos, pero que, en definitiva, lo convirtió en una persona independiente.

Luego se casó y estudió teología en el Union Theological Seminary. Y relata que es en ese lugar donde vivió una experiencia formativa: Integró un grupo de estudiantes que solicitó a las autoridades educativas que una de las materias o seminarios que se dictaban no tuviese instructor y la curricula se dedicara a uno o dos temas, *con el objetivo de explorar las propias dudas y preguntas de los seminaristas y descubrir adonde éstas los llevaban*.

Más adelante el autor presenta la provocadora síntesis que él elaboró en abril de 1952<sup>148</sup> para un auditorio de educadores de la Universidad de Harvard, acerca de los aspectos significativos de su experiencia de “aula” y la que recogió como terapeuta individual y de grupo, en materia de enseñanza y aprendizaje, que tradujo como sigue (todo énfasis en el original):

a) *“Mi experiencia ha sido que no le puedo enseñar a otro como enseñar. Intentarlo es para mí, en el largo plazo, fútil.”*<sup>149</sup>

b) *“Me parece que cualquier cosa que pueda ser enseñada a otro es relativamente intrascendente, y tiene poca o ninguna influencia en el comportamiento.”*<sup>150</sup>

<sup>147</sup> La bastardilla me pertenece.

<sup>148</sup> ROGERS, CARL R. *op. cit.*, pp. 276-278.

<sup>149</sup> ROGERS, *op. cit.*, p. 276.

<sup>150</sup> Ídem.

c) “*Me doy cuenta cada vez más de que estoy interesado solamente en aprendizajes que influyeran significativamente el comportamiento. Muy posiblemente esto sea simplemente una idiosincrasia personal.*”<sup>151</sup>

d) “*He llegado al convencimiento de que el único aprendizaje que influye significativamente el comportamiento es el aprendizaje auto descubierto, auto apropiado.*”<sup>152</sup>

e) “*Ese aprendizaje auto descubierto —verdad que ha sido personalmente aprehendida y asimilada en la experiencia— no puede ser directamente comunicado a otro. Tan pronto como un individuo trata de comunicar tal experiencia directamente, a menudo con natural entusiasmo, se convierte en enseñanza, y sus resultados son intrascendentes. Fue un alivio descubrir recientemente que SOREN KIERKEGAARD, el filósofo Danés, también ha descubierto esto, en su propia experiencia, y lo expuso muy claramente un siglo atrás. Lo hace parecer menos absurdo.*”<sup>153</sup>

f) “*Como consecuencia de lo anterior, me doy cuenta que he perdido interés en ser un maestro.*”<sup>154</sup>

g) “*Cuando intento enseñar, como lo hago a veces, me consternan los resultados, que parecen un poco más que intrascendentes, porque a veces la enseñanza parece tener éxito. Cuando esto ocurre, encuentro que los resultados son perjudiciales. Parecen causar que el individuo desconfíe de su propia experiencia y ahogan el aprendizaje efectivo. De ahí que he llegado a experimentar que los resultados de la enseñanza son poco importantes o dañinos.*”<sup>155</sup>

h) “*Al mirar hacia atrás los resultados de mi enseñanza pasada, los resultados reales parecen lo mismo: O se produjo daño, o no se hizo nada significativo. Esto es francamente inquietante.*”<sup>156</sup>

i) “*Como consecuencia, me doy cuenta de que estoy solamente interesado en aprender, preferiblemente aprendiendo cosas que importen, que tengan alguna influencia significativa en mi propio comportamiento.*”<sup>157</sup>

j) “*Encuentro muy gratificante aprender, en grupos, en relaciones con otra persona como en terapia, o por mi cuenta.*”<sup>158</sup>

k) “*Encuentro que una de las mejores, pero más difíciles maneras para mí de aprender es desprenderme de mis propios reparos, al menos temporariamente, e in-*

<sup>151</sup> Ídem.

<sup>152</sup> Ídem.

<sup>153</sup> Ídem.

<sup>154</sup> Ídem.

<sup>155</sup> Ídem.

<sup>156</sup> Ídem.

<sup>157</sup> Ídem.

<sup>158</sup> Ídem.

*tentar entender la manera en que otra persona ve y siente su propia experiencia.*"<sup>159</sup>

l) *"Encuentro que otra forma de aprender para mí es estipular mis propias incertidumbres, tratar de clarificar mis interrogantes, y así acercarme más al significado que mi experiencia realmente parece tener."*<sup>160</sup>

m) *"Este completo orden de experiencias, y los significados que hasta ahora encontré en él, parecen haberme embarcado en un proceso que es a veces fascinante y a veces un poco atemorizador. Parece significar dejarme llevar por la experiencia, en una dirección que parece hacia delante, hacia metas que no puedo sino apenas definir, mientras intento entender al menos el significado actual de esa experiencia. La sensación es la de flotar en un complejo arroyo de experiencia, con la fascinante posibilidad de tratar de entender su cambiante complejidad."*

Al aplicar las conclusiones de ROGERS sobre su experiencia de enseñanza aprendizaje a la mía propia, observé que "el método con que se enseña el método" cumple con varias de las condiciones de excelencia que el autor postula. Así, puedo afirmar que mi experiencia con la materia me permitió incorporar un conocimiento que de hecho ha tenido una influencia significativa en mi comportamiento. (Literal c.) En efecto, pude arribar a la convicción de que la clave de la labor de un operador del derecho y su habilidad principal es la capacidad de definir problemas y elegir las alternativas para resolverlos, más allá del derecho positivo, a partir de un conjunto de valores y principios reconocidos como propios y sin pretensión de verdad absoluta. Estos problemas no se reducen al caso; también pueden ser problemas sociales, cuestiones políticas etc. Y que se trata de un esfuerzo interdisciplinario. Y que como todo lo expresaremos a través del lenguaje y los argumentos, es necesario cultivar estos aspectos.

En segundo lugar, mi experiencia con el auto aprendizaje tutelado y participativo me permite concluir en la corrección del postulado de ROGERS de que el único aprendizaje que influencia significativamente el comportamiento es el aprendizaje auto descubierto o auto apropiado. (Literal d.) Y, en tercer lugar, también creo que la posibilidad de seleccionar entre las propias ideas los temas de los trabajos escritos permite al alumno estipular su propias incertidumbres, tratar de clarificar sus interrogantes (literal l) y por sobre todo, con la crítica y comentarios a los trabajos por parte de profesores y colegas y su discusión en clase, vencer el temor a ser refutado y tratar de despojarse de los propios preconceptos para entender mejor los argumentos de los demás. (Literal k.)

A esas conclusiones se llega con facilidad, a poco de reflexionar que lo que hacemos con estas lecturas y trabajos es, a través del auto aprendizaje motivado y dirigido, tratar de incorporar a nuestro desempeño una herramienta para "saber ver" la realidad; para intentar aprehender los retazos de ella que nos

<sup>159</sup> ROGERS, *op. cit.*, pp. 276-277.

<sup>160</sup> ROGERS, *op. cit.*, p. 277.

parecen relevantes y procesarlos sistemáticamente, a partir de la formulación de una idea, agotando el marco teórico asequible y teniendo en cuenta la opinión de otros, hasta el límite de las posibilidades del tiempo y esfuerzo que podamos dedicar a una investigación o la resolución de un caso o problema, siempre con la humildad de no creer que tenemos la verdad, pero tratando de que el producto final esté trabajado, sea plausible, no contenga errores imperdonables y le sea, por sobre todo, útil al lector o destinatario

En definitiva, creo haber incorporado a mi modesto bagaje profesional una herramienta de trabajo esencial. Además, cuento ahora con una biblioteca mejor y más útil.

### 3.4. *Conclusión*

Nada mejor para concluir que comenzar por las propias palabras de GORDILLO: “Para hacer una nota a fallo, un artículo de doctrina, una tesis, un tratado, el camino es siempre el mismo”<sup>161</sup> o como acertadamente señala en otra de sus obras, el método también resulta imprescindible para poder encarar “tratativas privadas, gestiones administrativas, litigios, sentencias, decisiones administrativas”<sup>162</sup>

Ese camino lo transitamos en libertad con la materia “El método en derecho administrativo,” que cumple varias de las condiciones de excelencia que se derivan de la experiencia de enseñanza y aprendizaje de ROGERS en tanto a través del auto aprendizaje guiado y tutelado nos introduce al pensamiento científico, a la metodología de resolución de problemas y, además, nos enseña a aplicar en ese cometido los valores y los principios que hayamos incorporado libre y selectivamente a nuestro propio sistema de pensamiento.

<sup>161</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, p. VIII-26.

<sup>162</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho...*, *op. cit.*, p. 67.