

Agustín Gordillo

Juan Enrique Abre, Guillermo Bluske, Nicolás Diana,
Cintha Hutchinson, María Lucía Jacobo Dillon.

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO 6

1ª edición

Coordinación: Mabel Daniele

**EL MÉTODO EN DERECHO
LA ADMINISTRACIÓN PARALELA**

www.gordillo.com



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ÍNDICE

Libro I

EL MÉTODO EN DERECHO

(Cap. XX por GUILLERMO BLUSKE,
Cap. XXI por MARÍA LUCÍA JACOBO DILLON,
Cap. XXII por JUAN ENRIQUE ABRE)

Noticia sobre la segunda edición Mét-9

Capítulo I: Los objetivos del aprendizaje

1. Introducción. ¿Qué hace un abogado? Mét-I-1
 - 1.1. ¿Le enseña o debe enseñar la Facultad el ejercicio de la profesión? Mét-I-1
 - 1.2. Los distintos roles del abogado Mét-I-1
 - 1.2.1. Hablar y escribir sobre derecho Mét-I-1
 - 1.2.2. El trabajo creativo del abogado Mét-I-2
 - 1.3. ¿Hay algo que se pueda enseñar o aprender? Mét-I-3
 - 1.4. ¿A quién le interesa cómo aprender o enseñar a trabajar de abogado? Mét-I-3
 - 1.4.1. Los problemas del docente de derecho Mét-I-4
 - 1.4.2. Los problemas de los alumnos Mét-I-5
 - 1.4.3. Los problemas de los abogados Mét-I-5
 - 1.4.4. Los problemas de la Facultad Mét-I-5
2. Formulación de objetivos de “aprendizaje” Mét-I-6
3. Algunos posibles objetivos generales Mét-I-6
4. Los métodos y sus requisitos mínimos de seriedad Mét-I-8
5. Los métodos de aprendizaje y objetivos particulares Mét-I-10

Capítulo II: Análisis documental

1. Objetivos particulares relativos a documentos Mét-II-1
2. Clases de posibles documentos Mét-II-2
3. Estadios de elaboración de los documentos Mét-II-2
4. Algunos ejemplos documentales Mét-II-2
5. Expedientes; carpetas (*dossiers*); *Problem Method*. Remisión Mét-II-4
 - 5.1. Expedientes administrativos o judiciales Mét-II-4

5.2. Carpetas de antecedentes o <i>dossiers</i>	Mét-II-5
5.3. <i>Problem Method</i>	Mét-II-5
5.4. El alegato del propio expediente.....	Mét-II-6
5.5. Observaciones comunes.....	Mét-II-6

Capítulo III: Análisis de textos normativos

1. Objetivos particulares.....	Mét-III-1
2. Posibles textos normativos.....	Mét-III-1
3. Algunos métodos para textos normativos.....	Mét-III-4
3.1. La razonabilidad de la norma.....	Mét-III-4
3.2. La interpretación de la norma.....	Mét-III-4
3.3. La aplicación de la norma a un caso.....	Mét-III-5
3.4. El trabajo sobre normas tradicionales.....	Mét-III-5
3.5. La redacción de un texto normativo.....	Mét-III-5

Capítulo IV: Análisis de fallos

1. Objetivos particulares.....	Mét-IV-1
2. Aproximación metodológica.....	Mét-IV-4
3. El contexto fáctico suficiente.....	Mét-IV-5
4. El trabajo previo del alumno.....	Mét-IV-5
5. El cuestionario a cargo del profesor.....	Mét-IV-6
6. Preguntas sobre los hechos del caso.....	Mét-IV-6
7. Preguntas críticas.....	Mét-IV-7
8. No hay respuestas oficiales del profesor.....	Mét-IV-8
9. Similitudes y diferencias con otros fallos.....	Mét-IV-9
10. <i> Holding y obiter dictum</i>	Mét-IV-9
11. El seguimiento del razonamiento del alumno.....	Mét-IV-10
12. Otras combinaciones.....	Mét-IV-10

Capítulo V: Análisis de casos: Los hechos

1. La importancia del caso en el derecho.....	Mét-V-1
2. La importancia de los hechos en el caso.....	Mét-V-3
3. La dificultad de determinar los hechos.....	Mét-V-5
4. Analizar la prueba que ya existe.....	Mét-V-6
5. La prueba adicional a producir.....	Mét-V-7
5.1. Los abogados.....	Mét-V-7
5.2. Los funcionarios o magistrados.....	Mét-V-7
5.3. Observaciones comunes.....	Mét-V-8
6. La apreciación de la prueba.....	Mét-V-9
7. Lo mutable de los hechos y pruebas.....	Mét-V-10

Capítulo VI: El derecho aplicable al caso

1. Encontrar las normas aplicables al caso.....	Mét-VI-1
2. La razonabilidad de las normas aplicables.....	Mét-VI-1
2.1. ¿Es posible una interpretación razonable?.....	Mét-VI-2
2.2. No hay interpretación razonable posible.....	Mét-VI-2
2.3. Las opciones frente a la norma irrazonable.....	Mét-VI-2

2.4. La razonabilidad o irrazonabilidad de la solución del caso	Mét-VI-2
3. Las vías alternativas de comportamiento.....	Mét-VI-3
4. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos.....	Mét-VI-4
5. El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal	Mét-VI-6
6. Una ayuda metodológica.....	Mét-VI-6
7. Lo central del caso.....	Mét-VI-7
7.1. Las opciones a considerar.....	Mét-VI-7
7.2. El manejo de las opciones.....	Mét-VI-8
7.2.1. Evitar el “reflejo condicionado” de hacer un escrito jurídico.....	Mét-VI-8
7.2.2. Evaluar siempre la posibilidad de negociación.....	Mét-VI-8
7.2.3. Evaluar el consejo de abstención de toda conducta jurídica activa	Mét-VI-8
7.2.4. El problema de dar o no otros consejos	Mét-VI-9
7.2.5. Evaluación de una modificación de la realidad.....	Mét-VI-9
7.3. La creatividad en la formulación y en la selección de la opción frente al problema	Mét-VI-11
7.4. La redacción de la opción provisional	Mét-VI-11

Capítulo VII: Pereyra. El método en un caso de derecho: Hechos, valoración, normas

1. Las etapas metodológicas	Mét-VII-1
2. Los hechos.....	Mét-VII-2
3. Valoraciones	Mét-VII-3
4. Las normas	Mét-VII-6
4.1. Normas legales.....	Mét-VII-6
4.2. Normas de facto	Mét-VII-8
5. Otra forma de analizar las valoraciones: La jurisprudencia de intereses. <i>Critical Legal Studies</i>	Mét-VII-11
6. Un fallo de la Corte Suprema	Mét-VII-12
7. Otra ley.....	Mét-VII-13
8. Conclusión	Mét-VII-13
9. El fallo <i>Pereyra</i>	Mét-VII-13

Capítulo VIII: Las etapas de la decisión creativa del caso

1. La creatividad en el escrito jurídico	Mét-VIII-1
2. El escrito jurídico como acto de creación científica.....	Mét-VIII-2
3. El escrito jurídico como acto de creación literaria.....	Mét-VIII-3
3.1. Similitudes	Mét-VIII-3
3.2. Diferencias.....	Mét-VIII-3
4. Las etapas del pensamiento creativo	Mét-VIII-4
5. El rol de la investigación en la creatividad. Introducción.....	Mét-VIII-5
6. El proceso neuronal de la creatividad: La etapa de maduración, incubación, etc.	Mét-VIII-6
6.1. El hemisferio izquierdo: Lenguaje	Mét-VIII-6
6.2. El hemisferio derecho: La creación	Mét-VIII-6
6.2.1. Su actividad propia	Mét-VIII-6
6.2.2. La transmisión.....	Mét-VIII-7
6.3. La interacción creativo-crítica de ambos hemisferios.....	Mét-VIII-8

6.4. El procesamiento de la información en ambos hemisferios	Mét-VIII-8
6.5. El “inconsciente” y el hemisferio derecho	Mét-VIII-8
7. Volición y creación.....	Mét-VIII-9
8. ¿Cómo piensa el cerebro?	Mét-VIII-9
8.1. Distintas zonas y operaciones neurales para una misma idea en el habla, lectura y escritura	Mét-VIII-9
8.2. La combinación de otras áreas y actividades neurales en la visión, audición, modo mecánico de escritura	Mét-VIII-10
8.3. La combinación crítico-creativa de diferentes operaciones mentales	Mét-VIII-11
8.4. El carácter fluctuante de las localizaciones cerebrales	Mét-VIII-13

Capítulo IX: Formas de estimular la creatividad

1. Introducción. La creatividad según la experiencia ajena	Mét-IX-1
2. La motivación creadora primaria y secundaria.....	Mét-IX-3
3. La importancia de la selección subjetiva del problema.....	Mét-IX-4
4. El trabajo y el ocio como emergentes de inspiración.....	Mét-IX-5
5. Materias disímiles. Actividades diversas, etc.....	Mét-IX-6
5.1. Materias disímiles. El choque cultural	Mét-IX-6
5.2. La variedad de experiencias	Mét-IX-7
5.3. Orden vs. desorden	Mét-IX-7
5.4. El juego, la experimentación	Mét-IX-9
5.5. Trabajos o investigaciones paralelos.....	Mét-IX-9
6. Aprovechar nuestra reacción crítica	Mét-IX-9
7. La imitación y re-creación	Mét-IX-10
8. Otros estímulos externos e internos.....	Mét-IX-10
9. El azar.....	Mét-IX-11
9.1. El azar encontrado.....	Mét-IX-11
9.2. El azar buscado	Mét-IX-11
10. Suspender la autocensura interior, o el coraje de crear	Mét-IX-12

Capítulo X: El nacimiento y registro de las ideas creativas

1. ¿Cuándo viene la inspiración?	Mét-X-1
1.1. Caminando, paseando, descansando, charlando	Mét-X-1
1.2. De noche o después de dormir: Sueño, ensueño, insomnio; a la mañana.....	Mét-X-2
1.3. El fin de semana.....	Mét-X-3
1.4. Trabajando	Mét-X-3
1.5. La aparición espontánea de la idea.....	Mét-X-3
2. El “relámpago” creador o la lenta labor creativa	Mét-X-4
3. La pérdida de la idea creadora	Mét-X-5
3.1. Las interrupciones	Mét-X-5
3.2. La falta de velocidad.....	Mét-X-7
4. La necesidad de anotar toda idea cuando emerge	Mét-X-7
5. ¿No es mejor consignarlas a la memoria, en vez de anotarlas?.....	Mét-X-9
5.1. Los tipos de memoria y sus limitaciones	Mét-X-9
5.2. Falencias y distorsiones de la memoria	Mét-X-10
5.3. La involución del uso de la memoria.....	Mét-X-11
5.4. El uso racional de la memoria vs. la escritura	Mét-X-12

5.5. El registro o la pérdida de la idea	Mét-X-13
--	----------

Capítulo XI: Resumen de la redacción creativa de lo escrito

1. La adquisición del oficio	Mét-XI-1
2. El trabajo de reelaboración: Claridad, estilo, sistematización, etc.....	Mét-XI-2
3. Un trabajo largo ¿se hace de una sola vez o de a pedacitos?	Mét-XI-3
4. ¿Cuál es el momento de la autocrítica?	Mét-XI-4
5. ¿Hace falta un esquema previo?	Mét-XI-7
6. ¿Cuándo se anotan las pequeñas ideas?	Mét-XI-8
7. ¿Hay que tirar lo que no sirve?.....	Mét-XI-10

Capítulo XII: La reelaboración técnico-jurídica del escrito

1. Estructura y líneas generales.....	Mét-XII-1
2. Seleccionar y graduar los argumentos	Mét-XII-2
2.1. Los argumentos contrarios	Mét-XII-2
2.2. Los deslices propios.....	Mét-XII-2
2.3. La descripción de los hechos.....	Mét-XII-3
2.4. No “agotar” el tema jurídico	Mét-XII-3
3. El dictamen o sentencia.....	Mét-XII-3
4. La sucesiva reelaboración con las fuentes del derecho, bibliografía, etc.	Mét-XII-4
5. Las pruebas	Mét-XII-5
6. Las fuentes normativas	Mét-XII-6
7. La jurisprudencia	Mét-XII-6
8. La doctrina.....	Mét-XII-7
9. El marco conceptual previo y la investigación ulterior	Mét-XII-8
9.1. El marco conceptual previo	Mét-XII-8
9.2. La investigación ulterior	Mét-XII-9
10. El uso global de las citas.....	Mét-XII-10

Capítulo XIII: Enfatizando cuestiones de método

1. El método tradicional y una variante más útil, para la primera etapa ..	Mét-XIII-1
2. La etapa de la investigación tradicional	Mét-XIII-2
3. Qué debe estar antes de empezar.....	Mét-XIII-3
4. Retomando la segunda etapa.....	Mét-XIII-3
5. Sigüentes pasos de la segunda etapa.....	Mét-XIII-4
6. Tercera etapa. El primer pulimento.....	Mét-XIII-4
7. Cuidados en el pulimento: No citar libros viejos cuando hay ediciones recientes que tienen modificaciones	Mét-XIII-5
8. Acerca del fin de la investigación	Mét-XIII-6
9. Las etapas que siguen.....	Mét-XIII-7
10. Las lecturas complementarias.....	Mét-XIII-8

Capítulo XIV: El escrito en las dos horas del plazo de gracia

1. Introducción.....	Mét-XIV-1
2. ¿Será necesario hacer alguno?.....	Mét-XIV-1
3. La preparación	Mét-XIV-2
4. El auxilio de la destreza.....	Mét-XIV-2

4.1. Lápiz, lapicera.....	Mét-XIV-2
4.2. Máquina de escribir	Mét-XIV-2
5. Computadora e impresora: El auxilio de la tecnología	Mét-XIV-2
6. Ventajas de adaptarse al cambio tecnológico	Mét-XIV-3
6.1. Eficiencia, rendimiento, calidad.....	Mét-XIV-3
6.2. Presentación visual.....	Mét-XIV-4
6.3. Almacenamiento de datos.....	Mét-XIV-4
6.4. Censura interior.....	Mét-XIV-4
6.5. La competitividad en el mercado	Mét-XIV-4
7. ¿Computación, informática, teleinformática?.....	Mét-XIV-4
8. Desventajas de la computadora.....	Mét-XIV-5
9. El hábito en el escrito del plazo de dos horas	Mét-XIV-5
10. El <i>stress</i>	Mét-XIV-6
10.1. Niveles positivos	Mét-XIV-6
10.2. Niveles negativos	Mét-XIV-7
10.3. ¿Existe un nivel de equilibrio?	Mét-XIV-7
11. La ventaja de la consulta en el escrito hecho con tiempo	Mét-XIV-8

Capítulo XV: Clase magistral y clase activa. dinámica de grupos

1. Objetivo de la clase magistral.....	Mét-XV-1
1.1. Para el alumno	Mét-XV-1
1.2. Para el profesor como investigador.....	Mét-XV-2
1.3. El conferencista.....	Mét-XV-3
2. El método de la clase magistral.....	Mét-XV-3
2.1. La voz.....	Mét-XV-3
2.2. El cuerpo.....	Mét-XV-4
2.3. Las imágenes visuales	Mét-XV-4
2.4. Invitados	Mét-XV-4
2.5. El plan de exposición	Mét-XV-5
2.6. El texto de la clase	Mét-XV-5
2.7. El resumen final.....	Mét-XV-5
2.8. Conclusiones.....	Mét-XV-5
3. Objetivos de la clase activa.....	Mét-XV-6
3.1. Remisión.....	Mét-XV-6
3.2. Eficiencia docente.....	Mét-XV-6
3.3. Accesibilidad metodológica para el docente.....	Mét-XV-6
3.4. Dificultades personales a superar.....	Mét-XV-7
4. Métodos de la clase activa.....	Mét-XV-7
5. Objetivos de la dinámica de grupos. Primero: Intercambio de ideas	Mét-XV-8
6. Necesario trabajo previo a la clase.....	Mét-XV-8
7. Segundo objetivo: Intercambio de experiencias, imaginación	Mét-XV-9
8. El tema de la “autorregulación” grupal	Mét-XV-9
9. Tercer objetivo: Efecto multiplicador. Comparaciones.....	Mét-XV-10
10. El exceso de ansiedad ante la carencia de soluciones “oficiales” del profesor	Mét-XV-10
11. Exceso de seguridad grupal	Mét-XV-11
12. El cierre del trabajo grupal por el docente.....	Mét-XV-11
13. Resumen de técnicas	Mét-XV-11
14. Conferencia o clase magistral.....	Mét-XV-12

15. Entrevista, mesa redonda, panel.....	Mét-XV-12
16. Exposición dialogada o clase activa.....	Mét-XV-12
17. Pequeño grupo de discusión.....	Mét-XV-12
18. Phillips 66.....	Mét-XV-13
19. Cuchicheo.....	Mét-XV-13
20. Estudio de casos	Mét-XV-13
21. Juegos de simulación	Mét-XV-14
22. Torbellino de ideas	Mét-XV-14
23. Pecera o acuario	Mét-XV-14
24. Seminario.....	Mét-XV-15
25. Entrevista	Mét-XV-16
26. Microenseñanza.....	Mét-XV-16
27. Reservas y críticas a la aplicación de trabajos grupales. Remisión	Mét-XV-16

Capítulo XVI: Otros métodos

1. Realización de experiencias personales	Mét-XVI-1
2. Posibles experiencias en el ámbito de la Facultad	Mét-XVI-1
2.1. “Entrevista profesional”.....	Mét-XVI-1
2.2. Otros desempeños de roles	Mét-XVI-2
2.3. <i>Moot Court</i>	Mét-XVI-2
3. Experiencias fuera del ámbito de la Facultad: Visitas, gestiones, entre- vistas	Mét-XVI-3
4. Objetivos particulares de la realización de experiencias	Mét-XVI-4
5. El método de casos por “enseñanza programada”	Mét-XVI-4

Capítulo XVII: Plan de actividades del curso

1. Programación previa en equipo.....	Mét-XVII-1
2. Programación de las evaluaciones.....	Mét-XVII-1
3. Prueba anónima	Mét-XVII-2
4. Evaluación cruzada	Mét-XVII-2
5. Observaciones comunes	Mét-XVII-3
5.1. ¿El “alegato de oreja”?.....	Mét-XVII-3
5.2. El nivel de exigencia	Mét-XVII-4
6. Evaluación del proceso.....	Mét-XVII-6
7. Una perspectiva de integración metodológica	Mét-XVII-6
8. Perspectivas.....	Mét-XVII-7

Capítulo XVIII: Salvedades finales

1. Introducción.....	Mét-XVIII-2
2. Adaptación del estudiante	Mét-XVIII-2
2.1. Resistencia al cambio.....	Mét-XVIII-2
2.2. Ansiedad	Mét-XVIII-3
2.3. Trabajo grupal.....	Mét-XVIII-4
2.3.1. En clase.....	Mét-XVIII-4
2.3.2. Evaluación del trabajo	Mét-XVIII-4
2.4. Evaluación grupal.....	Mét-XVIII-5
2.5. Facilismo	Mét-XVIII-5
3. Adaptación del docente	Mét-XVIII-6

3.1. Resistencia al cambio.....	Mét-XVIII-6
3.1.1. El docente joven.....	Mét-XVIII-6
3.1.2. El docente formado.....	Mét-XVIII-7
3.1.3. Otros docentes.....	Mét-XVIII-7
3.2. Inseguridad. “ <i>Status</i> ”.....	Mét-XVIII-8
3.3. Otras connotaciones.....	Mét-XVIII-9
4. Adaptación de la administración universitaria.....	Mét-XVIII-9
4.1. Biblioteca.....	Mét-XVIII-9
4.2. Apoyo psicopedagógico.....	Mét-XVIII-10
4.3. Comodidades materiales.....	Mét-XVIII-10
5. Conclusiones.....	Mét-XVIII-11
5.1. Esclarecimiento y justificación constante.....	Mét-XVIII-11
5.2. Adaptación progresiva y paulatina de nuevos métodos.....	Mét-XVIII-11

Capítulo XIX: Guías metodológicas para el grado y postgrado

I. <i>Actividades de grado</i>	Mét-XIX-1
1. Una vieja guía metodológica para el grado.....	Mét-XIX-1
1.1. Etapas metodológicas.....	Mét-XIX-1
1.2. Sugerencias metodológicas para estudiantes.....	Mét-XIX-2
1.2.1. Introducción.....	Mét-XIX-2
1.2.2. Análisis de los hechos.....	Mét-XIX-3
1.2.3. Repaso del derecho aplicable.....	Mét-XIX-3
1.2.4. Desarrollo del caso.....	Mét-XIX-3
1.3. Casos prácticos a analizar.....	Mét-XIX-4
1.3.1. El caso del manifestante.....	Mét-XIX-4
1.3.2. El caso del Ministro “incapaz”.....	Mét-XIX-4
1.3.3. El caso del oyente fuera de lista.....	Mét-XIX-4
1.3.4. El caso de la cena de fin de curso.....	Mét-XIX-5
1.3.5. El caso de la renuncia inexistente.....	Mét-XIX-5
1.3.6. El caso del usuario de Telefónica Argentina.....	Mét-XIX-5
1.3.7. El caso del alumno “sumariado”.....	Mét-XIX-5
2. El caso del expediente de Derecho Administrativo.....	Mét-XIX-5
3. Escritos de preconstitución de la prueba.....	Mét-XIX-7
3.1. La primera tarea.....	Mét-XIX-7
3.2. La caducidad y sus variantes.....	Mét-XIX-7
3.3. Un ejemplo.....	Mét-XIX-8
3.4. Presentación.....	Mét-XIX-8
3.5. Calidad de actos administrativos.....	Mét-XIX-9
3.6. Tipo de procedimiento.....	Mét-XIX-9
3.7. El expediente y la historia clínica.....	Mét-XIX-9
3.8. La habilidad de tener un buen expediente o una buena historia clínica.....	Mét-XIX-9
3.9. Recaudos de los escritos.....	Mét-XIX-9
3.10. Eventuales descuidos en la preconstitución de la prueba.....	Mét-XIX-10
3.11. Escritos y anexos.....	Mét-XIX-10
3.12. Producción de la prueba y la autocorrección.....	Mét-XIX-10
3.13. Prueba testimonial, de oficios, etc.....	Mét-XIX-10
3.14. Petitorio.....	Mét-XIX-11
3.15. Resumen: Algunas de las características que tiene que tener el	

expediente de práctica profesional, método, etc.....	Mét-XIX-11
4. Reglamento de las actividades de aprendizaje	Mét-XIX-12
4.1. De la explicitación de algunos objetivos del curso.....	Mét-XIX-12
4.2. De algunos de los problemas que presentan la resolución de casos.....	Mét-XIX-14
4.2.1. De la inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos	Mét-XIX-14
4.2.2. Del análisis de los hechos en el objeto del acto.....	Mét-XIX-14
4.2.3. Del análisis de los hechos exteriores al acto, o “causa” del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado.....	Mét-XIX-15
4.2.4. De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso.....	Mét-XIX-15
5. De otros aspectos del procedimiento de trabajo en el curso.....	Mét-XIX-16
5.1. Del aprendizaje teórico, normativo y práctico a ser realizado individualmente por el alumno	Mét-XIX-16
5.2. De la obligatoriedad de la realización y entrega eficaz y oportuna de los trabajos	Mét-XIX-17
5.3. De la presentación de los escritos y la efectiva participación útil en el proceso de aprendizaje.....	Mét-XIX-18
5.4. De la teoría de la impulsión de oficio del procedimiento y la prác- tica de la impulsión por el particular.....	Mét-XIX-18
5.5. Del silencio de la administración. De la expresión de la voluntad administrativa por órgano competente.....	Mét-XIX-19
5.6. De la eficacia de las pruebas	Mét-XIX-19
5.7. Del sistema de calificaciones	Mét-XIX-19
5.8. Del expediente individual de cada cursante.....	Mét-XIX-20
5.9. De la programación de las actividades a realizar por los señores alumnos	Mét-XIX-20
5.10. De la realización de clases recuperatorias.....	Mét-XIX-21
6. Casos de acto administrativo.....	Mét-XIX-23
II. <i>Actividades de postgrado</i>	Mét-XIX-32
7. Guía para una nota a fallo	Mét-XIX-32
8. Guía de lecturas y problemas para “El método” y “Habilidades”.....	Mét-XIX-36
8.1. Introducción	Mét-XIX-36
8.2. Bibliografía.....	Mét-XIX-37
8.2.1. “Núcleo duro.”	Mét-XIX-37
8.2.2. Bibliografía mínima	Mét-XIX-38
8.2.3. Bibliografía complementaria inicial.....	Mét-XIX-39
8.2.4. Bibliografía específica de derecho administrativo. Criterios de selección.....	Mét-XIX-40
9. Guía para la escritura	Mét-XIX-41
9.1. Para saber escribir primero hay que saber leer	Mét-XIX-41
9.2. Un ejercicio necesario de control de lectura, control social, e inver- sión y ahorro de tiempo de lecturas inútiles.....	Mét-XIX-41
9.3. El estilo en las citas	Mét-XIX-42
9.4. El plagio: El peor de los pecados. La ignorancia de citar a un plagiario.....	Mét-XIX-42
9.5. Citar racionalmente, en el país	Mét-XIX-43
9.6. Citar racionalmente, en el derecho comparado.....	Mét-XIX-44

9.7. Los errores de forma	Mét-XIX-44
9.8. Todo es lenguaje	Mét-XIX-45
9.9. La espiral del silencio y la catedral gótica de citas	Mét-XIX-46
9.10. La angustia.....	Mét-XIX-46
9.11. Primero, la idea desnuda. Luego, la vestimenta de la idea	Mét-XIX-46

Capítulo XX: En torno al Método: Reflexiones, lecturas y trabajos

Por GUILLERMO BLUSKE

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 Internacional	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 funcione 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 fundamento 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 XXI: Saber ver (reflexiones en torno a la obra de Claude Monet)

Por MARÍA LUCÍA JACOBO DILLON

1. <i>Femmes au jardin</i> , o saber ver	Mét-XXI-2
2. Texto y Contexto.....	Mét-XXI-5
3. Epílogo	Mét-XXI-7

Capítulo XXII: Tratado de la pintura

Por JUAN ENRIQUE ABRE

1. Sobre autocrítica y duda metódica	Mét-XXII-1
2. Sobre la crítica de los amigos y la autocensura al publicar	Mét-XXII-2
3. Sobre los mecanismos creativos y organizativos de la mente.....	Mét-XXII-2
4. Sobre la relación entre teoría y práctica	Mét-XXII-3

Resolución 16.041/85

I. Métodos de enseñanza.....	Mét-Res-1
A) Actividades de aprendizaje.....	Mét-Res-1
B) Programación futura de las tareas de aprendizaje	Mét-Res-3
C) Métodos correlativos de evaluación.....	Mét-Res-4
D) Información y evolución del proceso de enseñanza y evaluación	Mét-Res-5

Libro II

LA ADMINISTRACIÓN PARALELA

(Anexo I por NICOLÁS DIANA,
Anexo II por CINTHYA HUTCHINSON,)

Prólogo	AP-7
Introducción de FELICIANO BENVENUTI	AP-11

Capítulo I: Los valores del sistema jurídico administrativo

1. La indefensión del administrado frente a la administración.....	AP-I-1
2. Los valores constitucionales violados por normas inferiores.....	AP-I-2
3. La irrealidad y el exceso como formas de irrazonabilidad	AP-I-3
4. La fragilidad del sistema inconstitucional.....	AP-I-3
5. El nacimiento del parasistema	AP-I-4
6. La superación del parasistema.....	AP-I-5

Capítulo II: La existencia de un sistema administrativo paralelo

1. Introducción.....	AP-II-1
1.1. Planteamiento del problema	AP-II-1
1.2. El concepto de derecho.....	AP-II-2
2. Economía oficial y subterránea o paralela.....	AP-II-3
3. El procedimiento administrativo formal e informal.....	AP-II-7
3.1. El procedimiento en la teoría y en la práctica.....	AP-II-7

3.2. La organización y competencias formales e informales.....	AP-II-8
3.3. Publicidad y silencio	AP-II-9
3.4. Las reglas formales y reales del tránsito.....	AP-II-10
3.5. Los canales formales e informales para toda tramitación.....	AP-II-10
3.6. Conclusiones parciales.....	AP-II-12
4. La Constitución real.....	AP-II-12
4.1. El sistema paraconstitucional.....	AP-II-12
4.2. El gobierno paralelo.....	AP-II-14
5. Lenguaje y metalenguaje	AP-II-15
6. La moral paralela.....	AP-II-18
7. La doble personalidad.....	AP-II-19

Capítulo III: El por qué del parasistema administrativo

1. El parasistema como insatisfacción frente al sistema disvalioso.....	AP-III-1
2. El nexo de la negación de la realidad en el derecho y paraderecho	AP-III-3
2.1. El paraderecho de familia.....	AP-III-3
2.2. El paraderecho político	AP-III-4
2.3. Comparación provisional.....	AP-III-5
3. Las sanciones sistemáticas y parasistemáticas.....	AP-III-7
4. La creación del parasistema jurídico	AP-III-8
4.1. Derecho y lenguaje.....	AP-III-8
4.2. El parasistema y la exageración paradigmática del sistema	AP-III-8
4.3. La irrealidad o exceso del sistema como fuente del parasistema.....	AP-III-9
4.4. Una perspectiva antropológica.....	AP-III-12
4.5. El círculo vicioso del control de legalidad y la progresiva auto- generación de normas.....	AP-III-14
5. Conclusiones.....	AP-III-16

Capítulo IV: La participación como control social del sistema y parasistema

1. Remisión	AP-IV-1
2. Medios semidirectos de participación	AP-IV-2
3. Participación de los usuarios en las empresas y servicios públicos	AP-IV-2
4. Participación en los cuerpos colegiados con facultad decisoria	AP-IV-4
5. Las audiencias públicas previas a la emisión de normas generales.....	AP-IV-5
6. El Ombudsman.....	AP-IV-6
7. La tutela de los intereses legítimos y difusos	AP-IV-7
8. Participación en televisión y educación	AP-IV-7

Anexos

NICOLÁS DIANA, versión corregida de “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica,” *RPA*, 2009-2 y 3, p. 73 y ss. AP-AI-1

CINTHYA HUTCHINSON, *La administración paralela en un país al margen de la ley*..... AP-AII-1

Bibliografía de los primeros cuatro capítulos..... AP-B-1

**TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
y obras selectas**

TOMO 6

Libro I

EL MÉTODO EN DERECHO

Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas

TOMO 6

Primera edición

Libro I

EL MÉTODO EN DERECHO
Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer

Segunda edición



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2012

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO 6

Libro I

EL MÉTODO EN DERECHO

1ª edición, Madrid, Cívitas, 1988

Reimpresiones varias

4ª reimpresión, Madrid, Cívitas, 2001

2ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012, como parte de este tomo 6.

A

JORGE ALBERTO SÁENZ,

quien siendo Decano de la Facultad de
Derecho de la UBA me dio la idea y el decisivo
impulso inicial para hacer este libro.

Noticia sobre la segunda edición

No hubiéramos querido modificar la primera edición y sus cuatro reimpressiones españolas, porque el trabajo que hemos hecho quizás no estaríamos dispuestos a replicarlo actualizando toda la miríada de fuentes utilizadas. Pero hay uno en particular que sufrió mal el transcurso del tiempo, y es el relativo a la computación, informática, teleinformática, etc. Los cambios han sido vertiginosos y sin duda continuarán siéndolos. Quedan fuera de esta 2ª ed. pero en modo alguno fuera de la realidad del método en derecho para el cual son indispensables.

Algo distinto ocurre con la continua evolución del conocimiento del funcionamiento y la estructura del cerebro. Al hacer la 1ª ed. utilizamos una serie de fuentes que consignamos en su lugar y que son parte de la constante evolución del conocimiento del cerebro. No hemos pretendido en su momento dar una exposición *à la page* del tema, sino sólo despertar la atención del lector para que él siga durante el resto de su vida prestando estrecha atención a cuanto se siga descubriendo respecto al funcionamiento del propio cerebro. No hemos intentado, menos ahora, actualizar esa información porque se trataría de una tarea ya imposible para este autor.

Este libro debe complementarse con las instrucciones que el profesor dé para cada curso, que preferiblemente debe cambiar cada tantos años so pena de difundirse en futuros cursantes la supuesta forma de “resolverlos,” lo cual quita toda creatividad y por ende utilidad a la “solución.” En los cursos de grado las instrucciones pueden ser más detalladas, en los cursos de post grado deben ser desestructuradas y libres, fomentando en mayor grado la creatividad del cursante, como en la profesión.

En la secc. I del cap. XIX reunimos las instrucciones que en el pasado hemos dado en cursos de grado. En la sección II las que hemos dado en cursos de postgrado. Allí las sugerencias son deliberadamente ambiguas, no excluyentes ni tampoco acumulativas, p. ej.: 1º) “Haga una o varias notas a fallo comentando fallos del año en curso,” y 2º) “Sométalas a la crítica de sus colegas y a la crítica editorial para que sean publicadas;” 3º) “Critique detalladamente un artículo publicado

en el corriente año;” 4º) “Escriba un artículo breve tratando de no incurrir en ninguno de los defectos que Usted mismo señaló; sométalo a la crítica editorial para publicarlo, y publíquelo;” 5º) “Busque comparaciones entre problemas de método explicados aquí y problemas de método que usted encuentre en cualquier otra disciplina, arte o ciencia.” 6º) También, desde luego, es admisible el trabajo que no respondiendo a ninguna de estas pautas sea creativo y esté en tema.

En los caps. XX y XXI hay reflexiones comparativas que pueden ilustrar sobre la posible tarea. Agradecemos a los distinguidos colaboradores por su generosa contribución a los objetivos de la Fundación de Derecho Administrativo, merced a la donación a ella del resultado económico de sus derechos autorales, para estas ediciones conjuntas. Ha sido una constante de la FDA.

CAPÍTULO I

LOS OBJETIVOS DEL APRENDIZAJE

SUMARIO

1. Introducción. ¿Qué hace un abogado?.....	Mét-I-1
1.1. ¿Le enseña o debe enseñar la Facultad el ejercicio de la profesión?.....	Mét-I-1
1.2. Los distintos roles del abogado	Mét-I-1
1.2.1. Hablar y escribir sobre derecho.....	Mét-I-1
1.2.2. El trabajo creativo del abogado	Mét-I-2
1.3. ¿Hay algo que se pueda enseñar o aprender?.....	Mét-I-3
1.4. ¿A quién le interesa cómo aprender o enseñar a trabajar de abogado?	Mét-I-3
1.4.1. Los problemas del docente de derecho	Mét-I-4
1.4.2. Los problemas de los alumnos.....	Mét-I-5
1.4.3. Los problemas de los abogados.....	Mét-I-5
1.4.4. Los problemas de la Facultad.....	Mét-I-5
2. Formulación de objetivos de “aprendizaje”	Mét-I-6
3. Algunos posibles objetivos generales	Mét-I-6
4. Los métodos y sus requisitos mínimos de seriedad	Mét-I-8
5. Los métodos de aprendizaje y objetivos particulares.....	Mét-I-10

Capítulo I

LOS OBJETIVOS DEL APRENDIZAJE

1. Introducción. ¿Qué hace un abogado?

1.1. ¿Le enseña o debe enseñar la Facultad el ejercicio de la profesión?

Todos tenemos conciencia que la enseñanza universitaria, en el campo del derecho, no transmite la metodología de trabajo que el futuro abogado necesitará emplear en su desempeño profesional. Pero muchos no consideran que esto sea en sí criticable, entendiendo de algún modo que la “práctica” enseñará al abogado lo que le falte, y que después de todo grandes juristas y abogados han sido formados conforme al método tradicional.

Otros, una minoría quizás, piensan que la Facultad debiera haber intentado lanzarlo al mundo profesional más formado en el quehacer diario de la aplicación del derecho.

Algunos, por fin, estiman que la habilitación profesional no debiera ser función de la Universidad, sino de los colegios profesionales.

En cualquiera de estas hipótesis pueden quizás ser útiles algunas reflexiones sobre qué es hacer, aprender, crear o enseñar derecho, y cómo concretamente se hace.

1.2. Los distintos roles del abogado

Cualquiera haya de ser el modo de desempeño del profesional: Magistrado o funcionario judicial, funcionario público, abogado de empresa, abogado asesor o litigante, siempre lo principal o central de su trabajo será resolver, o ayudar a resolver, casos o problemas concretos.

1.2.1. Hablar y escribir sobre derecho

Si bien una buena parte de su tiempo se ejecuta oralmente (entrevista profesional, audiencias de testigos o absolución de posiciones, atención por los funcionarios

y magistrados a los letrados y las partes, negociaciones, atención de pedidos de toda naturaleza), la parte sustancial de su trabajo consiste en escribir sobre derecho: Deberá pues, con alguna frecuencia, redactar documentos de una u otra índole, hacer contratos, resoluciones, escritos, sentencias, dictámenes, recursos, comentarios.

Sin estudios estadísticos es difícil determinar cuánto del éxito inmediato —en cualquiera de las funciones o roles profesionales mencionados— depende de sus habilidades verbales, pero no cabe duda 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.

Su trabajo escrito es también el elemento objetivo con el cual poder juzgar desapasionadamente la labor profesional que ha desempeñado.

A un colega nuestro le tocó saber que su hijo de pocos años decía: “Cuando yo sea grande quiero hacer *cosas*, no quiero ser como papá;” preguntado que fue por la madre acerca de qué quería decir con ello, aclaró: “Quiero hacer puentes, caminos, *cosas*, no quiero hacer *papeles* como papá.”

Más allá de la percepción o apercepción de su hijo respecto a cuál era la función social que el trabajo de su padre cumplía, en algo no se equivocaba ese hijo: Su padre hacía fundamentalmente papeles, o ideas que se corporizaban o expresaban en papeles, aunque también los ingenieros y arquitectos hacen ideas que primero se corporizan en planos y cálculos *antes* que esas ideas se conviertan en puentes o caminos; a su vez, su padre compartía el mundo de los matemáticos, músicos, poetas, dramaturgos, físicos, cuyas creaciones se vierten en papeles.

El soporte material de la obra intelectual del abogado es así una versión escrita que puede ser decisiva. Dado que en estos aspectos (creación, crítica, escritura) su trabajo intelectual no difiere de otros, veremos que hay muchas experiencias no exclusivamente de abogados que le aportan datos útiles y empíricamente necesarios.

1.2.2. *El trabajo creativo del abogado*

A su vez, en todos los casos se esperará de él una personalidad sagaz, que sepa percibir adecuadamente los hechos y aportar soluciones imaginativas y aptas, además de acordes a derecho, de los problemas o casos que se le plantean en su trabajo.

Si es juez, se discutirá en cenáculos si crea derecho o meramente lo aplica: En la vida profesional, ninguna duda existe que verdaderamente crea soluciones dentro de un margen de gran latitud, sea cual fuere el texto legal que aplica.

Todo eso es demasiado, y nadie sin duda puede pretender aprenderlo o enseñarlo íntegramente, sea antes o después de la carrera, y ni siquiera durante toda una vida profesional.

1.3. *¿Hay algo que se pueda enseñar o aprender?*

No obstante lo expuesto, existen algunos problemas que pueden ser analizados desde el enfoque de quien debe trabajar en la profesión, y de quien quiera discutir si eso mismo es o puede ser materia de reflexión en la Universidad.

En esa doble perspectiva pretende ubicarse esta obra.

Por una parte, y dado que el análisis y la solución de casos conlleva una multiplicidad de problemas, hemos dedicado en este libro múltiples caps. a diferentes aspectos de la cuestión.

En primer lugar, hemos incorporado un cap. referido al análisis de los hechos y la prueba (obviamente como cuestión de método de trabajo, aprendizaje o enseñanza, no como tema de derecho procesal), y otro a la determinación del derecho aplicable (nuevamente, es claro que para referirnos a los problemas metodológicos) apuntando ya cómo ello lleva necesariamente a la selección de la opción creativa del caso.

A su vez, nos pareció que hablar de una solución «creativa» requería algunos desarrollos mayores, máxime cuando esa solución creativa generalmente ha de expresarse al mundo por *escrito*. Por eso hemos dedicado al tema varios caps. que pretenden cumplir la misma doble finalidad metodológica.

Tales caps. se hallan dedicados a la explicación, en el estado actual en que el conocimiento de la materia se encuentra, de qué es y 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.

Al mismo tiempo, y puesto que el escrito de creación jurídica participa de muchísimos de los datos que caracterizan a la *creación literaria* (no olvidemos la anécdota del hijo que percibe que su padre hace “papeles,” no “cosas”), hemos también incorporado aquellos aspectos que nos han parecido de importancia, conforme a la experiencia propia y ajena en la cuestión.

Otro cap. trata el escrito preparado en el plazo de las dos horas de gracia, explicando sus problemática específica y comparándola también con la elaboración científica, o técnico-jurídica, del escrito no efectuado bajo tal presión temporal.

Analizamos en estos caps. la oportunidad y conveniencia de recurrir a las citas o transcripciones, o no recurrir a ellas, tanto en materia normativa como jurisprudencial y doctrinaria.

1.4. *¿A quién le interesa cómo aprender o enseñar a trabajar de abogado?*

Todos estos caps., que constituyen el grueso de la obra, pretenden dirigirse en parte al abogado joven, o al estudiante ambicioso de aprender su profesión antes de recibirse, y también al docente que quiera reflexionar sobre cuáles de los

problemas reales de la profesión pudieran eventualmente ser incorporados a la enseñanza del derecho.

Tal vez muchos salgan del punto de partida que expusimos en el punto 1.1.: Eso no se enseña, se aprende a lo largo de la vida. Nosotros somos ligeramente más optimistas, en cuanto creemos que para ese autoaprendizaje que sin duda se produce a lo largo de la vida, de algo puede servir la experiencia ajena si se la aprovecha.

Pensamos entonces que puede resultar útil intentar hacer algo en ese camino, y de allí que incorporemos al libro algunos temas más respecto al aprendizaje y enseñanza del derecho, rebasando ahora el objeto central de aprender a resolver problemas de derecho y hacer escritos jurídicos.

En ese aspecto, hemos completado la obra analizando los demás conocimientos jurídicos aplicados que un abogado necesita, y que quizás entonces un estudiante debiera recibir durante su etapa formativa, con algunas sugerencias sobre posibles modos de instrumentarlos en alguna etapa de la formación: Sea en la etapa formal de la enseñanza terciaria, sea en la formación autodidacta del estudiante o abogado, sea en los cursos de “iniciación” a la profesión, etc.

1.4.1. *Los problemas del docente de derecho*

Para concluir el panorama, hacemos también algunas consideraciones sobre los problemas que debe enfrentar quien quiera enseñar derecho desde la perspectiva de formar un profesional que sepa desempeñar su profesión. Ellas empiezan por tratar de cuáles pueden ser los objetivos del aprendizaje o la enseñanza, y terminan por advertencias formuladas en el último cap.

La cuestión dista de ser simple, y por ello hemos incorporados esas salvedades finales de advertencia y prudencia, más algunas consideraciones sobre otros métodos de enseñanza que no son propios del derecho —la enseñanza activa, básicamente— y consideraciones respecto al rol del docente en la programación de la enseñanza, la calificación y promoción de sus alumnos, y la responsabilidad social y ética que asume por los profesionales que promueve, en la cuotaparte que le corresponde a su materia.

Pretendemos ser útiles y francos, directos y sinceros, aunque no necesariamente nuestras reflexiones gusten a unos u otros de los posibles destinatarios. Puede no gustar a los docentes, pues les señala un supuesto camino de mayor trabajo, mayor responsabilidad, mayor exigencia interna y externa, todo para asumir mayores riesgos, menores satisfacciones, y siempre desde el ángulo de una inadecuada remuneración.

1.4.2. *Los problemas de los alumnos*

Puede no gustar a los alumnos, porque advertirán de la lectura de estas páginas, si no lo sabían antes, que aprender mejor y con métodos modernos de modo tal que al salir de la Facultad sean profesionales eficientes, es intelectualmente un desafío mayor que repetir libros de texto, y hasta puede representar mayor inversión de tiempo.

1.4.3. *Los problemas de los abogados*

El “fracaso” sería completo si nuestro mensaje tampoco gustara ni sirviera a los profesionales que se encuentran haciendo sus primeras armas y no saben bien si comprar un libro de “formularios,” con “escritos tipo” que aprovechar en los distintos problemas, o si lo que hay que aprender es otra cosa... cuando en realidad sus problemas, como los de todo el mundo, son siempre diferentes en el aquí y ahora.

Para el profesional recibido puede así ocurrir lo mismo que para el alumno: Que no desconozca que sería bueno saber lo que aquí se trata, pero que de todos modos tiene problemas más urgentes que resolver, y con el tiempo y la experiencia de todos modos se aprende lo que este libro pueda pretender transmitirle.

1.4.4. *Los problemas de la Facultad*

Quien tenga el interés o la paciencia por hojear las páginas de los caps. pertinentes, encontrará en todo caso nuestra personal forma de ver la cuestión, y el por qué encaramos este libro aun teniendo en apariencia tantas circunstancias en contra y tan pocas a su favor.

También se encontrará algunas consideraciones a propósito de los métodos y recursos que pueden ser o han sido aplicados para aprender y enseñar derecho,¹ en lugar de las más tradicionales clases magistrales.²

Cada lector, según su ubicación vital, la materia y sus inclinaciones personales, podrá buscar el equilibrio metodológico más adecuado en su situación concreta de aprendizaje o enseñanza y posiblemente procurará reajustarlo constantemente a través del tiempo.

No incluimos aquí lo relativo a actitudes del docente hacia los alumnos, vocación, motivación y estructuración,³ condicionamientos externos a la relación tales

¹Un punto de partida al respecto, en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, es la res. 16.041/85, que se complementa en lo pertinente con los arts. 5° a 8° de la res. 1.391/86.

²Hay quien ha sostenido, en algunos países, que el profesor está casi legalmente obligado a dictar el programa por el método de la clase magistral: BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL, *Pedagogía jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 157.

³La bibliografía en estos puntos es tan abundante como conflictiva ideológicamente. Es imposible hacer una remisión sucinta y equilibrada. Le toca a cada uno indagar, investigar, reflexionar, y sacar sus propias conclusiones.

como poco sueldo,⁴ espacios inadecuados, muchos alumnos,⁵ etc.

2. Formulación de objetivos de “aprendizaje”

El o los métodos se eligen en función de los fines que se persiguen, que deben ser “formulados en términos de *aptitudes* que los alumnos habrán de adquirir como resultado.”⁶ No se trata de establecer los objetivos de enseñanza que el docente se fija a sí mismo, sino los objetivos de aprendizaje que se propone lograr *que los alumnos satisfagan* a través de la actividad y programación docente que él les prepara de antemano al efecto.

Los objetivos que deben formularse, por lo tanto, no habrán de estar referidos a los contenidos teóricos que los alumnos “conocerán” o “sabrán,” sino más bien a qué es lo que se propone que sabrán y podrán “hacer” con el conocimiento.

A su vez, resulta conveniente que el primer día de clase el profesor comunique a los alumnos los “objetivos” propuestos y las condiciones de regularidad, las modalidades de trabajo⁷ y de las evaluaciones, etc.⁸

En suma, el primer día el profesor debe entregar el programa completo de actividades de aprendizaje a realizar por los alumnos, los objetivos, los métodos de evaluación, etc.⁹

3. Algunos posibles objetivos generales

Si partimos de la base que la Facultad debe intentar enseñar a ejercer la profesión entonces aquello que el abogado necesita saber hacer es al propio tiempo lo que debería tratar de aprenderse en cuanto alumno o abogado, o transmitirse en cuanto docente.

A título de ejemplo se podría formular como objetivos generales de un curso, que en virtud del cumplimiento *por los alumnos* de las *actividades de aprendizaje* que programa el profesor, aquéllos se capaciten para:

1º) Efectuar el análisis razonado y crítico de los principios teóricos, pudiendo argumentar y debatir seria y fundadamente distintas posiciones posibles.¹⁰

⁴ Aquellos que no trabajamos en la docencia bajo el régimen de la dedicación exclusiva, con todo, podríamos reflexionar sobre la siguiente afirmación de una docente: “Yo estudié gratis en la escuela y Universidad del Estado, y creo que tengo una deuda moral con la sociedad, de enseñar gratis lo que aprendí de ese modo.”

⁵ Para el problema de la cantidad de alumnos se encontrarán métodos adecuados en los caps. XV y XVII, última parte, además de algunas reflexiones sobre el posible rol del docente en la cuestión. En el cap. XVIII hacemos referencia también a otras dificultades de este tipo de cambio.

⁶ En tal sentido, el art. 7º de la res. 16.041/85.

⁷ El art. 7º de la res. 1.391/86 enuncia algunos de los trabajos que pueden requerirse al efecto, que resumen y complementan los contemplados en los arts. 3º y 4º de la res. 16.041/85.

⁸ Así lo prescribe, por lo demás, el art. 5º de la Res. 1.391/86.

⁹ Ampliar *infra*, cap. XVII.

¹⁰ Para algunos ejemplos, ver *infra*, cap. IV, § 5 y ss.

2º) Adquirir la aptitud de aplicar tales conocimientos teóricos al conocimiento y resolución de casos concretos de la realidad práctica profesional *lato sensu*: Abogados consultores o litigantes, funcionarios que informan, dictaminan o deciden, magistrados, funcionarios judiciales, legisladores.¹¹

3º) Desarrollar la aptitud de aprehender con exactitud los detalles y particularidades de hecho de cada caso concreto, y las relaciones entre los hechos, a fin de realizar un enfoque jurídico adecuado.¹²

4º) Entrenarlo en:

a) Plantearse diferentes alternativas de solución o comportamiento frente al caso.¹³

b) Valorar los pros y contras de cada una.¹⁴

c) Elegir la hipótesis que parezca más justa y razonable.¹⁵

d) Fundamentarla adecuadamente frente a los hechos del caso;¹⁶ y

e) En derecho.¹⁷

5º) Entrenarse a enfrentar en el futuro otros casos que no sólo serán diferentes sino que además se presentarán en el contexto de una nueva realidad o una nueva legislación,¹⁸ llevándole entonces a asumir conscientemente un rol activo en los esfuerzos por mejorar el sistema legal y social,¹⁹ y a saber adaptarse a los cambios tecnológicos y sociales del futuro.²⁰

6º) Estimular su espíritu crítico y creador, ejercitarlo en la formulación de hipótesis o conjeturas imaginativas y nuevas a propósito de casos concretos,²¹ y en la refutación o fundamentación de ellas, efectuando argumentaciones fácticas y jurídicas apropiadas.²²

7º) A través de los objetivos precitados pueden percibirse otros igualmente convenientes o indispensables tales como:

a) Desarrollar su aptitud para comunicarse y expresar con eficacia sus ideas tanto oralmente como por escrito, judicial y extrajudicialmente.

¹¹ Esto puede hacerse con documentos (cap. II), fallos (cap. IV), casos (caps. V y VI), experiencias (cap. XVI, § 1 a 4), textos normativos (cap. III), etc.

¹² Para algunos ejemplos, *infra* cap. IV, § 3 y 6; cap. V; cap. XV, § 21; cap. XVI.

¹³ Cap. VI, § 5.

¹⁴ Cap. VI, § 9.1.

¹⁵ Ampliar *infra*, cap. VI, § 6.

¹⁶ *Infra*, cap. V, § 1 y 6; cap. VI, § 6, 7 y 8.

¹⁷ *Infra*, cap. VI, § 9.2; cap. XII.

¹⁸ *Infra*, cap. III, cap. V, § 6 y cap. VI, § 7.

¹⁹ Para un planteo de algunos de estos interrogantes, ver ROWLES, JAMES P., "Toward Balancing the Goals of Legal Education," *Journal of Legal Education*, 1981, vol. 31, pp. 375 y ss.

²⁰ ROWLES, *op. cit.*, pp. 397 y 398.

²¹ *Infra*, cap. III, § 3.1.; cap. IV, § 3 a 8; cap. VI, § 4 y ss.

²² *Infra*, cap. IV, § 6 y 7; cap. VI, § 9; caps. VIII a XII.

b) Seleccionar información determinando posteriormente su importancia y efectos, estructurándola, ordenándola;

c) Entrevistar y tratar clientes y contrapartes.

d) Negociar, organizar estrategias, establecer prioridades, preparar documentos, celebrar contratos.

e) Conocer, asumir y saber aplicar normas de ética, conducta y responsabilidad profesional y social, etc.²³

8º) Se podría agregar el reconocer, investigar y utilizar otros campos del conocimiento que son necesarios en diferentes aspectos de la profesión, por ejemplo:

a) Psicología para el juicio oral, testigos, absolución de posiciones;

b) Psiquiatría y medicina para el penalista;

c) Economía para el abogado empresario;

d) Ciencia política y administración para el funcionario público.²⁴

9º) Sería también importante que:

a) Identifique la responsabilidad individual y colectiva que le cabe a la profesión por la calidad de justicia provista por el sistema legal y la sociedad en su conjunto;²⁵ y

b) Pueda trasladar esa responsabilidad a su conducta profesional, grupal, asociativa en los colegios profesionales, y así sucesivamente.

4. Los métodos y sus requisitos mínimos de seriedad

En todos los métodos que de algún modo importan la posibilidad de discutir, participar, crear, innovar, habrá siempre algún porcentaje de personas que puedan confundirlos con improvisación, afirmaciones sin fundamento, discusiones sin sentido y a veces hasta sin convicción o sólo por divertirse, hacer algo “novedoso” pero sin propósito o logro de aprendizaje, o actitudes similares.

En tal hipótesis, si se optara por las evaluaciones con casos y a libro abierto,²⁶ ellas resultarán fracasos de los alumnos, que algunos pretenderán imputar a una mala aplicación de la metodología; importa por ello precisar sus condiciones de funcionamiento.

1º) Por de pronto, es necesario que el profesor transmita y explicita el primer día del curso, al entregar la programación de la *totalidad* de las clases, cuáles

²³ Puntualiza ROWLES, *op. cit.*, p. 386, que este último grupo de objetivos casi no es tratado ni siquiera en las mejores Facultades de Derecho de los Estados Unidos. Entre nosotros, probablemente ninguno de los enumerados en este punto 7 y no sólo los últimos.

²⁴ Algo de esto se enseña en Estados Unidos, según comenta ROWLES, *op. cit.*, p. 379, pero con limitaciones importantes, pp. 383-385.

²⁵ ROWLES, *op. cit.*, pp. 390, 392, 392, 395, 397, quien destaca críticamente que este objetivo no es perseguido ni por ende logrado en su país. Lo mismo cabe decir del nuestro.

²⁶ *Infra*, cap. XVII, § 2 a 5.

son los *trabajos* de aprendizaje que ellos deberán realizar y en su caso escribir y traer hechos y entregar *cada día* (o, si esto parece muy exigente, día por medio, o cada semana; menos de eso ya nos parece insuficiente), *antes* de comenzar la clase, como condición indispensable a su participación en discusiones, trabajos grupales, etc., de ese día.

Para que el alumno pueda entonces resolver si éste es el tipo de formación que desea encarar, es necesario que los trabajos estén *todos programados al iniciarse el curso*, lo cual evita también la tentación de tomar luego “al azar” temas de actualidad aparecidos “en el diario” del día, lo que implica el posible riesgo de una inadecuada preparación metodológica del profesor para el aprendizaje del alumno en dicho tema, a menos que el profesor sea muy formado²⁷ metodológicamente.

2º) La no realización eficaz y en tiempo oportuno de tales trabajos debería así ser causal suficiente para que el alumno quede automáticamente excluido de participar en la clase correspondiente y aún hasta de rendir los exámenes parciales²⁸ y finales, y desde luego de aprobar la materia por este procedimiento.

A lo sumo se puede dejar como vía de escape que el que no haya cumplido las tareas de aprendizaje pueda rendir entonces un examen teórico de la materia, permitiéndole revertir al método tradicional. Es opinable dar o no esta alternativa, pero no lo es que *no puede permitirse participar ni cursar al alumno que no realiza día a día las tareas de aprendizaje programadas*.

Si el profesor permite que los alumnos vengan a improvisar en la clase, sin haber previamente analizado los materiales y preparado los trabajos indicados, condena al fracaso la experiencia de ellos, pues será inexistente. Podrá tener muchísimos inscriptos, atraídos entonces por espúreas ideas de que así se aprueba fácil, pero no genuinos discípulos de un método diferente.

3º) Es indispensable que los alumnos hayan leído detenidamente los fallos y materiales, resuelto los casos, preparados los escritos, realizadas las experiencias, etc., indicados para *cada* clase, a fin de asegurar una discusión útil y no superficial, que evite fomentarles la errónea idea de que todo es cuestión de “ingeniárselas,” “argumentar,” etc., sin haber previamente *estudiado* detenidamente los hechos y derecho que son materia de discusión.

4º) Los alumnos deben estar *todos* preparados para participar y entrar en la discusión si son llamados, excluyendo el sistema de ofrecerse voluntariamente, lo cual reduce la participación a un mínimo e impide un aprendizaje de todos.

²⁷ O creativo, hábil, ducho, etc., metodológicamente.

²⁸ Puede exigirse desde un mínimo del 75 por 100 hasta el 100 por 100. La experiencia nos indica que para evitar cálculos y especulaciones, la segunda alternativa es preferible, y asegura la unidad y coherencia de ejecución de la programación.

Buen alumno no es el que levanta la mano o habla por su cuenta irrumpiendo en el curso de la actividad, sino el que hace todos los trabajos, participa cuando corresponde en forma constructiva²⁹ y realiza buenas pruebas de evaluación.

5º) El profesor debe evitar la tentación de trabajar sólo con aquéllos que parecen seguir mejor el curso: Debe procurar que *todos* realicen iguales tareas de aprendizaje y participen útilmente, bajo su dirección y control, en la discusión del trabajo programado.

6º) Si se produce el caos en la clase, es el profesor quien debe corregirlo.³⁰ Pensamos que no debe permitirse el caos, ni manifestaciones parciales de él, por ejemplo que cuando un alumno expone, otros conversen. El arte es lograrlo amablemente, pero con autoridad, máxime ante un alumnado y una sociedad poco habituada al diálogo, a escuchar a los demás, a respetar las ideas, a la verdadera disciplina interior. No es pues equilibrio fácil de lograr, ni nos preciamos de haberlo obtenido.

5. Los métodos de aprendizaje y objetivos particulares

Comentaremos en los caps. siguientes algunos métodos de aprendizaje y los objetivos particulares que pueden corresponder a cada uno de ellos. Lógicamente, corresponde al lector determinar cuál es su grado de aplicabilidad o inaplicabilidad en cada materia, y proceder a su adaptación a la situación particular en la cual se encuentra.

En base a sus diferentes problemas metodológicos distinguiremos el análisis de *a)* documentos, *b)* textos normativos, *c)* fallos, *d)* realización de casos, *e)* clase activa y clase magistral, *f)* trabajo grupal, *g)* realización de experiencias, vinculando luego todo con las evaluaciones y la programación global anticipada.

No se trata de compartimientos estancos, y hay técnicas que no sólo pueden sino que *deben* usarse simultáneamente en una misma actividad. Nosotros preferimos aplicar los distintos métodos en forma concurrente a propósito del análisis de casos, por lo cual se nos excusará que ese punto tenga extensión y referencias bibliográficas mayores. Es también, quizás, el aspecto metodológico que más debates de fondo, y no sólo de forma, puede suscitar.

En cualquier caso, destacamos la importancia de la variedad en el aprendizaje como uno de los elementos que llevan al pensamiento creador e innovativo³¹ que

²⁹ Diciendo lo preciso, no discursando, no inventando, no hablando con palabras huecas o retóricas; no cayendo en la propensión “a la vacuidad y a la altisonancia” que menciona GENARO CARRIÓ en su prólogo a la obra de FÉLIX S. COHEN, *El método funcional en derecho*, Abeledo-Perrot, 1962, p. 9; para no adquirir más tarde “esa solemnidad propia de quien se siente íntimamente inseguro del valor y significado de lo que está haciendo.” (*Op. cit.*, p. 8.)

³⁰ Por cierto, hay corrientes en psicología que sostienen exactamente lo contrario, por ejemplo las experiencias de CARL ROGERS en Brasil; pero éstas se dieron fuera de un contexto de aprendizaje formal.

³¹ Sobre este tema volvemos en los caps. VIII a XII.

la enseñanza debe tratar de promover en el alumno, y que el abogado necesita en su trabajo, se lo haya dado o no la Universidad.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOCUMENTAL

SUMARIO

1. Objetivos particulares relativos a documentos	Mét-II-1
2. Clases de posibles documentos	Mét-II-2
3. Estadios de elaboración de los documentos.....	Mét-II-2
4. Algunos ejemplos documentales	Mét-II-2
5. Expedientes; carpetas (<i>dossiers</i>); <i>Problem Method</i> . Remisión	Mét-II-4
5.1. Expedientes administrativos o judiciales	Mét-II-4
5.2. Carpetas de antecedentes o <i>dossiers</i>	Mét-II-5
5.3. <i>Problem Method</i>	Mét-II-5
5.4. El alegato del propio expediente	Mét-II-6
5.5. Observaciones comunes.....	Mét-II-6

Capítulo II

ANÁLISIS DOCUMENTAL

1. *Objetivos particulares relativos a documentos*

El estudio de normas o problemas jurídicos se torna abstracto y difícil de seguir y comprender por el alumno, si no tiene en la mano el objeto documental sobre que versa la discusión: Escuchar, leer o hablar del cheque sin tenerlo a la vista, del contrato de obra pública sin *verlo*,¹ del pliego de licitación sin hojearlo, del *warrant* sin tenerlo a la vista, de la hipoteca sin tener una para ver cómo es y qué cláusulas lleva, de títulos de la deuda pública sin haber visto nunca uno, etc.

El abogado que una vez recibido vea por primera vez en su vida un cheque, un título público, un contrato administrativo, un pliego de licitación, una hipoteca, un boleto de compraventa, tal vez sentirá una cierta sensación de frustración y desaliento sobre la formación previa que recibió. A la inversa, el estudiante que vea ya en su carrera parte de aquello sobre lo cual deberá trabajar después, tendrá un mayor nivel de interés y motivación, mejorando su aprendizaje creativo.²

Por ello es indispensable que en la enseñanza de toda materia que tenga documentos a los cuales ella se aplique en la vida diaria, el docente formule objetivos específicos de aprendizaje para sus alumnos, a propósito de tales documentos; por ejemplo que el alumno se entrene en:

- 1º) Primero, identificarlo jurídicamente, o sea, saber de qué documento se trata.
- 2º) Luego, estudiarlo con minuciosidad y detenimiento en todo su contenido.
- 3º) Estudiar conjuntos documentales (por ejemplo, un expediente, un *dossier* o carpeta,³ etc.), a fin de establecer las adecuadas relaciones entre ellos, su jerarquización, ordenamiento, etcétera.

¹ Como veremos más adelante, la visión u observación de un documento importa una actividad cerebral diferenciada (cap. VIII, § 8), que facilita el recuerdo (cap. XV, § 2.3), y al importar una variación de actividad eleva la atención. (Cap. IX, § 5.) Trabajar con tales documento importa asimismo una variedad de experiencias que es propicia al desarrollo creativo. (Cap. IX, § 5.2.)

² Ampliar *infra*, cap. IX, § 2 y 3.

³ Tratamos el tema en el § 5.2.

4º) Reconocer lo principal y lo secundario del documento —tanto individualmente como dentro de un expediente o *dossier*—, a los efectos del análisis jurídico en cada caso concreto.

5º) Identificar eventuales errores o falencias del documento; determinar los aspectos relativos a sus posibles vicios, validez o grados de invalidez, consecuencias jurídicas, etc.

6º) Redactar nuevos documentos, en situaciones aisladas o en el contexto de un conjunto documental.

2. Clases de posibles documentos

La cantidad de documentos posibles es tan extensa como la experiencia misma del derecho, y podría agrupárselos en:

- a) Documentos considerados individualmente.
- b) Conjuntos documentales (expedientes administrativos y judiciales, carpetas de antecedentes.)
- c) Sentencias.
- d) Textos normativos oficiales (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, disposiciones, ordenanzas, etc.)

Por su especificidad, al análisis de sentencias le dedicaremos el cap. IV,⁴ y a los textos normativos el cap. III. Nos referiremos aquí a los documentos del grupo a), que ejemplificamos en el § 4, y haremos una introducción a los conjuntos documentales en el § 5.

3. Estadios de elaboración de los documentos

1º) Los documentos pueden ser materia de trabajos de aprendizaje en sus distintas fases de elaboración:

- a) Documentos reales *ya existentes* en el mundo jurídico.
- b) *Proyectos* que se someten para el mejoramiento o la crítica.
- c) Documentos que el mismo alumno debe *crear* sin borrador alguno previo.

2º) Como ya dijimos, en los tres casos el documento puede ser dado para trabajar en forma autónoma, o como parte de un conjunto documental real o preparado al efecto.

4. Algunos ejemplos documentales

Podemos considerar para su uso por los alumnos:

⁴Lo hemos complementado posteriormente con el cap. V, “Cómo leer una sentencia,” en nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y también en www.gordillo.com, donde se encuentran disponibles gratuitamente las versiones castellana, inglesa y francesa.

1º) Contratos públicos⁵ y privados, civiles,⁶ comerciales⁷ o de cualquier otra disciplina;⁸

2º) Actos jurídicos unilaterales de derecho público.⁹

3º) O privado.¹⁰

4º) Instrumentos típicos de derecho comercial o empresario (cheques, pagarés, letras de cambio, estatutos de sociedades, contratos de sindicación de acciones; acciones ordinarias y preferidas, rescatables y no rescatables, bonos convertibles o debentures, libros de comercio, balances, etc.); o que tienen importancia en la vida práctica del comercio (documentación de exportación e importación, reembolsos, retenciones, pedidos de nuevos precios, etc.)

5º) Instrumentos que aparecen en la experiencia del derecho financiero, empresario, bancario, política económica y materias afines: títulos de la deuda pública interna y externa, contratos de capitalización de la deuda externa, solicitudes de radicación de inversiones extranjeras, etc.

6º) Otros instrumentos que interesan también al derecho financiero, administrativo, política económica, etc.: Secciones del presupuesto nacional, de la cuenta de gastos y recursos, contratos de crédito externo, planes de promoción industrial o de desarrollo, decretos de promoción industrial, etc.

7º) Actos notariales frecuentes (escrituras públicas, actas de constatación, certificaciones de firmas, protocolización de instrumentos privados, etc.); actos técnicos que interesan para determinadas transacciones jurídicas: Mensuras, tasaciones o valuaciones, planialtimetrías, cartografías, pericias contables, actuariales, médicas, arquitectónicas, etc.

8º) Todos los instrumentos que contienen los actos procesales de los abogados litigantes: Demanda, demanda conjunta, citación de terceros, contestación de demanda y de citación de terceros, introducción de tercerías, interdictos de adquirir o retener, pedidos de excarcelación, solicitud de medidas de no innovar e innovativas, ofrecimiento y constitución de caución o contracautela, ofrecimiento

⁵ Suministro, obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, etc., más otros de las demás ramas del derecho público.

⁶ Hipoteca, locación de cosas, obras o servicios, anticresis, compraventa, donación, boletos de compraventa, prendas con registro, etc.

⁷ Constitución de sociedades, fusión, escisión y disolución de sociedades, diferentes contratos con entidades financieras y bancarias, contratos de distribución, concesión, licencia, transferencia de tecnología, prenda con registro, *warrants*, etc.

⁸ Contratos de arrendamiento a aparcería rural, concesiones mineras, etc.

⁹ Certificados de libre deuda, permisos de embarque, guías de tránsito, conformes de embarque, actas de inspección o infracción (incluyendo el descargo o reservas formuladas), determinaciones formuladas de oficio, y toda clase de resoluciones, disposiciones, decretos, etc., de carácter particular y concreto.

¹⁰ Reglamentos de copropiedad, testamentos, legados, certificaciones de firmas, emancipación de menores, pago bajo protesto, reserva de intereses, constitución en mora, recibos, etc.

de prueba, pliegos de preguntas para testigos y para absolución de posiciones, puntos de pericia, objeciones a una pericia, alegato, apelación, memorial, recurso extraordinario, recurso de queja, etc.

9º) Actos procesales del tribunal.¹¹

10º) Escritos administrativos,¹² incluso escritos en sede administrativa que se realizan en ocasión de operaciones comerciales (ante la Comisión Nacional de Valores, Bolsa de Comercio, Banco Central de la República Argentina, bancos oficiales, etc.)

11º) Notas o cartas extrajudiciales, intimaciones, telegramas y cartas-documento; cartas de lectores o solicitadas, etc.

12º) Documentos de interés para el derecho laboral: Convenios colectivos de trabajo, contratos individuales, planillas de sueldos, jornales y contribuciones empresarias, recibos, telegramas laborales, presentaciones al Ministerio de Trabajo, actas y homologaciones del Ministerio, etc.

Desde luego, la lista no es sino ilustrativa: Cada docente conoce cuáles son los documentos más frecuentes o importantes en la experiencia del derecho en su disciplina, y cuáles son los que corresponden a los contenidos mínimos de su materia, al lugar que ésta ocupa en el plan de estudio, la duración del curso, etc.

5. *Expedientes; carpetas (dossiers); Problem Method.*

Remisión

Enunciamos aquí variantes de aprendizaje que emplean conjuntos documentales. Las situaciones y los métodos son diferentes en cada hipótesis, según explicaremos a continuación, y por lo general resultan aptos para experiencias más complejas, a las que nos remitimos en el § 5.3., *in fine*.

5.1. *Expedientes administrativos o judiciales*

En esta alternativa se consigue un expediente real,¹³ administrativo o judicial, y se lo dá para realizar alguna de las tareas antes mencionadas, o para estudiar el problema en el estado procesal en que se encuentra, redactando el proyecto de texto normativo,¹⁴ escrito profesional, dictamen, providencia, sentencia, etcétera, que corresponda.

En el segundo caso se trata ya de la hipótesis que explicamos en los caps. V, VI y siguientes, a los cuales nos remitimos.

¹¹ Exhortos, sentencias interlocutorias, providencias simples, vistas fiscales, dictamen fiscal, etc.; embargos, lanzamientos, remates, autos de prisión preventiva y excarcelación, etc.

¹² Recursos de reconsideración, jerárquico,alzada, denuncia de ilegitimidad, etc.; reclamos; denuncias; meras peticiones.

¹³ En original o fotocopia.

¹⁴ § 3.5. del cap. III.

También se puede utilizar el expediente de un proceso terminado para mejor comprender y discutir el fallo que lo resuelve,¹⁵ conforme al método descrito en el cap. IV.

5.2. *Carpetas de antecedentes o dossiers*

El docente prepara una carpeta de antecedentes, que pueden ser todos reales o no,¹⁶ y la entrega a los alumnos con la misma doble alternativa expuesta anteriormente en el caso de los expedientes.

Empleamos el término *dossier* porque éste es uno de los métodos empleados con frecuencia por la Escuela Nacional de Administración de Francia, con un sensible éxito. En dicha Escuela la enseñanza está dirigida a actuales o futuros funcionarios públicos, por lo que el *dossier* supone un conjunto de antecedentes que se le dan para estudiar y proponer alguna solución, texto normativo, dictamen, etc.

Según lo que se quiera plantear, la carpeta puede contener documentación de la más diversa índole, incluyendo no solamente instrumentos jurídicos, sino también informes técnicos, cuadros estadísticos, formularios, ilustraciones, gráficos, croquis, mapas, fragmentos de libros, arts. de revista, proyectos, folletos, entrevistas, notas periodísticas, legajos, expedientes, etc.

El conjunto documental en carpetas se combina con las otras técnicas, como explicamos en el acápite anterior.

5.3. Problem Method

Bajo este nombre se emplea en Estados Unidos un método de aprendizaje por el cual se elige un problema de gran complejidad e importancia (la construcción de una represa hidroeléctrica, una usina atómica, etc.) y se lo estudia a lo largo de un curso completo, tanto a partir de documentación que se proporciona inicialmente, como a través de la acumulación informativa de toda especie que obtengan los alumnos durante el curso.

Su objetivo, lo mismo que en el caso anterior, es que el alumno analice el problema como unidad global, considerando no solamente todos los problemas jurídicos que el mismo supone, sean ellos de derecho público o privado, nacional o internacional (para que vivencie la unidad del derecho y la multiplicidad de problemas de cualquier situación compleja), sino también los problemas técnicos, económicos, sociales, ambientales, políticos, etc., que el problema acarrea, a fin de formular una aproximación integral al problema planteado.

En una variante menor, se puede entregar en forma paralela a otras actividades del curso un caso de menor complejidad para ser estudiado en grupos y desarrollado parcialmente a través de sucesivas clases.

¹⁵ Una divertida anécdota al respecto puede verse en FELIX S. COHEN, *El método funcional en derecho*, op. cit., p. 110, nota 79.

¹⁶ Es decir, en parte reales y en parte ficticios, o todos imaginados.

El grado de motivación que alcanzan los alumnos es a veces muy alto, como así también puede llegar a ser profundo e interesante el campo de investigaciones empíricas que realizan a propósito del problema.

5.4. *El alegato del propio expediente*

Otra variante, que utilizamos en derecho administrativo y tal vez puedan experimentar otras disciplinas, es que los alumnos vayan presentando sus diversos trabajos de aprendizaje a través de escritos que se van incorporando a un expediente *real* de su desempeño en el curso.

En este modo, sin perjuicio que los parciales sean sobre casos u otros trabajos de aplicación, y lleven su correspondiente nota, el examen final puede anunciarse desde el primer día de clase que consistirá en la preparación de un *alegato* sobre el mérito de la prueba de su propio expediente —que no es otra que la realización eficaz y en tiempo de los trabajos de aprendizaje que le fueron encomendados en la programación—, para aprobar el curso y como oportunidad procesal legítima de alegar cuanto sea pertinente.

Con este procedimiento el alumno se entrena en preconstituir y producir oportunamente la prueba que necesitará tener incorporada al expediente para el momento de alegar, y si ha trabajado eficazmente en la producción de dicha prueba su examen final podrá incluso traerlo preparado de su casa, sin angustias y con tiempo.

Será un trabajo de *alegato* en sentido estricto, pues luego de él los profesores dictarán el acto administrativo de calificación que estimen corresponda, según la prueba aportada y el mérito del alegato sobre la misma.

5.5. *Observaciones comunes*

Es conveniente que el alumno realice algún ejercicio de aprendizaje con conjuntos documentales de cualquier índole, pues ello le ayuda a acostumbrarse a manejar simultáneamente mayor cantidad de información que la que le proporciona un caso simplificado del tipo de los que hay que dar al comienzo de un curso, si el educando no tiene entrenamiento previo en este tipo de aprendizaje.

La utilización de uno u otro, el grado de complejidad y tiempo asignado a cada uno, etc., es interdependiente del tipo de enseñanza que se esté dando en la Facultad o hayan tenido previamente los alumnos específicos de que se trate. A mayor preparación previa en estos métodos, mejores posibilidades de aprovechar experiencias más complejas.

De todos modos, corresponde señalar que a menos que el trabajo se limitara sólo a la consideración de los primeros objetivos expuestos en el presente cap., es indispensable utilizar estos conjuntos documentales a la luz de la problemática más general de los casos (V y VI), preparación de textos normativos (III, § 3.5),

juntamente con experiencias directas de investigación (XVI, § 1 a 4) y trabajos grupales. (XV, § 5 y ss.)

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE TEXTOS NORMATIVOS

SUMARIO

1. Objetivos particulares	Mét-III-1
2. Posibles textos normativos.....	Mét-III-2
3. Algunos métodos para textos normativos.....	Mét-III-4
3.1. La razonabilidad de la norma	Mét-III-4
3.2. La interpretación de la norma	Mét-III-4
3.3. La aplicación de la norma a un caso	Mét-III-5
3.4. El trabajo sobre normas tradicionales	Mét-III-5
3.5. La redacción de un texto normativo.....	Mét-III-5

Capítulo III
ANÁLISIS DE TEXTOS NORMATIVOS

1. Objetivos particulares

En este método se trata de que el alumno aprenda a realizar *sólo* con textos normativos diversas operaciones en las cuales *no* utilice el auxilio de la doctrina ni la jurisprudencia.¹

Los objetivos particulares pueden ser que el alumno se entrene en:

- a) Encontrar.
- b) Leer.
- c) Manejar y consultar rápidamente.
- d) Coordinar los diversos arts., incisos, párrafos, etc.
- e) Interpretar; y
- f) Aplicarlos, preferentemente aquellos en que no exista o sea de difícil acceso —y por lo tanto impráctico buscarlo— el auxilio de la doctrina o de precedentes.

Obviamente no ha de hacerse más de algunos ejercicios aislados, y prontamente convendrá incorporarlos al conjunto de métodos de trabajo de interpretación que el alumno deberá conjugar para resolver problemas de derecho. También es posible por ello no darlos en forma aislada, sino como parte de otros trabajos, en los cuales deban de todos modos realizar análisis de textos normativos: Por ejemplo, en la resolución de casos, análisis de fallos, redacción de escritos, etc.

En efecto, uno de los modos en que el estudiante de derecho accede al conocimiento e interpretación de la norma es a través de la doctrina (libros, arts., etc.) y la jurisprudencia; esto debe sin duda aprender a manejarlo y lo hará a través de la solución de casos.

Sin embargo, a partir del momento que se reciba y en las décadas que le restarán de ejercicio profesional, invariablemente se producirán cambios en la

¹Las ventajas de estas tareas son análogas a la indicadas en las notas 1 y 2 del cap. II y sus remisiones.

legislación de fondo y de forma, que deberá aplicar en la resolución de casos *sin* el auxilio de la doctrina o la jurisprudencia.

No podrá decirle a un cliente: “Disculpe, no hay aún comentarios publicados, no hay jurisprudencia ni precedentes, por lo tanto no sé qué opinar de cómo se resuelve este asunto frente a las nuevas normas.” La situación es la misma para el funcionario administrativo o el magistrado judicial: La ausencia de doctrina o precedentes no le excusará de la necesidad de interpretar y aplicar la norma nueva.

2. Posibles textos normativos

A título enunciativo, mencionamos a continuación posibles textos que pueden resultar útiles para trabajar en el aprendizaje de algunas materias.

1º) Derecho administrativo: Las múltiples reglamentaciones que emiten las reparticiones públicas y el Poder Ejecutivo nacional, a más de las nuevas leyes administrativas que se sancionan a menudo.

2º) Derecho bancario, financiero y comercial empresario: Circulares, resoluciones, comunicados telefónicos, etc., del Banco Central de la República Argentina, que por su velocidad de modificación raramente alcanzan a tener algún comentario a tiempo.

3º) Derecho tributario: Leyes y renovadas reglamentaciones de la A.F.I.P., que siempre obligan a efectuar interpretaciones “de urgencia.”

4º) Derecho social y del trabajo: Leyes laborales nuevas, decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones del Ministerio, convenciones colectivas de trabajo sobre aspectos en los cuales puedan no existir precedentes concretos.

5º) Derecho aduanero: Las ordenanzas de aduanas y demás modificaciones normativas en materia de importación y exportación, retenciones, reembolsos, tasas, tributos, (todos los cuales interesan también al derecho empresario, tributario, administrativo, etc.)

6º) El derecho marítimo: Mutaciones legislativas y administrativas sobre operación portuaria, navegación, etc. El proyecto existente sobre ley de puertos, de ser sancionado por el Congreso, introducirá asimismo importantes novedades en el tema.

7º) En lo que hace a los derechos humanos, y sin perjuicio de las discusiones entre el campo de los derechos humanos, internacional, constitucional, administrativo, procesal, penal, civil, etc., sobre la intervención que a cada uno de ellos le cabe en la materia, todos sin excepción se encuentran y se encontrarán por muchos años frente al problema concreto de cómo interpretar y aplicar en el caso, por lo menos, la Convención Americana de Derechos Humanos.

8º) Si bien el texto constitucional es más que centenario, dado su carácter abierto su interpretación se actualiza con el tiempo, tanto en los Estados Unidos como en nuestro país. Nunca estará de más que los alumnos trabajen sobre su texto.

La necesidad de que el alumno se entrene en interpretar y aplicar *ex novo* sus disposiciones, desde luego, será mucho más aguda si se produce en el futuro la anunciada reforma de la Constitución.

9º) El derecho penal, procesal, civil, están cíclicamente en proceso de modernización de parte de sus disposiciones, en las cuales el problema del análisis y aplicación del texto normativo nuevo también puede resultar indispensable en la profesión, y por ende conveniente en el aprendizaje.

10º) ¿Qué ocurre con materias, o parte de ellas, en las cuales determinadas normas son más estables y están más consagradas por el tiempo? El ejemplo clásico, aunque no necesariamente válido al momento de escribir este trabajo, es el derecho privado, civil y comercial. Al respecto podemos distinguir tres supuestos:

a) Siempre existirá algún punto de la legislación vigente que no ha sido todavía tratado con un alcance o aplicación determinada, y allí podrá llevarse a cabo esta índole de ejercicio.

b) De todos modos, aún si las normas cuentan con precedentes de toda índole, el análisis aislado de textos puede ser un modo de ayudar al alumno a razonar creativamente: Basta recordar cómo la Corte Suprema de Justicia ha innovado en una interpretación constitucional implícita centenaria de las normas prohibitivas del divorcio, o el cambio de la Corte de Estados Unidos al declarar inconstitucional la secular segregación racial, y nada impide excluir que pueda también pensarse innovativamente frente a otras normas.

c) También hay en estas materias, por fin, cambios normativos que producen la situación descrita para otras: Leyes de divorcio, igualación de los hijos, derechos personalísimos, personas minusválidas, adopción, etc.

11º) Los cambios que el mundo discute, sea en materia de prohibición de fumar, transplante de órganos, medidas sanitarias compulsivas a adoptar o medidas de apoyo o prohibición a propagandas y difusión realizados a partir de nuevas gravísimas enfermedades pandémicas, cesación de los apoyos médicos a enfermos vegetativos o terminales, tutela del medio ambiente, derechos difusos, etc., siempre pueden dar lugar a discusiones en que el alumno deba aprender a manejar textos nuevos sin precedentes adecuados de fácil consulta o específica utilidad.

3. Algunos métodos para textos normativos

3.1. La razonabilidad de la norma

Se pueden plantear debates sobre argumentos en pro y en contra de la constitucionalidad de la norma, su razonabilidad intrínseca, sustento fáctico suficiente, proporcionalidad de los fines perseguidos por el legislador en relación al sustento fáctico, adecuación de los medios elegidos al fin propuesto, proporcionalidad y racionalidad de los medios, etc.

Cada uno de esos supuestos puede ser abierto por el docente en numerosos cuestionamientos: ¿En caso de duda en cuanto a la constitucionalidad de esta norma, cómo cabe interpretarla? ¿La situación es la misma si se trata del Poder Ejecutivo que del Poder Judicial o el Poder Legislativo? ¿Y si es un particular?

¿La constitucionalidad depende de la confrontación con la norma constitucional, o hay que analizar también los hechos? ¿Esta norma tiene sustento fáctico suficiente? ¿Cuál era el sustento fáctico y las valoraciones sociales a la época de la sanción de la norma constitucional o legal, y cuáles son ahora? ¿Qué medidas de prueba sería necesario producir o concebir para determinar si lo tiene?

¿El objetivo legal es proporcionado al sustento fáctico de la ley? ¿Los medios empleados son proporcionados al fin? ¿Ha variado la situación de hecho tenida en cuenta por el legislador y la existente a la fecha? ¿De qué modo? ¿Puede ello influir en la decisión interpretativa? ¿Debe influir? ¿Hasta dónde?

3.2. La interpretación de la norma

Se pueden introducir preguntas concretas a los alumnos sobre la forma de interpretar un texto determinado: ¿Cuál es el significado de esta norma? ¿Cuál es su ámbito de aplicación?

¿Es claro y categórico el principio que enuncia? ¿Corresponde interpretarlo en forma restrictiva o extensiva?

¿Cómo influye el sustento fáctico —o carencia o inadecuación de él— sobre la interpretación de la norma que usted hace?

¿Cuál ha sido la intención del autor de la norma? ¿Con qué fuentes de información da respuesta a la pregunta anterior? ¿Tienen diferente importancia las distintas fuentes de información respecto a la intención contemplada por el autor de la norma? ¿Debe ello influir su interpretación de la norma? ¿Con qué alcances? ¿Siempre? ¿Interesa saber cuál ha sido la intención del autor de la norma? ¿Por qué? ¿Con qué alcance? ¿Hasta cuándo?

¿Cómo se integra la interpretación a que usted llega con el resto del sistema normativo? ¿Es su interpretación congruente con la garantía constitucional de razonabilidad? ¿Es socialmente valiosa? ¿Le parece justa? ¿Cree que la sostendrá en el futuro? ¿Piensa que será receptada jurisprudencialmente?

¿Ha habido en la especie un exceso en el ejercicio de la potestad legislativa o reglamentaria, o de las facultades del órgano público o privado de que se trate? ¿Por qué? En caso afirmativo, ¿debe aplicarse la norma? ¿Por qué? ¿Qué consecuencias pueden traer tanto la aplicación como la inaplicación de la norma, en el supuesto indicado, a quien lo hace? ¿Es esto valioso o disvalioso? ¿Por qué? ¿Qué consecuencias acarrea para la sociedad una y otra alternativa?

Sobre el tema de las “respuestas” del profesor a sus propias preguntas, ver el cap. IV, § 8 y sus remisiones.

3.3. *La aplicación de la norma a un caso*

Se pueden plantear casos reales o imaginados en los cuales sea necesario resolver si la norma se aplica o no, y en caso afirmativo cómo se la interpreta en la solución del caso concreto. En este supuesto se están combinando dos métodos, lo cual es bueno: El objetivo final es que todos los métodos de trabajo hayan sido ensayados y puedan ser empleados al mismo tiempo por el alumno en el proceso de aprendizaje.

Para esta combinación metodológica nos remitimos a los caps. V y VI.

3.4. *El trabajo sobre normas tradicionales*

Ya vimos que aun contando la norma con antecedentes abundantes, siempre se puede ejercitar al alumno en este tipo de ejercicio: Si la carga de trabajo que se le programa es adecuada, no le resultará materialmente conveniente recurrir a largas búsquedas de doctrina, y le será preferible, además de más útil como aprendizaje y seguramente más interesante, ver hasta dónde llega con su propia inteligencia creadora. La comparación ulterior con iguales o diferentes soluciones doctrinarias o jurisprudenciales no hará sino enriquecer aún más su razonamiento y aprendizaje.

3.5. *La redacción de un texto normativo*

Puede ser útil algún ejercicio en el cual los alumnos se entrenen en elaborar ellos mismos un texto normativo para resolver determinada cuestión con carácter general o particular, sea en el rol de funcionario público que debe proyectar una norma reglamentaria, o de legislador que debe proponer un determinado proyecto.

Ello puede realizarse por ejemplo a propósito de carpetas o conjuntos documentales, expedientes reales o simulados, etc., como se explica en el cap. II, § 5, pudiéndose aplicar al efecto una combinación de otros métodos de aprendizaje a los cuales remitimos en el § 5.5. *in fine* de dicho cap.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE FALLOS

SUMARIO

1. Objetivos particulares	Mét-IV-1
2. Aproximación metodológica	Mét-IV-4
3. El contexto fáctico suficiente.....	Mét-IV-5
4. El trabajo previo del alumno.....	Mét-IV-5
5. El cuestionario a cargo del profesor.....	Mét-IV-6
6. Preguntas sobre los hechos del caso	Mét-IV-6
7. Preguntas críticas	Mét-IV-7
8. No hay respuestas oficiales del profesor.....	Mét-IV-8
9. Similitudes y diferencias con otros fallos	Mét-IV-9
10. <i> Holding y obiter dictum</i>	Mét-IV-9
11. El seguimiento del razonamiento del alumno.....	Mét-IV-10
12. Otras combinaciones.....	Mét-IV-10

Capítulo IV

ANÁLISIS DE FALLOS

1. *Objetivos particulares*

El análisis de una sentencia judicial¹ puede realizarse en forma simultánea o independiente del estudio de casos: *a)* En una primera hipótesis, se pueden dar los hechos de un determinado caso, hacerlos trabajar y estudiar por los alumnos, y una vez que han arribado a sus propias soluciones, entregarles la sentencia para su análisis crítico; *b)* en otra variante, se puede dar un caso hipotético o real, sin referirlo entonces a sentencia alguna; *c)* se puede tomar la sentencia como una parte fundamental del orden jurídico viviente, y a partir de ella retroceder en la evaluación de los hechos que tuvo en cuenta, del contexto que la rodeó, los pensamientos que la guiaron, las consecuencias que se pueden extraer de ella, etc. Es en este tercer supuesto, en realidad, que se está haciendo análisis de fallos sin casos independientes; también se puede combinar este método con el anterior, analizando primero dos o tres fallos y luego dando a los alumnos un caso hipotético que han de resolver a la luz de lo que han analizado en las sentencias discutidas. Por ello separamos en este cap. el aprendizaje a través de sentencias, y en los siguientes el aprendizaje de las diversas etapas de un caso, tomando entonces no como punto de partida el fallo judicial, sino los hechos que le precedieron.

Contrariamente a lo que algunos suponen, el método socrático de enseñanza de casos en los EEUU no necesariamente tiene que ver con el tipo de derecho que se llama, no siempre con entera propiedad, *common law*; digamos más bien

¹Ver también el cap. V, “Cómo leer una sentencia,” en *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007 y sus versiones castellana, inglesa y francesa que se encuentran disponibles gratuitamente en www.gordillo.com; GARRIÓ, GENARO, “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas),” *LL*, 1989-E, 1131 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. IV, pp. 19-52; BONINA, NICOLÁS, “Lo que los jueces dicen que hacen y lo que efectivamente hacen,” *LL*, 2005-B, 842, y en GORDILLO (dir.), *op. cit.*, t. I, pp. 432-443; SUÁREZ, ENRIQUE L., “Lo hechos de un caso: Cómo se perciben, cómo se valoran,” *LL*, 2002-F, 552, GORDILLO (dir.), *op. cit.*, t. I, pp. 446-52.

que, por la especial atención que se da en Estados Unidos a los precedentes jurisprudenciales, se ha considerado allí indispensable afinar mejor su estudio.

El allí llamado “método de casos” (*Case Method*) es el estudio de sentencias judiciales, que se acompañan con casos hipotéticos que se van entregando para su solución a los alumnos. El examen es a libro abierto y sobre un caso hipotético. Este sistema se utiliza sobre todo en el primer año de la carrera,² y en los años sucesivos se pasa a utilizar otros métodos, tales como el *Problem Method*,³ la simulación de roles,⁴ trabajo de campo,⁵ etc., más una cantidad limitada y formal de cursos interdisciplinarios.⁶

Por supuesto, el análisis de fallos no tiene por objeto que el alumno “aprenda” qué dijo el Procurador General de la Nación, o repita los argumentos de los votos de la mayoría o minoría, sino razonar en derecho a partir del fallo.

Existen antecedentes de interés en nuestro país en la utilización de este método, como los libros de URIARTE⁷ y SPOLANSKY, CARRIÓ y GARCÍA,⁸ a los cuales cabe agregar recientemente, en materia de derecho constitucional, el libro elaborado por Jonathan MILLER y otros autores,⁹ que brinda una importante contribución metodológica, y al cual nos remitimos para mayores ejemplos.

Algunos de los objetivos particulares que se puede procurar obtener del análisis de fallos por los alumnos, en la metodología indicada, son los siguientes:

²Y tiene un carácter tal vez demasiado estereotipado y hasta “sacrosanto,” como observa ROWLES, *op. cit.*, pp. 378 y 398, provocando quejas de los alumnos a partir del segundo año (p. 394), y excluyendo una perspectiva crítica de los problemas sociales: pp. 390, 392, 393, 395, 397 y 398. Una importante corriente de pensamiento en los Estados Unidos, a veces llamada *Critical Legal Studies*, propicia este enfoque crítico, al que adherimos para la tercera etapa en la construcción de la decisión de un caso jurídico (hechos, valores, normas); luego de formarse un juicio de valor sobre la realidad del caso es necesario encarar desde ese punto de vista axiológico y crítico las normas y precedentes del derecho positivo vigente. Lo explica en nuestro país MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *LL*, 2007-A, 777 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, *op. cit.*, t. II, p. 951; ver también MILJIKER, MARÍA EVA y AHE, DAFNE, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, *op. cit.*, t. IV, p. 1207.

³*Supra*, cap. II, § 5.3.

⁴Juicios simulados (cap. XVI, § 2.3.), negociaciones empresarias (cap. XVI, § 2.2.), etc.

⁵Por ejemplo, en la materia *International Legal Rights*, ir a trabajar durante el verano a alguna organización legal, nacional o internacional, de defensa de tales derechos, y al regreso hacer una monografía sobre los resultados de la experiencia, bajo la dirección de un profesor, etc.

⁶ROWLES, *op. cit.*, pp. 376, 378, 380.

⁷URIARTE, JORGE ALCIDES, *Casos de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 1984. El prólogo de JORGE O. MAFFIA, p. XI, señala con todo que este libro no se encuentra enrollado en el *case method*, lo cual surge de la comparación del rango de preguntas que acompañan a los fallos en este libro y el de Miller que comentamos más a bajo.

⁸SPOLANSKY, NORBERTO; CARRIÓ, ALEJANDRO, y GARCÍA, LUIS, *Casos y problemas de derecho penal*, Buenos Aires, Lerner, 1986.

⁹MILLER, JONATHAN M., GELLI, MARÍA ANGÉLICA, CAYUSO, SUSANA, *Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

1.1. Por medio de preguntas a los alumnos, que el profesor les formula en cada clase, conforme a un plan determinado, les haga descubrir si han comprendido cabalmente los distintos argumentos de hecho y de derecho empleados en las diferentes partes de la sentencia.

1.2. De la misma manera, lograr que se cuestionen si han comprendido y meritado cabalmente la situación de hecho, en cuanto ella influye en el modo en que el caso es resuelto. Este objetivo presenta dificultades en su concreción, las que “se traducen en inconvenientes serios para la relación de los hechos del caso, la comprensión de los datos que del mismo surgen y la adecuada valorización de esos elementos fácticos.”¹⁰

1.3. Procurar que identifiquen, y/o valoren, y/o conjeturen, qué elementos políticos del momento han podido jugar qué rol en la solución, si es que alguno han podido haber jugado.

1.4. En particular, extraer de la decisión cuáles son los principios utilizados para resolver el caso, comparando las posiciones de la mayoría y disidencia, Procurador General o Tribunal inferior, a fin de ver cómo esos principios han funcionado en la realidad y cómo pueden ser utilizados en casos futuros, y qué conexión guardan con otros casos ya resueltos por el Tribunal, armando de tal modo la trama jurisprudencial.

1.5. “Que el profesor, a través de preguntas dirigidas a los alumnos, les ayude a sacar de los fallos los principios básicos de teoría constitucional que forman el temario de la sección. El alumno tiene que identificar los principios invocados, desarrollados y aplicados por el juez. El método... no implica que podamos enseñar el derecho sin teoría, sino que la teoría debe ser extraída de los fallos a través de su aplicación a casos concretos, y entendida como parte de un proceso dinámico.”

“El objetivo más difícil... es que el alumno encuentre vínculos entre los fallos leídos y produzca su propio esquema de la materia. No es suficiente que el profesor charle con los alumnos acerca de los problemas que encuentre en los fallos. Debe ayudarles a esquematizar la materia a través de los fallos.”¹¹

1.6. Que el alumno consulte en obras jurídicas o diccionarios los temas o conceptos que no entiende del fallo, y llevar al alumno “a reconocer que el derecho es una «telaraña» (trama) de interconexiones y ningún campo puede ser estudiado en forma aislada, sin vincularlo con otras materias.”

1.7. Que las preguntas del profesor, una vez que el alumno ha desarrollado bien los principios utilizados por el Tribunal para resolver el caso, lo guíen “para encontrar los problemas en el razonamiento del Tribunal, los valores atrás de

¹⁰ URIARTE, *op. cit.*, p. XIII: El estudiante “se detiene preferentemente en la doctrina del fallo y no en los hechos que lo motivaron.”

¹¹ MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, pp. XII y XIII.

su decisión, y los razonamientos alternativos que el juez hubiera podido utilizar para resolver el caso.”¹²

1.8. Va implícito en el procedimiento que se procura un conocimiento más profundo de los problemas, pero por esa misma razón tampoco permite el tratamiento de la misma cantidad de temas que en un curso tradicional, ya que el objetivo no es el conocimiento enciclopédico, sino poder entender y aplicar el ordenamiento jurídico.¹³

Estos objetivos por lo general se logran satisfacer al final de primer año en las mejores Facultades de Derecho de los Estados Unidos;¹⁴ entre nosotros y con la principal excepción del curso de MILLER, GELLI y CAYUSO, podría decirse que son virtualmente inexistentes. Sin embargo, no pareciera que se tratara de un modelo a imitar demasiado formalmente, dadas las limitaciones que le son ínsitas,¹⁵ y la mayor riqueza de la auténtica solución de casos que explicamos de los caps. V a XII.

2. Aproximación metodológica

Surge de lo expuesto que es central en este criterio el propio método de trabajo utilizado por el profesor.

2.1. Así, por ejemplo, es parte del método dejarles a los alumnos el interrogante acerca de si sus interpretaciones sobre el fallo son dudosas o completamente falsas: A través del diálogo dirigido por el profesor (no el debate “libre” y más bien caótico, con desigual participación del alumnado), *lograr que descubran ellos mismos* la debilidad o falsedad de los argumentos utilizados, o a la inversa, si han defendido en forma suficientemente sólida y argumentada una interpretación que pudiese ser “correcta.”

2.2. A través de las preguntas, hacer razonar *a un mismo alumno* en uno y otro sentido de una misma situación a fin de entrenarlo en el debate y la argumentación: ¿Cómo invocaría el fallo si fuera abogado de la parte “A”? ¿Cómo lo haría si fuera abogado de la contraparte?, ¿Qué diría si fuera el fiscal? ¿Cómo lo resolvería si fuera el juez de primera instancia? ¿Cómo votaría si integrara el Tribunal de alzada? ¿Variaría su voto si fuera miembro de la Corte Suprema? ¿Y si integrara la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

¹² MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, p. XII.

¹³ MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, p. XII.

¹⁴ ROWLES, *op. cit.*, p. 382, aunque destaca su carácter rígido y sugiere un cierto tono de excesiva autoridad profesional, p. 390.

¹⁵ Sobre todo, sacrifica la resolución concreta de problemas desde la perspectiva expuesta en el cap. I, y excluye los métodos de “clínica jurídica” que pueden aplicarse al efecto (ROWLES, *op. cit.*, p. 394.) Desde luego, no se trata de una cuestión de “Práctica Forense” o “Consultorio Jurídico,” enseñados por abogados practicantes: ROWLES, *op. loc. cit.*

3. *El contexto fáctico suficiente*

3.1. Por falta de tiempo de los alumnos, el profesor puede proveerles una breve explicación del contexto político, económico, social, etc., en que el caso se plantea, si es que ese contexto ha podido tener alguna influencia en la decisión.¹⁶

La situación política y electoral en los Estados Unidos al momento del fallo *Marbury v. Madison* está claramente planteada en las pp. 2 y 4 del citado libro, y permite una comprensión diferente de su contenido resolutivo, a lo que ayudan luego las preguntas de las pp. 14 a 16.

Adecuando el tiempo, nada impide que los propios alumnos investiguen la realidad de los hechos del caso, consulten si es posible el expediente judicial en que el fallo se dictó, realicen otras investigaciones de hecho, etc., todo lo cual sin duda mejora la cabal comprensión crítica del fallo.

3.2. La misma necesidad puede surgir si el fallo no incorpora la descripción completa de todos los elementos de hecho que puedan ser indispensables para una cabal comprensión de lo resuelto, en relación a la situación fáctica determinante.

3.3. En otra variante, puede proponérseles como tarea formular hipótesis o conjeturas de hecho distintas de las expuestas por el fallo, e intentar demostrar la falsedad tanto de las tomadas por la sentencia como de las propuestas por ellos.

4. *El trabajo previo del alumno*

Al igual que en todos los métodos de aprendizaje basados en tareas del alumno, en éste es necesario que los alumnos hayan leído detenidamente los fallos y materiales indicados para cada clase, a fin de asegurar una discusión útil y no superficial.

Quienes usan el sistema en otros países consideran que el docente debe ser inflexible en tal exigencia. Piensan que es preferible limitar el trabajo al o los alumnos que se han preparado, excluyendo formalmente a los demás —primero de participación en esa clase, finalmente del curso— porque de lo contrario se introducirán afirmaciones vanas, absurdas, infundadas, carentes de seriedad, que sólo logran frustrar el objetivo de aprendizaje buscado. La participación verbal de quien no preparó el tema en debate, no hace sino perjudicar el trabajo colectivo. Es una conducta antisocial a nivel del grupo, al igual que fumar, conversar, llegar tarde, irse antes. Entre nosotros, puede optarse por algún mecanismo de trabajo escrito obligatorio para todos, cuya presentación previa sea requisito esencial, referido por ejemplo a contestar por escrito algunas preguntas conexas o paralelas, que le obliguen al menos a leer el fallo. Pero conviene adelantar que en tanto no haya un progresivo entrenamiento de parte de los alumnos de derecho en este tipo de trabajo, el tiempo que podrá insumirles la preparación adecuada de una

¹⁶No, desde luego, *resumir* el fallo en sus aspectos fácticos, lo cual supone precisamente impedirles que ellos hagan el trabajo creativamente. Se trata de aportarles lo que el fallo *no dice*.

clase tal vez supere el cálculo de JONATHAN MILLER de “dos horas de preparación por cada hora de clase.”

Otra variante es indicar en cada clase qué dos o tres alumnos serán interrogados en la clase siguiente, para asegurarse por lo menos el diálogo socrático con ellos. Este sistema es usado entre nosotros por uno de los profesores que más experiencia tiene en el método y en su aplicación en la Facultad. La deserción de alumnos se produce de todas maneras, inexorablemente, hasta que quedan aquellos alumnos dispuestos a trabajar con estos métodos, con los cuales el curso funciona luego aceptadamente. Otra alternativa es que las materias que se dictan por estos métodos sean optativas para el alumno: Quien no quiera aprender, que no aprenda.

5. *El cuestionario a cargo del profesor*

En este sistema el profesor prepara *previamente*¹⁷ una batería de preguntas para plantear a lo largo del tiempo que disponga de clase. Esas preguntas estarán concatenadas entre sí para que aún los que no sean llamados a contestarlas puedan seguir una hilación lógica y coherente de razonamiento.

6. *Preguntas sobre los hechos del caso*

Una serie de preguntas que siempre debe hacerse puede comenzar por ¿cuáles son los hechos que tomó en cuenta el fallo? Para proseguir: ¿En qué se diferencian de los que expuso el procurador general? (U otro tribunal inferior, o uno de los letrados, etc.)

¿Difiere la versión de los hechos que dan la mayoría y minoría? ¿En qué se asemejan y en qué se diferencian en el enfoque de los hechos? ¿Puede formular alguna hipótesis o conjetura que suponga un distinto enfoque de los hechos que el realizado por el tribunal?

¿Hay aspectos relevantes de hecho que el fallo no plantea y debiera haberse planteado? ¿Ha enfatizado algún hecho que parece secundario, y en caso afirmativo lo ha hecho por alguna razón que se pueda determinar?

¿Qué medios de prueba habría que haber producido en su momento para dilucidar esas cuestiones? ¿Debió el tribunal haber ordenado medidas para mejor proveer a fin de dictar un fallo mas adecuado a la realidad?

¿Ha establecido el fallo una razonable correlación entre los hechos del caso y la solución adoptada?

¿Hay datos políticos, sociales o económicos que puedan haber influido en el fallo sin que éste los mencione? ¿En caso afirmativo, cuáles serían ellos? ¿Es posible hoy en día conjeturar si existieron e influyeron otros, y de qué manera?

¹⁷ En otras palabras, no sólo el alumno sino también el profesor deben hacer trabajo previo a la clase, para cualquiera de todos estos métodos. En el presente método, el trabajo del profesor es irse entrenando en la preparación de las preguntas, elaborándolas con antelación, y luego adaptándolas a las respuestas que se van produciendo.

¿Podemos evaluar y comprender adecuadamente el fallo sin tales elementos de juicio? ¿Mejora o empeora conocer, en determinado fallo, los elementos de juicio políticos, económicos y sociales que constituyeron su entorno témporo-espacial? (Desde luego, estas preguntas deben estar referidas a fallos concretos que se hayan trabajado con esa información, para que el alumno pueda realizar la comparación.)

7. Preguntas críticas

Otro modo de trabajo es formular preguntas que obligan necesariamente a dar una respuesta de razonamiento, no de información: ¿Usted qué replicaría a tal afirmación? ¿No es muy peligroso ese principio? ¿No es un principio demasiado general como para poder aplicarlo eficazmente? ¿Está contenido en el texto explícito de la norma? ¿Si no lo está, es jurídicamente posible construirlo más allá del texto de la norma? ¿No es ello peligroso? ¿No excede las facultades jurisdiccionales del tribunal? ¿Altera el funcionamiento del sistema de división de los poderes? ¿De qué modo? ¿Por qué?

Dentro del mismo criterio, pueden hacerse preguntas que contengan explícita o implícitamente una afirmación de hecho o de derecho que debiera ser refutada, para obligar al alumno a ejercitarse en la defensa de la tesis que considere más adecuada.

Por ejemplo, si estamos ante un fallo que aplica la garantía de razonabilidad: ¿Está prevista en forma expresa en la Constitución? ¿Está prevista en forma implícita? ¿Cómo funda su afirmación en derecho positivo? ¿No es un arma excesivamente poderosa en manos del Poder Judicial? ¿No debería tenerla solamente la Corte Suprema y no los tribunales inferiores?

¿Es democrático que un poder de origen no electivo pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma emanada de los representantes del pueblo? ¿No altera ello la voluntad popular? ¿Es posible concebir algún remedio para ello?

¿Debería modificarse el procedimiento de selección de los jueces (por ejemplo, por concurso público de oposición y antecedentes, que el público pueda presenciar, o por elección popular, etc.)? ¿Debería exigírseles experiencia profesional previa, en lugar de carrera judicial? ¿Cuáles han sido mejores jueces, los que hicieron su carrera en la justicia, o los que antes fueron abogados? ¿Ya que hay jueces que a veces dejan finalmente el cargo —forzados directa o indirectamente, o por libre determinación— para luego dedicarse a la profesión, no es preferible la situación inversa? ¿Son mejores abogados los que han sido jueces primero? ¿Son mejores jueces los que han sido abogados primero? ¿Quién costea la formación empírica postuniversitaria de uno y otro? ¿Tiene ello relación con el problema antes planteado del control de constitucionalidad?

¿La delegación dentro del poder judicial se debe a la escasa cantidad de jueces? ¿La cantidad de jueces viola el principio constitucional de libre acceso a la justicia? ¿Cuántos jueces más debiera haber en algún fuero que usted conozca?

¿Debería modificarse la estabilidad de los jueces, por ejemplo, siete años como los profesores universitarios hasta el nuevo concurso; o renovarse por elección popular luego de un determinado período?

¿Hay casos en que alumnos de la Facultad de Derecho hayan hecho sentencias judiciales? ¿Habría sido éste uno de ellos? ¿Y casos resueltos por empleados de Tribunales que no hayan estudiado ni estudien derecho? ¿En esos casos la sentencia la fundan en aspectos procesales, o se pronuncian sobre el fondo? ¿En esos casos, procuran hacer justicia sobre el fondo? ¿Hay diferencias con las sentencias que hacen los jueces? ¿Qué cantidad de causas entraron el año pasado a un Juzgado de la materia? ¿Qué cantidad de fallos definitivos dictó ese año el Juzgado? ¿Hay suficientes jueces? ¿El común de la gente percibe que en el Poder Judicial se hace *justicia*? ¿Y usted?

¿Es lógico que un juez en materia civil aplique normas constitucionales, no siendo ésta su materia de competencia específica? ¿No es ello peligroso para la seguridad jurídica? ¿Puede el Congreso dictar una ley reiterando el criterio declarado inconstitucional, y en tal caso puede la Corte declararla nuevamente inconstitucional? ¿Pero entonces, la facultad legislativa ha quedado en manos de la Corte? ¿Cuál es la consecuencia política de la declaración de inconstitucionalidad, en el caso?

8. *No hay respuestas oficiales del profesor*

De este modo muchas de las preguntas serán planteadas por el docente de modo tal que resulten dubitativas respecto a la respuesta lógica y razonable que corresponde dar, o a lo que es habitual leer en los libros de texto, o a lo que surge del fallo aún siendo la solución adecuada, etc.

Y le toca al alumno ir ejercitando su capacidad de razonamiento para poder defender la hipótesis lógica si ella existe y no dejarse guiar por la pregunta que en otro sentido le pueda formular el profesor.

Algunas de las preguntas, desde luego, no tienen respuesta satisfactoria ni uniforme, y esto es parte del método: Hacer pensar a propósito del fallo, inquietar el espíritu jurídico, quedarse con dudas e interrogantes para seguir pensando, antes que con “respuestas,” “soluciones” o “verdades” que lo tranquilicen falsamente y frenen su constante reflexión.

Dado que el objetivo no es que el alumno “aprenda” el fallo para repetirlo, sino que aprenda a “razonar” con el fallo, no necesariamente debe el profesor corregir las respuestas débiles o equivocadas. Esa corrección surgirá sólo, para el alumno atento, de la progresiva comparación creciente de fallos. Tampoco en la vida tendrá respuestas definitivas a algunas de esas preguntas.

De todos modos, cabe tener presente que ante los errores que el alumno cometa, el profesor debe orientarlo con nuevas preguntas que le lleven a descubrir su error, en el tradicional método socrático.

Por este procedimiento el alumno que contesta y los demás que escuchan perciben el error de la previa respuesta, o su falta de coherencia, o de sustento fáctico, o de conexidad lógica, etc., sin que aparezca, sin embargo, la auto-respuesta oficial del docente.¹⁸

9. Similitudes y diferencias con otros fallos

Salvo en el primer caso que se trabaje en el curso, el docente no debe limitar sus preguntas al solo caso que indicó para ese día: Ellas deben constantemente requerir la contrastación, las similitudes y diferencias, con tales o cuales aspectos de hecho y de derecho de otros fallos ya vistos anteriormente en clase, hasta ir acumulando en la comparación, a lo largo del curso, la totalidad de los fallos vistos: Poco a poco se va formando en el alumno la trama del derecho que surge de tales fallos.

De este modo se produce una progresión y crecimiento creativo del conocimiento, y una percepción global, pero razonada y experimental al mismo tiempo, de qué es en definitiva, *lato sensu*, la jurisprudencia en la materia.

En esta hipótesis, desde luego, nos estamos refiriendo al supuesto en que el docente arma todo el curso bajo este procedimiento, lo que, como ya dijimos, aún en Estados Unidos se hace sólo en el primer año de la carrera. En otros países pareciera posible dictar cursos completos bajo este método, como lo demuestra el libro comentado, pero obviamente no es una solución extensible a todas las materias.

10. Holding y obiter dictum

En cada caso cabe preguntar específicamente ¿qué es lo que fallo concretamente decide (*holding*)? ¿Decide entonces lo mismo que el fallo “X” que vimos antes? ¿Y que el fallo “Y”? ¿O hay alguna diferencia entre ambos?

¿Qué otras afirmaciones hace de tipo complementario, pero que no constituyen la decisión misma (*obiter dicta*)? ¿Estas afirmaciones ajenas a la decisión son iguales o distintas a las de igual tenor del fallo “N”?

¿Si usted fuera abogado de la parte “A,” cómo haría para invocar la parte decisoria del fallo? ¿Y si fuera el abogado de la parte “B”?

¿Hay distintas formas igualmente aceptables de interpretar este fallo? ¿Hay distintas formas de interpretar este fallo, algunas de las cuales son verdaderas y otras falsas? ¿Cómo se demuestra ello?

¿La interpretación de este fallo, al igual que la de una norma, puede cambiar bajo otras circunstancias de tiempo y lugar? ¿Cuáles podrían ser ellas? ¿No implica esto lesionar el principio de la seguridad jurídica? ¿Y no es que en el orden

¹⁸ Ampliamos este tema en el cap. VI, § 6 y le introducimos una salvedad importante en los § 10, 11 y 12 del cap. XV.

de prelación de los valores, la seguridad precede a la justicia? ¿Qué pasa con la seguridad jurídica de los litigantes? ¿Es bueno o malo que el derecho evolucione jurisprudencialmente? ¿Debemos rechazar toda innovación jurisprudencial en cualquier tema? ¿Quién fija cuál puede ser la innovación admisible?

11. *El seguimiento del razonamiento del alumno*

En una variante estricta, puede ser conveniente que el proceso de razonamiento iniciado con un alumno determinado continúe con él por lo menos a través de cuatro o cinco preguntas para impedir la respuesta “descolgada” de un proceso de aprendizaje, hecha al azar aún estando el alumno preparado.

Así por ejemplo si la respuesta es ambigua o no satisfactoria, cabría profundizar la respuesta con nuevas preguntas al mismo alumno, que la sigan: ¿Usted diría entonces que...? (Reproduciendo de otro modo lo contestado por el alumno, para que razone esta nueva versión de su respuesta.) ¿Entonces usted interpretaría el fallo en el sentido que...? (ídem), para continuar luego con la refutación, al estilo que vimos en los párrafos precedentes. ¿Está usted dispuesto a reconocer al Poder Ejecutivo (o Legislativo, o Judicial, según de qué caso se trate; o al empresario, o al trabajador, etc.) esta atribución? ¿Se siente cómodo adoptando esa posición? ¿Cree que es justa? ¿Le importa que deba ser justa? ¿Cree que debe serlo? ¿Es socialmente útil? ¿Es buena para la sociedad? ¿Cree que la seguirá sosteniendo en el futuro? ¿Por qué?

12. *Otras combinaciones*

También se pueden hacer juicios simulados con los hechos de un caso real, en los cuales grupos pequeños de alumnos asuman los roles de parte actora, demandada, tribunal, etc., y luego otros grupos de control evalúan su trabajo, lo critican, etc., para finalmente todos comparar su trabajo con la sentencia real. En algunos casos, los alumnos resuelven el caso de manera diferente al tribunal, y tal vez con mejores razones. Esto sería una variante de análisis de un fallo en base al método del juicio simulado que mencionamos en el cap. XVI, § 2.3.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE CASOS: LOS HECHOS

SUMARIO

1. La importancia del caso en el derecho	Mét-V-1
2. La importancia de los hechos en el caso	Mét-V-3
3. La dificultad de determinar los hechos	Mét-V-5
4. Analizar la prueba que ya existe	Mét-V-6
5. La prueba adicional a producir	Mét-V-7
5.1. Los abogados	Mét-V-7
5.2. Los funcionarios o magistrados	Mét-V-7
5.3. Observaciones comunes	Mét-V-8
6. La apreciación de la prueba	Mét-V-9
7. Lo mutable de los hechos y pruebas	Mét-V-10

Capítulo V

ANÁLISIS DE CASOS: LOS HECHOS

1. La importancia del caso en el derecho

Es conocida hasta en el mundo anglosajón,¹ en distintas versiones,² y otros países,³ la insatisfacción profesional por el modo en que la Facultad preparó al futuro profesional sea como abogado consultor, litigante, negociador, funcionario público, magistrado, funcionario judicial, para resolver *casos* de derecho.⁴

Para nuestro modo de ver, este es el objetivo central que tiene que plantearse el docente que enseña una parte del derecho, pues éste sólo se concreta, sólo toma vida y cuerpo final, a través precisamente *de su aplicación a un caso concreto*, sea en tratativas privadas, en gestiones administrativas, en litigios, sentencias, dictámenes, decisiones administrativas.

Ello, aún sin entrar a la conocida afirmación de que el derecho es, en primer lugar, una ciencia de problemas singulares y concretos,⁵ y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta, “de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico.”⁶

¹ “Los cursos de las Facultades de Derecho y libros de texto universitarios nunca han considerado sistemáticamente el proceso por el cual los litigantes recolectan, analizan y usan los medios de prueba para acreditar los hechos.” BINDER y BERGMAN, *Fact Investigation*, St. Paul, Minnesota, 1984, p. XVII.

² Comparar ROWLES, *op. cit.*, pp. 383, 384 y 389, que es más optimista en el aspecto técnico, no así en el político-social, pp. 391 y ss.

³ El siglo pasado, el consejero ROMIEU aconsejaba a los jóvenes auditores del Consejo de Estado francés: “Sobre todo nada de doctrina, ustedes falsearían el espíritu.” LEGENDRE, PIERRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, París, P.U.F., 1986, p. 469.

⁴ O, dicho con más énfasis por GENARO CARRIÓ, “Cómo argumentar un caso frente a un Tribunal,” La Plata, Revista *JUS*, n° 25, pp. 43 y ss.: “en nuestras Facultades no se enseña —... en realidad ni siquiera se comienza a enseñar el oficio o profesión de abogado,” p. 47.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, en su prólogo a VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1963, p. 12: “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.”

⁶ ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 9; en igual sentido MARTÍN-RETORTILLO y SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de Derecho*

Bien está que en las palabras de ORTEGA y GASSET la Universidad deba formar, además de profesionales eficientes, hombres “cultos.”⁷ Pero quedémonos tranquilos: quien aprenda a resolver casos de derecho viviente no está alejado sino precisamente encaminado hacia esa aspiración, porque para experimentar con casos, ha debido necesariamente aprender a ver, a investigar, a pensar, a razonar.⁸

Si en vez de “culto,” palabra que tal vez ha tenido distinta resonancia en su época, usamos vocablos como “pensante,” “creativo,” “imaginativo,” “flexible,” “innovador,” etc., tal vez no estemos en verdad diciendo hoy algo distinto de lo que pensaba ORTEGA en su época.⁹

No recaigamos tampoco, por fin, en la crítica que hicieron ORTEGA, COSSIO y CARRIÓ a las Universidades de su tiempo: Que mientras no cumplieran con su misión de formar profesionales eficientes, en cambio pretendían hacer aquello que no podían llevar a cabo.

Es como si los docentes que ellos observaron hubieran en su generalidad intentado desde las aulas universitarias crear grandes investigadores teóricos, famosos discípulos de “escuela” o “doctrina,” “juristas,” “científicos,” “académicos,” etc.,¹⁰ descuidando su primera función de formar *eficientes hombres de derecho*, que también serán cultos.

En el consejo de ORTEGA, COSSIO o CARRIÓ, entonces, no nos pongamos a intentar hacer lo que no debemos ni materialmente podemos hacer, y cumplamos en cambio con nuestro mínimo, difícil y esencial deber en la Universidad.¹¹

Ahora bien, si lo que resta del presente cap. y los tres siguientes parece dirigido a abogados formados y no a estudiantes de derecho, ello no hace sino destacar, lamentablemente el abismo que a veces separa la preparación universitaria previa del abogado y su posterior realidad profesional.

Administrativo, Valladolid, 1966, p. 18.

⁷ Tanto ORTEGA y GASSET como COSSIO coincidían en que debían formar *profesionales eficientes y cultos*, según lo explica GENARO CARRIÓ, “Funciones de las Facultades de Derecho en la República Argentina,” revista *Discrepancias*, Buenos Aires, FACA, 1983, n° 1, p. 7 y ss. y en *RPA*, 2006-3, p. 7 y ss.

⁸ A veces se introduce la preocupación de no formar el “profesional eficiente” antes que el hombre “culto,” como si un abogado *eficiente* (para la profesión libre, la magistratura, la función pública, la consultoría, etc.) fuere por definición “inculto.” Nos referimos al seminario *Metodología de la enseñanza del derecho*, Buenos Aires, UB, 1983, p. 22 y ss.

⁹ Pues ciertamente no se hace “culto” a un futuro profesional del derecho mandándole estudiar durante un año “Cultura,” como alguna vez se dispuso en el país, según se recuerda sin aparente ironía en *Metodología...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰ Todos han pasado por la Universidad y es posible que algunos atribuyan a su paso por ésta como estudiantes los futuros logros de investigación. Pero la sociedad nunca ha dicho que la Universidad deba dedicarse a ello *en lugar* de hacer buenos profesionales. De todos modos, es obvio que un buen profesional podrá luego transformarse en un investigador, científico, etc.

¹¹ Ver CARRIÓ, pp. 7 y ss., que en 1982 concluía que la proposición de formar abogados eficientes y cultos no era “razonable aquí y ahora,” y proponía en su lugar formar hombres capaces de colaborar en el restablecimiento del Estado de derecho, p. 10. Pero aún expresado de tal modo, el método no es otro que enseñarle a encarar sus casos conforme a tal esquema de valores.

2. La importancia de los hechos en el caso

Quizás lo fundamental y lo más difícil sea transmitir a los alumnos experiencias que les permitan apreciar, comprender y *actuar* conforme a la máxima de que lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante y pertinente, y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de importancia. Por ello tal vez quepa abundar un poco más en el sustento teórico de la necesidad de conocer bien los hechos.

La importancia determinante de los hechos ha sido expuesta reiteradamente por la doctrina y sin duda por la experiencia. Desde la posición de SALEILLES que recuerda CARDOZO, “Uno decide el resultado al comienzo; después encuentra el principio; tal es la génesis de toda construcción jurídica,”¹² pasando por la postulación de que las normas “no se activan por sí mismas,” que son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva;”¹³ dicho de otra manera, que “el alcance de una regla, y por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos”¹⁴ o expresando con simplicidad el principio cardinal de que: “Todo depende del asunto,”¹⁵ o que: “Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98 por 100 del problema,”¹⁶ los juristas de todo el mundo nunca han dejado de enfatizar la cuestión.

El derecho está concebido como mínimo para asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión... (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba *en el caso y en el contexto del caso*... Una conclusión basada en... prueba abstracta puede ser «racional,» pero no es una decisión racional en el caso del cual se trata.”¹⁷

Es que “ocurre que la realidad es siempre una: No puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra... la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional,” “... porque no puede quedar al arbitrio de la Administración” (ni de cualquier otro órgano del Estado) “...discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no

¹² Ver CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, reimpresión 1952, p. 170. Se trata de la conjetura científica, a que nos referiremos más adelante: No es que ya se “decida,” sino que se formula una hipótesis provisional, sujeta a modificación.

¹³ BINDER, DAVID A., y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 2.

¹⁴ LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 10.

¹⁵ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, pp. 93 y 97.

¹⁶ Según la tradición oral, lo habría dicho WERNER GOLDSCHMIDT en la Procuración del Tesoro de la Nación.

¹⁷ JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601.

ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo.”¹⁸

La Corte Suprema indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía, y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*.”¹⁹

Cabe asimismo recordar que “las resoluciones... fundadas en una prueba inexistente... torna arbitraria la medida dispuesta en ellas,”²⁰ o que “no cabe al órgano administrativo..., sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados,”²¹ y que “los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”²²

Para determinar esa realidad en el plano documental y del expediente, es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación;” se trata del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según la vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;²³ es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”²⁴ Por ello le hemos dedicado el cap. II a los trabajos de aprendizaje con documentos.

Si el necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;”²⁵ si, como es claro, el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»”²⁶ y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31-2, quien también recuerda su art. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.”

¹⁹ Como recuerda PADILLA, MIGUEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

²⁰ PTN, *Dictámenes*, 81: 228 y 230, que recordamos en el *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 4, *El procedimiento administrativo*, cap. VII.

²¹ CSJN, *Aldamiz*, 1960, *Fallos*, 248: 627.

²² CSJN, *Reyes*, 1959, *Fallos*, 244: 548, 554.

²³ DE CORMENIN, *Droit administratif*, t. I, París, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destacaba el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes; CHAPUS, *Droit Administratif Général*, t. I, París, 1985, p. 316; RIGAUD y DELCROS, *Les institutions administratives françaises. Les structures*, París, 1984, p. 238.

²⁴ LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés,” *RAP*, n° 7, p. 221.

²⁵ GOLDENBERG, LÉO, *Le Conseil d'Etat juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français,” en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, pp. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.*

²⁶ Ver RIVERO, JEAN, “Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit administratif,” en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, 1980, p.70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur

las comprobaciones;²⁷ no queda sino el indispensable camino de “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas,”²⁸ a “profundas investigaciones de hecho,”²⁹ en todos los campos del saber y de la técnica que la situación del caso y la imaginación creadora de quienes intervienen en él lo requieran.

3. *La dificultad de determinar los hechos*

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano, y todavía puede encontrarse en ARISTÓTELES la misma idea.³⁰ Difieren luego los caminos filosóficos de cada uno de ellos, pero no el punto de partida, y ese primer principio común es necesario y determinante para el que encara la enseñanza o la realización de casos de derecho, en su primer aprendizaje como a lo largo de toda su vida.

Para apreciar la índole y dificultad de la tarea de percibir los hechos, quizás convenga recordar que ya LEIBNIZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos, y por ello, siendo infinita la percepción sensible —aún con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.³¹

Si todas las ciencias sólo admiten pues un conocimiento contingente de sus objetos, lo mismo pasa al jurista en *un* caso de derecho, y aún más agudamente que a quienes cultivan otras ramas del conocimiento.

Serán así, según los casos, indispensables todos los medios que la ciencia y la tecnología poseen para la percepción de la realidad: Desde las modestas fotografías, gráficos, planos, datos numéricos, estadísticos, proyecciones actuariales, censos, pasando por todos los demás análisis cuantitativos y cualitativos de la realidad, *sin olvidar nunca la elemental observación directa*.³²

Existen algunas reglas empíricas de averiguación de los hechos del caso. Entre ellas podemos recordar aquí:

le recours pour excès du pouvoir,” en el libro *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d’un huron sur le contentieux administratif,” *Études et Documents*, n° 31.

²⁷ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

²⁸ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

²⁹ LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

³⁰ COPLESTON, F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25-30.

³¹ VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 19-21.

³² Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-98.

4. *Analizar la prueba que ya existe.*³³

El primer paso a realizar³⁴ se cumple con la prueba preexistente y cuál parece ser según ella la realidad; el análisis minucioso de la totalidad de la prueba documental es indispensable y debe hacerse tanto individualmente para cada documento como buscando las correlaciones del conjunto de ellos.

Puede ser conveniente hacer un listado³⁵ de los hechos que conocemos y de las pruebas que de ellos tenemos, advertir cuáles son las lagunas de información y las falencias de prueba, y comenzar a correlacionar los diversos aspectos fácticos para verificar si aparecen discrepancias entre ellos.

En esta primera etapa debe también evaluarse el poder de convicción de las pruebas preexistentes, el grado de credibilidad de los testigos, de confiabilidad de las pericias e informes que existan, la verosimilitud de la documentación, sin dar nada por cierto ni nada por supuesto.³⁶ Más de una vez una escritura pública o un instrumento público que pudiera dar plena fe de sus formas extrínsecas o de su contenido podrá ser redargüido de falso.

No será suficiente con interrogar a la parte y tomar nota de su versión de los hechos, interrogándola para ampliar la información y verificar su verosimilitud; no sólo habrá que analizar cuidadosamente la documentación que aporta; habrá que acceder al expediente administrativo completo si él existe, consultar los libros de comercio de la parte³⁷ si ello es pertinente a la cuestión, visitar el lugar de los hechos si algo tiene que ver con el problema,³⁸ consultar a los técnicos o expertos³⁹ que conozcan los aspectos no jurídicos del asunto.

Por cierto, existen limitaciones materiales de tiempo —se vence un plazo para recurrir, hay que contestar una demanda, hay que dictar sentencia— y costo, amén de la no siempre predisposición del interesado, o posibilidad material de hacerlo, pero el abogado debe saber al menos, y hacerlo conocer en su caso, cuáles son las condiciones óptimas de información y prueba conducentes al mejor

³³ Seguimos la útil clasificación de BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 34 y ss.

³⁴ ¿Por el abogado? ¿Por el estudiante? Nos remitimos al último párrafo del § 1 del presente cap.

³⁵ BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, proponen en realidad cinco listados de hechos conforme el carácter de la prueba que sustenta cada uno de ellos: Un listado central totalizador, dos listados de pruebas concretas correspondientes a cada una de las partes, dos listados de pruebas potenciales complementarias de cada una de ellas.

³⁶ Sobre todo lo precedente nos remitimos a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. I a VIII.

³⁷ O requerir al cliente la producción de un informe suscrito por un contador externo a la empresa, certificado en cuanto a su contenido por los auditores y sindicatura de la empresa, conforme a las reglas usualmente aplicadas en la materia, y certificado en cuanto a la autenticidad de las firmas por el Consejo Profesional pertinente.

³⁸ Si se trata de algo existente físicamente en algún lugar, conocerlo, *verlo personalmente*, fotografiarlo, medirlo, etc., y obtener en suma *toda* la información cuantitativa y cualitativa que sea pertinente sobre dicho sustrato material.

³⁹ Y en su caso, al igual que en el punto anterior, hacer producir informes técnicos externos, debidamente respaldados y certificados a fin de sustentar su verosimilitud y ulterior fuerza de convicción.

resultado posible. Luego veremos cómo se traslada este problema a funcionarios y magistrados.

La prueba obtenida sobreabundantemente no perjudica la labor profesional a menos que se haga incurrir en gastos que parezcan desmedidos e irrelevantes; pero a la inversa, la prueba obtenida de menos puede implicar la pérdida del caso, cuando más adelante la contraparte eventualmente la descubra y la aporte al expediente, si ella llega a ser adversa y sustancial.

Si el profesional conoce esa prueba a tiempo, puede aconsejar a su cliente que no tiene derecho, y evitarse el disgusto y parcial descrédito de perder un pleito por deficiente conocimiento de los hechos de su propio caso, perjudicando su único capital, que es su prestigio.

Con estos primeros elementos de juicio se aproxima el momento de determinar si el caso tiene hasta allí sustento fáctico suficiente —en la realidad, no sólo en los papeles y prueba documental preexistente—, si el fin perseguido o conjeturable es congruente y proporcionado con los hechos que lo sustentan.

5. *La prueba adicional a producir*

5.1. *Los abogados*

Terminada la etapa anterior, el abogado comienza ya a formarse algunas hipótesis sobre posibles encuadres o soluciones del caso, y ello le llevará necesariamente a evaluar si la prueba de la cual dispone es suficiente para sostener alguna o algunas de ellas, o si debe en cambio imaginar otras pruebas a producir para sustentarlas si ello es posible, o para invalidarlas si no resultan suficientes. En otras palabras, qué prueba es necesaria para sostener la argumentación.

Allí debe también comenzar seriamente a considerar las posibles refutaciones a la hipótesis inicial que conciba, e imaginar cuáles pueden ser los medios de prueba que puedan sustentar esa refutación: En palabras de POPPER, no se trata solamente de buscar las refutaciones y no defender dogmáticamente una teoría, sino aún más, de ser permanentemente autocrítico, y crítico de la autocrítica.⁴⁰

Esta etapa es previa a la iniciación del asunto: De lo contrario se incurre en el riesgo de efectuar un determinado planteamiento de la cuestión que caiga por su base con la ulterior producción de prueba en contrario que realiza la contraparte o eventualmente el tribunal.

Una decisión responsable, por lo tanto, debe incluir esta etapa intermedia.

5.2. *Los funcionarios o magistrados*

Si se trata de un funcionario público que debe dictaminar o decidir un expediente, la situación es *mutatis mutandis* la misma: El principio jurídico que rige el pro-

⁴⁰ *Popper Selections*, editado por DAVID MILLER, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1985, p. 126.

cedimiento administrativo es el de la oficialidad, lo que supone no solamente la impulsión de oficio, sino también la instrucción de oficio. La carga de la prueba recae así sobre la administración, y si la prueba ya aportada al expediente no satisface al funcionario, le corresponde producir o hacer producir los informes, dictámenes, pericias, etc., que a su juicio resulten necesarias para llegar a la verdad material.⁴¹

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados de ambas partes, más el expediente administrativo en su caso, ha permitido avanzar bastante en la determinación de los hechos. Pero también puede y debe el juzgador dictar medidas para mejor proveer, si entiende que no puede a conciencia dictar un pronunciamiento conforme a derecho, si a su juicio los elementos probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos.

Ello es así en buenos principios⁴² y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto importantes medidas de prueba.⁴³

Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: En el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo, y en el amparo la naturaleza sumarísima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario.⁴⁴

Es cierto que más de una vez el Tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”⁴⁵ y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho. Pero ante la disyuntiva de fallar sin suficiente prueba, u ordenar de oficio la producción de la prueba que el juzgador estime necesaria, no pareciera que pueda existir opción alguna: Lo contrario, así tenga aparente sustento en las reglas de nuestro derecho procesal formal, no las tendrá en las reglas sustanciales del debido proceso constitucional.

5.3. *Observaciones comunes*

En base a la estrategia probatoria que resuelva en la etapa anterior, el abogado⁴⁶ pasará a una etapa de investigación:⁴⁷ Entrevistas con técnicos, profesionales,

⁴¹ Explicamos tales principios en el tomo 2, cap. XVII, § 11.5 y § 11.6, de nuestro *Tratado de Derecho administrativo*.

⁴² Por ejemplo en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, L.G.D.J., 1970, que dedica toda una parte de su libro a la búsqueda de pruebas efectuadas por el juez, pp. 97 y ss.

⁴³ Por ejemplo en el caso *Saguir y Dib*, Fallos, 302: 1284, año 1980.

⁴⁴ Caso típico, si está en juego una vida humana.

⁴⁵ LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980, p. 61.

⁴⁶ Y, tal como lo explicamos en el punto 4.2, el administrador o el magistrado, cada uno de manera decreciente.

⁴⁷ Investigación del abogado, o investigación a cargo de expertos contratados al efecto: BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 161 y ss., 211 y ss., 218-220, 317 y ss.

dependientes del propio cliente en su caso, nuevas búsquedas de documentación que se supone pueda existir, preparación anticipada de interrogatorios de testigos, puntos de pericia, etc.⁴⁸

Mucha de esta actividad probatoria los profesionales a veces la dejan para el juicio mismo: Sin embargo, el costo de una pericia es menor si se la produce en forma previa a la etapa judicial, los puntos de pericia se preparan con más eficacia y oportuna colaboración del cliente, etc. Sobre todo, se puede de tal modo plantear de modo más seguro y eficaz el encuadramiento normativo y jurídico del problema. Es preferible adelantarse a concebir y producir, primero privadamente,⁴⁹ la prueba adicional o contraria⁵⁰ que resulte necesaria.

Con la mayor información y el mejor planteamiento del caso que resulta de la producción privada de la prueba, corresponderá más adelante aportar, si es necesario, prueba adicional en sede administrativa (si existe este tipo de relación jurídica), y sólo por último en sede judicial.

A su vez, así como es mejor producir la prueba anticipadamente en forma privada, entre otras razones porque se hace un mejor trabajo probatorio, cabe tener presente que cuanto más se tarde en producir la prueba cada vez será más difícil poder convencer de la bondad de la propia posición.

En efecto, los jueces tienen en primera instancia una cierta tendencia a dar algún valor a la prueba seria producida previamente en sede privada o administrativa, incluso invocando en algunos casos un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos. Y a su vez en las instancias superiores se produce una actitud análoga y creciente: Los tribunales de alzada tienen inclinación a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores.⁵¹ De tal modo, toda postergación de la actividad probatoria es siempre progresivamente perjudicial para quien incurre en ella.

6. *La apreciación de la prueba*

Conforme a los principios modernos de apreciación de la prueba, esto depende de la confiabilidad y credibilidad o verosimilitud de cada uno de los elementos de prueba aportados: Pero es importante aprender a valorar la prueba desde el ángulo que lo hará la contraparte (empresa, sindicato, etc. o la administración, en

⁴⁸ Sobre todo ello nos remitimos nuevamente a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. 11 a 17.

⁴⁹ Para el tema de la producción privada de la prueba, ver en nuestro tratado el tomo 4, cap. VI, § 19, 22.8, 26.2, y cap. VII, § 10, ap. 10.1, etc.

⁵⁰ “No sabemos: Sólo podemos adivinar... Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o anticipaciones imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas... nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino, por el contrario, tratamos de derribarlas.” POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971, p.259.

⁵¹ BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5, y sus referencias. Comparar LORD DENNING, *The Due Process of Law, op. cit.*, p. 62.

el caso de la gestión ante las propias reparticiones públicas) y la justicia después, si la cuestión debe llegar a juicio.

En este punto, como tal vez en otros, la experiencia pareciera resultar insustituible⁵² y debe ajustarse a las circunstancias de tiempo y lugar, a las personas concretas que desempeñan, en el momento de que se trata, las funciones decisorias en sede administrativa o judicial.

En este último aspecto, el escrito puede verse influenciado por las características de quien ha de decidir.⁵³ Pero como existen sucesivas instancias, y el tiempo puede producir cambios en la magistratura o la administración, resulta difícil el arte de armar una argumentación que no contradiga frontalmente la actual o potencial idiosincracia de los órganos de decisión.⁵⁴

7. *Lo mutable de los hechos y pruebas*

Debe aprenderse a reconocer el carácter dinámico de todo problema, y determinar cómo ello afecta el encuadre y posibles soluciones del mismo a través del tiempo que transcurrirá desde su iniciación hasta su posible conclusión: “La solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso.”⁵⁵ En otras palabras, debemos evitar en el caso concebir al derecho como sistema en que “no hay procesos temporales, no hay causa ni efecto, no hay pasado ni futuro.”⁵⁶ Cabe estar en consecuencia siempre atento a los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo,⁵⁷ los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc., y evaluar siempre cómo afecta ello el caso.⁵⁸

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen 1° “el supuesto de hecho inicial,” sino que pueden cambiar; 2° “las reglas aplicables;”⁵⁹

⁵² Lo cual no quita que existan también elementos teóricos obtenidos a partir de la experiencia y de otras disciplinas, que ayudan a valorar determinadas pruebas. A título de ejemplo, para la apreciación de la veracidad de los testigos, ver MIRA y LÓPEZ, EMILIO, *Manual de psicología jurídica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1980, 6ª ed., pp. 115-126.

⁵³ CARRIÓ, *Como argumentar...*, *op. cit.*, p. 45, § 4, 6, 10, 12 y concordantes; p. 49, § III; § IV en combinación con el ap. 11 del § II del mismo art., etc. Hay aquí mucho material para la reflexión, que los abogados realizan cotidianamente en su trabajo profesional, y tal vez quepa introducir al alumno a esta problemática.

⁵⁴ Nos remitimos a la nota precedente. Ver también el interesante análisis de SUÁREZ, ENRIQUE L., “Los hechos de un caso: Cómo se perciben, cómo se valoran,” *LL*, 2002-F, 955, reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, pp. 445-52; del mismo autor, “Nueva Nota al Fallo «Cine Callao»,” *LL*, 2004-B, 1198, reproducido en GORDILLO (dir.), *op. cit.*, t. I, pp. 555-74.

⁵⁵ CARRIÓ, “Cómo estudiar un caso,” *op. cit.*, p. 19, punto K.

⁵⁶ COHEN, FELIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122, quien desde luego lo afirma con criterio general.

⁵⁷ ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328.

⁵⁸ ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329.

⁵⁹ CARRIÓ, “Cómo estudiar un caso,” art. citado, p. 19, punto G. En otro sentido dice LEVI, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas,” lo que también es exacto.

3°) “el resultado que se considera deseable;”⁶⁰ 4°) la autoridad decidente; 5°) el entorno jurídico político; 6°) las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno, etc.

⁶⁰ CARRIÓ, *op. loc. cit.*

CAPÍTULO VI

EL DERECHO APLICABLE AL CASO

SUMARIO

1. Encontrar las normas aplicables al caso	Mét-VI-1
2. La razonabilidad de las normas aplicables	Mét-VI-1
2.1. ¿Es posible una interpretación razonable?	Mét-VI-2
2.2. No hay interpretación razonable posible	Mét-VI-2
2.3. Las opciones frente a la norma irrazonable	Mét-VI-2
2.4. La razonabilidad o irrazonabilidad de la solución del caso ...	Mét-VI-2
3. Las vías alternativas de comportamiento	Mét-VI-3
4. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos	Mét-VI-4
5. El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal	Mét-VI-6
6. Una ayuda metodológica	Mét-VI-6
7. Lo central del caso	Mét-VI-7
7.1. Las opciones a considerar	Mét-VI-7
7.2. El manejo de las opciones	Mét-VI-8
7.2.1. Evitar el “reflejo condicionado” de hacer un escrito jurídico.....	Mét-VI-8
7.2.2. Evaluar siempre la posibilidad de negociación	Mét-VI-8
7.2.3. Evaluar el consejo de abstención de toda conducta jurídica activa	Mét-VI-8
7.2.4. El problema de dar o no otros consejos	Mét-VI-9
7.2.5. Evaluación de una modificación de la realidad	Mét-VI-9
7.3. La creatividad en la formulación y en la selección de la opción frente al problema	Mét-VI-11
7.4. La redacción de la opción provisional	Mét-VI-11

Capítulo VI
EL DERECHO APLICABLE AL CASO

1. *Encontrar las normas aplicables al caso*

El alumno debe también entrenarse en encontrar las normas aplicables al caso, sean ellas:

a) Supranacionales, que en las bellas palabras de LORD DENNING son cada vez más como la “marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida.”¹

b) Constitucionales.

c) Legales; y por último,

d) Reglamentarias aplicables a cada aspecto del caso, teniendo presente que uno de los errores de información que puede cometerse es precisamente el desconocimiento de normas administrativas, tan numerosas y cambiantes.

2. *La razonabilidad de las normas aplicables*

Este es un ejercicio que se ha podido ensayar autónomamente conforme al cap. III, pero que debe también llevarse a cabo en ocasión del análisis de un caso. Es la indispensable confrontación de los juicios de valor que la solución del caso involucre, frente a las normas y precedentes positivos. Esto es lo que en Estados Unidos también se llama *Critical Legal Studies*.²

¹ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 19, quien agrega que “sin duda” las cortes nacionales “deben seguir los mismos principios” que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno.

² Cuestión que enfatiza en nuestro país MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *LL*, 2007-A, 777 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 951 y ss.; ver también MILJIKER, MARÍA EVA y AHE, DAFNE, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, op. cit.*, t. IV, p. 1207 y ss.

2.1. *¿Es posible una interpretación razonable?*

Encontrar las normas aplicables es así sólo el comienzo de una tarea mucho más importante aún, que es interpretarlas (*supra*, cap. III) *razonablemente* según las circunstancias fácticas del caso, y aplicarlas en tal sentido a su solución, siempre que ello sea posible.³ Cabe recordar que el control de razonabilidad “dejó de ser una cuestión de pura retórica y de remisión a viejos principios del *jus-naturalismo* para convertirse en una cuestión de juicio sobre los efectos sociales de la ley, fundados en estadísticas y otras fuentes de información acerca de hechos sociales.”⁴ La razonabilidad nos lleva entonces, una vez más, a los hechos del caso. Si éstos la sustentan, termina *una* parte de este tipo de análisis normativo.

2.2. *No hay interpretación razonable posible*

En caso de no encontrar conforme a los hechos del caso una interpretación *razonable* a la norma, corresponde enfocar el problema de su consecuente inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, no se trata simplemente de aplicar dogmáticamente el texto de la norma escrita, sin juicio alguno de valor, sino de enfocar crítica o axiológicamente su interpretación.

2.3. *Las opciones frente a la norma irrazonable*

En el supuesto de concluir en la inconstitucionalidad de la norma legal o reglamentaria, por irrazonable, corresponde comenzar a evaluar los modos alternativos de introducción del control de constitucionalidad, sea en vía judicial —sumaria, ordinaria, amparo—,⁵ sea, según algunos precedentes y doctrinas, también en sede administrativa. Este punto puede ser subsumido en la etapa que tratamos en los § 5 y 9, referida a la consideración del total prudente de alternativas de acción u omisión a ponderar.

2.4. *La razonabilidad o irrazonabilidad de la solución del caso*

Sin perjuicio de identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, debe también necesariamente ponderarse la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la norma. Luego, claro está, hay que conjugar ambos aspectos.

También debe analizarse la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia que el caso presente: Las valoraciones sociales, los inte-

³Un buen ejemplo en DANIELE, NÉLIDA MABEL, “La solución del caso invocando preceptos de derecho público: Los principios generales del derecho,” en RUSSO (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 105 y ss; reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales*, op. cit., I, 457 y ss.

⁴LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 129.

⁵Ver *infra*, § 9.

reses en juego, la oportunidad o mérito de la solución, los principios políticos que efectivamente se aplican, etc.

3. *Las vías alternativas de comportamiento*

A continuación, es necesario imaginar y razonar varias vías posibles de solución o comportamiento —o abstención de comportamiento—, conducta procesal judicial o extrajudicial, negociación, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico ni la ética profesional y que a su vez tengan también viabilidad práctica⁶ desde todo punto de vista, en relación a los intereses en juego y a la justicia objetiva del caso.

Al mismo tiempo, debe recordarse una vez más que constituye una falsa quimera el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria, verdadera y válida solución.

Así, la hipótesis de “solución” que pudo parecer «mejor» en determinado momento, puede en definitiva llegar a no serlo por infinitas razones: Imperfecta apreciación de los hechos, incompleto conocimiento de ellos, dificultades o fracasos en la obtención de la prueba conducente a acreditarlos, la propia mutación de la situación fáctica, de los intereses en juego, de los valores sociales aplicables, etc.

Por ello, en derecho, al igual que en cualquier otra ciencia, la supuesta “solución” que se cree encontrar al caso, o la vía de comportamiento o conducta procesal que se resuelve elegir, y que por supuesto habrá que argüir y fundar adecuada y convincentemente, es de todos modos siempre una hipótesis o conjetura, que luego los hechos posteriores y el tiempo invalidarán o no.

Es 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.”⁷

“La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales.”⁸

O, dicho en las palabras de MUNROE SMITH que recuerda CARDOZO, las reglas y principios no son soluciones finales, sino hipótesis de trabajo: cada nuevo caso es un experimento, y si la regla que parece aplicable da un resultado injusto, el resultado debe ser repensado.⁹

⁶ Ver en nuestro *Tratado*, t. II, *op. cit.*, cap. XIV, “Problemas del acceso a la justicia,” y cap. XV, “Comparación del control administrativo y judicial.”

⁷ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, *op. cit.*, p. 9.

⁸ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 260.

⁹ CARDOZO, *op. cit.*, p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En el mismo sentido recuerda CARDOZO a ROSCOE POUND y POLLOCK, y puede considerárselo una apreciación común y tradicional en el derecho norteamericano.

Sin duda, el abogado que debe dar una respuesta a su cliente deberá al final de su proceso mental, o de su tiempo, dar una opinión: El cliente quiere a veces “su opinión y no sus dudas;”¹⁰ a más, por cierto, de las completas y analíticas razones y fundamentos de su opinión, que deberán luego resistir o amoldarse ante el *test* de la crítica.

Del mismo modo, el administrador o el juez podrán expresar en la decisión las dudas que tengan, pero al final del acto de resolver deberán hacerlo asertivamente, exponiendo antes los argumentos necesarios para sustentar fáctica y normativamente su decisión.

El abogado de la administración podrá envolver en lenguaje potestativo y discrecional las conclusiones de su dictamen, pero tampoco puede evitar consignar cuál es la alternativa que propone para la decisión.

Con todo, esta necesidad inevitable en todos los casos de resolver o aconsejar concreta y definidamente algo razonado y fundamentado, que exprese en forma adecuada y suficiente los argumentos de hecho y de derecho que lo sustentan, no altera que siempre lo resuelto o propuesto es una hipótesis más, no una verdad eterna.

Tampoco el hecho de que los debates y discusiones posteriores a veces presten especial atención al tipo de argumentación expuesto, o de fundamento jurídico empleado, debe hacer olvidar que la *ratio* de la cuestión siempre estará en los hechos y el análisis que de ellos se haga.¹¹

4. *Inexistencia de reglas generales para solucionar casos*

Por lo expuesto, puede ser también oportuno recordar el viejo aforismo que para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla,”¹² y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada.” Comencemos pues por no querer encontrar al “ídolo de la certidumbre... la adoración de este ídolo reprime la audacia de nuestras preguntas y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: Pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica.”¹³ No se pretenda entonces hallar la “certeza” de la “verdadera” solución «indiscutible» de un caso de derecho: “Los

¹⁰ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹ En tal sentido, se ha dicho que “lo que un juez hace es más importante que lo que dice que hace.” REED DICKERSON, *Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing*, en la revista *Law and Contemporary Problems*, *op. cit.*, pp. 53 y ss., y 68.

¹² O como dice CARDOZO, *op. cit.* p. 161, “después de todo, hay pocas reglas: Hay principalmente *standards* y grados,” esto es, grandes principios: LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, refiriéndose al derecho supranacional.

¹³ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 261.

que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.”¹⁴

Hay que aprender a convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez siempre provisional.¹⁵ “La persuasión de que la propia infalibilidad es un mito lleva por fáciles etapas y con algo más de satisfacción a la negativa de adscribir infalibilidad a los otros.”¹⁶

Recuerda CARDOZO que en sus primeros años “buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil,” pero que con el tiempo “me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación, y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”¹⁷

Ni siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo,”¹⁸ sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.¹⁹ No incurramos pues en el error científico de pretender *inducir* para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares. (Empirismo.)

Por ende, hay que *diferenciar* cada caso de otro “semejante” o “análogo” que se haya hecho o visto previamente, y evitar tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos —una variante del mismo error metodológico.²⁰

No hay casos “típicos;” es el método lo que debe aprenderse experimentalmente, no las supuestas “soluciones,” y 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;” que no sea una mera adaptación de “soluciones” anteriores en supuestos semejantes en apariencia, pero que resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica.

Luego, sin duda, continúa el proceso de aproximaciones sucesivas en que al construir los razonamientos fácticos y jurídicos que constituirán la motivación o explicación de la hipótesis, se la refina, modifica, altera, o sustituye, hasta que llega el momento en que la decisión “definitiva” es tomada en el sentido de volcarla al papel, en alguna de sus sucesivas versiones de trabajo, firmarla, y darla a conocer.

¹⁴ POPPER, *La lógica...*, *op. loc. cit.*

¹⁵ La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: Sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales: POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁶ CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷ CARDOZO, *op. cit.*, p. 166.

¹⁸ POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹ Para decirlo otra vez en las palabras de CARDOZO, cada caso es un experimento nuevo: *Op. cit.*, p. 23.

²⁰ En sentido análogo CARRIÓ, “Cómo argumentar un caso frente a un Tribunal,” *op. cit.*, p. 46.

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

5. *El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal*

Hemos recordado ya que los hechos y circunstancias de un caso pueden irse modificando a través del tiempo, como así también los intereses y valores en juego.

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

Del mismo modo, el decurso del tiempo puede ir demostrando que a pesar del énfasis argumental puesto inicialmente en determinados aspectos, ellos pueden no resultar posteriormente los más relevantes o actuales, obligando entonces a tener un espíritu crítico permanente²¹ y la suficiente adaptabilidad para reanudar el planteamiento del problema. Lo cual, desde luego, se puede hacer privadamente y en vía administrativa, y aún estando en litigio, por las negociaciones y eventuales transacciones.

Debe así aprenderse a descubrir cómo se analizan los hechos según el momento histórico en que el caso se plantea, cómo se construye un razonamiento adecuado a los tiempos y sus valores sociales, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pros y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar, todo ello no en un supuesto vacío atemporal y aespacial, sino al contrario permanentemente bien centrado en el tiempo y en el espacio real, sin oportunismo político y con espíritu de justicia. Todo ello, claro está, es mucho más fácil decirlo que hacerlo en un caso concreto.

6. *Una ayuda metodológica*

En cualquier caso de derecho existen una serie de cuestiones jurídicas que deben ser dilucidadas por quien ha de resolverlo. Muchas de ellas el abogado entrenado no necesita a veces ni siquiera planteárselas, por cuanto las percibe automáticamente y en un instante. El estudiante de derecho puede en cambio encontrar útil analizar tales aspectos, y por ello en nuestra materia habíamos elaborado hace ya muchos años una pequeña guía metodológica que dábamos al comienzo del curso de grado,²² y que no constituye un “cuestionario” formal a ser llenado compulsivamente, sino un ayuda-memoria de posibles errores de hecho

²¹ Sobre el rol crítico del docente en la asistematicidad del derecho viviente, nos remitimos a nuestra *Teoría general del Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. XIV y XV del prólogo.

²² Se encontraba en las primeras ediciones de nuestro t. 1, cap. VIII, § 19. Lo reproducimos ahora, aunque su utilidad es ya relativa, *infra*, § 7.

y de derecho a evitar, cuestiones a controlar (informarse, leer, determinar sus consecuencias si las tiene), etc.

Cada grupo docente podría elaborar la suya, para mejor ayudar al alumno que realiza sus primeros pasos en el análisis de casos de esa materia.

De todos modos, debe tenerse presente que una tal guía metodológica debe ser adaptada progresivamente por el estudiante en la medida que va adquiriendo destreza en la solución de los pasos iniciales que ella propone. En el comienzo del curso sus experiencias deberán desarrollar las primeras etapas de la guía, y a partir del segundo mes deberá en cambio irse concentrando en aquellas que son finalmente las centrales para resolver qué hipótesis formula para el caso.

7. *Lo central del caso*

7.1. *Las opciones a considerar*

En la parte central del curso de grado, luego de haber analizado la situación fáctica y jurídica, la razonabilidad frente a los hechos del caso, los derechos que afecta, etc., cabe determinar:

7.1.1. Cuáles son las principales vías alternativas —razonables, desde luego, no disparatadas²³— de comportamiento jurídico o material, incluso de acciones u omisiones.

7.1.2. Y cuáles son todos los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas.

Dicho en otras palabras, qué fundamentos o razones en pro y en contra de cada una de ellas, y conjugados de qué manera, van llevando al abogado a preferir o no, razonable y fundadamente, alguna o algunas de tales vías:

a) Omisión.²⁴

b) Negociación,²⁵ gestión, *lobby*, comportamiento material, etc.²⁶

c) Recurso, reclamo o denuncia administrativa.

d) Acción judicial, teniendo cuidado de introducir el caso federal de manera suficiente y adecuada en la primera oportunidad procesal, y mantenerlo en forma expresa y clara en cada una de las sucesivas instancias, como así también introducir en su caso la violación a derechos supranacionales, a fin de ocurrir

²³ Pues es ésta precisamente una de las aptitudes integradoras o globalizadoras del acto de creación en el cerebro humano, que lo diferencia de la computadora más sofisticada. Ampliar *infra*, caps. VI y IX.

²⁴ Hay situaciones, sin duda, en que la solución es no hacer nada. También habrá que demostrar por qué.

²⁵ Ver, por ejemplo, EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, St. Paul, West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlement*, misma editorial, 1983.

²⁶ Estas alternativas no debe dejar de considerarlas el abogado que recibe el caso en consulta, y de continuarlas evaluando a través del tiempo.

en la oportunidad procesal pertinente por ante los organismos y tribunales de carácter internacional.

7.2. *El manejo de las opciones*

7.2.1. *Evitar el “reflejo condicionado” de hacer un escrito jurídico*

Hay que comenzar por señalar que debe evitarse una suerte de reflejo condicionado como el perro del experimento de PAVLOV, que ante ante cualquier problema considera prioritariamente las vías jurídico-formales para las cuales fue entrenado, o sea las incluidas en los puntos *c)* y *d)* del § 7.1.

7.2.2. *Evaluar siempre la posibilidad de negociación*

Quien está más experimentado y es honesto en su profesión, sabe que debe primero analizar si existen formas posibles de hallar una composición de los intereses contrapuestos que sea mutuamente beneficiosa, o al menos menos costosa y larga que una formal discusión jurisdiccional, y en tal caso trabar negociaciones con miras a solucionar el problema.

Es cierto que importa menos lucimiento profesional aparente, pero un cliente inteligente percibe inequívocamente que es mejor abogado aquel que logra solucionarle lo esencial de un problema sin necesidad de recurrir a los estrados judiciales.

7.2.3. *Evaluar el consejo de abstención de toda conducta jurídica activa*

El acto creativo en la elección de la opción a recomendar incluye necesariamente el análisis de la posibilidad de aconsejar al cliente abstenerse de todo reclamo o planteo porque simplemente no le asiste razón, derecho, posibilidad práctica de obtener que se lo reconozcan, o porque pone en peligro mayores inversiones que las posibles ganancias que le puede deparar el planteamiento formal del problema que lo trae, etc.

Otras veces se da análoga situación si el abogado prevé en base a su experiencia que no obstante el anhelo de justicia —o venganza— que parezca animar profundamente al cliente al comienzo de la relación, y le haga exigir o solicitar la aplicación de todos los remedios legales existentes, lo cierto es que con el tiempo tales sentimientos se irán enfriando, y poco a poco su estado de ánimo pasará a privilegiar, a la inversa, el hecho de que se encuentra metido en un pleito que ya no quiere, de cuya duración y costo está disconforme, etc., todo lo cual traduce inevitablemente en crítica e insatisfacción con su abogado.

Allí lo que puede haber fallado no es el trabajo del profesional en llevar el asunto, sino el consejo inicial de encararlo sin prever que el tiempo cambiarían inevitablemente el estado anímico de su cliente.

7.2.4. *El problema de dar o no otros consejos*

A veces el abogado se encuentra en la situación del médico clínico, impelido por la necesidad de brindar alguna orientación de naturaleza extrajurídica en esa única oportunidad en que le dice a su prospectivo cliente que no le tomará el asunto por alguna de las razones antedichas.

Ciertamente los psicólogos, psiquiatras y psicoanalistas consideran este procedimiento, en sus respectivas profesiones, un mal servicio al cliente, pues su deber profesional es ayudarlo a tomar la decisión que él quiera, no la que al profesional le parezca mejor.

En el caso del abogado y del médico clínico, a veces puede sentir necesario por razones de conciencia tratar de hacer ver a alguien que está muy confundido con algún problema y cree encontrarle salida jurídica, no solamente que no es este el camino, sino cuál es el que tal vez debería intentar, recurriendo en tal caso al profesional indicado de la disciplina no jurídica que corresponda, o incluso darle un mero consejo de sentido común que el cliente en su situación anímica momentánea no percibe. Desde luego, esto es materia riesgosa y delicada, que ha de ejercerse excepcionalmente y cuidando no caer en una suerte de omnipotencia. Los psiquiatras califican precisamente de omnipotencia el dar consejos al paciente; pero una vez un distinguidísimo psiquiatra, previamente asesorado por también distinguidos abogados, consultaba a otro abogado si sería o no peligroso para su vida irse del país, o si era más peligroso aún quedarse en él: “¿Y ahora qué pasa, me matan?” Allí el abogado, cual el médico, no tiene otra opción que ejercer la omnipotencia de dar una u otra respuesta, y fundarla. El silencio no hubiera sido cobardía.

7.2.5. *Evaluación de una modificación de la realidad*

Lo más importante, con todo, que debe considerar un estudiante o abogado creativo frente a un caso concreto, es si no está aún a tiempo de aconsejar comportamientos materiales de su cliente que modifiquen la realidad preexistente al momento de la consulta, de modo tal que la situación de hecho descrita pase a ser otra distinta, que permita un más adecuado en una regla de derecho adecuada, o una mejor preparación para la negociación, etc.

En la situación del expediente del propio curso, que mencionamos en el cap. II, § 5.4, el alumno sabe desde su comienzo que al final debe hacer un alegato sobre su desempeño, tal como él está acreditado en el expediente.

Supongamos que al preparar el alegato descubre que en verdad no hay en su expediente una situación de hecho satisfactoria que le permita fundar seria y adecuadamente su alegato. En tal situación, una opción fáctica que está a su disposición es modificar los hechos sobre los cuales debe alegar, produciendo

antes del alegato nuevos trabajos, reelaborando los más débiles, complementando puntos incompletos, etc.

Esto es posible por tratarse de un procedimiento administrativo, y es la solución sensata al problema, en lugar de pretender alegar lo que no tiene sustento fáctico suficiente.

Lo mismo ocurre en la primera oportunidad que uno toma contacto con una situación de hecho consultada por un cliente. Luego de realizadas las actividades probatorias previas mencionadas en el cap. V, y estudiado el derecho según se trata en el presente cap., el abogado tiene ya formada alguna primera conjetura que puede ser no desfavorable pero tampoco enteramente favorable al cliente.

En tal caso, debe pensar, otra vez creativamente, qué modificaciones de la conducta de su cliente pueden mejorar el encuadre de la situación en la regla de derecho que se estima más próxima. Con frecuencia esto puede significar que antes de reclamar algo que se estime le es adeudado, complete o perfeccione aquella prestación u obra que se le adeuda, de modo tal de adelantarse a una posible discusión de vicios, y facilitar también la posibilidad de un entendimiento extrajudicial.

Existe un caso típico en nuestra jurisprudencia, en que un vendedor de equipos de computación los entregó, conforme a la compra efectuada por un cliente, pero éste se negó a abonarlos aduciendo que no funcionaban adecuadamente. La empresa vendedora y su abogado consideraron que los equipos estaban bien contruidos y entregados conforme a lo pactado, y que todo el problema nacía de una presunta incompetencia del cliente en manejar el equipo, y ante tal hipótesis decidieron hacer el juicio de cobro.

Una opción mejor, en la especie, hubiera sido de solucionar previamente, seguramente que con costo ínfimo, el problema técnico que impedía al cliente el uso normal de la computadora.

Por no considerar esa opción, de bajo costo, no solamente no percibieron —empresa ni abogado— el precio de los equipos, sino que además perdieron el pleito.

El juez entendió, bastante razonablemente, que el contrato tenía la cláusula implícita de que los equipos debían ser aptos para el fin para el cual se los había adquirido, y que era responsabilidad del vendedor y no del comprador hacer lo necesario para que esa utilidad finalista se cumpliera.

En materia de productos que el cliente alega son defectuosos, o servicios que pretende han sido mal prestados, etc., y que se niega a pagar, el consejo obvio, por supuesto, es tratar de corregir el defecto, satisfacer al cliente, superar la dificultad, y con ello allanar el camino al cobro extrajudicial o si es necesario judicial.

La omisión de recomendar una concreta modificación del comportamiento y de los hechos que el cliente trae en consulta puede significar, por lo tanto, un encuadre normativo adverso que con poco esfuerzo podría haberse transformado en favorable si se hubieran hecho tales conductas.

7.3. *La creatividad en la formulación y en la selección de la opción frente al problema*

Hay en lo expuesto un doble desafío a la creatividad del abogado. Al igual que en otras ciencias, “Importante es la capacidad de ofrecer varias posibilidades para la solución de problemas. Allí reside la esencia de la creatividad. No se idea la solución al problema; siempre aparecen muchas ofertas, aunque habitualmente sólo se adopta una solución, una de varias, de muchas, y con seguridad *frecuentemente no una sola vez*.”²⁷

Al mismo tiempo, y si tomáramos el aforismo de que “vivir es solucionar problemas,” o más precisamente que las teorías que colocamos en el mundo “son intentos de solucionar problemas,” es claro que en ese intento, en la selección de alguna de las opciones de encarar el problema a que nos referimos en el punto precedente, hay un segundo momento creativo y decisorio de gran trascendencia práctica.

Sobre este tema de la creatividad, que reputamos fundamental en la etapa que estamos comentando, volveremos más adelante en el cap. VIII y siguientes.

7.4. *La redacción de la opción provisional*

a) Si elige el camino de sugerir vías de omisión, gestión, negociación²⁸ o comportamiento que no suponen la interposición de remedios legales, debe pasar a la redacción o explicación del comportamiento material, negociación u omisión que recomienda.

En esta variante, en la enseñanza se pueden también organizar desempeños de roles,²⁹ por ejemplo de partes distintas y sus respectivos abogados en la negociación y celebración de un contrato internacional, comercial interno, etc.; transacción judicial; convenio de alimentos; convenio colectivo de trabajo.

b) Para el supuesto de que elija el camino de un escrito jurídico a ser presentado ante una autoridad administrativa o jurisdiccional, también es necesario escribirla.

Surge de lo expuesto en 7.1 que finalmente hay que hacer una opción creadora, nueva, imaginativa, pero sustentada fáctica y jurídicamente; en otras palabras, debe hacerse 1º) un acto de *creación*; 2º) *científica*, y que además 3º) debe expresárselo en un *escrito* (7.2.)

Estos tres aspectos no son exclusivos de nuestra profesión, pero tal vez meritúan algunos capítulos sobre las etapas de la creación: VIII y IX, cómo se elige alguna

²⁷ POPPER, KARL, R., *Sociedad abierta, universo abierto. Conversación con Franz Kreuzer*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 99 y 100.

²⁸ Existe también abundante bibliografía sobre los distintos aspectos de la negociación empresarial, que son igualmente útiles para el abogado. Ver, entre otros, FISCHER ROGER, y URY, WILLIAM, *Sí... de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*, Colombia, Norma, 1985, especialmente § 3 y 4 del cap. II.

²⁹ Cap. XVI, § 2.2.

de las opciones comentadas en 7.1 y 7.2; XI, la redacción del primer borrador de escrito, para pasar recién entonces a la parte más específica en derecho, o sea la de su reelaboración conforme a las fuentes y normas jurídicas: XII.

CAPÍTULO VII

PEREYRA. EL MÉTODO EN UN CASO DE DERECHO: HECHOS, VALORACIÓN, NORMAS.

SUMARIO

1. Las etapas metodológicas.....	Mét-VII-1
2. Los hechos	Mét-VII-2
3. Valoraciones.....	Mét-VII-3
4. Las normas.....	Mét-VII-6
4.1. Normas legales.....	Mét-VII-6
4.2. Normas de facto	Mét-VII-8
5. Otra forma de analizar las valoraciones: La jurisprudencia de intereses. <i>Critical Legal Studies</i>	Mét-VII-11
6. Un fallo de la Corte Suprema	Mét-VII-12
7. Otra ley.....	Mét-VII-13
8. Conclusión	Mét-VII-13
9. El fallo <i>Pereyra</i>	Mét-VII-13

Capítulo VII

PEREYRA. EL MÉTODO EN UN CASO DE DERECHO: HECHOS, VALORACIÓN, NORMAS

1. *Las etapas metodológicas*

El caso de un Testigo de Jehová que aquí analizaremos es un útil aunque doloroso problema para ver el proceso de análisis y reflexión en un caso concreto de derecho, que debe pasar secuencial, precisa e inexorablemente por tres etapas sucesivas: 1º) Hechos, 2º) valoraciones, 3º) normas.¹ En el camino nos topamos inevitablemente con una cuestión de filosofía del derecho. El fallo no hace discursos ajenos al punto concreto a decidir, y tiene todo el valor de la franqueza y la claridad. Pero así como dos teorías opuestas sirven mejor que una sola para explicar un fenómeno (OPPENHEIMER), puede ser útil al lector escudriñar también la solución contraria.² Y de paso indagar un poco más en el método de análisis

¹ Por cierto es difícil separar nítidamente los tres aspectos, pero al menos es útil intentar focalizar cada uno separadamente. Ver también GORDILLO - FLAX (dirs.), *Derechos Humanos*, 6ª ed., 2007, “El caso de los exploradores de cavernas,” “El caso de la prohibición de fumar,” “*E.F.E.*” El caso *E.F.E.* constituye una hipótesis de búsqueda o no de solución justa dentro de las normas aplicables, que la CSJN resolvió eligiendo la norma injusta. Aquí se trata de interpretar la norma y los hechos, justa o injustamente según veremos. Para que el análisis sea fructífero, bueno es ver primero cuál es la solución justa ante los hechos del caso y recién entonces resolver cómo leer las normas y principios aplicables.

Pues entre los principios jurídicos aplicables está el constitucional y supraconstitucional de razonabilidad, que con razón se equipara a la justicia natural (CASSAGNE, JUAN CARLOS, “De nuevo sobre los principios generales de derecho en el derecho administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1995, n° 19/20, p. 297 y ss., 303-4; o como dice este mismo autor, se trata a veces de la búsqueda de “una única solución justa.” *Derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., Buenos Aires, 1996 y sus referencias de la nota 74, p. 116.)

De donde la justicia, lejos de ser un concepto infralegal, es un concepto suprallegal. Lo mismo ocurre a título expreso en diversas normas de derecho internacional, como se puede advertir en el art. III inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y hasta en el derecho internacional de la compraventa de mercaderías: ZUPPI, ALBERTO L.: “La interpretación de la Convención de Viena de 1980 (CISG). (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 2003-A, 1130.

² O como dice POPPER, “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.” En derecho ambas soluciones, desde luego,

y resolución de casos de derecho.³ Desde luego, el debate no es fácil: “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.”⁴ En ese espíritu emprendemos este comentario.⁵

2. *Los hechos*

Un miembro de los Testigos de Jehová (que como es de público y notorio conocimiento se niegan por su fe a recibir transfusiones de sangre, saludar los símbolos patrios en cualquier país del mundo, etc.) convocado durante el último gobierno de facto como conscripto y negándose a vestir el uniforme y saludar la bandera o portar armas, estuvo preso durante varios años, condenado por un tribunal militar.

Como recuerda el fallo, el actor “fue condenado a prisión, desde el 17 de julio de 1979 y hasta el 7 de febrero de 1983, por un Tribunal Militar de la Armada Argentina que lo consideró incurso en el delito de insubordinación por haberse negado a vestir el uniforme, armarse en defensa de la Patria y prestar acatamiento y respeto a los símbolos nacionales, en razón de sus creencias religiosas, en su condición de Testigo de Jehová.” (Cons. 1°)

están signadas por el destino común de la humana falibilidad. Pues como dijera CARDOZO: “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación, y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.” (CARDOZO, BENJAMÍN N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, reimpresión 1952, p. 166.) En palabras de POPPER, no idolatremos “el ídolo de la certidumbre... la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su posesión del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su indagación de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.” “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien... la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas;” “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso... no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados...” Estas referencias en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, 2009, 10ª ed., cap. I.

³ Ver MILJIKER, MARIA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filológico,” *LL*, 2007-A, 777 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 951 y ss.

⁴ VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10ª ed., p. 8.

⁵ Este comentario se emparenta con otro que hiciéramos en materia de servidumbre de electroducto, sin haber logrado en un par de años que los cursantes del post-grado descubrieran cuál es el error de razonamiento que invalidaba nuestra nota en ese momento, pues una reforma posterior al régimen tarifario dio lugar a su vez a la solución nuevamente opuesta. Ver nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 1996, cap. X.

Para determinar qué tipo de culto se trata, puede considerarse también el hecho de que estuvo prohibido por la administración desde 1976 hasta 1980,⁶ pero no hasta 1983. O sea, no se aplicó ni siquiera el principio de la norma *de jure* o *de facto* más benigna: El actor siguió cumpliendo pena de prisión luego de estar suprimida la prohibición —por lo demás inconstitucional— de su culto.

Hoy sabemos que es un culto o creencia reconocido y amparado, internacional y constitucionalmente,⁷ y ese reconocimiento no puede razonablemente desconocerse en sus efectos —al menos actuales— por lo que a esta situación del pasado se refiere.⁸

Diversos pronunciamientos judiciales reconocen actualmente a dicho culto como legítimo ejercicio de la libertad religiosa, por ejemplo a propósito de su conocida negativa —fundada en sus creencias— a recibir transfusiones de sangre.⁹ En otras palabras, no se formula hoy reproche fáctico a dicho culto.

Al actor no se le han tampoco reprochado, ni siquiera en 1979, actividades subversivas —que incluso ya para entonces posiblemente no existían— ni de otro modo atentatorias contra aquel régimen: Solamente las circunstancias descritas en el fallo.

No sería lógico siquiera que el caso despertara hoy las pasiones de otrora:¹⁰ La cuestión debatida en esta *litis* es si en democracia se repara o no la prisión injustamente sufrida a manos de tribunales militares de una dictadura militar.

3. Valoraciones

Luego de analizar los hechos es fundamental continuar con las valoraciones del caso antes de entrar al análisis normativo de detalle. (Sí los grandes principios, que en definitiva están cargados de valoraciones.) Es metodológicamente útil

⁶ Decretos 1.876/76 y 2.683/80.

⁷ Ver por ejemplo CSJN, *Bahamondez*, LL, 1993-D, 125.

⁸ Es parte del viejo dilema que planteara GUSTAV RADBRUCH en *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, traducción de MARÍA ISABEL AZARETO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. Hemos vuelto sobre el problema en “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en el libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*, Londres, Hart, 2011 (en prensa), cap. XV.

⁹ Ver el citado fallo *Bahamondez* de la CSJN, LL, 1993-D, 125, votos de CAVAGNA MARTÍNEZ y BOGGIANO; *Prestaciones Médico Asistenciales s/ autorización*, agosto de 1996; LORENZETTI, RICARDO, “El derecho a rechazar tratamientos médicos y el derecho a morir en la reforma al Código Civil,” *JA*, 8-VI-94; “Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos,” *LL*, 1997-F, 601.

¹⁰ La sola mención del tema, además de sus posibles connotaciones de dogmática jurídica (ley ulterior penal más benigna, arts. 29 y 36 de la Constitución nacional, etc.) y de valoración —tanto por los que están o estuvieron a favor o en contra de la subversión, represión legal e ilegal, víctimas, etc.—, tiene un claro aspecto emotivo: Metodológicamente es muy difícil, pero necesario, realizar a este respecto un análisis que tome cuenta de las emociones o pasiones que el múltiple tema despierta y las canalice en un análisis racional del caso. Cualesquiera que sean los sentimientos que al respecto se alberguen, debe cuidarse que no empañen los hechos, en uno u otro sentido.

entrar a los textos de detalle solamente luego de haber esclarecido en la propia mente los aspectos emotivos y axiológicos que a veces nos llevan a un enfoque determinado sin que nos demos cuenta.

En el análisis jurídico de un caso resulta necesario que las emociones y los valores no sean producto de una reacción instintiva sino transvasados a través de una reflexión puntual, antes de estudiar las normas de detalle. (Que pueden congelar el razonamiento y los preconceptos.) Ello siempre es cuestión espinosa y en este caso más por rozar un pasado reciente muy difícil y una cuestión de cultos. Pero como decía BERTRAND RUSSELL, los juicios de valor también son susceptibles de análisis racional.

Pues bien, negarle al actor la reparación en base a que no era un particular ni un “civil” sino que tenía “estado militar,” esto es, era miembro de las fuerzas armadas (por su condición de conscripto forzoso y condenado por no vestir el uniforme ni saludar la bandera, etc.), es injusto en el caso de cualquiera que reclama por años de prisión precisamente por no haber querido asumir algunos aspectos básicos de tal condición o estado militar.¹¹ Si reiteramos que se trata de una persona que estuvo años presa por sus creencias, por su culto o fe, es más doloroso. Y no cabe desdeñar que algunas cosas terribles también pasaban en aquel entonces, suficientes para que alguien pudiera en conciencia sentir que no quería ser parte de ellas.

Si consideramos que el fallo puntualiza que el actor se había presentado “—voluntariamente o no (situación no aclarada en autos), poco importa—,” parece ya insensibilidad hacia la religión o culto ajeno. Que en aquel entonces no hubiera reconocimiento operativo a la objeción de conciencia no quita que hoy sí lo haya.¹² Hoy no puede decirse que poco importa; antes tal vez sí, hoy no.¹³ La afirmación de que “poco importa” al tribunal incluso que se lo hubiera capturado, que ello tampoco hubiera cambiado su encuadre, no parece compatible con asignarle o discernirle estado militar a un civil quizás capturado, y resulta lesivo a la

¹¹ Sin duda esenciales desde un criterio militar, pero tal vez obviables a través de un sistema de servicio civil, como los hay para los objetores de conciencia, a fin de cumplir de otra manera con sus obligaciones.

¹² El voto de CAVAGNA MARTÍNEZ y BOGGIANO en *Bahamondez* expresa que la libertad religiosa, a propósito de las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová, “incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona...”

¹³ Esto es lo que enfatiza CARRIÓ al señalar que debe tomarse en cuenta el transcurso del tiempo y el consiguiente cambio en las valoraciones sociales, circunstancias socioeconómicas, etc. Ver CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pp. 32-4, puntos G y K. En otro sentido dice LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12, que: “Las reglas cambian mientras son aplicadas;” ver también ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328; COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, p. 122.

sensibilidad civil contemporánea.¹⁴ Decir en tales condiciones que tenía “estado militar” no parece hoy¹⁵ ajustado a la realidad, o por lo menos haberla forzado mucho, y a juicio de un civil es un disvalor —al menos en la actualidad. La clave de la libertad es respetar tanto la ajena como la propia. La de la fe puede llevar a la intolerancia fundamentalista o al bíblico amor al prójimo. Es cuestión de elegir, desde el corazón. Aunque sea en defensa de la propia libertad y de la propia fe, hay que tutelar la de los demás. El uniforme, los símbolos, etc., que la fe del actor no acepta (sin razón, pero ya lo sabe el lector desde Santo Tomás, no se razona con la fe ni se tiene fe con la razón), le llevaron al sufrimiento espiritual y material que el gobierno una vez le impuso y simbólicamente —lo que para él es cuestión de fe— ahora le recuerda. Se le vuelve al pasado y a los castigos que ya sufrió por sus creencias. No se tiene en cuenta el transcurso del tiempo, que estamos en otra etapa de la historia argentina. Antes estuvo realmente preso de un sistema, no se debió reintroducirlo a él sin más comprensión a su espiritualidad, más tolerancia por la diversidad. Una solución adversa al ex preso de conciencia es —al menos ahora— violatoria de la libertad de fe y de creencias, discriminatoria: Lesiona tanto la Constitución como el derecho supranacional, y el derecho natural a una solución justa más allá de los rigores de la norma si existieren. El simbolismo impuesto a quien precisamente por su fe descrea de los símbolos también resulta angustiante para quienes lo contemplamos.

El interrogante a formularse entonces, y ese será el tercer paso de la argumentación, es si las normas del caso permiten una solución justa, respetuosa de una fe ajena sostenida incluso hasta el sacrificio: Pues lo menos que merece es una humilde reverencia. Casi cuatro años de prisión por una creencia religiosa relativamente universal, reconocida en el país y fuera de él, guste o no dicha creencia a los que profesan otra, debe merecer la solidaridad de los que creen, basada cuanto menos en el amor al prójimo. Estas valoraciones, por supuesto, pueden no compartirse. Si las tomáramos provisionalmente, veamos qué pasa con el derecho positivo.

¹⁴ Aceptamos como lógico que un militar pueda sentir lo contrario, que no tomar las armas en defensa del Estado es un disvalor; pero esa no es la situación del tribunal civil que tiene que resolver al presente el reclamo reparatorio.

¹⁵ Reiteramos la idea de GENARO CARRIÓ, que el transcurso del tiempo modifica la percepción de los hechos y también las valoraciones sociales. La apreciación de los hechos por este fallo es compatible con la percepción que el tribunal militar tuvo de los hechos a la época citada y superada, pero no lo es con su percepción en la época actual en que se dicta la sentencia del tribunal civil. Una cosa es valorar el caso con ojos militares de 1977, otra con ojos civiles de 1997: Es lo mismo que ocurrió con las leyes de olvido y punto final, tal como lo explicamos en “Declaráranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506-1507 y en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, op. cit., t. II, p. 957. No parece congruente retrotraer el análisis valorativo a la época en el daño se infligió, en lugar de ubicarlo en la época en que se contempla su reparación.

4. *Las normas*

4.1. *Normas legales*

El fallo contiene la simbiosis de un anterior pronunciamiento dividido de la misma Sala: Sus votos contrapuestos contenían la tensión antagónica entre la búsqueda de la solución justa y la dogmática jurídica.¹⁶ Aquí la tensión no existe, se hace exégesis. Allá era un oficial, aquí un soldado que no fue. Allá y acá eran derechos patrimoniales de índole social. Allá los denegaron en fallo dividido, acá en fallo unánime. Es difícil encontrar el hilo conductor.¹⁷ Sólo distintas filosofías en juego.¹⁸ Dogmática jurídica o búsqueda de una solución justa para el caso.

El pronunciamiento invoca el aspecto de la legalidad originaria de la detención “desde un punto de vista formal,” como el eje de la ley 24.043, sin importar su materialidad. El énfasis en lo formal ya muestra el alejamiento del iusnaturalismo, como filosofía jurídica.¹⁹ Se recuerda que “la prisión que se le discerniera” se debió a “considerárselo incurso en el delito militar de insubordinación, le fue aplicada por el tribunal militar competente, en uso de una jurisdicción propia, ajena a la excepcionalidad ejercida durante el lapso considerado en la normativa de la ley 24.043;” no considera el fallo que se haya tratado de una de “las detenciones ilegítimas que tuvieron lugar durante el último gobierno de facto.”

Remontándonos a los antecedentes parlamentarios, que como luego veremos los hay en distintos sentidos, recuerda el fallo que “la finalidad de la ley fue otorgar una compensación económica a personas privadas injustamente de su libertad durante la vigencia del estado de sitio.” (Cons. 6°)

En primer lugar, la restricción a los detenidos “por el estado de sitio” no es lo que surge del texto de la ley, ni de su espíritu. En segundo lugar, si el fallo acepta que la ley busca compensar a los detenidos “injustamente,” no se advierte la justicia

¹⁶ “Dos filosofías y dos percepciones fácticas en materia previsional,” *LL*, 1996-E, 111, nota al fallo *B., R.A. c/Estado Mayor General del Ejército*, CNFed. CA, Sala I.

¹⁷ Lo cual sirve para demostrar aquella verdad tan eterna como el derecho, que éste ha sido, es y será siempre una ciencia de casos singulares y concretos. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEIG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, p. 12. “La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares;” en sentido similar CASSAGNE, JUAN CARLOS, “De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo,” en la *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1995, n° 19/20, p. 300, donde critica “la utilización del método axiomático y deductivo... por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias por medio de la deducción.” O como dice CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, *op. cit.*, p. 161, “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados,” esto es, grandes principios; en igual sentido también LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 7, refiriéndose al derecho supranacional.

¹⁸ Como señala CUETO RÚA, tampoco está demostrado que sea indispensable utilizar siempre la misma filosofía jurídica.

¹⁹ Es curioso además que el fallo tome como momento del acceso al estado militar hechos y no actos jurídicos. No toma la recepción de la citación ni el acto de jura de la bandera, ni siquiera la sentencia del tribunal militar, sino el hecho físico de hallarse materialmente presente en el cuartel, por la coerción o la coacción, “poco importa.”

de ser prisionero de conciencia o prisionero de fe, a pesar de tantos ejemplos de diversos grados de martirologio en la historia universal de las religiones.

No hablamos de los “martirologios” que involucran actos positivos de daño, como los de quienes se autoinmolan junto a sus víctimas, sino de los martirologios en los cuales se paga solamente por creer en algo distinto. Tampoco parece justo, aun en la óptica de aquel entonces, que la prisión subsistiera por tres años más luego de la derogación del decreto que prohibía el culto en cuestión.

También de los antecedentes de la ley, el fallo obtiene la afirmación de que esto comprende el caso de personas que estuvieran detenidas por tribunales militares, y que “estas actuaciones fueron dejadas sin efecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de muchos años de detención.”

Concluye que el criterio aglutinador es “la ilegalidad originaria de la detención, considerada desde un punto de vista formal —con independencia de la materialidad o sustancia del hecho atribuido al detenido—, por ausencia de competencia de quien la ordenó dentro del marco del ordenamiento constitucional ordinario,²⁰ en el que el Poder Ejecutivo carece de ella respecto de cualquier habitante y los tribunales militares en relación a aquellos que no se encuentran sujetos a su jurisdicción, estatutos y disciplina.” (Cons. 6º, 3º párr.)²¹

Para este fallo era entonces “soldado” insubordinado, hubo tribunal militar, estaba todo —formalmente, la materialidad del caso le es específicamente independiente— en orden.

Sin embargo, ¿se adquiere el status de soldado cuando la persona se niega desde un primer momento a vestir el uniforme, portar armas y jurar la bandera? El que recibe la notificación de presentarse, ¿tiene automáticamente y de pleno derecho estado militar? ¿La convocatoria produce *ope juris* ese efecto? ¿Sin jurar la bandera? ¿Es lógico imaginar como “soldado” o militar a alguien que no se ha puesto nunca el uniforme, no ha jurado la bandera ni ha portado jamás armas?

²⁰ ¿Hay otro? El fallo parece inscribirse dentro de la tesitura de las Constituciones paralelas, vigente entonces pero ya no hoy.

²¹ Fundamenta el estado militar en los decretos leyes 17.531 y 19.101, como producido para un civil a partir del instante preciso de “presentado... ante una autoridad militar para la asignación de destino.” Sin embargo, si esas normas tenían dicha solución, cuestión dubitable, en todo caso han cesado en su vigencia por no existir ya más civiles que deban hacer el servicio militar forzoso. Si en derecho penal se aplica la ley posterior más benigna, con mayor razón debe hacérselo cuando se trata no de castigar, sino de indemnizar por el castigo. Ese civil de hoy al que no le será aplicable, como a ningún otro, la jurisdicción militar, es el civil de ayer al que la ley más benigna tiene que considerar sin estado militar al cruzar el portón del cuartel. Pensamos en todo caso que el momento de nacimiento del vínculo jurídico se lo puede ubicar sea en la notificación de la convocatoria o designación, o en el acto solemne de jura de la bandera, pero no en el acto material de entrar —por la coerción normativa o la coacción física— al cuartel o al despacho del oficial convocante. Siguiendo ese razonamiento, el momento de la captura ¿podría también concebirse como nacimiento del estado militar?

Es casi autocontradictorio. El actor estuvo preso y fue condenado desde su condición originaria de civil, de persona particular, no de soldado, condición que objetiva y subjetivamente nunca adquirió.

En el servicio civil para ser considerado agente del Estado hace falta además de designación tomar el cargo, o posesión del cargo como se suele decir en la función pública.

En el servicio militar resulta lógico aplicar la analogía o el paralelismo de las formas: No parece razonable considerar que se adquiere el carácter de agente militar del Estado sin haber llegado siquiera a vestir el uniforme, ni jurado la bandera.

El juramento a la bandera es un clásico de cualquier organización militar, un rito de pasaje como dirían los antropólogos: No se pasa a la siguiente condición, no se cambia de status sin ese acto fundamental.

En un sistema pleno de símbolos patrios, no parece que sea neutro y carente de significación no cumplirlos, no realizar ningún rito de pasaje: Podrá resolverse que merece sanción privativa de la libertad, pero no puede “resolverse” que “es” lo que empíricamente “no es.” Ese planteo es insoluble.

No creemos que pueda haber ejemplo más claro de preso de conciencia que el de un preso por razón de su religión. Que los tribunales militares de entonces lo hayan condenado, sin producirse en aquel momento revisión judicial oportuna (la referencia a que estas decisiones fueron dejadas sin efecto por la Corte Suprema no parece tener sustento fáctico en el *sub lite*) y la decisión se haya ejecutado incluso luego de haberse revocado la prohibición del culto, no parece dogmática jurídica suficiente para sustentar una decisión hoy injusta.

El fundamento que distingue entre particulares y conscriptos privados de su libertad se enfrenta también a la realidad actual y a los valores de nuestra sociedad contemporánea, en que ya no existe servicio militar obligatorio; esa persona no hubiera estado presa si se hubiera respetado su libertad de conciencia y de creencia; no estaría presa hoy. No debió estar presa nunca, pero tampoco entre 1980 y 1983 a estar al propio gobierno de entonces, pues derogó la prohibición en 1980.

El sentido de las reglas cambia con el transcurso del tiempo, incluso mientras son aplicadas, y además ellas mismas cambian;²² siempre han de amoldarse a un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, otro contexto sociopolítico, etc.²³

4.2. Normas de facto

De todo ello debe hacerse cargo el intérprete. No pudo en 1997, sin más, analizarse un aspecto relativo a una ley *stricto sensu* de ese fin de siglo, de la misma manera que un tribunal militar juzgó durante el proceso, hace veinte años, la

²² LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12.

²³ CARRIÓ, GENARO, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, op. loc. cit.

aplicación de decretos leyes, actas institucionales y actos administrativos del gobierno de facto.

Que el fallo las llame “leyes” y al ordenamiento superior lo designe como “constitucional” (presumiblemente, no normal) es un viejo vicio semántico de nuestra jurisprudencia y nuestra legislación que venimos denunciando sin éxito desde 1966.²⁴

Pero el carácter de “ley” y no de “decreto ley” no se adquiere semánticamente por prescripción. Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos²⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que: “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”²⁶ En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”²⁷

²⁴Lo hemos señalado primero en “Análisis crítico de la ley de desarrollo,” *Revista de Legislación Argentina*, n° 2, Buenos Aires, 1966, p. 88 y ss., y lo reiteramos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447 y 448; “La promulgación y publicación de las leyes,” revista *Derecho del Trabajo*, La Ley, año XXX, 1970, 11: 706, reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 895. Desde entonces hemos utilizado siempre la terminología “decreto ley” para referirnos a los actos materialmente legislativos de los gobiernos de facto; lo hemos reiterado en todas las ediciones de nuestro *Tratado de derecho administrativo*. La terminología “políticamente correcta” parece no llegar nunca a la Nación, ni siquiera al Poder Judicial de la Nación; tampoco al Congreso, mucho menos al Ejecutivo; ni siquiera la doctrina ha resuelto *aggiornarse*. La provincia de Buenos Aires, en cambio, la utiliza como se debe desde 1983. Veintisiete años después, todavía pocos se anotician en la Nación, no obstante que lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro representante en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que de acuerdo a los fallos *Giroldi* y *Arce* de nuestra Corte Suprema deberíamos estar cumpliendo y honrando, como explicamos en la nota siguiente. Hemos vuelto sobre el tema en “Cuarenta y cuatro años continuos de Ley en la Argentina, desde 1966 al presente,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, op. cit.*, t. I, p. 299; ver también GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *LL*, 2007-A, 777; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” en *Res Publica Argentina*, *RPA* 2007-1: 83-92, Buenos Aires, Rap, 2007.

²⁵*Giroldi*, *LL*, 1995-D, 462, *Arce*, *LL*, 1997-F, 696, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado.”

²⁶Párrafo 22 de la Opinión Consultiva n° 6/96.

²⁷Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996*, Washington, D.C., 1997, p. 65.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define pues como leyes “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos* constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes *para la formación de las leyes*,”²⁸ pues “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables;”²⁹ es la legislatura electa y no otra autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa.

Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:³⁰ El principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos en el plano internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en *Arce* al citar lo expresado en representación del país nada menos que por nuestro representante en Naciones Unidas. No podemos nacionalmente contradecir nuestra palabra internacional, sin sufrir el descrédito consiguiente, que luego se manifiesta en los votos de los países con los cuales interactuamos en organismos (FMI) o redes (Club de París, G-20, etc.) internacionales.

Ahí está parte de otro problema que aqueja el fallo: No tomar en cuenta que axiológicamente no son fuentes equiparables de derecho, aunque cabe reconocer que toda la sociedad argentina o por lo menos los tres poderes del Estado padecen la misma grave inconsecuencia, junto a la casi totalidad de la doctrina argentina, en cualquier materia de derecho público o privado.³¹ Es una de las tantas falencias democráticas que anidan en el alma argentina y se renuevan a través de la historia.

Se soslaya en el fallo, pues no se desconoce,³² que el origen de la ley 24.043 es dar cumplimiento a una solución transaccional de la Nación argentina ante los estrados internacionales para no tener una condena internacional.³³ Esa solución amistosa la debemos honrar de buena fe, y dentro del espíritu que fue concebida, para no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, que es la de todos nosotros; la derogación en 1980 también fue por reclamos internacionales. El solo hecho de indemnizar es propio de esta época, no de aquella: Es entonces con ojos de esta época que debe vérselo.

Con lo cual a nivel de fuentes del derecho para resolver afirmativamente la pretensión tenemos el texto de la ley, su espíritu, sus antecedentes parlamentarios, sus antecedentes internacionales, y el principio constitucional y supraconstitucional de razonabilidad, justicia, no discriminación.

²⁸ Opinión Consultiva número 6, párrafos 23 y 32.

²⁹ OC 8, párrafo 24.

³⁰ FAPPANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, párr. 31, p. 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³¹ Ver las referencias efectuadas *supra*, notas 3 y 24.

³² “¿Una excepción a la Ley n° 24.447?” LL, 1995-D, 292, nota al fallo de la CS en *Birt*.

³³ Como se explica en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, 2009, 10ª ed., cap. VI, p. 13, § 1.6.: “Las soluciones amistosas o transacciones internacionales.”

Si se falló contrariamente con fundamento en la dogmática jurídica fue primero porque se desvió antes la mirada fáctica y la previa percepción valorativa, confundiendo al soldado que no fue con alguien con pleno estado militar, y segundo porque se perdió de vista el aspecto axiológico de la solución justa al caso. Los hechos y la valoración distorsionaron la exégesis normativa.

5. *Otra forma de analizar las valoraciones: La jurisprudencia de intereses.*
Critical Legal Studies.³⁴

No hace falta ser iusnaturalista³⁵ para necesitar racionalmente ubicarse en el caso desde un punto de vista axiológico antes de ir al análisis normativo. Pero si vamos a la filosofía de la “jurisprudencia de intereses” quedan otras consideraciones por efectuar. Una es la voluntad de las propias fuerzas armadas de restablecer nuevas y mejores relaciones con la comunidad, proceso que la Armada se encontraba cumpliendo, a la época en que el fallo se dictó. No era este fallo la mejor sugerencia que hubiera hecho en ese momento un asesor en relaciones públicas.

Otra línea posible de razonamiento en esta última filosofía, para la solución del fallo, sería la del estado de quiebra de las finanzas públicas. Ya tuvimos muestras en *Horvath*,³⁶ *Chocobar*³⁷ y más.³⁸ El problema de tal razonamiento es que él puede servir para sustentar una orientación legislativa, no para contrariarla, y en el presente caso la ley se orienta hacia el pago justo, no el no pago.

Algunos pronunciamientos son severos con civiles a quienes la condición militar se aproximó³⁹ Pero esto no puede fundar un fallo y adolece nuevamente del problema de buscar generalizaciones o reglas allí donde no las hay ni puede haber.⁴⁰

³⁴ Para una orientación respecto a la bibliografía ver MILJIKER, “¿Ley 19.549 o Decreto-ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” *op. loc. cit.*; comparar también MILJIKER, MARÍA EVA, y AHE, DAFNE, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, op. cit.*, t. IV, p. 1207 y ss.

³⁵ Filosofía que no solamente puede ser empleada a conciencia por quienes profesan la fe católica sino por todos los que aspiran a una sociedad justa. (Ver también COVIELLO, PEDRO J. J., “Concepción cristiana del Estado de Derecho,” *ED*, 129: 923.)

³⁶ *LL*, 1995-D, 718, con nota “Ninguna clase de hombres...”

³⁷ *LL*, 1997-1, p. 749 y ss.

³⁸ CSJN, *Recife*, 27-X-94, *Periódico Económico Tributario*, 1-XII-94, con nota de ORDOQUI, DAMIÁN, “Un fallo tributario de la Corte y el derecho en retirada, cuando las cuentas no cierran,” pp. 1, 4 y 5; ley 24.463, arts. 1º, 16 y 22; CORTI, HORACIO GUILLERMO, “Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución,” *LL*, 1997-F, 1033; CSJN, *in re Peralta*, 1990, *LL*, 1991- C, 140; art. 21 de la ley 24.624/95, incorporado como art. 68 de la ley 11.672; ley 24.447, comentada en “Emergencia residual en la deuda pública interna,” *LL*, 1995-C, 839.

³⁹ CNFed. CA, Sala V, *Centurión Andrés F. c/ Estado Mayor General del Ejército*, *LL*, 1997-E, 548, con nota “Responsabilidad administrativa para los ex conscriptos,” CNFed CA, Sala III, *Rin-audo*, *LL*, 1995-E, 503, con nota “La implacable tasa de justicia.”

⁴⁰ Nos remitimos a las citas de GARCÍA DE ENTERRÍA, CARDOZO, LORD DENNING, etc., en las primeras notas de este comentario.

Siguiendo argumentalmente con esta filosofía se podría decir que la solución favorable al objetor de conciencia puede constituir un desincentivo a cumplir con las obligaciones militares.

Sin embargo, ello no es aplicable cuando se ha suprimido el servicio militar obligatorio y se ha pasado al sistema de fuerzas armadas profesionales: En tal caso pensamos que lo primero que se le puede pedir al interesado es que esté dispuesto a vestir el uniforme, saludar los símbolos patrios, manejar las armas y cumplir con todas y cada una de las demás obligaciones que corresponden al estado militar. No existe pues fundamento relativo al buen orden de las fuerzas armadas que tenga aplicación a los hechos del presente caso. En otras palabras, no hay solución acorde al fallo dentro de la jurisprudencia de intereses. Tampoco en la justicia natural. Y la resolución apropiada en la dogmática jurídica quizás no es la que eligió la sentencia, sino la opuesta. ¿Por qué? Respetuosamente proponemos que es por no seguir la secuencia de 1º) hechos, 2º) valoración, 3º) normas.

6. *Un fallo de la Corte Suprema*

Esta conclusión diferente a la del fallo está de algún modo consagrada en un fallo de la Corte Suprema que curiosamente salió un día antes que el de la Sala.⁴¹ La Corte y la Sala vieron el tema al mismo tiempo pero tuvieron distintos ángulos de observación. No por jerarquía sino por mayor fuerza de convicción, enfoca mejor el problema la Corte. Dice la Corte Suprema: “Que la finalidad de la Ley n° 24.043 fue otorgar una compensación económica a personas privadas del derecho constitucional a la libertad, no en virtud de una orden de autoridad judicial competente, sino en razón de actos —cualquiera que hubiese sido su expresión formal— ilegítimos, emanados en ciertas circunstancias de tribunales militares o de quienes ejercían el Poder Ejecutivo de la Nación durante el último gobierno de facto. Lo esencial no es la forma que revistió el acto de autoridad, sino la demostración del menoscabo efectivo a la libertad.” (Cons. 5º.) La sentencia incluye expresamente como causal de indemnización la privación ilegítima de la libertad por “tribunales militares,” solución a que no arribó la Sala. Señala la Corte que “la voluntad del legislador fue «hacer justicia a todos aquellos que sufrieron una detención ilegal» ... [y que] la iniciativa fue excepcional porque excepcional había sido la situación por la que había pasado la Nación durante la última ruptura de la vigencia de las instituciones constitucionales.” “Se abarcó, pues, un amplio espectro que incluyó desde el menoscabo más radical a la libertad y a la vida —actos atentatorios de derechos humanos que podían provocar lesiones gravísimas o la muerte (Art. 4º, párrafos 4º y 5º)— hasta un menoscabo atenuado.”

Si un menoscabo atenuado como es la libertad vigilada en el caso *Noro* da derecho a indemnización conforme a la ley 24.043, cómo no va a darlo la prisión

⁴¹ CSJN, *Noro*, LL, 1997-F, 700.

sufrida por la fe. Agrega el fallo *Noro* que esta legislación —fruto, no se olvide, de una transacción en foros internacionales— tuvo “el propósito de satisfacer razones de equidad y de justicia” y que la ley “no contiene definición alguna” que permita interpretar restrictivamente el concepto de pérdida ilegítima de la libertad, el que incluye “tanto los casos que se ajustaron formalmente a la reglamentación del gobierno de facto, ...como aquellos otros en los que la persona fue sujeta a un estado de control y de dependencia falto de garantías —o sin pleno goce de garantías—... que representó un menoscabo equiparable de su libertad.” (Cons. 7°.)

El enfoque de segunda instancia (“desde un punto de vista formal —con independencia de la materialidad o sustancia...”) aparece así contrapuesto al —por un día— anterior fallo de la Corte. (“Tanto los casos que se ajustaron formalmente a la reglamentación del gobierno *de facto*... como...”)

7. Otra ley

Posteriormente al fallo se ha dictado la ley 24.096 prorrogando el plazo originario de la ley 24.043, a casi veinte años de los hechos, lo que da una idea del renovado espíritu del legislador de tutelar tales derechos con justicia, y más allá de las normas legales formales, incluso las de prescripción. Reitera el art. 2° que ese derecho corresponde también a las personas privadas de su libertad “a disposición de autoridades militares,” “aunque hubiesen tenido proceso o condena judicial.” Si la ley sigue incluyendo desde la simple detención hasta quienes hubieren tenido condena judicial, no se comprende cómo la condena por un tribunal militar pueda no considerarse incluida dentro de las previsiones de esta legislación al referirse a la condena judicial.

8. Conclusión

El *quid* de la cuestión no está en la nueva ley ni en el fallo de la Corte, que tan sólo refuerzan la decisión que corresponde aplicar.⁴² No es el fallo, que está bien trabajado y estudiado. No son sus autores, de larga experiencia judicial.

El problema es metodológico: 1°) Se debe primero ver los hechos, 2°) y luego buscar una solución justa o valiosa en el marco de los grandes principios jurídicos, 3°) para recién al final analizar la norma menor y construir la decisión. Las normas menores se leen mejor cuando se tiene una clara percepción de los hechos y la valoración del caso. Y como decía un magistrado norteamericano, un juez debe siempre poder hallar la solución justa.

9. El fallo Pereyra

“Buenos Aires, 16 de julio de 1997

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

⁴² Pues como dijera POPPER, “la corroboración no es un valor veritativo.”

1. Que el actor interpone recurso en los términos del Art. 3° de la Ley n° 24.043 contra la Resolución del Ministerio del Interior n° 2.770/96, por la que, por considerar que no se encontraban reunidos a su respecto los requisitos exigidos por el pertinente régimen, se le rechazó la solicitud del beneficio establecido por esa Ley N° 24.043, al que el accionante se consideró acreedor por haber sido condenado a prisión, desde el 17 de julio de 1979 y hasta el 7 de febrero de 1983, por un Tribunal Militar de la Armada Argentina que lo consideró incurso en el delito de insubordinación por haberse negado a vestir el uniforme, armarse en defensa de la Patria y prestar acatamiento y respeto a los símbolos nacionales, en razón de sus creencias religiosas, en su condición de Testigo de Jehová. (Cfr. fallo castrense que en copia obra a fs. 6 y ss.)

2. Que aun cuando la resolución ministerial se presenta como dogmática al negar al actor encuadrar en la preceptiva de la Ley n° 24.043, el Tribunal entiende que ella —por las razones esbozadas en el posterior dictamen de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales de fs. 34/38, los que reitera el apoderado del Ministerio en su contestación de traslado de fs. 43/48— es sustancialmente ajustada a derecho.

3. Que, en efecto, el Art. 1° de la citada Ley n° 24.043, al establecer su ámbito de aplicación personal, instituye como beneficiarios a “(L)as personas que durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, por decisión de éste, o que, siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares...” Respecto a estos últimos sujetos —supuesto en que pretende ser encuadrado el accionante—, el Art. 2°, inc. b) de la norma legal requiere “(E)n su condición de civiles, haber sido privados de su libertad por actos emanados de tribunales militares...”

4. Que al momento de la prisión que se la discerniera, el actor no puede ser considerado como “civil” a los efectos de lo establecido en la mentada Ley n° 24.043, habida cuenta que, en su condición de ciudadano convocado para prestar el servicio de conscripción, y encontrándose presentado —voluntariamente o no (situación no aclarada en autos), poco importa— ante una autoridad militar para la asignación de destino, tenía “estado militar” (ver Art. 13 de la Ley n° 17.531), lo cual, por otra parte, determinaba que se hallaba sujeto a la jurisdicción militar y disciplinaria. (Cfr. Art. 7°, inc. 1° de la Ley n° 19.101.)

5. Que ello así, se advierte que la sanción privativa de la libertad que se le impusiera al actor por considerárselo incurso en el delito militar de insubordinación, le fue aplicada por el tribunal militar competente, en uso de una jurisdicción propia, ajena a la excepcionalidad de la ejercida durante el lapso considerado en la normativa de la Ley n° 24.043, en la que el legislador plasmó su voluntad de reparar el daño causado por las detenciones ilegítimas que tuvieran lugar durante el último gobierno de facto.

6. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Barrose, Luis Alejandro*, del 12 de septiembre de 1995, tras poner de relieve que el dictado de la Ley n° 24.043 fue precedida por circunstancias relevantes a los fines de definir su ámbito personal de aplicación, y luego de recordar los antecedentes históricos inmediatos a la iniciativa —los que aquí se dan por reproducidos en homenaje a la brevedad—, concluyó que del debate parlamentario, remitiendo a las intervenciones de los diputados Corchuelo Blasco y Gentile, surgía nítidamente que la finalidad de la ley fue otorgar una compensación económica a personas privadas injustamente de su libertad durante la vigencia del estado de sitio impuesto en el último período de ruptura del orden constitucional.

Pues bien, en los fundamentos del proyecto de ley, para sustentar la razón por la que consideraba arbitraria la privación de la libertad —que en el caso de las personas puestas a disposición del PEN, atendió a que las detenciones por su duración, resultaran verdaderas condenas sin causa, negándose la opción de salida del país—, en el caso de los civiles juzgados por tribunales militares, el legislador tuvo expresamente en cuenta que “...estas actuaciones fueron dejadas sin efecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de muchos años de detención.”

El criterio aglutinador seguido por el legislador ha sido el de la ilegalidad originaria de la detención, considerada desde un punto de vista formal —con independencia de la materialidad o sustancia del hecho atribuido al detenido—, por ausencia de competencia de quien la ordenó dentro del marco del ordenamiento jurídico constitucional ordinario, en el que el Poder Ejecutivo carece de ella respecto de cualquier habitante y los tribunales militares en relación a aquellos que no se encuentran sujetos a su jurisdicción, estatutos y disciplina.

Por ello, a mérito de lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso interpuesto por el actor, imponiendo las costas en el orden causado en atención a la circunstancia puesta de relieve en el considerando 2.

Se deja constancia que el Sr. Juez Dr. Bernardo Licht no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. (Art. 109 RJN.)

Regístrese, notifíquese y devuélvase.”

Pedro José Jorge Coviello - Néstor Horacio Buján - Silvia Lowi Klein
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,
Sala II.

Pereyra, Walter Andrés c/Ministerio del Interior -PEN- Art. 3° Ley N° 24.043
Expediente N° 4.747/97

CAPÍTULO VIII

LAS ETAPAS DE LA DECISIÓN CREATIVA DEL CASO

SUMARIO

1. La creatividad en el escrito jurídico.....	Mét-VIII-1
2. El escrito jurídico como acto de creación científica	Mét-VIII-2
3. El escrito jurídico como acto de creación literaria	Mét-VIII-3
3.1. Similitudes	Mét-VIII-3
3.2. Diferencias	Mét-VIII-3
4. Las etapas del pensamiento creativo.....	Mét-VIII-4
5. El rol de la investigación en la creatividad. Introducción	Mét-VIII-5
6. El proceso neuronal de la creatividad: La etapa de maduración, incubación, etc.	Mét-VIII-6
6.1. El hemisferio izquierdo: Lenguaje	Mét-VIII-6
6.2. El hemisferio derecho: La creación	Mét-VIII-6
6.2.1. Su actividad propia	Mét-VIII-6
6.2.2. La transmisión	Mét-VIII-7
6.3. La interacción creativo-crítica de ambos hemisferios.....	Mét-VIII-8
6.4. El procesamiento de la información en ambos hemisferios	Mét-VIII-8
6.5. El “inconsciente” y el hemisferio derecho	Mét-VIII-8
7. Volición y creación	Mét-VIII-9
8. ¿Cómo piensa el cerebro?.....	Mét-VIII-9
8.1. Distintas zonas y operaciones neurales para una misma idea en el habla, lectura y escritura.....	Mét-VIII-9
8.2. La combinación de otras áreas y actividades neurales en la visión, audición, modo mecánico de escritura.....	Mét-VIII-10
8.3. La combinación crítico-creativa de diferentes operaciones mentales	Mét-VIII-11
8.4. El carácter fluctuante de las localizaciones cerebrales	Mét-VIII-13

Capítulo VIII

LAS ETAPAS DE LA DECISIÓN CREATIVA DEL CASO

1. La creatividad en el escrito jurídico

Cualquier alternativa de encarar o resolver el caso se plasma en alguna forma de escrito jurídico. Ese escrito jurídico, con su doble carácter de trabajo científico y literario, no escapa a la regla de que “ninguna ciencia, pura o aplicada, y ninguna técnica es posible sin *imaginación creadora*.”¹ Tanto los científicos como los artistas tienen rasgos comunes,² particularmente en el acto de creación.³ También hay notas comunes específicas a los trabajos jurídicos y demás escritos creativos: Ambos implican el ejercicio del *oficio de escritor*,⁴ sea científico o literario *lato sensu*.⁵

En este doble aspecto de la *creatividad* (científica o literaria) y el *oficio* (de escribir) hay contribuciones que proceden sea de la sola experiencia de autores y creadores,⁶ sea de una serie de ramas del conocimiento. En este segundo aspecto existen aportes conflictivos desde distintos ángulos de la filosofía,⁷ psicología,⁸

¹ BUNGE, MARIO, *Intuición y razón*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 129. La bastardilla es nuestra.

² Ver TELFORD, CHARLES W., y SAWREY, JAMES M., *El individuo excepcional*, Madrid, Prentice-Hall, 1972, pp. 153 y 154. En general, se acepta que “no hay ... distinción fundamental entre la creación científica y la creación artística:” MOLES, ABRAHAM, *La creación científica*, Madrid, Taurus, 1986, pp. 54 y 55 y sus referencias, 349-353.

³ Uno de los primeros en señalarlo fue tal vez PAUL VALÉRY, por ejemplo, en su introducción a LEONARDO DA VINCI, *Carnets*, París, Mc. Curdy, 1942; anteriormente *Morceaux Choisis*, París, NRF, 1930.

⁴ Sobre el “oficio” de escribir, ampliar *infra*, cap. IX, § 1, 2 y ss.; cap. XI, § 6, y todo el cap. IX, especialmente los § 9 y 10.

⁵ Lo mismo ocurre a toda rama del conocimiento que utilice el lenguaje escrito, como ya lo percibieron muchos creedores, por ejemplo, FREUD: Ver el análisis y las referencias que hace PÉREZ, CARLOS D., *Del goce creador al malestar en la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1987, pp. 14, 199 y ss.

⁶ Una breve selección de ellos *infra*, cap. IX, § 1.

⁷ Una clara visión panorámica en RABOSI, EDUARDO, “La mente, el cuerpo y la concepción freudiana de lo psíquico,” en *Acta Psiquiát. psicol. Amér. Lat.*, 1982, n° 28, pp. 143-154; HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, t. II, Buenos Aires, 1965, pp. 317-345 y sus referencias.

⁸ Identificaremos las fuentes al referirnos, respectivamente, a la creación, motivación, memoria, etc., más algunas generales que iremos mencionando en las páginas siguientes.

neurología,⁹ neurofisiología y psicobiología,¹⁰ y trabajos interdisciplinarios¹¹ que no sólo discuten grandes concepciones sobre cómo funciona el cerebro y/o la mente, sino también matices de cada disciplina y doctrina o hipótesis.

La neurofisiología y demás ciencias conexas no han podido avanzar lo suficiente en un problema como el que aquí abordamos, y hoy por hoy *no sabemos* cómo y por qué se activa qué parte del cerebro para producir de qué modo cuáles ideas novedosas.¹²

Ese estadio precientífico del tema da pues lugar desde hace más de un siglo¹³ a una abundante aunque heterogénea¹⁴ contribución, en la cual parecen ser mayoría los propios autores antes que los observadores o investigadores, y éstos no siempre satisfacen o interesan a aquéllos, ni logran acuerdos entre sí.

Trataremos aquí, desde la perspectiva de quien ha escrito en el campo del derecho, de identificar aquellas sugerencias que nos han parecido más interesantes y útiles. Es ésta entonces una recopilación de recopilaciones de consejos, observaciones o afirmaciones, salpicada de referencias a fuentes heterodoxas entre sí, cuya única unidad es la conjetura experiencial propia en que las consignamos.

2. *El escrito jurídico como acto de creación científica*

De los dos aspectos creativos del escrito jurídico, hay pues uno que tiene analogía con el descubrimiento, la intuición o revelación científica: Es también un pensamiento creador, una idea nueva, que aparece generalmente luego de *estar analizando en profundidad un problema que nos interesa resolver*.¹⁵ Sobre esto volveremos repetidamente.

Según un estudio efectuado con 232 investigadores,¹⁶ un alto porcentaje tenían uno u otro modo de revelación o intuición creadora caracterizada así:

“Una corazonada científica es una idea unificadora o esclarecedora que salta súbitamente a la conciencia como *solución de un problema en el que estamos intensamente interesados*. En los casos típicos *sigue a un largo estudio*, pero llega

⁹ Una divulgación actualizada a 1983 encontramos en RESTAK, RICHARD M., *The Brain*, Nueva York, Bantam, 1984; otra anterior actualizada a 1976 en SAGAN, CARL, *Los dragones del Edén. Especulaciones sobre la evolución de la inteligencia humana*, Buenos Aires, Grijalbo, 1982.

¹⁰ En la terminología de BUNGE, MARIO, *El problema mente-cerebro. Un enfoque psicobiológico*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 51.

¹¹ POPPER, KARL, y ECCLES, JOHN C., *El yo y su cerebro*, Barcelona, Labor, 1985.

¹² A nivel de obras generales, ver GUYTON, ARTHUR C., *Tratado de fisiología médica*, Madrid, Interamericana, 1984, p. 670 y ss., 822 y ss., 835 y ss., 856, etc.

¹³ También el tema lo trató antes DESCARTES, principalmente, y se encuentran irónicas observaciones en PLATÓN, que comenta POPPER, KARL R., *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 87 y ss.

¹⁴ Hay también, como es fácil suponerlo, bastantes autores que dan un sesgo esotérico al tema de la creatividad, a veces dando interpretaciones propias a las experiencias relatadas por los creadores a través de la historia. El material referenciado puede ser útil, las conclusiones no.

¹⁵ En otras palabras, “la intensidad del interés por el problema” es uno de los datos que acompaña al pensamiento creativo: POPPER, *Búsqueda sin término, op. cit.*, p. 63.

¹⁶ BUNGE, *Intuición y razón, op. cit.*, pp. 122 y 123.

a la conciencia en un momento en el que no estamos trabajando conscientemente sobre el problema. Una corazonada surge de un amplio conocimiento de hechos, pero es esencialmente un salto de la imaginación.”¹⁷

3. *El escrito jurídico como acto de creación literaria*

3.1. *Similitudes*

Por otro lado, nuestros escritos están siempre dotados, consciente o inconscientemente, de toda una armazón valorativa, que en el jurista es cuanto menos la búsqueda y transmisión de una emoción o sentimiento de justicia, valoración social, económica, política, unida a un simultáneo esfuerzo de persuasión,¹⁸ convicción¹⁹ de una solución creativa, imaginación. En esto la obra jurídica se aproxima al género literario; es también expresión de realización personal, persuasión, sentimiento.

Hay así oportunidades en que la prueba no la hemos producido aún, sino que habremos de producirla, y su resultado es entonces parcialmente incierto; hay ocasiones en que la prueba nos convence a nosotros, pero no sabemos si convencerá a otro. En estas y otras situaciones vienen a la mente frases de obras de Borges, en las cuales el narrador explica cómo va a relatar: “*Lo haré con probidad, pero ya preveo que cederé a la tentación literaria de acentuar o agregar algún pormenor.*”²⁰

Ello ha permitido observar que “escribir es... *reelaborar esos datos*, y la selección diseña *una construcción de sentido, un orden impuesto por la obra.*”²¹ Es que, dentro de los géneros literarios, la escritura jurídica oscila entre quienes se *proponen persuadir y conmover*, aunque no tal vez “*distraer*”;²² por eso no es de extrañar que el mismo BORGES más de una vez haya deslizado referencias incidentales de sabor comparativo entre la profesión jurídica y la literatura.²³

3.2. *Diferencias*

Hay diferencias entre un género literario cualquiera y el hacer escritos jurídicos, pero quizás la más importante es que en estos últimos se da, en mayor o menor

¹⁷ *Op. loc. cit.*, La bastardilla es nuestra.

¹⁸ Conviene recordar la advertencia contra el uso de argumentos que “no admiten la menor réplica y no causan la menor convicción:” BORGES, *Obras completas*, Buenos Aires, Emecé, 1974, p. 435, *Ficciones*.

¹⁹ Distingue BORGES la *razón de la convicción*, y expresa que “lo importante es la transformación que una idea puede obrar en nosotros, no el mero hecho de razonarla:” *Obras completas, op. cit.*, p. 253 y nota 1, “Nota sobre Walt Whitman,” en su libro *Discusiones*.

²⁰ “La intrusa,” en *El informe de Brody*, primer párrafo *in fine*: *Obras completas, op. cit.*, p. 1025. La bastardilla es nuestra.

²¹ BARRENECHEA, ANA MARÍA, *La expresión de la irrealidad en la obra de Borges*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1984, p. 136. La bastardilla es nuestra.

²² Según la distinción de BORGES, *Obras completas, op. cit.*, p. 1021, y con la salvedad que damos en el cap. X, § 2.2.

²³ *Op. cit.*, pp. 204 (“...los orígenes judiciales de la retórica...”), 226, 460, entre otras.

medida, el deber exógeno de escribir. No existen demasiados novelistas, poetas, etc., sin *vocación de escribir*,²⁴ incluso necesidad interior insuperable;²⁵ pero puede haber abogados que carezcan de tal vocación y deban no obstante hacer escritos en el ejercicio de su profesión. Tienen así, al mismo tiempo, algo de gusto o ganas de hacerlo²⁶ y algo de obligación; en quienes ejercen su trabajo con verdadera vocación, hay una satisfacción autónoma o deseo íntimo de expresarse, pero escribir también será a veces la necesidad impuesta por la vida y la profesión, el terminar un trabajo, o cumplir un plazo.²⁷

Pero tal vez confluyen finalmente en que, por uno u otro camino, todos los modos de creación se constituyen por último en un hábito.²⁸

4. Las etapas del pensamiento creativo

Si se procurara clasificar las etapas del proceso creativo, posiblemente tres o cuatro serían las más importantes:²⁹ 1°) Investigación.³⁰ 2°) Maduración.³¹ 3°) Irrupción de la idea creadora,³² hipótesis o conjetura novedosa; esta inspiración no surge “sin un trabajo previo intenso,”³³ o sea, sin la etapa anterior de la inves-

²⁴ Sin duda, muchos han escrito por pura necesidad económica, desde APOLLINAIRE hasta STEVENSON; pero no parece hoy en día un modo propicio de ganarse la vida, salvo para los escritores que ya han hecho un nombre y un público; con lo cual volvemos al punto inicial: Para empezar, lo han hecho generalmente porque les *gustaba* más que tomar un empleo o emprender un negocio; o lo hacían en momentos libres de su trabajo, cualquiera que él fuere, o incluso subrepticamente, robando minutos de placer al trabajo percibido como no suficientemente creativo. Es interesante el caso de una autora que escribió un libro en base a investigaciones y experiencias trumáticas; *pero el acto mismo de escribir fue placentero*: “Tengo una escritura hedonista: En el momento de escribir no sufro. Lo sufrí al ir. Punto y aparte.” lo cuenta ALICIA DUJOVNE ORTIZ, autora de *¿Quién mató a Diego Duarte?*, Buenos Aires, Aguilar, 2010, según *Clarín*, 26-II-2010, p. 64.

²⁵ En la bellas palabras de SAMUEL BECKET, “Estoy obligado a hablar. No me callaré nunca. Jamás,” que desarrolla ARAGÓN, LUIS, *Je n'ai jamais appris à écrire ou les incipits*, Ginebra, Skiva, 1969, pp. 150-152; “... es necesario continuar, no puedo continuar, es necesario continuar, voy por lo tanto a continuar.” (p. 152.)

²⁶ Suponiendo al menos la vocación por el contenido o fin de justicia.

²⁷ No consuela saber que hasta MIGUEL ÁNGEL debió también por obligación hacer trabajos artísticos en los cuales no estaba puesta su vocación: HEUSINGER, LUTZ, *Michelangelo, Tutte le opere*, Florencia, ed. de los Museos y Galerías Pontificias, 1978, p. 16; interrumpir otros por imposición externa y dejarlas inconclusas (p. 20); sufrir continuas restricciones, p. 18.

²⁸ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 19, quien lo da como un dicho común.

²⁹ El primer antecedente de esta clasificación parece ser POINCARÉ, HENRI, *Science et méthode*, París, Flammarion, 1908, que comenta por ejemplo ROSENBLUETH, ARTURO, *Mente y cerebro*, México, Siglo XXI, 1970, p. 117 y ss.

³⁰ Preocupación por un problema, observación de la realidad, recopilación de datos, según la naturaleza del problema que se trate, con o sin hipótesis o conjetura previa.

³¹ Ver *infra*, § 8. Esta etapa, por no ser consciente, puede confundirse con “períodos de esterilidad” (así MOLES, *op. cit.*, pp. 260 y 261), o manejarse como pausa creadora (SCHOPENHAUER) u ocio creador, cap. VIII, § 4.

³² Es lo que tradicionalmente se identifica como producto de un proceso inconsciente, por ejemplo en POINCARÉ: Ver ROSENBLUETH, *op. cit.*, p. 123. Para una precisión neurológica más actual ver *infra*, § 8; ampliar en el cap. VIII, § 10; cap. X, § 4 y 6.

³³ En esto la opinión es unánime. La cita corresponde a VERALDI, GABRIEL y BRIGITTE, *Qué es la inspiración*, en el libro colectivo de ANZIEU y otros, *Los extrasensoriales*, Barcelona, 1977, p. 119. El

tigación, pues como expresa un antiguo texto chino, “Si el aprendizaje se soporta de este modo... será eficaz cuando pase el tiempo y... como una fruta madura que cae... producirá inmediatamente el supremo despertar...”³⁴ 4º) Continuación y reformulación de la investigación a la luz de la nueva idea.³⁵

Esta cuarta etapa del proceso creativo científico o literario, se continúa, re-nueva o multiplica con nuevas ideas que van apareciendo en la reelaboración del trabajo,³⁶ algunas de las cuales se confirman, otras se rechazan, modifican, enlazan. Sobrevienen aquí nuevas etapas de maduración, decantamiento, reposo, alternando investigaciones u obras diferentes.³⁷

Lo que suele llamar más la atención y —desde afuera parece ser lo más difícil de lograr— es la inspiración creadora; por ello le dedicaremos algunas páginas más, en los próximos caps. y lo que resta de éste.

5. *El rol de la investigación en la creatividad. Introducción*

Pocas veces la creación, científica o literaria, se produce *ex nihilo*. Se podrá discutir el grado de importancia e intensidad o minuciosidad que requiere el estudio previo del problema y la recolección de los hechos; o la mayor o menor imaginación creadora empleada en la ciencia y en las artes,³⁸ pero no parece ser posible discutir que, como regla, primero se requiere recolección de datos de la realidad,³⁹ experiencias de investigación, conjeturas o hipótesis tentativas,⁴⁰ múltiples intentos, etc., todo lo cual supone una importante motivación o interés,⁴¹ dedicación, esfuerzo, preocupación, voluntad.⁴²

De este modo, la idea creadora no *precede* al estudio de un problema, sino que por lo general *sucede* a su investigación detallada, paciente y trabajosa, y requiere luego sucesivas reelaboraciones. La inspiración creadora se ubica así cronológicamente en el medio de un largo e intenso trabajo por un tema determinado.

primero en señalarlo fue POINCARÉ, como recuerda ROSENBLUETH, *op. cit.*, p. 122.

³⁴ VON FRANZ, *El proceso de individuación*, en JUNG, CARL G., “El hombre y sus símbolos,” Barcelona, Caralt, 1977, p. 209, aunque da a este pasaje una interpretación propia dentro de la teoría jungiana de los sueños y el inconsciente colectivo.

³⁵ Es la clasificación cuatripartita que con otras palabras hizo también WALLAS, GRAHAM, *The Art of Thought*, 1926, y que analizan en otro contexto HARMAN y RHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 57 y ss. MOLES, *op. cit.*, p. 358, agrega otros autores que han postulado similar caracterización del proceso creativo.

³⁶ Al respecto y por lo que hace a la reelaboración jurídica, ver el cap. XI; en lo que se refiere a la reelaboración literaria, ver el cap. X, § 1 y 2.

³⁷ Ampliar *infra*, cap. VIII, § 5.

³⁸ Algunas de las controversias en BUNGE, *Intuición y razón*, *op. cit.*, pp. 123-129.

³⁹ ASIMOV, ISAAC, *Fact and Fancy*, Nueva York, Avon, 1972, pp. 174-176.

⁴⁰ Esto, por cierto, es la contribución esencial de POPPER. Para algunos antecedentes y discusiones puede también verse BUNGE, *Intuición y razón*, *op. ult. cit.*, p. 126.

⁴¹ *Infra*, cap. VIII, § 2 y 3.

⁴² *Infra*, § 7 y caps. VIII, IX, X y XI.

6. *El proceso neuronal*⁴³ *de la creatividad: La etapa de maduración, incubación, etc.*

La etapa o fase de maduración, que sucede a la investigación y precede a la irrupción de la idea creadora, solía atribuirse al trabajo del «inconsciente». Es una bella imagen hoy tan sólo literaria, pero que tiene su traducción fisiológica.⁴⁴

6.1. *El hemisferio izquierdo: Lenguaje*⁴⁵

El hemisferio izquierdo de nuestro cerebro es la parte dominante y donde reside la autoconciencia o la singularidad mental,⁴⁶ que realiza con un control casi completo la expresión en el habla y la escritura; es el hemisferio con que ordinariamente nos comunicamos al mundo exterior;⁴⁷ a su vez, “las acciones voluntarias se generan en el hemisferio dominante mediante alguna acción deseada del yo consciente,”⁴⁸ dado “el carácter único y exclusivo del hemisferio dominante respecto a la experiencia consciente.”⁴⁹

6.2. *El hemisferio derecho: La creación*

6.2.1. *Su actividad propia*

El silencioso hemisferio derecho, relativamente inaccesible a la investigación, es “un sistema consciente por derecho propio que percibe, piensa, recuerda, razona, desea y se emociona de modo típicamente humano, y tanto el hemisferio izquierdo como el derecho pueden ser conscientes simultáneamente, *en experiencias mentales* que incluso pueden estar en conflicto mutuo, y *que transcurren paralelamente.*”⁵⁰

Ese hemisferio derecho, que comprende e intuye pero no puede expresarse mediante el lenguaje al mundo exterior⁵¹ y es por lo tanto “mudo,”⁵² tiene una serie de funciones: “Parecen *ser holísticas y unitarias, más bien que analíticas*

⁴³ Retomamos el aspecto fisiológico en el punto 8.

⁴⁴ Un precedente lejano en SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, Buenos Aires, Nueva, 1942, pp. 541 y 543: Aún superada múltiplemente su obra, entre otras cosas por los avances de la ciencia, encontramos en ella chispazos que evocan futuros descubrimientos; ver también pp. 531 y 547, para su distinción entre *intuición y reflexión*.

⁴⁵ La distinción de funciones entre ambos hemisferios que pasamos a explicar es la predominante en la generalidad de los hombres. Algunas investigaciones recientes conjeturan que la división es menos marcada en las mujeres.

⁴⁶ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, p. 354.

⁴⁷ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, p. 364.

⁴⁸ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, p. 350.

⁴⁹ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, pp. 349 y ss.; 371.

⁵⁰ SPERRY, citado por ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, p. 365. La bastardilla es nuestra.

⁵¹ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, pp. 363 y 364.

⁵² DILTHEY hablaba de un “pensamiento silencioso;” PIAGET de un “pensamiento prelógico;” GILSON de una “inteligencia secreta.” Sobre estas épocas puede verse VELASCO SUÁREZ (h), CARLOS A., *La actividad imaginativa en psicoterapia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, pp. 20 y 22, y su abundante bibliografía.

y fragmentarias, así como orientativas más que focales, *entrañando intuiciones perceptivas concretas más bien que razonamientos abstractos*, simbólicos y discursivos;⁵³ incluso algunas capacidades artísticas, por ejemplo, la musical o pictórica, pueden estar en dicho hemisferio menor.⁵⁴

De tal modo, todo cuanto tiene que ver con la creatividad y la imaginación,⁵⁵ es obra del hemisferio derecho y no del izquierdo;⁵⁶ es allí donde hay pensamiento intuitivo, sintético e integrador o globalizador,⁵⁷ capaz de percibir configuraciones y nexos demasiado complejos para el hemisferio izquierdo;⁵⁸ “está especializado en la percepción gestáltica (integrada)... como factor de síntesis al elaborar la estimulación (información) aferente.”⁵⁹ Pero como puede también equivocarse, para ello se complementa con la labor ulterior del hemisferio izquierdo, crítica, analítica,⁶⁰ escéptica,⁶¹ con predilección a concentrarse en los detalles.⁶²

6.2.2. *La transmisión*

El cuerpo calloso que comunica ambos hemisferios tiene 200 millones de fibras, conectando las áreas corticales de un hemisferio con las áreas simétricas del otro,⁶³ de lo que resulta “la increíble complejidad de la codificación y descodificación que se produce en el habla,”⁶⁴ al leer en voz alta,⁶⁵ en la escritura⁶⁶ y demás actividades cerebrales.

“Se postula que... las actividades del hemisferio menor llegan a la conciencia en gran medida tras la transmisión al hemisferio dominante... a través del inmenso

⁵³ SPERRY, en POPPER y ECCLES, *op. loc. cit.* La bastardilla es nuestra.

⁵⁴ GOTT, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, p. 371.

⁵⁵ Lo que antes se llamaban procesos “preconcientes” o “inconscientes.” Para estas formulaciones clásicas ver KUBIE, LAWRENCE S., *El preconciente y la creatividad*, en BEAUDOT, ALAIN, “La creatividad,” Madrid, Narcea, 1980, p. 124 y ss., y sus referencias.

⁵⁶ NEBES, ROBERT, “El llamado hemisferio cerebral secundario,” en WITTRICK, M. C., *El cerebro humano*, Buenos Aires, El Ateneo, 1982, p. 98; SAGAN, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁷ NEBES, *op. cit.*, p. 96: “muestra una predisposición a percibir totalidades más que partes.” Según diferentes autores, le son aplicados calificativos tales como analógico, intuitivo, relacional, asociativo, gestáltico, no lineal, imaginativo y otros: WITTRICK, *op. cit.*, p. 125, que incluye la tabla elaborada por BOGEN.

⁵⁸ SAGAN, *op. cit.*, p. 224; “la organización y el procedimiento de los datos por parte del hemisferio derecho se produce a base de conjuntos complejos.” NEBES, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁹ LEVY-AGRESTI y SPERRY, citado en WITTRICK, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁰ NEBES, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹ RESTAK, *op. cit.*, p. 251. En sentido similar SAGAN, *op. cit.*, p. 224.

⁶² BOGEN, JOSEPH E., *Algunas implicancias educativas de la hemisférica*, en WITTRICK, *op. cit.*, p. 130.

⁶³ ECCLES, *op. cit.*, p. 352.

⁶⁴ ECCLES, *op. cit.*, p. 336.

⁶⁵ ECCLES, *op. loc. cit.*

⁶⁶ ECCLES, *op. cit.*, p. 337.

tráfico de impulsos del cuerpo caloso;”⁶⁷ “las actividades del hemisferio menor sólo alcanzan a la conciencia tras la transmisión al hemisferio dominante.”⁶⁸

La investigación y preocupación conscientes del hemisferio dominante producen así en el hemisferio menor pensamientos de naturaleza menos analítica pero más intuitiva y unitaria, y por un proceso todavía no conocido de interacción y transcodificación, en algún momento el hemisferio menor aporta al mayor o autoconciencia las ideas que el problema pueda haber provocado sea en él aisladamente, o en interacción con el hemisferio dominante.

6.3. *La interacción creativo-crítica de ambos hemisferios*

El hemisferio izquierdo debe *luego* —no en el acto creativo mismo— verificar la racionalidad del acto intuitivo, pues puede resultar erróneo, paranoico, etc. A la inversa, el mero pensamiento crítico del hemisferio izquierdo, sin las percepciones creativas e intuitivas del hemisferio derecho, “es completamente estéril y está condenado al fracaso.”⁶⁹

De tal modo, “los actos creativos son en buena medida resultado de los componentes del hemisferio derecho, pero los razonamientos sobre la validez del resultado son, primordialmente, funciones del hemisferio izquierdo.”⁷⁰ Por ello éstas han sido diversamente calificadas de analíticas, deductivas, lineales, secuenciales, explicativas, racionales, proposicionales, discursivas.⁷¹

6.4. *El procesamiento de la información en ambos hemisferios*

Es que “el hemisferio izquierdo procesa la información de forma secuencial mientras que el hemisferio derecho lo hace simultáneamente, conectando con diversas fuentes de información a la vez. Por decirlo en el lenguaje de los computadores, el hemisferio izquierdo funciona *en serie*, y el derecho lo hace *en paralelo*.”⁷²

6.5. *El “inconsciente” y el hemisferio derecho*

La actividad del hemisferio derecho equivale a lo que en diferentes escuelas de psicología y psicoanálisis se llamaba el “inconsciente,” y la del hemisferio izquierdo a la conciencia. Posiblemente debido a no tomar aún en cuenta que cada hemisferio recibe y transmite las percepciones sensoriales y motrices de y al lado opuesto del

⁶⁷ ECCLES, *op. cit.*, p. 350.

⁶⁸ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, p. 366. La bastardilla es nuestra.

⁶⁹ SAGAN, *op. cit.*, p. 226.

⁷⁰ SAGAN, *op. cit.*, p. 229; NEBES, *op. cit.*, p. 96 y 98.

⁷¹ Para una tabla comparativa de funciones de ambos hemisferios según la terminología de distintos autores ver BOGEN, en WITTRUCK, *op. cit.*, p. 125.

⁷² SAGAN, *op. cit.*, p. 210, que lleva la comparación a decir que el primero se asemejaría a un computador digital y el segundo a uno analógico. Desde luego, se trata de comparaciones meramente literarias y gráficas, que no pretenden analogía real del cerebro a las computadoras. En sentido similar NEBES, *op. loc. cit.*

cuerpo, es que a veces se lo expresa al revés: “Derecho frecuentemente significa, psicológicamente, el lado de la conciencia,... mientras que izquierdo significa la esfera de las reacciones inconscientes.”⁷³

7. Volición y creación

Lo más difícil empíricamente no es tener la idea novedosa⁷⁴ sino 1° *prepararle el terreno*;⁷⁵ 2° *registrarla* en el papel o la memoria cuando aparece y 3° *continuarla* en la investigación. Estas tres actividades dependen del hemisferio dominante, de nuestra voluntad o autoconsciencia. *Y son estas tres actividades volitivas las que condicionan la aparición y el aprovechamiento de las ideas creativas.*

Cómo anotar la idea creadora presenta algunos interrogantes que comentaremos en el cap. XI, pero son la primera y última etapas las que presentan la verdadera dificultad mayor; pues la creación es siempre en primer y último lugar un desafío de voluntad, perseverancia, dedicación, sacrificio, etc.

Es, valga la contradicción, un problema de esfuerzo volitivo y no de pura imaginación o alada inspiración. Pero no se trata de voluntad de forzarse a crear, sino de forzarse a trabajar e investigar intensamente, escribir las ideas cuando emergen inesperadamente, y luego retomar otra vez incansablemente el trabajo y la investigación, y así sucesivamente.

En suma, las posibilidades de fracaso en no tener aparentemente ideas creativas derivan de insuficiente investigación previa, omisión de registrarlas en la memoria o el papel cuando aparecen, e insuficiente investigación y trabajo posterior.

En realidad, muchísima gente tiene importantes ideas creativas, que a veces son otros que aprovechan, por carecer los primigenios autores de las ideas de la suficiente determinación y comportamientos concretos de realizar los pasos 2° y 3° mencionados.

8. ¿Cómo piensa el cerebro?

A lo ya expuesto cabe ahora agregar algunas precisiones que tienen consecuencias prácticas para el trabajo diario.

8.1. *Distintas zonas y operaciones neurales para una misma idea en el habla, lectura y escritura*

Algunas recientes investigaciones en neurofisiología del cerebro indicarían que son distintos grupos neurales⁷⁶ los que se emplean cuando uno *piensa, lee y escri-*

⁷³ VON FRANZ, M. L., “El proceso de individuación,” en JUNG, *op. cit.*, p. 212, que aparentemente se refiere al lenguaje ordinario.

⁷⁴ Que depende de un proceso que, al desenvolverse en parte en el hemisferio menor, está fuera del control *directo* (no del indirecto) de nuestra conciencia.

⁷⁵ Con la investigación, motivación, etc. Ver *infra*, cap. IX.

⁷⁶ Un antecedente de esta distinción entre las partes del cerebro que se activan al hablar, pensar o escribir la misma idea, en RUSSEL BRAIN, “Palabra y pensamiento,” en el libro de SHERRINGTON y

be, incluso tratándose de *la misma idea*;⁷⁷ ello, aún prescindiendo de la diferente actividad paralela que realiza el hemisferio derecho.

Por lo demás, hasta es obvio que se trata de distintas etapas de la formación cerebral de la persona: El niño primero comienza a hablar, luego empieza a aprender a leer, al menos en el sentido de reconocer caracteres, y recién después se inicia en los rudimentos de escribir.⁷⁸

El desarrollo de cada forma de lenguaje —hablar, leer, escribir— sigue igualmente tiempos desfasados: El adolescente habla correctamente, lee poco, no escribe casi nada. Muchos detienen su crecimiento a ese nivel, otros en cambio continúan su vida desarrollando más la lectura y algunos menos, la escritura.

Son pues actividades distintas virtualmente desde la niñez y para toda la vida, aun como experiencia, hábito, destreza, incluso mero empleo del tiempo. No mencionamos la televisión, porque el rol pasivo del televidente lo aproxima al que escucha una clase magistral⁷⁹ y no hay allí demasiadas posibilidades de ideación creativa en el telespectador,⁸⁰ a menos que sea la reacción crítica.⁸¹

8.2. *La combinación de otras áreas y actividades neurales en la visión, audición, modo mecánico de escritura*

O sea, en cada hemisferio hay áreas distintas para lo visual, auditivo, etc., no existiendo tampoco interacción *directa* entre la visión, el oído y las áreas sensoriales.⁸² Y, desde luego, las áreas del lenguaje son también otras.⁸³

Existen por lo demás constancias concretas de la diferente actividad neural que supone “escribir lo que se oye,” “leer en voz alta,”⁸⁴ dar “expresividad y ritmo”

otros, *Las bases físicas de la mente*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1957, pp. 69, 70, 72.

⁷⁷ Para las técnicas actuales de investigación del cerebro, nos remitimos al art. de BLAKESLEE, SANDRA, “La química y la nueva interpretación del cerebro,” en el libro *Next. La nueva era de la medicina*, Barcelona, Versal, 1986, pp. 78-81.

⁷⁸ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁹ *Infra*, cap. XIII, § 1 y 2. Desde luego, el perjuicio de la televisión es mayor, por ser más el número de horas dedicadas a la televisión que a tareas propias del hemisferio izquierdo, lo que produce un decrecimiento de la capacidad de lectura y puede contribuir a una activa inhibición de la capacidad verbal: BOGEN, en WITTRUCK, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

⁸⁰ Para un estudio comparativo sobre el tipo de actividad intelectual que genera la lectura, escucha o audición televisiva de un mismo contenido ver GARDNER, HOWARD, *Arte, mente y cerebro. Una aproximación cognitiva a la creatividad*, Buenos Aires, Paidós, 1987, pp. 258-264. Sus conclusiones, con todo, son ambiguas.

⁸¹ *Infra*, cap. IX, § 5.1. y 6.

⁸² ECCLES, *op. cit.*, p. 276.

⁸³ ECCLES, *op. cit.*

⁸⁴ ECCLES, en POPPER y ECCLES, *op. cit.*, pp. 336 y 337. La literatura ha adelantado algo de esto. Así BACHELARD, GASTÓN, *El aire y los sueños*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, p. 306, dice: “Yo he pensado siempre que un molesto lector saboreaba mejor los poemas copiándolos que recitándolos.”

al habla,⁸⁵ ejercer “memoria visual no verbal,”⁸⁶ “velocidad de lectura,”⁸⁷ más las diferentes “transferencias transmodales” que se producen con la visión, audición y demás actividades cerebrales.⁸⁸

Hasta el simple hecho de *escribir una misma idea* con distintos procedimientos (a mano, a máquina, con la mano izquierda, etc.) comprende el empleo de distintas áreas del cerebro.⁸⁹ Por ello es importante utilizar la PC, imprimir, corregir a mano en versión papel, volver a la PC y repetir el proceso constantemente. No conviene entonces utilizar solamente la PC y además corregir impresos es menos fatigoso para la vista.

Existen además numerosos testimonios de creadores que distinguen claramente, en ellos mismos, el empleo preferencial de distintas actividades mentales para pensar: En EINSTEIN, principalmente “signos e imágenes” “de tipo visual,”⁹⁰ en CÉZANNE, también la visión como modo de pensar en el acto de pintar;⁹¹ en MATISSE, el acto de pintar o esculpir;⁹² es lógico entonces que en los escritores pueda ser el acto mismo de escribir,⁹³ prefiriendo la escritura a la audición,⁹⁴ o discutiendo las ventajas y desventajas de la escritura y el habla como modo de pensamiento.⁹⁵

8.3. La combinación crítico-creativa de diferentes operaciones mentales

Esto permite conjeturar que al *pensar* solamente no hay plena reflexión ni completa autocrítica; la creación y/o autocrítica comienza⁹⁶ o continúa cuando *otra* parte del cerebro *escribe*,⁹⁷ prosigue cuando un *tercer grupo* neural *lee* lo escrito

⁸⁵ ECCLES, *op. cit.*, p. 346.64.

⁸⁶ ECCLES, *op. cit.*, pp. 375 y 380.

⁸⁷ ECCLES, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁸ ECCLES, *op. cit.*, p. 284. Para recordar otra vez a BACHELARD, *op. loc. cit.*, “La audición no permite soñar las imágenes con profundidad.”

⁸⁹ RESTAK, *op. cit.*, p. 80.

⁹⁰ Puntos *a)* y *b)* de su carta; agregando en el punto *d)* que “En mi caso, cuando las palabras intervienen, lo hacen en forma puramente auditiva.”

⁹¹ TAILLANDIER, YVON, *Cézanne*, Lugano, Flammarion, 1965, p. 86.

⁹² LEGG, *op. cit.*, p. 1. Conviene recordar que EINSTEIN señalaba que sus “signos e imágenes,” que constituían su modo de pensar, eran “de tipo visual y, algunos de ellos, *muscular*,” lo cual pudiera referirse al *acto de dibujar* los signos e imágenes que pensaba. Como veremos luego, los movimientos que importa escribir, esculpir, dibujar, etc., activan a su vez *otras* partes del cerebro.

⁹³ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 13; ECCO, *Apostillas...*, pp. 50 y 51. Es también nuestra propia experiencia.

⁹⁴ BACHELARD, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁵ Esta discusión nace ya con la escritura misma. Una versión de ella, en el peculiar estilo de BORGES, puede verse en sus *Obras Completas*, *op. cit.*, pp. 713 y 714.

⁹⁶ Según el pintor y escritor LUIS FELIPE NOÉ, “Creo que uno va solucionando sus enigmas de manera racional, al actuarlos,” negando al propio tiempo que exista una *previa* “aproximación racional al hecho de pintar.” Revista *DYD*, n° 3, Buenos Aires, 1987, p. 52.

⁹⁷ O, para usar la hermosa frase de ARAGÓN recordando su niñez, en que se había negado a aprender a escribir, que de pronto “Un buen día me vino la idea que, si supiera *escribir*, podría decir otra cosa que lo que *pensaba*.” *op. cit.*, p. 11.

por uno mismo,⁹⁸ sigue cuando uno *habla* del tema⁹⁹ o lo explica en clase,¹⁰⁰ *discute*,¹⁰¹ y así sucesivamente.

Por lo demás, el acto de *escribir* con frecuencia juega un rol central en el desarrollo de las ideas,¹⁰² a tal punto que no sirve sólo para fijarlas, sino también para suscitarlas,¹⁰³ e incluso no parece demasiado exagerado expresar que “se piensa a partir de lo que se escribe, y no a la inversa.”¹⁰⁴

“Lenguaje y pensamiento van juntos. Uno formula un pensamiento en lenguaje. Y uno se entera de lo que va queriendo decir a partir de decirlo. Que el lenguaje sea de palabras o pictórico, no altera el hecho de que hay una formulación.”¹⁰⁵

En igual sentido MATISSE decía que “lo que me interesaba en la pintura era una clarificación de mis ideas,” y que cuando emprendió la escultura fue igualmente con “el propósito de organización, para poner orden en mis sentimientos,”¹⁰⁶ de lo cual dan prueba las sucesivas versiones escultóricas de una misma idea o figura.¹⁰⁷

Todos los creadores corroboran estos asertos y dan cuenta de que el *hacer*¹⁰⁸ —escribir, dibujar, pintar, esculpir— es el acto creativo del *pensar*; hacer y pensar son dos momentos simultáneos de la actividad humana pues como es obvio lo que uno hace con las manos y con los sentidos se halla bajo el control del cerebro, sea el hemisferio izquierdo o derecho. Por ello “El artista no crea como vive, vive como

⁹⁸ Aún las investigaciones clásicas reconocían que la *lectura, escritura y habla* tenían diferentes localizaciones cerebrales. Así CHANGEUX, JEAN-PIERRE, *El hombre neuronal*, Madrid, Espasa-Calpe, 1986, p. 146. A ello hay que unir que también hay estimulaciones sensoriales diferentes (p. 196) en el *leer, escribir y hablar*, que faltan en el *pensar*.

⁹⁹ Por ello es algo más que una curiosidad histórica la discusión premedieval que postula BORGES respecto a leer o no en voz alta, leer en común, las desventajas y ventajas de la escritura respecto a la expresión oral, etc.; *op. cit.*, pp. 713 y 714, del cap. “Del culto de los libros,” en *Otras inquisiciones*.

¹⁰⁰ CLAUDE LÉVI-STRAUSS, entrevista publicada en el libro de DE RAMBURES, JEAN-LOUIS, *Comment travaillent les écrivains*, París, Flammarion, 1978, p. 106.

¹⁰¹ De allí la importancia creativa, para el profesor, de emplear métodos de clase activa: *Infra*, cap. XIII.

¹⁰² No así en EINSTEIN, que declaró enfáticamente: “Las palabras o el lenguaje, ya sean escritas o habladas, no desempeñan ningún papel en el mecanismo de mi pensamiento. Las entidades psíquicas que hacen las veces de elementos del pensamiento, son signos e imágenes,” en el punto *a*) de su cartas a JACQUES HADAMARD.

¹⁰³ ARAGÓN, *op. loc. cit.*, p. 13. Hay también voces contrarias: TRIOLET, ELSA, *La mise en mots*, Ginebra, Skira, 1969, pp. 56, 96, 102; IONESCO, EUGÈNE, *Découvertes*, Ginebra, Skira, 1969, pp. 45 y 50.

¹⁰⁴ ARAGÓN, *op. loc. cit.* También CÉZANNE decía que el acto pintar transmitía “lo que piensan nuestros ojos,” que aprendía al ver: TAILLANDIER, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁵ LUIS FELIPE NOÉ, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ Citado en LEGG, *op. cit.*, p. 1. En igual sentido NOÉ, *op. cit.*, p. 55: “...quiero entenderme. Siento aquí lo de la poesía de MACHADO «Caminante no hay camino, se hace camino al andar».”

¹⁰⁷ Ver LEGG, *op. cit.*, pp. 23-31, 35. Incluso numeraba, bajo el mismo nombre, sucesivas versiones, por ejemplo, *Jeanette* (cinco), *Henriette* (tres), y muchas otras. A nosotros nos ha sido útil no solo anteponer la fecha al documento sino también numerarlo secuencialmente en sucesivas versiones, para volver a comparar las anteriores en caso de dudas o errores, llevar control del proceso, etc.

¹⁰⁸ Esto ha permitido a STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 55, decir que “si bien es cierto que somos intelectuales, *nuestra misión no es la de pensar, sino la de obrar*,” entendiéndolo allí la *obra* como expresión genuina y única del pensar.

crea.”¹⁰⁹ El acto de creación es su acto de pensar, luego de ser y vivir; de allí que muchos insistan en la calidad de *homo faber* para referirse al hombre creador.¹¹⁰

8.4. *El carácter fluctuante de las localizaciones cerebrales*

A su vez, el carácter fluctuante de las localizaciones concretas dentro de una misma región cerebral,¹¹¹ explicaría por qué sucesivas reflexiones¹¹² o relecturas, correcciones de escritura, nuevas reflexiones, debates y discusiones, lectura de otras fuentes, escuchar exposiciones y hasta exámenes sobre la materia, otras actividades vinculadas, etc., van produciendo —siempre que se mantenga la motivación— nuevos pensamientos que mejoran lo creado. Cada vez que se corrige lo hecho o de algún modo se vuelve sobre el tema, se produce una distinta actividad cerebral, involucrando diferentes grupos neurales y canales de comunicación, lo cual importa otra posibilidad de crítica y creación. Ese proceso puede no terminar nunca, llevando a obras cuyo actor considera siempre inacabadas (como MIGUEL ÁNGEL o LEONARDO DA VINCI),¹¹³ o puede concluir por un efecto de cansancio, pérdida o disminución de la motivación.¹¹⁴ Trátese del lenguaje *stricto sensu*, o de las ideas creativas de la pintura, escultura, dibujo, pentagrama, se aplica la máxima de WITTGENSTEIN: “El límite de mi pensamiento son los límites de mi lenguaje;” no hay otro pensamiento que el vertido de alguna manera al lenguaje.¹¹⁵

¹⁰⁹ JEAN LESCURE, refiriéndose al pintor LAPICQUE, en su obra del mismo nombre, París, Galanis, p. 78, citado en BACHELARD, GASTÓN, *La poética del espacio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 27.

¹¹⁰ STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 10, remitiéndose a sugerencias de ARISTÓTELES en su *Poética*. En sentido similar MOLES, *op. cit.*, p. 338, enfatiza esa calidad de *homo faber*, y señala que el “comprender es una manera del hacer.”

¹¹¹ RESTAK, *op. cit.*, p. 355: “la misma tarea puede ser hecha por muy diferentes caminos y comprendiendo variados canales neuronales.”

¹¹² Ya observó SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 583, que “una misma cosa nos parece diferente en distintos momentos;” mucho más, desde luego, a través de distintas edades: p. 654.

¹¹³ Así, “lo que él consideraba aún como insatisfactoria encarnación de sus aspiraciones era ya, para el profano, una acabada obra de arte. El maestro concebía una suprema perfección, que luego no le parecía hallar nunca en su obra:” “Un recuerdo infantil de Leonardo da Vinci,” en FREUD, *Obras completas*, t. VIII, Buenos Aires, Rueda, 1953, pp. 172-173, 178, 179 y sus referencias.

¹¹⁴ Ver *infra*, cap. XI, § 2 *in fine* respecto a las excesivas modificaciones.

¹¹⁵ En sentido similar MOLES, *op. cit.*, pp. 55 y 144: “... el lenguaje es quizá creador autónomo...; toda idea se desarrolla a través de un texto verbal.” Esto no es aplicable, sino en su propio medio expresivo, a los pintores, escultores, grabadores, músicos, cada uno de los cuales de todos modos configura sus ideas en su respectivo lenguaje no verbal.

CAPÍTULO IX

FORMAS DE ESTIMULAR LA CREATIVIDAD

SUMARIO

1. Introducción. La creatividad según la experiencia ajena	Mét-IX-1
2. La motivación creadora primaria y secundaria	Mét-IX-3
3. La importancia de la selección subjetiva del problema	Mét-IX-4
4. El trabajo y el ocio como emergentes de inspiración	Mét-IX-5
5. Materias disímiles. Actividades diversas, etc.	Mét-IX-6
5.1. Materias disímiles. El choque cultural.....	Mét-IX-6
5.2. La variedad de experiencias.....	Mét-IX-7
5.3. Orden vs. desorden	Mét-IX-7
5.4. El juego, la experimentación	Mét-IX-9
5.5. Trabajos o investigaciones paralelos	Mét-IX-9
6. Aprovechar nuestra reacción crítica	Mét-IX-9
7. La imitación y re-creación.....	Mét-IX-10
8. Otros estímulos externos e internos	Mét-IX-10
9. El azar	Mét-IX-11
9.1. El azar encontrado.....	Mét-IX-11
9.2. El azar buscado.....	Mét-IX-11
10. Suspender la autocensura interior, o el coraje de crear	Mét-IX-12

Capítulo IX

FORMAS DE ESTIMULAR LA CREATIVIDAD*

1. Introducción. La creatividad según la experiencia ajena

La creatividad es una característica universal de los seres humanos, y toda persona posee tanto la potencialidad para desarrollarla, como el peligro de reducirla,¹ no tratándose por lo demás de una cuestión de inteligencia,² sino de una multiplicidad de factores. Ya en SÓCRATES o PLATÓN encontramos diálogos que mitad en broma y mitad en serio hablan de la inspiración (o la musa creadora, sea un ente divino o demoníaco, etc.)³ y del mismo modo más o menos poético se expresan a través de la historia numerosos creadores; algunos autores tienden a analizar el tema buscando categorías casi esotéricas,⁴ otros investigan la "meditación" al estilo oriental⁵ y como es lógico también mucha gente siente inclinación a mofarse del tema. Si bien la experiencia es intransferible, el lector puede encontrar ideas en los trabajos en que los autores cuentan su vivencia, cada uno remitiendo a más creadores que le interesaron o analizó, comparó, imitó,⁶ rechazó,⁷ etc. Autores de *best sellers*,⁸ científicos que han escrito obras

* NICOLÁS DIANA sugiere ver también: <http://www.lanacion.com.ar/1455839-como-ser-creativo>

¹ TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p.142, citando a Maslow (1970); incluso se puede perderla a medida que la persona se culturiza (*op. loc. cit.*)

² TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p.162: "Es obvio que algún grado de inteligencia es esencial para la actividad creadora, pero un nivel alto de inteligencia no garantiza la creatividad."

³ También el tema lo trató antes DESCARTES, principalmente, y se encuentran irónicas observaciones en PLATÓN, que comenta POPPER, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

⁴ Entre ellos puede verse HARMAN, WILLIS, y RHEINGOLD, HOWARD, *Máxima creatividad*, Buenos Aires, Aletheia, 1986, que recopilan testimonios de diversos creadores, y los interpretan de manera diversa a lo que aquí hacemos.

⁵ Un resumen en RESTAK, *op. cit.*, pp. 366 y 367. Del mismo autor son técnicas de relajación que en algunos casos producen una multiplicidad de cursos *ad hoc*.

⁶ Sobre la imitación como fuente de creatividad ver *infra*, número 7.

⁷ Al respecto ampliar *infra*, números 5.1 y 6.

⁸ *The Writing of one Novel*, de IRVING WALLACE, Nueva York, Pocket Book, 1971, pp. 21-26, 34-38, 41, 47, 55-58, 68-9, 71-2, 87, 95, 98-9, 116, 149, 176,191, 193,202, 206.

de ciencia-ficción⁹ o novelas medievalistas,¹⁰ cuentistas,¹¹ poetas,¹² novelistas,¹³ dramaturgos,¹⁴ escritores en general.¹⁵ También han consignado aspectos del proceso de su creatividad músicos, matemáticos, otros científicos, etc., y se conocen detalles confirmatorios de artistas diversos. Ello, sin olvidar desde luego a quienes concretamente aconsejan cómo hacer una tesis,¹⁶ una monografía,¹⁷ un escrito judicial.¹⁸

Tales obras a veces incluyen los consejos del escritor a quienes empiezan: Además del obvio de trabajar intensamente y el nada despreciable de leer y examinar las obras de los autores alguna vez admirados,¹⁹ el más reiterado es el del trabajo constante y dejarse guiar por la inspiración creadora.²⁰ Véase el orden: Es en el curso del constante trabajo e interés que aparecen las ideas creadoras. Sin trabajo, preocupación, motivación, etc., no hay creación.

Lo han destacado de diversas maneras matemáticos como POINCARÉ,²¹ músicos como TCHAIKOVSKY,²² MOZART,²³ poetas como RUDYARD KIPLING, quien invoca a su

⁹ ASIMOV, ISAAC, "Those crazy ideas," en el libro *Fact and Fancy*, Nueva York, Discus, 1972, cap. 15, pp. 173 y ss.

¹⁰ ECCO, UMBERTO, *Apostillas...*, op. cit. A diferencia de las obras que mencionamos previamente en este párrafo, para aprovechar las *Apostillas* es necesario leer también la novela a la cual se refieren, o sea *El nombre de la rosa*.

¹¹ ASÍ DALMIRO A. SÁENZ, *El oficio de escribir cuentos*, Buenos Aires, Emecé, 1968; SILVINA BULLRICH, *Carta a un joven cuentista*, Buenos Aires, Santiago Rueda, 1968, pp. 23-33, en que comenta el "Decálogo del perfecto cuentista" de HORACIO QUIROGA; p. 61.

¹² *Carta a un joven poeta*, de REINE MARÍA RILKE, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1970, pp. 26, 32, 55-6, 77, 108.

¹³ *Vocación de escritor*, de HUGO WAST; JOHN GARDNER, *On Becoming a Novelist*, Nueva York, Harper y Row, 1985; JEAN-PAUL SARTRE, *Les mots*, París, Gallimard, 1964, pp. 25-130, 154.

¹⁴ LAJOS ENGRI, *Como escribir un drama*, Buenos Aires, Bell, s/f., pp. 298-301, 303; p. 64.

¹⁵ Las 25 entrevistas de DE RAMBURES, op. cit., y sus referencias.

¹⁶ Ver HENRI CAPITANT, *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, París, Dalloz, 1928.

¹⁷ ASÍ ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS, *Manual de Técnica de la investigación Jurídica de Chile*, Santiago, 1971.

¹⁸ Los dos arts. de CARRIÓ que hemos citado reiteradamente; en particular, *Cómo argumentar un caso frente a un tribunal*.

¹⁹ Aunque sea para buscar su propia voz distinta a la de ellos, como expresa HENRY MILLER, "Reflections in Writing," en el libro compilado por BREWSTER GHISELIN, *The Creative Process*, Winnipeg, Mentor Books, p. 179; y *Los libros en mi vida*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1963, pp. 28-30, 33, 130-1, 215-217, 225, 230. Por eso a veces los libros que más emociones negativas nos producen pueden ser un ímpetu creador para la refutación, lo que lleva al ímpetu creador de la respuesta. Es una experiencia común, que a veces se confunde con competencia, hostilidad, envidia, pero no es sino parte del modo humano de crear, en palabras de JUAN FRANCISCO LINARES.

²⁰ ROLLO MAY, *La valentía de crear*, Buenos Aires, Emecé, 1977. El consejo es común en la mayor parte de los que han tenido algo que ver con la creación, algunos de los cuales mencionamos en las notas precedentes, y otros a continuación.

²¹ Al respecto ver HENRY POINCARÉ, "Mathematical Creation," en el libro de BREWSTER GHISELIN (compilador), *The Creative Process*, Winnipeg, Canadá, Mentor Books, pp. 33 y ss.

²² Cartas reproducidas en P. E. VERNON (compilador), *Creativity*, Suffolk (Gran Bretaña), Penguin Books, 1972, pp. 57 y ss.

²³ En el libro compilado por GHISELIN, op. cit., pp. 44 y ss.

vez a ARISTÓTELES,²⁴ literatos como COCTEAU,²⁵ etc.;²⁶ lo han recogido quienes han estudiado el punto.²⁷

Es una idea común de la experiencia²⁸ que como vimos en el cap. VII, puntos 6° y 8°, tiene ya algún comienzo de sustento en la neurofisiología.

2. La motivación creadora primaria y secundaria

La motivación, que en parte determina la inspiración creadora, se divide clásicamente en primaria y secundaria:²⁹ *Primaria* es aquella que responde a una necesidad interior, a un íntimo deseo o realización personal que se obtiene escribiendo o creando algo; *secundaria* es la que deriva de la necesidad exterior, los deberes, las imposiciones, las aspiraciones, etc.: Todo lo que se hace como medio para obtener un fin.³⁰

Es motivación secundaria un plazo que se vence, responder a las obligaciones contraídas, no quedar mal ante el cliente o las partes, ante el jefe o la sociedad; el deseo de obtener un título, un grado, aprobar un curso, ganar un concurso, obtener un premio, un reconocimiento, etc.

Las motivaciones primarias son más fuertes y motrices de la producción creadora que las secundarias. Quienes han hecho profesión de la escritura o la creación en cualquiera de sus manifestaciones se ubican en ese grupo: Escriben o crean porque les produce satisfacción o placer, lo necesitan interiormente,³¹ tienen ganas,³² les interesa profundamente, les produce distracción, es un *hobby*, etc.

Es obvio que “el grado de satisfacción que experimenta una persona en su vida crece en razón directa del número de acciones que emprende con motivación primaria,”³³ y que del mismo modo aumenta la intensidad, concentración, perseverancia y calidad de su trabajo.³⁴

²⁴ En el libro compilado por GHILSELIN, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

²⁵ En el libro compilado por GHILSELIN, *op. cit.*, p. 82.

²⁶ Nos remitimos a los numerosos documentos y testimonios de los dos libros citados precedentemente, compilados por P. E. VERNON, *Creativity*, y B. GHILSELIN, *The Creative Process*.

²⁷ Incluso en obras generales, como C. A. MACE, *The Psychology of Study*, Middlesex, Gran Bretaña, Penguin Books, reimpresión 1963, p. 69.

²⁸ Así, SERVAN SCHREIBER, *op. cit.*, p. 123.

²⁹ Entre otros, hace esta clasificación WERNER CORRELL, *El aprender*, Barcelona, Herder, 1969, pp. 54 y ss.

³⁰ CORRELL, *op. cit.*, p. 55. Ver también C. N. COFFER y M. H. APPELY, *Psicología de la motivación*, México, Trillas, 1971; ROBERTO C. BOLLES, *Teoría de la motivación*, México, Trillas, 1973, etc.

³¹ Como decía ALFRED DE VIGNY: “*J’écris/¿Pour quoi?/je ne sais pas/Parce qu’il faut;*” en igual sentido ASIMOV habla de una “necesidad irracional” en sus comienzos: *The Early Asimov*, vol. 1, Frogmore, St. Albans, Panther Books, 1973, p. 10. La mayor parte de los escritores expresan lo mismo, con mayor o menor dramatismo, elocuencia, alegría, etc.

³² Como dice LUIS FELIPE NOÉ, p. 53: “Porque después de todo si uno no hace lo que le da la gana en la pintura ¿adonde lo va a hacer? No hay que sufrir, hay que zambullirse en ella sin miedo.”

³³ CORRELL, *op. cit.*, p. 55.

³⁴ CORRELL, *op. cit.*, p. 56 y 58.

Una confirmación fisiológica de este aserto reside en la observación de actividad cerebral más intensa cuando se presta atención a algo.³⁵

Esta diferencia entre motivación primaria y secundaria, o niveles de atención y concentración, puede cultivarse positivamente para favorecer la actividad creadora, como veremos a continuación.

3. *La importancia de la selección subjetiva del problema*

El pensamiento creativo o inventivo depende en primer lugar, según acabamos de ver, de un intenso interés en un problema,³⁶ por lo que una de las formas de ayudarse a ser creativo es seguir el hilo de lo que más nos interesa: ocuparnos de lo que nos motiva en el momento.³⁷ En consecuencia, y como cuenta GOETHE que le enseñaron en Leipzig, es capital la elección del tema;³⁸ con otras palabras, es la misma reflexión de FLAUBERT.³⁹

Si uno es profesional independiente, ha de cuidarse de no asumir sino la defensa de causas en cuya justicia y probabilidad de éxito crea, pues esa íntima convicción le dará la motivación necesaria para ayudarlo a realizar enfoques originales en el problema. Si, al contrario, toma asuntos que no le conmueven vitalmente, que meramente le resultan convenientes, el resultado inevitable es que mermarán sus posibilidades de aportar algo novedoso.

También el juez o funcionario requiere la motivación y el interés de hacer justicia: Sin esa llama vivificante puede quedar relegado a la aplicación burocrática de normas procesales o de fondo, sin la creatividad suficiente para mejor servir a la sociedad.

En otras palabras, el móvil de la creatividad es “la tendencia a expresar y realizar todas las capacidades del organismo o de sí mismo;” pues “el individuo crea sobre todo porque eso lo satisface, y porque lo siente como una conducta autorrealizadora.”⁴⁰ En definitiva, su investigación implica “que anda en busca de su placer. Va tras una satisfacción que sabe que no ha de encontrar sin esfuerzo previo.”⁴¹

³⁵ E. D. ADRIAN, “Qué sucede cuando pensamos,” en el libro de SHERINGTON y otros, *Las bases físicas de la mente*, op. cit., p. 28: El pensamiento ocasional no implica “alteraciones externas de la actividad celular, mientras que ello sucede cuando el pensamiento se concentra en un problema en particular.”

³⁶ BUNGE, *Intuición y razón*, op. cit., pp. 122 y 123.

³⁷ SCHOPENAUER, op. cit., p. 651: “Un motivo que obra fuertemente... eleva a veces la inteligencia a una altura de que no la hubiéramos creído capaz antes. Dificiles circunstancias... despiertan en nosotros talentos que ignorábamos poseer;” p. 652, “El hombre... aguza su entendimiento cuando se trata de cosas que interesan mucho a su voluntad.”

³⁸ GOETHE, *Poesie et Verité*, París, Charpentier, 1872, p. 168, transcripto por VERALDI, op. cit., p. 126.

³⁹ Ver la transcripción que hace VERALDI, op. cit., p. 127.

⁴⁰ CARL R. ROGERS, *El proceso de convertirse en persona*, Buenos Aires, Paidós, 1974, p. 305.

⁴¹ STRAWINSKY, op. cit. p. 59.

La creatividad va pues unida al interés y esfuerzo puestos en aquello de que se trata: Es el trabajo intelectual altamente motivado el que nos irá produciendo ideas imaginativas, buenas o malas, casi siempre parciales, a veces globales.

4. *El trabajo y el ocio como emergentes de inspiración*

Las ideas imaginativas igualmente surgen en el curso del trabajo y dedicación de ponerse a escribir ideas, o de hacer constantemente algo que se traduzca en ideas anotadas.⁴²

El escritor teme a veces “el blanco creador,” la página en blanco, la nada;⁴³ pero *a contrario sensu*, frecuentemente encuentra la inspiración simplemente poniéndose a escribir,⁴⁴ enfrentando el papel en blanco, poniendo en marcha la “inercia del proceso creador,”⁴⁵ incluso haciéndose horarios de trabajo,⁴⁶ den o no resultado creativo⁴⁷ en todo momento, y sea éste bueno o malo.⁴⁸

Si la idea creativa surge en ocasión del trabajo mismo, éste y la inspiración van juntos, como puede ocurrir en el escrito realizado bajo la presión del plazo que se vence,⁴⁹ o en los estados creativos tantas veces descritos en la historia.⁵⁰

En cualquier caso, en esta variante cabe también aprender a confiar en el “ocio creador”⁵¹ o la “pausa creadora,”⁵² sin dejar nunca de escribir una idea cuando se la tenga,⁵³ pero cambiando de actividad cuando el estar frente a la máquina no produce nada.⁵⁴ “Un proceso de creación eficaz requiere un continuo juego de

⁴² Estamos dando por supuesto lo ya explicado en el cap. VII, § 2,4, 5 y ss., y lo complementamos en los § 1,2 y ss. del cap. IX; cap. X y cap. XI.

⁴³ DE RAMBURES, *op. cit.* p. 12.

⁴⁴ “Del mismo modo que el apetito le viene comiendo, el ánimo creativo le vendrá cuando esté activamente dedicado a escribir cosas.” EUGENE RAUDSEPP, “Pasos para lograr más ideas,” en *Hydro-carbon Processing*, 1966, Houston, n° 45, pp. 207 y ss., y reproducido en GARY A. DAVIS y JOSEPH A. SCOTT, compiladores, *Estrategias para la creatividad*, Buenos Aires, Bidós, 1975, p. 212.

⁴⁵ Según la feliz expresión de STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁶ “Algunas veces el esfuerzo o ritual de preparación del trabajo puede producir el ánimo adecuado o tono emocional. Debe realizar deliberadamente los actos que crean la atmósfera para su mejor concentración y pensamiento creativo.” RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 212.

⁴⁷ Así ROBERT PINGET, en DE RAMBURES, *op. cit.*, pp. 132-133.

⁴⁸ JOSEFINA ROBIROSA, *op. cit.*, p. 40, refiriéndose a los pintores.

⁴⁹ *Infra*, cap. XII.

⁵⁰ Entre tantos, MAX GALLO, en el libro de DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 70: “Mi método, es ponerme en un estado de obsesión.” El significado de esta expresión literaria se explica en términos más empíricos *infra*, cap. IX, especialmente § 3.2.

⁵¹ RESTAK, *op. cit.*, p. 360. Entre múltiples casos, ANDRÉ PIEYRE DE MANDIARQUES, en DE RAMBURES, *op. cit.* p. 122; quien sin embargo, adhiere a la práctica del horario “obligatorio” de trabajo (p. 123) que mencionamos en el párrafo y nota anteriores.

⁵² SCHOPENAUER, *op. cit.*, p. 645; o en palabras de SAMUEL BECKETT, uno cree solamente descansar, para mejor actuar después, y en poco tiempo se está en la imposibilidad de seguir sin hacer nada: ARAGÓN, *op. cit.*, p. 147.

⁵³ Cap. IX, § 4 y 5; cap. X, § 6.

⁵⁴ RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 212: “abandone el problema y haga algo distinto. Abandone y descanse.” Ampliar *infra*, § 5.

consustanciación y alejamiento;”⁵⁵ “con frecuencia las soluciones eficaces aparecen cuando se han suspendido los esfuerzos conscientes por solucionar el problema.”⁵⁶

5. *Materias disímiles. Actividades diversas, etc.*

5.1. *Materias disímiles. El choque cultural*

Ayuda a la creatividad la existencia de preocupaciones o líneas de pensamiento paralelas e independientes, alternar actividades diversas,⁵⁷ un amplio rango de intereses,⁵⁸ la lectura y reflexión sobre materias disímiles, que siempre permiten asociaciones novedosas.⁵⁹ La imaginación crítica es así, a menudo, “el resultado del choque cultural, esto es, el choque entre ideas, o marcos de ideas.”⁶⁰ El individuo que desee desarrollar su creatividad necesita entonces cultivar fuentes disímiles,⁶¹ pues ello le ayudará a crear asociaciones nuevas donde nadie las vio, o a la inversa disociar elementos que habitualmente están asociados; es uno de los caminos del pensamiento divergente, en el sentido que diverge de los estereotipos o de las pautas preexistentes.⁶²

Al abogado que desde cualquier función estudia un tema concreto le ayudará consultar las diferentes fuentes no jurídicas del conocimiento que tengan que ver con dicho problema, trátase de cuestiones técnicas, económicas, sociales, etc.

Por ello puede extrapolarse para cualquier profesión creativa lo dicho sobre una de ellas: “El arquitecto con éxito tiene una tarea difícil de realizar que combina muchos de los aspectos de otras profesiones. Debe ejercer funciones de escritor, psicólogo, periodista, educador, hombre de negocios, abogado e ingeniero con el fin de llegar a ser un arquitecto con éxito. Su expresión de creatividad debe tener muchos aspectos.”⁶³

⁵⁵ RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁶ RAUDSEPP, *op. loc. cit.*: “NEWTON resolvía la mayoría de sus problemas cuando su atención estaba en plena relajación;” y EDISON “Cada vez que se encontraba ante un nudo insoluble que desafiaba toda su capacidad... trataba de dormirse.”

⁵⁷ BERTRAND RUSSELL señaló el cultivar intereses “*peculiares*” y “*extravagantes*,” como dato caracterizador de *individuos excepcionales* de este siglo: SAGAN, *op. cit.*, p. 239. JEAN-LUIS SERVAN SCHREIBER, *Cómo dominar el tiempo*, Buenos Aires, Emecé, 1986, pp. 27 y 122. La variación intensifica la atención y por ende el aprovechamiento del tiempo, por mayor trabajo cerebral.

⁵⁸ TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁹ MACE, *op. cit.*, p. 72. Como también dice RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 206, “Intente trabajar o escribir un problema ajeno a su campo. Esto aumentará su capacidad para incorporar nuevas informaciones e ideas a sus propios problemas.”

⁶⁰ “Un choque de esa índole puede ayudarnos a traspasar los límites ordinarios de nuestra imaginación.” POPPER, *Búsqueda sin término, op. cit.*, p. 63.

⁶¹ Además de los libros, conferencias, congresos, charlas, sobre otras disciplinas, no estará de más estar atento a lo cotidiano, buscando expresamente lo que está fuera de nuestro campo; y allí, como sugiere RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 206, “Junte y guarde los recortes, notas e ideas que parezcan originales;” ello, con la aclaración y remisión que formulamos en el cap. XI, § 7 *in fine*.

⁶² Comparar DIDIER ANZIEU, “El trabajo creador y el psicoanálisis,” en ANZIEU y otros, *Los extra-sensoriales*, Barcelona, 1977, p. 157.

⁶³ TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p. 144.

En otras palabras, la creatividad se *limita* con la intensificación o concentración de la educación y el esfuerzo en un campo determinado (en sustitución de la amplitud y variedad) y se fomenta teniendo una diversidad de intereses tan amplia como sea posible.⁶⁴ En suma, como mínimo hay que “dejarse tiempo libre para leer sobre otros temas.”⁶⁵

5.2. *La variedad de experiencias*

Tal variedad o diversidad no se refiere tan sólo al estudio o investigación; también es bueno permanecer “abierto a todos los aspectos de su experiencia,” no impedirle “el acceso a la conciencia,” ya que entonces “los productos de su interacción con el medio tenderán a ser constructivos;”⁶⁶ la exposición a la realidad reviste una importancia crítica.⁶⁷

Por ello al abogado le será como mínimo necesario, en la producción anticipada de la prueba, ocuparse personalmente de ejercer la observación directa, el análisis de la documentación empírica, planos, gráficos, etc.

La observación de su experiencia frente a la prueba y los hechos, y el acceso a fuentes o estudios disímiles del derecho, no sólo le ayudarán a percibir mejor la realidad para determinar luego en qué regla de derecho ella encuadra, sino también para tener pensamiento creativo en el problema.

Ello es la parte operacional frente a un caso; pero sin duda que “el cuadro total es el de una persona activa y abierta a sus propias experiencias y a las de los demás, que trata de organizarlas y de descubrirles sentido.”⁶⁸

5.3. *Orden vs. desorden*

En este paralelo seguimiento de investigaciones e intereses diversos y hasta contrapuestos, que caracteriza a una gran parte de los creadores (aunque no les produzca frutos creativos valiosos en cada campo de su experiencia o incursión, desde luego), se produce casi inevitablemente un “desorden” aparente.

Pero ese “desorden” material no hace sino incentivar las conexiones neurales, la maravillosa capacidad de asociación que sólo el cerebro humano posee: El desorden de la multiplicidad de esfuerzos es entonces conducente a la creatividad.⁶⁹

Así como imprevistamente podemos encontrar que “un obstáculo desconocido se nos pone en el camino. Experimentamos una sacudida, un choque y este

⁶⁴ ASIMOV, *Fact and Fancy*, op. cit., p. 179. No será mejor especialista el que lea o estudie más de su *especialidad*, sino el que se interese por más disciplinas *ajenas* a la suya, y efectúe las asociaciones de ideas creativas y novedosas. En igual sentido para toda ciencia MACE, op. loc. cit.

⁶⁵ RAUDSEPP, op. loc. cit. “Todo lo que le llame la atención por importante, estimulante o interesante debe ser conservado para consultas o referencias posteriores.”

⁶⁶ CARL R. ROGERS, *El progreso de convertirse en persona*, Buenos Aires, Paidós, 1974, p. 305.

⁶⁷ DEHN y SCHANK, op. cit., p. 589.

⁶⁸ TELFORD y SAWREY, op. cit., p. 154.

⁶⁹ Esa diversidad de intereses lleva a la búsqueda de un orden, establecer correlaciones, superar contradicciones. Comp. TELFORD y SAWREY, op. cit. p. 152.

choque fecunda nuestra potencia creadora,⁷⁰ del mismo modo podemos crearnos obstáculos y dificultades que agudicen nuestra imaginación.

Se puede incentivar la actividad imaginativa en el simple modo de leer, haciéndolo con varios libros a la vez, de cualquier tema, en lugar de uno tras otro secuencialmente: Estimula la atención⁷¹ y concentración, y favorece el trabajo cerebral, leer no sólo distintas obras a la vez, sino incluso tomando de ellas caps., secciones o páginas sueltas, en desorden;⁷² “hojemos al azar algunos libros,” siempre.⁷³

Ello constituye un desafío a nuestra organización de la memoria, lo que está en la base de nuestra capacidad para concentrar la atención de forma adecuada e ignorar los aspectos irrelevantes, desarrollando así nuestra aptitud para manejar la complejidad.⁷⁴ Es bien sabido, a la inversa, que la atención decrece si continuamos demasiado tiempo con el mismo tema,⁷⁵ y a la inversa aumenta con el cambio de tema, cuando no estamos creando: El acto de creación, por supuesto, no debe ser interrumpido bajo ningún concepto.

Una vez adquirido el hábito, se transforma en una verdadera distracción, más entretenida y divertida que la monotonía de la lectura ordenada y sistemática de un libro cualquiera. Y por lo demás ¿acaso alguien leyó enteros todos los libros de su biblioteca?

También cabe leer libros comenzando por el final, de a párrafos o caps., para ir retro trayéndose progresivamente hacia el comienzo: La mayor dificultad intelectual de la tarea, peligro de equivocarse, etc., acrecienta el trabajo neuronal, favorece el desarrollo sináptico, procura ideas nuevas, obliga a leer críticamente, impide distraerse.

Al igual que en el ejemplo anterior, se puede adquirir un hábito que agudiza entonces la atención y la creatividad. Muchos creadores, en efecto, señalan como un poderoso motor de su imaginación el deseo o la necesidad de “poner orden” en los elementos, descubrimientos, observaciones.⁷⁶

⁷⁰ STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 59; ver también pp. 57 y 58.

⁷¹ La mayor o la más sostenida atención, o los “mayores recursos de atención,” ha sido siempre vinculada a la creatividad, productividad e inteligencia eficaz. Ver, por ejemplo, LYNN A. COOPER y DENIS T. REGAN, “Atención, percepción e inteligencia, en el libro de STERNBERG, J. ROBERT, *Inteligencia humana*, t. II, Barcelona, Paidós, 1987, pp. 268 y ss.; 273 y 274.

⁷² Al igual que el que prepara una materia para rendirla en la mesa libre, estudiando por el orden mezclado del programa de examen, y no por el orden secuencial del programa de enseñanza. Lógicamente, sólo estamos hablando de una forma de hacer menos aburrida la forma más tradicional en métodos de verificación del aprendizaje...

⁷³ Según el consejo de PAUL VALÉRY que reproduce MOLES, *op. cit.*, p. 339.

⁷⁴ DEHN y SCHANK, *op. cit.*, pp. 585, 586 y 587.

⁷⁵ La observación se encuentra ya en SCHOPENAUER, *op. cit.*, pp. 583 y 587, aunque en otros términos. Estudios fisiológicos recientes en JACKSON BEATTY, “Actividad y atención en el cerebro humano,” en WITTRICK, *op. cit.* pp. 59 y ss; 72 y ss.

⁷⁶ Así STRAWINSKY, *op. cit.*, pp. 55-59, 65, 74 y otras; TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p. 152; MATISSE, citado en LEGG, *op. cit.*, p. 1; MOLES, *op. cit.*, p. 140.

5.4. *El juego, la experimentación*

Gran parte de los creadores ven un juego o actividad lúdica en su trabajo creador,⁷⁷ y disfrutaban entonces experimentando o ensayando combinaciones novedosas para ver cómo quedan; así NOÉ señala: “Busco las paradojas. Ver el anverso y el reverso... ver los opuestos... dar la vuelta a una tela y pintarla del revés;”⁷⁸ JOSEFINA ROBIROSA, “yo pruebo, pruebo y pruebo.”⁷⁹ Es esto lo mismo que la búsqueda deliberada del azar que comentamos más abajo en el punto 9.2.

5.5. *Trabajos o investigaciones paralelos*

“La investigación es creación, pero discontinua, renovada,”⁸⁰ y por ello casi todo investigador o creador tiene pausas o interrupciones en cualquier obra o línea de investigación, que suele mezclar con otras investigaciones u obras igualmente discontinuas. Es así bastante uniforme la conclusión de que “el creador científico, como por otra parte el escritor, se dedica simultáneamente... a toda una serie de trabajos en los que las ideas poseen diversos grados de concretización o de progreso y que pasa incesantemente de una a otra ideas.”⁸¹

Desde otro ángulo, un resultado inevitable de tener interés y experiencias divergentes es también que se lleven trabajos o investigaciones simultáneas,⁸² de distinta índole y con diferente grado de avance, lo que también fomenta la creatividad.⁸³

6. *Aprovechar nuestra reacción crítica*

También se estimula la creatividad a partir de tesis o dogmas que suscitan nuestra reacción contraria⁸⁴ o “posibles prejuicios que reclaman examen crítico.”⁸⁵ Esta forma de impulsar la creatividad es frecuente en la abogacía, dado el carácter “contradictorio” del proceso y la relación litigiosa, a veces llamada “adversarial;” también la contradicción como método es frecuente en los investigadores, por su tendencia a situarse en oposición a otras teorías.⁸⁶

⁷⁷ Ya lo señalaron POINCARÉ, NIETZCHE y otros, como recuerda MOLES, *op. cit.*, p. 141

⁷⁸ NOÉ, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁹ Entrevista en *DYD*, n° 2, Buenos Aires, 1987, p. 38.

⁸⁰ MOLES, *op. cit.*, p. 261.

⁸¹ MOLES, *op. cit.*, p. 252.

⁸² Se da mucho el caso de los que trabajan “siempre varios libros a la vez.” GUY DES CARS, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 55; ARAGÓN, *op. cit.*, p. 53. Tal vez por eso muchos cuadros de CÉZANNE quedaron incompletos, con la tela desnuda a la vista; TAILLANDIER, *op. cit.*, p. 79; lo propio ocurrió con LEONARDO.

⁸³ C. A. MACE, *The Psychology of Study*, Middlesex, Penguin, 1963, p. 71. Aun quién escribía piezas de teatro, como MARIVAUX, la crítica destaca “la diversidad,” haber abordado “una docena de géneros,” la constante “renovación;” FRÉDÉRIC DELOFFRE en su introducción a MARIVAUX, *Théâtre complet*, t. I, París, Garnier, 1980, p. V.

⁸⁴ Es la formulación originaria, luego perfeccionada, de POPPER, que relata en *Búsqueda sin término*, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁵ POPPER, *op. loc. cit.*

⁸⁶ MOLES, *op. cit.*, p. 169.

Otro modo típico de esta forma de nacer la creatividad es a partir de conferencias o clases que reputamos erróneas, libros dogmáticos, etc. Es en este sentido, creemos, que BIELSA recomendaba asistir a clases de otros profesores.⁸⁷

En general, pues, “para ellos lo desconocido es un reto, y también lo son las contradicciones y el desorden aparente;”⁸⁸ igual cosa ocurre con las oscuridades, cuando motivan el deseo de disiparlas,⁸⁹ o el exceso de precisión, que lleva a nuestra desconfianza.⁹⁰

7. La imitación y re-creación

Otra forma de iniciar el camino de la creatividad es copiando o imitando algo para después corregirlo, dislocarlo, recrearlo.⁹¹ Así la analogía del *Ulysses* de JOYCE y la *Odisea* de HOMERO;⁹² *El nombre de la Rosa*, de ECCO, con *La Biblioteca de Babel*, de BORGES; las novelas futuristas de ciencia ficción de ASIMOV con episodios de historia antigua, y así sucesivamente. Lo que no impide que cada una pueda ser una obra de arte, aun partiendo de la copia o imitación, pues concluye en la reelaboración creativa a partir de la inspiración derivada del primer acto de reproducción.⁹³

De todas maneras y como decía GOETHE, “La imitación es innata en nosotros; pero no conocemos fácilmente qué es lo que debemos imitar. Lo excelente es raro y más raro todavía verlo estimado.”

8. Otros estímulos externos e internos

Hay condiciones materiales o emocionales que resultan más o menos propicias a cada persona para desarrollar una actividad creadora.

Dado que lo mental es inmaterial,⁹⁴ somos nosotros mismos los que debemos

⁸⁷ Con una mezcla de seriedad y ácida ironía que le era muy propia, decía: “Hasta de los mediocres se aprende.” Algo de eso también nos pasa a nosotros, como puede verse en GORDILLO, AGUSTÍN; ALETTI, DANIELA; AVELDAÑO, MERCEDES; PASQUALINI, ANA y TOIA, LEONARDO, “El derecho administrativo de los últimos 75 años en la Editorial La Ley,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, pp. IX-XXIV, nota 19, p. XVII; “Cuarenta y cuatro años continuos de Ley en la Argentina, desde 1966 al presente,” *LL*, 22-X-2010, reproducido en *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales, op. cit.*, t. I, pp. 299-305, especialmente notas 26, 27 y 47. Encontrar el modo de entretenerse haciendo humor con el trabajo de derecho es un método para hacerlo más placentero; o como dijo CONFUCIO, “elige una profesión que ames y no trabajarás un solo día en tu vida.” Desde este punto de vista cabría adherirse a la petición de quien pidió que su lápida dijera: “Aquí continuó descansando. Fulano de Tal.”

⁸⁸ TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p. 152.

⁸⁹ LALANDE, transcrito por MOLES, *op. cit.*, p. 141.

⁹⁰ PAUL VALÉRY, citado por MILES, *op. cit.*, p. 142.

⁹¹ Comparar ROUSSEL, en ARAGÓN, *op. cit.*, p. 140; sus propios comienzos literarios, pp. 19 y ss.

⁹² ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 19 y 30.

⁹³ En pintura, escultura, música, ocurre lo mismo. Ver por ejemplo, ALICIA LEGG, *The Sculpture of Matisse*, Nueva York, Museo de Arte Moderno, 1975, pp. 9 (RODIN), 44 (una terracotta griega del Louvre), etc.; TAILLANDIER, *op. cit.*, p. 26; CÉZANNE, respecto de MIGUEL ÁNGEL, o del Greco. (P. 34.) STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 82, refiriéndose a la tormenta en el *Rigoletto* de VERDI.

⁹⁴ BUNGE, *op. cit.*, p. 170.

identificar y seleccionar los estímulos⁹⁵ positivos⁹⁶ y negativos⁹⁷ en su caso⁹⁸ de nuestro trabajo creador. Esto es una ecuación personal que hay que investigar activamente mediante la autoobservación del esfuerzo realizado.

Por lo que se refiere al *stress* y su influencia en la creatividad, nos remitimos al cap. XII, nº 10.

9. *El azar*

9.1. *El azar encontrado*

El factor suerte también interviene,⁹⁹ y si la idea surge del azar, a propósito de la nada, o en el medio de otro trabajo u otra ocupación, la regla se mantiene invariable: Corresponde escribirla de inmediato, en ese momento y no otro, para evitar que desaparezca. A veces en el acto de la escritura se produce “la legitimación ulterior de una equivocación de palabras. El accidente explicado.”¹⁰⁰ De todas maneras, aun el azar requiere la previa preocupación por el problema, ya que de otro modo el investigador u observador puede no reconocer o apreciar la importancia del hallazgo fortuito, y por ende no obtener frutos de él.¹⁰¹ El creador requiere así observación y percepción: “El menor accidente le retiene y dirige su operación... Pero el accidente no se crea: se le observa para inspirarse.”¹⁰²

9.2. *El azar buscado*

También puede procurarse expresamente la ayuda del azar, y muchos creadores lo hacen, intentando combinaciones aleatorias, dando vuelta un cuadro, mirándolo del revés, haciendo ejercicios aparentemente sin sentido,¹⁰³ escribiendo “lo que salga,”¹⁰⁴ borroneando a mano o en la PC.

⁹⁵ Sobre todo esto se ha escrito mucho en psicología. Ver, por ejemplo, DALBIR BINDRA y JANE STEWART, compiladores, *Motivation*, Aylesbury, Penguin, parte 3, caps. VI a X.

⁹⁶ Según las personas podrá ser el silencio, un ámbito agradable, un ámbito austero, un cambio de tarea, una distracción o entretenimiento interrumpiendo una tarea que no está siendo fructífera, etc.

⁹⁷ Hay personas que pueden crear mejor en un clima de desorden, y otras que el desorden se lo dificulta; lo mismo el ruido, la música, etc.

⁹⁸ Cabe señalar que “las modificaciones introducidas en nuestras rutinas, dar un paseo, oír música o enfrentarse a un problema nuevo, por ejemplo, sean frecuentemente más productivas que continuar machacando un mismo problema.” BUNGE, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁹ BUNGE, *op. cit.*, p. 183; ASIMOV, *op. cit.*, p. 182, etc. Algunos ejemplos (Hertz, Roentgen, Daguerre, Pasteur, Maxwell) en EDWARD DE BONO, *New Think*, Nueva York, Avon, 1971, pp. 129-134.

¹⁰⁰ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰¹ Observación esta que ya viene de PASTEUR, ROMAIN ROLLAND y otros; ver, por ejemplo, ROSENBLUETH, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰² STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰³ Aunque sea haciendo ejercicios metagramáticos, como lo cuenta ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 136 y ss., citando en igual sentido a RAYMOND ROUSELL, con diversos ejemplos y variaciones, pp. 139 y 140; a todo esto lo llama “una máquina de imaginar,” p. 140.

¹⁰⁴ MALLET-JORIS, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 111; SAMUEL BECKETT, en ARAGÓN, *op. cit.*, p. 150; igual experiencia en muchos pintores.

En materia de inteligencia artificial pareciera que las combinaciones aleatorias no son fructíferas hasta el presente,¹⁰⁵ pero tratándose del cerebro humano no debe olvidarse que el hemisferio derecho realiza constantemente una apreciación holística, integradora, total: Al jugar al azar, intentando “cualquier cosa,” en rigor de verdad lo que se está haciendo es dar otra vía de escape a la creación del hemisferio menor y favorecer la producción de otras combinaciones.

En tal procedimiento, el álea es que el hemisferio derecho pueda producir, por la vía de la casualidad buscada, una solución en verdad buscada.¹⁰⁶ Se trata específicamente de un recurrir autoconsciente al hemisferio derecho.

De cualquier manera, esta forma de acudir al pensamiento aleatorio sólo tiene pleno sentido si se enmarca en la actitud lúdica mencionada en el § 4.¹⁰⁷

10. *Suspender la autocensura interior, o el coraje de crear*¹⁰⁸

Necesitamos dominar nuestra censura interior (autocrítica destructiva, autorrepresión de los pensamientos creativos), que hace que abortemos o abandonemos las ideas antes de primero consignarlas al papel. Hay que aprender a suspender los juicios críticos en el momento de la solución creativa de problemas;¹⁰⁹ “Nada puede inhibir y sofocar más el proceso creador que (y aquí hay unanimidad entre los individuos creativos) el juicio crítico aplicado a las ideas emergentes en la primera etapa del momento de creación.”¹¹⁰

Una forma empírica de ayudarse a ello es habituarse “al mecanismo de abolición de la censura por la velocidad de la escritura,”¹¹¹ ya en los primeros avances tecnológicos de la primera mitad de este siglo,¹¹² y con mayor razón en la tecnología actual.¹¹³

Sea que lo logremos por la velocidad de transmisión de nuestras ideas al papel o de otro modo, hace falta en todo caso “un abandono a los caprichos de la imaginación. Lo cual supone, además, que la voluntad del autor está volunta-

¹⁰⁵ NATALIE DEHN y ROGER SCHANK, “Inteligencia humana e inteligencia artificial,” en el libro de J. ROBERT STERNBERG, *Inteligencia humana*, t. II, Barcelona, Paidós, 1987, pp. 584-586.

¹⁰⁶ Y, a diferencia de la ruleta, no existe posibilidad de perder, pues a lo sumo no surgirán ideas fructíferas y el resultado será entonces neutro, no negativo: DE BONO, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁷ En igual sentido DE BONO, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁸ Este punto se integra con el siguiente, y con § 4 del cap. IX; tener presente también lo expuesto *supra*, en los § 6 y 9 a 12 del cap. VII.

¹⁰⁹ RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁰ RAUDSEPP, *op. lic. cit.*, OSBORN también explica que “El principio básico pide una postergación del juicio durante el esfuerzo de ideación para evitar que la facultad crítica se confunda con la facultad creativa,” en DAVIS y SCOTT, *op. cit.*, p. 202.

¹¹¹ ANDRÉ BRETON, en las palabras de ARAGÓN, *op. cit.*, p. 38, que coincide plenamente al respecto.

¹¹² Es decir, escribiendo a máquina.

¹¹³ O sea, usando una computadora. Ver *infra*, cap. XII, § 6.4. Ello no excluye, ciertamente, el uso de medios tradicionales en el trabajo de corrección o anotación de las ideas sueltas. Pero el grueso de la creación literaria se facilita con las técnicas modernas de escritura.

riamente paralizada,¹¹⁴ o que “la fantasía implica la voluntad preconcebida de abandonarse al capricho.”¹¹⁵

Esta autorrepresión que debemos superar para poder crear, no es necesariamente una fantasía persecutoria u otra patología psiquiátrica: “La historia pone de manifiesto que cuanto más original sea el producto y mayor el alcance de sus implicaciones, mayores serán las posibilidades de que sus contemporáneos lo juzguen perverso.”¹¹⁶

Al mismo tiempo, “muchacha gente cree que nuestra cultura es cada vez menos tolerante de la conducta independiente o socialmente divergente,” y que “la recompensa que existe para la conformidad y la relativa ausencia de premios para el pensamiento y la actuación independientes, han actuado como un posible extintor de la individualidad y de la autoexpresión.”¹¹⁷

Más creativa la obra, más puede generar rechazo,¹¹⁸ disgusto y desconfianza,¹¹⁹ o simple burla,¹²⁰ y también ataques *ad hominem*: Por eso hace falta también coraje para publicar o anunciar los resultados de la creatividad, en directa proporción a su novedad;¹²¹ en otras palabras, “el científico debe estar dispuesto a arriesgarse.”¹²²

El abogado que enfoca un asunto de manera novedosa, o asume la defensa de una minoría perseguida o discriminada, o postula un cambio de la jurisprudencia, la declaración de inconstitucionalidad de una norma legislativa, la sanción supranacional a una norma local que estima lesiva de normas internacionales; el que defiende al administrado contra el gobierno, al débil contra el poderoso, o al medio ambiente y la calidad de vida contra las conductas públicas o privadas que atentan contra ella, asume en alguna medida un riesgo, y requiere una dosis proporcional de coraje para crear y defender la solución novedosa.

¹¹⁴ Tal vez la frase reproducida en el texto no sea enteramente feliz, pero expresa la misma idea y proviene en todo caso de un creador musical: IGOR STRAWINSKY, *Poética musical*, Madrid, Taurus, 1986, p. 66.

¹¹⁵ STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 57. En sentido similar SCHOPENHAUER habla de la necesidad de liberarse de la servidumbre de la voluntad del acto creador: *El mundo como voluntad y representación*, Buenos Aires, Nueva, 1942, pp. 778-792; p. 581.

¹¹⁶ ROGERS, *op. cit.*, p. 304. Claro está, tampoco hay que llegar a la concepción “casi histórica y acrítica del genio incomprendido,” como recuerda POPPER, *Búsqueda sin término*, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁷ TELFORD y SAWREY, *op. cit.* p. 140. Sin embargo, ya SCHOPENHAUER recopilaba a Helvecio, Johnson, Boswell, Goethe, sufriendo u observando el odio o la envidia por motivos análogos, pp. 657 y 658.

¹¹⁸ Pues como señalaba WHITEHEAD, el pensamiento creador choca contra el sentido común, entendido éste en el sentido que “Su único criterio de discriminación es que las ideas nuevas se parezcan a las antiguas. En otros términos, actúa para destruir la originalidad,” citado en MOLES, *op. cit.*, p. 146, con mayores referencias.

¹¹⁹ ASIMOV, *op. ult. cit.*, p. 180. En sentido similar ROWLES, *op. cit.*, pp. 378 y 388.

¹²⁰ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 55, confiesa una timidez ocasional en el arte de escribir, por “miedo a que se burlen de mí.”

¹²¹ ASIMOV, *op. cit.*, pp. 180 y 181; “el autor debe estar preparado para consecuencias desagradables,” p. 180.

¹²² TELFORD y SAWREY, *op. cit.*, p. 152.

Deberá también ser realista en evaluar sus chances de éxito, para no embarcar a su cliente, al menos no sin plena conciencia de éste, en luchas demasiado quijotescas.

Ha de buscar, pues, algún punto de distancia y aproximación con aquella frase de KIERKEGAARD: “No importa cómo sea el mundo; yo me atengo a una originalidad, que no pienso someter al visto bueno del mundo.”¹²³ El abogado no puede omitir que su creación va a ser sometida a la decisión negociadora, o administrativa o jurisdiccional: Podrá ganar o perder, sin que ello altere necesariamente los valores y la racionalidad de su decisión. Sin embargo, como a todo creador, por su acto creativo, por querer cambiar algo establecido que reputó injusto, quedará expuesto al mundo que desafió.

Podrá tocarle, al igual que CÉZANNE, la lapidación por los niños de su ciudad,¹²⁴ “la miseria de ser incomprendido y despreciado;”¹²⁵ o la expulsión de asociaciones civiles y científicas, la exclusión total o parcial de la comunidad científica, incluso la muerte;¹²⁶ o el confinamiento, falsos procesos, acusaciones, el hospital psiquiátrico.¹²⁷ Como mínimo, está la posibilidad de ser ignorado u olvidado.¹²⁸

Pero convengamos en que todavía hay mucho tiempo entre las anotaciones de las ideas que se nos van ocurriendo,¹²⁹ y el acto final de lanzarlas al mundo:¹³⁰ Este último tal vez meritúe, según los casos, una evaluación de los riesgos que la novedad implica para quien la postula, en el tiempo y lugar en que la hace, y en el futuro previsible.¹³¹ Carece de sentido, en cambio, efectuar esa autocensura *antes* de tener frente a sí en blanco y negro¹³² la idea creadora o innovativa.

¹²³ Para un análisis de esta frase de KIERKEGAARD en el contexto de la creatividad poética y desde el enfoque fenomenológico, ver JOHANNES PFEIFER, *La poesía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 68 y ss.

¹²⁴ REINE MARIA RILKE, en sus *Letres sur Cézanne*, citado por TEILLANDIER, CÉZANNE, *op. cit.*, p. 14. Todavía más, ZOLA —contemporáneo de CÉZANNE— escribió una novela, *La obra*, tomando a CÉZANNE como modelo de pintor fracasado; TAILLANDIER, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁵ TAILLANDIER, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁶ Todos estos ejemplos en ASIMOV, *op. cit.*, p. 180. La condena a muerte de Sócrates en la Grecia democrática, ¡cuánto más se ha repetido en la historia!

¹²⁷ Estos casos son, obviamente, los reservados en los últimos años para los disidentes soviéticos que tuvieron algún nivel de creatividad científica o artística.

¹²⁸ Lo que, por cierto, ya muchos ven como reprobación social: SCHOPENAUER, *op. cit.* pp. 378 y ss., reproduciendo una frase en GOETHE en igual sentido, p. 378. El tema está muy presente en toda la obra de SCHOPENAUER, y lo trata en sus prólogos de 1818 (pp. 4 y 5), 1844 (pp. 7, 9, 10, 13, 14), 1859, p. 17. Trata también el tema SAENZ, JORGE A., en su prólogo a nuestro *Tratado de Derecho Administrativo* al referirse a la “espiral del silencio” que algunos practican, no demasiado exitosamente, en nuestro medio.

¹²⁹ Que algunos autores califican como “ese momento de impudicia del que no puede jamás hablar sino por metáfora, este gesto de la creación que, ante ustedes, parecerá obsceno.” ARAGÓN, *op. cit.*, p. 134.

¹³⁰ ANZIEU, *art. cit.*, p. 167: “La resistencia recupera su fuerza en el quinto y último momento del trabajo de la creación: exponer la obra al público, separarla definitivamente de uno, afrontar las reacciones, los juicios, las críticas.”

¹³¹ Nos remitimos a las “Salvedades finales” del cap. XVIII.

¹³² El blanco y negro de la escritura, o el dibujo, etc.

Antes o después de sopesar la repercusión y el riesgo, también evaluamos la calidad de lo que hicimos, y podemos guardarlo, tirarlo, o esconderlo “como ropa sucia;”¹³³ pero primero, obviamente, hay que *hacer* la obra que eventualmente censuremos.

Adoptemos entonces “la actitud de que la creatividad es una actividad permisible,”¹³⁴ al menos en las etapas privadas de su producción...¹³⁵

¹³³ NoÉ, *op. cit.*, p. 55; en esta misma entrevista cuenta cómo se deshizo de obras suyas por simple falta de espacio. (La anécdota, que allí niega, era que había tirado toda su obra al río Hudson al dejar de pintar, actividad que retomó plenamente doce años después.)

¹³⁴ ASIMOV, *op. cit.*, p. 183.

¹³⁵ Y en todo caso recordemos con MOLES, *op. cit.*, p. 349, que “El juicio de valor de una manera cualquiera de proceder no se lleva a cabo más que después de haberse realizado, a través de un acto de la sociedad.”

CAPÍTULO XIX

GUÍAS METODOLÓGICAS PARA EL GRADO Y POSTGRADO

SUMARIO

I. <i>Actividades de grado</i>	Mét-XIX-1
1. Una vieja guía metodológica para el grado	Mét-XIX-1
1.1. Etapas metodológicas	Mét-XIX-1
1.2. Sugerencias metodológicas para estudiantes.....	Mét-XIX-2
1.2.1. Introducción.....	Mét-XIX-2
1.2.2. Análisis de los hechos.....	Mét-XIX-3
1.2.3. Repaso del derecho aplicable	Mét-XIX-3
1.2.4. Desarrollo del caso	Mét-XIX-3
1.3. Casos prácticos a analizar	Mét-XIX-4
1.3.1. El caso del manifestante.....	Mét-XIX-4
1.3.2. El caso del Ministro “incapaz”	Mét-XIX-4
1.3.3. El caso del oyente fuera de lista.....	Mét-XIX-4
1.3.4. El caso de la cena de fin de curso	Mét-XIX-5
1.3.5. El caso de la renuncia inexistente	Mét-XIX-5
1.3.6. El caso del usuario de Telefónica Argentina	Mét-XIX-5
1.3.7. El caso del alumno “sumariado”.....	Mét-XIX-5
2. El caso del expediente de Derecho Administrativo.....	Mét-XIX-5
3. Escritos de preconstitución de la prueba.....	Mét-XIX-7
3.1. La primera tarea.....	Mét-XIX-7
3.2. La caducidad y sus variantes	Mét-XIX-7
3.3. Un ejemplo	Mét-XIX-8
3.4. Presentación.....	Mét-XIX-8
3.5. Calidad de actos administrativos.....	Mét-XIX-9
3.6. Tipo de procedimiento.....	Mét-XIX-9
3.7. El expediente y la historia clínica.....	Mét-XIX-9

3.8. La habilidad de tener un buen expediente o una buena historia clínica	Mét-XIX-9
3.9. Recaudos de los escritos.....	Mét-XIX-9
3.10. Eventuales descuidos en la preconstitución de la prueba	Mét-XIX-10
3.11. Escritos y anexos.....	Mét-XIX-10
3.12. Producción de la prueba y la autocorrección	Mét-XIX-10
3.13. Prueba testimonial, de oficios, etc.....	Mét-XIX-10
3.14. Petitorio	Mét-XIX-11
3.15. Resumen: Algunas de las características que tiene que tener el expediente de práctica profesional, método, etc.	Mét-XIX-11
4. Reglamento de las actividades de aprendizaje.....	Mét-XIX-12
4.1. De la explicitación de algunos objetivos del curso	Mét-XIX-12
4.2. De algunos de los problemas que presentan la resolución de casos	Mét-XIX-14
4.2.1. De la inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos	Mét-XIX-14
4.2.2. Del análisis de los hechos en el objeto del acto	Mét-XIX-14
4.2.3. Del análisis de los hechos exteriores al acto, o “causa” del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado.....	Mét-XIX-15
4.2.4. De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso.....	Mét-XIX-15
5. De otros aspectos del procedimiento de trabajo en el curso	Mét-XIX-16
5.1. Del aprendizaje teórico, normativo y práctico a ser realizado individualmente por el alumno	Mét-XIX-16
5.2. De la obligatoriedad de la realización y entrega eficaz y oportuna de los trabajos	Mét-XIX-17
5.3. De la presentación de los escritos y la efectiva participación útil en el proceso de aprendizaje	Mét-XIX-18
5.4. De la teoría de la impulsión de oficio del procedimiento y la práctica de la impulsión por el particular	Mét-XIX-18
5.5. Del silencio de la administración. De la expresión de la voluntad administrativa por órgano competente	Mét-XIX-19
5.6. De la eficacia de las pruebas	Mét-XIX-19
5.7. Del sistema de calificaciones	Mét-XIX-19
5.8. Del expediente individual de cada cursante.....	Mét-XIX-20
5.9. De la programación de las actividades a realizar por los señores alumnos	Mét-XIX-20
5.10. De la realización de clases recuperatorias.....	Mét-XIX-21
6. Casos de acto administrativo	Mét-XIX-23

II. <i>Actividades de postgrado</i>	Mét-XIX-32
7. Guía para una nota a fallo	Mét-XIX-32
8. Guía de lecturas y problemas para “El método” y “Habilidades” ..	Mét-XIX-36
8.1. Introducción	Mét-XIX-36
8.2. Bibliografía.....	Mét-XIX-37
8.2.1. “Núcleo duro.”.....	Mét-XIX-37
8.2.2. Bibliografía mínima	Mét-XIX-38
8.2.3. Bibliografía complementaria inicial.....	Mét-XIX-39
8.2.4. Bibliografía específica de derecho administrativo. Criterios de selección.....	Mét-XIX-40
9. Guía para la escritura	Mét-XIX-41
9.1. Para saber escribir primero hay que saber leer	Mét-XIX-41
9.2. Un ejercicio necesario de control de lectura, control social, e inversión y ahorro de tiempo de lecturas inútiles.....	Mét-XIX-41
9.3. El estilo en las citas	Mét-XIX-42
9.4. El plagio: El peor de los pecados. La ignorancia de citar a un plagiario	Mét-XIX-42
9.5. Citar racionalmente, en el país.....	Mét-XIX-43
9.6. Citar racionalmente, en el derecho comparado	Mét-XIX-44
9.7. Los errores de forma	Mét-XIX-44
9.8. Todo es lenguaje.....	Mét-XIX-45
9.9. La espiral del silencio y la catedral gótica de citas	Mét-XIX-46
9.10. La angustia	Mét-XIX-46
9.11. Primero, la idea desnuda. Luego, la vestimenta de la idea.....	Mét-XIX-46

Capítulo XIX
**GUÍAS METODOLÓGICAS
PARA EL GRADO Y POSTGRADO**

I. Actividades de grado

1. Una vieja guía metodológica para el grado

En las primeras ediciones del *tratado* incluimos una guía metodológica para estudiantes de grado, que luego suprimimos. La incorporamos aquí como antecedente de posible utilidad, aunque hace ya varios años que nos dedicamos exclusivamente a la enseñanza en *post grado*, tanto en la especialización del derecho administrativo cómo en el doctorado y post doctorado.

El lector no familiarizado con las guías de grado (I) haría bien al menos en leerlas antes de pasar a las de post-grado (II), pues éstas presuponen aquéllas.

1.1. Etapas metodológicas

Con los elementos del t. 1 del *tratado* Ud. puede ya resolver algunos casos prácticos: Distinguir actos de hechos administrativos, determinar si han sido dictados en virtud de facultades regladas o discrecionales, qué tipo de derechos afectan. Posteriormente Ud. podrá indicar de qué tipo de órgano o ente provienen y precisar con mayor detalle si se halla afectado un derecho subjetivo, interés legítimo o de incidencia colectiva. En el t. 3 verá los distintos tipos de vicios que pueden afectar a un acto administrativo, y las nulidades que se producen, y así sucesivamente hasta llegar a la elección del recurso (t. 4) o acción (t. 2) aplicable para el caso.

Para orientarlo acerca de los distintos pasos de análisis que deben generalmente cumplirse, hacemos a continuación una enumeración de ellos. El objetivo final, entonces, *de* estudiar todo el derecho administrativo se concreta en que, enfrentado a un ejemplo práctico de actividad, Ud. debe aprender gradualmente a determinar:

1º) Si es actividad administrativa, y de qué “Poder” del Estado proviene, o es en cambio actividad privada de los particulares; o actividad de particulares regida por el derecho público.

2º) De qué ente y órgano de la administración proviene.

3º) Si se trata de un acto, reglamento, contrato administrativo, informe, dictamen, *acto interlocutorio, etc.*; si se trata de uno o varios actos o hechos.

4º) Si ha sido dictado en virtud de facultades regladas o discrecionales; si en algún aspecto transgrede las primeras o viola los límites a las segundas.

5º) Si lesiona o puede lesionar derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, intereses legítimos o intereses simples, y quiénes pueden ser los posibles legitimados para impugnarlo.

6º) Si cumple en su caso con los requisitos de legitimidad del decreto-ley 19.549/72 y con el resto del ordenamiento jurídico. En particular, deberá analizarse si el acto tiene vicios de competencia, forma, objeto, voluntad, etc., de manera metódica y sistemática.

7º) En caso de contravenir el ordenamiento jurídico, si es a pesar de ello válido, o si es en cambio, anulable, nulo o inexistente.

8º) Por qué motivos puede ser impugnado, ante la administración y la justicia.

9º) Qué vías administrativas y/o judiciales son procedentes para atacarlo.

10) Cuáles conviene elegir y por qué.

11) Cómo se redacta el recurso; *redactarlo*.

12) Ante quién se presenta el recurso y con qué recaudos.

13) Quién lo debe resolver.

14) Qué vías subsiguientes proceden en caso de denegación.

15) Qué vías subsiguientes proceden en caso de silencio.

1.2. Sugerencias metodológicas para estudiantes

1.2.1. Introducción

La resolución de casos o problemas jurídicos constituirá lo sustancial de su futura profesión de abogado. Ud. puede encarar los problemas en forma intuitiva, si tiene suficiente intuición; también puede proceder por el sistema de *trial and error* (intento y error) para llegar a la solución del problema en aproximaciones sucesivas, pero esto le puede llevar mucho tiempo. Hay muy distintos métodos para encarar los problemas. También puede Ud. primero estudiar la bibliografía y jurisprudencia sobre el tema, y después analizar los hechos del caso; o analizar *primero los hechos*, luego la bibliografía y jurisprudencia y luego nuevamente los hechos antes de entrar a solucionar el caso.

Nadie puede determinar con certeza cuál método sea el preferible; posiblemente cada uno deba elegir un método que más se amolde a su forma de ser. Con todo, aquí le presentamos un esquema de pasos metodológicos que estimamos pueden

ser de utilidad para encarar problemas de derecho administrativo. De la seriedad y confianza con que Ud. lo tome dependerá la utilidad que le brindará en el futuro.

La metodología que aquí sugerimos está destinada a estudiantes sin experiencia profesional. A quien tenga dicha experiencia puede parecerle pueril, pero para quien carezca de ella puede significarle el acierto o error del enfoque. Piense, de cualquier manera, que un caso como los que luego se enuncian en el § 1.3 puede también serle consultado profesionalmente y que alguna respuesta ha de dar, use la metodología que usare.

1.2.2. *Análisis de los hechos*

Como primer paso *analice* cuidadosamente los hechos que el caso relata, *aprendiendo* bien y detalladamente todos sus aspectos. Al efecto es imprescindible desmenuzarlo en tantos pasos como sea posible, y hacer una lista de los hechos y actos que se van produciendo, como así también de los datos que se van dando. *Esta etapa es decisiva, estúdiela despaciosamente* y hágala por escrito en el trabajo: Si Ud. no conoce *bien* los hechos de su caso, difícilmente podrá resolverlo luego correctamente.

1.2.3. *Repaso del derecho aplicable*

Una vez compenetrado de todos los detalles del caso y efectuado el listado pertinente, repase metódicamente todo lo estudiado ahora y antes sobre cada uno de los temas o puntos que el caso toca. No confíe en su memoria, relea expresamente: Tenga en cuenta que el caso está construido sobre la base de aspectos desarrollados en los libros.

1.3. *Desarrollo del caso*

a) No salte a conclusiones fáciles. Desconfíe de lo evidente y preste atención a lo aparentemente secundario.

b) Analice el caso, desarrollando todos los aspectos que él plantea. Puede dar más de una solución; lo importante es la consideración expresa y fundada de *todos* los problemas relacionados con él.

c) No dé por supuesto ningún principio jurídico, méncionelo expresamente; no rechace alternativas o posibilidades en forma implícita sino expresa.

d) Ud. debe analizar el caso objetivamente, encontrar sus problemas y recomendar qué debe hacer o sostener el interesado.

e) Si Ud. considera que le falta algún dato o información, considérela alternativamente como si él se diera afirmativa y negativamente; expresando en cada caso la solución que correspondería; pero esto puede no ser necesario o conveniente.

f) Estudie cuidadosamente estas instrucciones y la segunda parte del t. 1 antes de comenzar el caso. Cumpla cada etapa en forma pausada y minuciosa, de modo tal que no le sea necesario volver atrás; no saltee etapas.

g) El tiempo estimado es de una hora y media, pero trate de encararlo sin premura. Tómese más tiempo si lo necesita.

1.4. *Casos prácticos a analizar*

En los siguientes casos prácticos, Ud. debe aprender a distinguir lo indicado en los subpuntos 1º, 3º, 4º, 5º, indicados. En algunos —de los casos que se han mezclado para evitar uniformidad— es posible determinar también qué ocurre respecto del problema planteado, de acuerdo a los subpuntos 6º, 7º, 8º y ss. Con todo, no se trata en principio todavía de casos completos.

1.4.1. *El caso del manifestante*

Una persona es detenida arbitrariamente por la policía durante una manifestación, y al trasladársela violentamente al camión celular le rasgan las ropas: Ella reclama ante el Ministerio del Interior, solicitando una indemnización por el daño sufrido, y la aplicación de sanciones contra el policía que lo detuviera sin orden verbal o escrita. El Ministerio, luego de un sumario en que no da intervención alguna al reclamante, resuelve rechazar sus pretensiones.

1.4.2. *El caso del Ministro “incapaz”*

Un funcionario de la administración nacional es dejado cesante previo sumario en que se le imputa haber dicho del Ministro que era un “incapaz;” en dicho sumario el interesado había propuesto cinco testigos, de los cuales tres fueron llamados a deponer mientras duraba el secreto del sumario, y dos posteriormente; al dársele vista del sumario, formuló argumentos que el decreto de cesantía contesta sólo en parte.

1.4.3. *El caso del oyente fuera de lista*

Un alumno solicita al profesor que se lo incorpore como titular del curso; siendo oyente fuera de lista, el profesor le manifiesta que no se opone a su inscripción si la autoridad competente lo autoriza, y le firma la conformidad en tal sentido, en la nota que en ese acto también le presenta el alumno; éste lleva la nota y la entrega en el Departamento de Mesa de Entradas, donde le sellan la copia de su pedido y le entregan una tarjeta con el número de expediente. El expediente es girado al Departamento Registro de Alumnos, el que se expide indicando que el alumno se encontraba *en* condiciones al momento de iniciarse el curso; de allí es girado al Departamento Docente, cuyo jefe lo eleva al Decano con una nota que

expresa: “Sr. Decano, para su consideración y decisión.” El Decano pone “Conforme” y firma en el expediente, el que vuelve a Registro de Alumnos, donde se inscribe al alumno en el registro de la Comisión pertinente.

1.4.4. *El caso de la cena de fin de curso*

Al terminar el curso, los alumnos invitan al profesor a una cena para festejar la finalización. Terminada la cena, los alumnos se retiran rápidamente del restaurante, diciendo “Ya que robamos el curso, tenemos que robarnos también la cena,” y dejan al profesor solo en el restaurante, con la cuenta de la cena.

1.4.5. *El caso de la renuncia inexistente*

El nuevo Ministro del ramo reúne a todos los Directores de la repartición y les pide verbalmente la renuncia: Algunos contestan que “sí,” otros que lo pensarán, otros dicen que “no” pues son funcionarios de carrera amparados por la estabilidad. Pocos días después se dicta una resolución ministerial aceptando lo renuncia de uno de los funcionarios que renunció verbalmente, pero omitiera hacerlo por escrito, y aceptando también la renuncia de uno de los funcionarios que dijo que no iba a renunciar. Éste lo consulta profesionalmente a Ud. y le afirma que no ha renunciado, verbalmente ni por escrito.

1.4.6. *El caso del usuario de Telefónica Argentina*

Un abonado de *Telefónica* no paga durante dos bimestres, por no llegarle la boleta a su domicilio; le intiman el pago, más una multa por el atraso, por carta simple, la que llega atrasada. Cuando el interesado va a abonar le notifican que transcurrió el plazo otorgado y que ya le han cancelado la línea. El mismo día impugna dicha resolución y solicita además una nueva línea, efectuando pago bajo protesta. Su presentación es rechazada sin fundamentación ni aclaración alguna pocos días después.

1.4.7. *El caso del alumno “sumariado”*

Un alumno que está en condiciones reglamentarias de recibir su diploma así lo solicita, pero el Decano se lo deniega fundándose en que tiene antecedentes de sumarios administrativos pendientes. El alumno puede probar que en realidad existe una rivalidad personal, siendo ella presumiblemente el motivo verdadero de la denegación, y también puede probar, a través de presunciones, que no tiene tales antecedentes.

2. *El caso del expediente de Derecho Administrativo*

El profesor del curso de derecho administrativo le explica en clase al grupo de alumnos que como complemento de la formación teórica de su disciplina, quiere

que hagan práctica profesional de la misma materia. A tal efecto, dice, ha dictado una resolución numerada como 19.3.8, de la que entrega copia a los alumnos. Les aclara que no consta en ella la fecha, pero que debe entenderse que es la fecha del día, y que así lo anoten en la hoja que les reparte. Ella dice así:

Buenos Aires,

Visto:

Los cursos de derecho administrativo de la cátedra del suscripto; y

Considerando:

Que es conveniente establecer algunas normas de procedimiento para la realización de determinadas prácticas profesionales por parte de los señores alumnos;

Que al efecto es conveniente instrumentar un sistema que permita una mayor familiarización del alumno con un expediente administrativo;

Que lo más accesible al alumno es seguir su propio expediente administrativo del curso, en el cual tramitarán sus presentaciones solicitando pases de comisión, justificación de inasistencias, etc., como así también las pruebas escritas que rinda y los actos de calificación parcial que se le asignen, todo ello sin perjuicio de los actos y materiales que la cátedra disponga que se agreguen al expediente;

Que para ello, es necesario establecer las normas administrativas a las cuales se ajustarán dichos expedientes,

Por ello,

El profesor titular de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Encomendar a los señores alumnos la tramitación de un expediente administrativo relativo al curso, el cual será caratulado numéricamente según el número de comisión, número y condición del alumno, número año. La carátula indicará además la materia, el profesor a cargo del curso, los nombres y apellidos de los encargados de la comisión y del alumno.

Art. 2°. En dicho expediente se abrocharán, previamente perforados, y se foliarán en orden cronológico, la explicación entregada sobre los objetivos generales del curso, los casos y trabajos prácticos realizados, las pruebas que se rindan, los actos de trámite o definitivos emanados de la administración del curso, las solicitudes o presentaciones de los alumnos relativas al curso, y toda otra presentación que los señores alumnos crean conveniente realizar.

Art. 3°. El profesor, los encargados de las comisiones o sus delegados *ad hoc*, pondrán el cargo de presentación a los escritos y sellarán y fecharán las copias, a solicitud de los señores alumnos.

Art. 4º. Los expedientes a que se refiere este acto se regirán en lo pertinente por las normas del decreto-ley 19.549/72 y su reglamentación, de conformidad a lo dispuesto por la Resolución 273/73 de la Universidad. Las presentaciones de los señores alumnos se ajustarán en un todo a lo dispuesto en los arts. 15, 16 y concordantes de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72.

Art. 5º. Los señores docentes de la cátedra, cualquiera sea la condición en que revisten, quedan autorizados para foliar y rubricar de los señores alumnos, adoptar providencias de trámite, fijar los trabajos prácticos de comisión, resolver las peticiones y recursos de los alumnos, y en general adoptar todas las demás medidas correspondientes a los derechos y deberes de los alumnos de la comisión, inclusive notas parciales o de concepto, con la única excepción de la nota formal correspondiente a la finalización del curso, la que será fijada en forma definitiva, en el ámbito del curso, por dos o más profesores de la cátedra.

Art. 6º. Lo dispuesto en el artículo anterior es sin perjuicio de la atribución del profesor titular de avocarse al conocimiento de casos particulares, revocar de oficio o a pedido de parte los actos dictados, impartir instrucciones generales o particulares, revocar las atribuciones desconcentradas o delegadas.

Art. 7º. Notifíquese la presente resolución, agréguese a los expedientes de cada alumno, téngase presente y cúmplase.

Fdo.:.....

Profesor Titular
Derecho Administrativo

Resolución 19.3.8

3. *Escritos de preconstitución de la prueba*

3.1. *La primera tarea*

La primera tarea a realizar es preconstituir la prueba, desde la primer oportunidad y sin desfallecimiento o fatiga. No se trata de presentar un escrito por semana, sino de tantos escritos como sean necesarios para llevar al convencimiento de la autoridad que la decisión debe razonablemente ser positiva. Los trabajos no hechos a tiempo entran en la regla del *Fugit irreparabili tempus* de VIRGILIO, en que ningún abogado puede incurrir.

3.2. *La caducidad y sus variantes*

Es la caducidad, la perención de instancia, la prescripción, la desuetudo, el abandono, la renuncia, la autoentrega pasiva. La antítesis de la responsabilidad profesional del abogado. Si a Ud. no le gusta hacer escritos, o producir prueba, o no cree que deba hacerlo sin errores, entonces ha elegido la profesión equivocada.

Un licenciado en derecho que no conoce los plazos y por ende no los cumple no es un abogado practicante. Un abogado no practicante, que no cumple los plazos, no puede ser un abogado especialista en derecho administrativo.

Le falta la primera condición, ser abogado. Lo cual no es solamente un diploma y una inscripción, es también una vivencia del derecho. Y la práctica del derecho es, entre otras cosas, cumplir los plazos y presentar escritos en tiempo y forma.

Un abogado que no presenta los escritos en tiempo y forma se expone a perder su patrimonio —luego del de sus clientes— a través de un juicio de mala praxis por perención de instancia. En el trajín cotidiano, uno no procesa bien toda la información que recibe. El cerebro no funciona en forma constante por cuanto queda desconectado milésimas de segundos por minuto en los cuales no recibe ni procesa información; si esto le coincide con un plazo real o virtual, perdió.

3.3. *Un ejemplo*

Cuando me piden o pido que envíe un CV, si yo hubiera sido el destinatario del pedido, lo cumplimento antes de la siguiente reunión: es la mejor muestra de interés y respeto por el interés del otro. Cuando uno puede, debe contar los plazos de la peor forma posible, para evitarse toda clase de problema en el futuro. Si lo contó de la peor manera, nadie podrá nunca discutirle si lo hizo en tiempo. En el caso, hacerlo para antes de la siguiente clase era el plazo funcional mínimo. Si la clase ha sido un viernes, el plazo menor es el lunes inmediato posterior.

Si no quieren usar el plazo funcional, queda el plazo legal o normativo. En el caso y por aplicación del art. 1, inciso e), apartado 4, del decreto-ley 19.549/72, es de diez días hábiles. En todo caso es preciso que releen con detenimiento el cap. VIII del t. 4, sobre “El tiempo en el procedimiento.” No puede ser que a esta altura del partido se les venza un plazo.

Me ha llamado la atención que en los expedientes con frecuencia presentan los escritos fuera de plazo. Cuando la administración ordena algo y no da plazo, ello no significa que no exista plazo. Si piensa que no hay plazo, eso es desconocimiento normativo de su parte.¹

3.4. *Presentación*

Por supuesto los escritos se presentan en soporte papel pero también se envía a los *e-mails* de la autoridad administrativa, que a su vez comunicará las instrucciones por este medio, sin perjuicio de las normas verbales que se comuniquen en clase.

¹ Es indispensable que Ud. lea con detenimiento el cap. VIII del t. 4, *op. cit.*, y las normas nacionales aplicables.

3.5. *Calidad de actos administrativos*

Es necesario comprender que tales comunicaciones, verbales o por e-mail, en cuanto contienen órdenes o instrucciones son actos administrativos, por ende dotados de presunción de legitimidad, ejecutoriedad y obligación de cumplirlos o ejecutividad.

3.6. *Tipo de procedimiento*

También se hace necesario comprender que este procedimiento es administrativo, por lo tanto hay que conocer las reglas o principios generales del t. 2, pero también todo el t. 4 sobre procedimiento administrativo. También es necesario, desde el primer escrito, conocer las reglas de la prueba que se explican en el t. 1, cap. I, en el t. 2, cap. I, y sobre todo en el t. 4, íntegro.

3.7. *El expediente y la historia clínica*

En rigor el expediente es como los libros de comercio para el empresario, o la historia clínica para el médico: Pueden servirle de prueba de descargo, pero también de prueba de cargo. Deben por ello ser impecables, como autodefensa elemental. Debe estar siempre en condiciones de ser evaluados e inspeccionados, y resistir esa evaluación e inspección.

El expediente como la historia clínica son una suerte de *probatio probatissima*. Es necesario aprender a producir y analizar debidamente los medios de prueba, desde el primer momento de inicio del proceso de construir el expediente.

3.8. *La habilidad de tener un buen expediente o una buena historia clínica*

Es una habilidad que se muestra trabajando con precisión y responsabilidad, con cuidado. La regla es tener constancia documental frente de la administración, y por ello el expediente es una cuestión de habilidades. Un experto en derecho administrativo necesita saber, y es hábil que sepa, cómo se tramita en derecho un expediente administrativo, dentro del procedimiento administrativo.

3.9. *Recaudos de los escritos*

Por supuesto los escritos deben presentarse conforme a las normas del decreto-ley 19.549/72 y sus reglamentaciones. No deben cometer errores formales, de tipeo, redacción, acentuación, paginado, etc., para que el contenido no sea obstruido por el continente. También se hace necesario cumplir con las normas referentes a las citas.

3.10. *Eventuales descuidos en la preconstitución de la prueba*

A veces en las clases se “tantea” desde cuándo presentar escritos, especulando con el accionar de los compañeros. Sólo cuando unos cuántos han presentado escritos los demás “caen en la cuenta” que están perdiendo el tiempo: Más aún, que lo han irrevocablemente perdido.

Los escritos de preconstitución de la prueba deben presentarse en forma permanente y desde el primer momento posible. Toda reflexión realizada en el marco de la materia debe estar volcada en un escrito, es la única forma de demostrar el trabajo realizado. Por supuesto que hacer resúmenes o transcripciones de texto del profesor solamente indican falta de ideas y hasta de personalidad. Lo que hay que demostrar es que uno tiene ideas acerca del tema, que lo vincula con otros temas, que tiene sus propias palabras.

En principio, lo que no figura en los escritos presentados, no puede probarse al momento de la entrevista. No se puede alegar lo que no fue probado en el expediente. Y la única manera de demostrar —en el alegato— las condiciones para obtener una resolución favorable es realizando la prueba en el expediente, lo cual no se hace con algún escrito sobre el final del expediente, sino presentado escrito tras escrito dónde se detalle la reflexión y el trabajo realizado a partir del comienzo mismo de la materia.

Se debe incluir la importancia de respetar las cuestiones de método ante el caso concreto, tales como el conocimiento acabado de los hechos, la producción de la prueba en relación a ellos.

3.11. *Escritos y anexos*

Los anexos preparados por el presentante, de su propia autoría, van en el cuerpo principal; las comunicaciones generales de la autoridad administrativa, en el presente caso, van en el anexo documental.

3.12. *Producción de la prueba y la autocorrección*

Por supuesto siempre es posible corregir errores pasados, pero no creyendo que el tiempo se retrotrae. Son escritos presentados más tarde, en los cuales se demuestra que no se repitan los errores pasados.

3.13. *Prueba testimonial, de oficios, etc.*

La administración no suele producir estas pruebas, por lo que si Ud. quiere acreditar algo que requiere prueba testimonial, produzca una carta de la persona y ofrezca que la administración la llame a certificar la firma y ser eventualmente repreguntada. Si una pericia, lo mismo hecho por un técnico, y así sucesivamente.

3.14. *Petitorio*

Solamente en el alegato puede pedir que le den por aprobada la materia, si lo hace antes es prematuro y “no ha lugar por madrugador.”

3.15. *Resumen: Algunas de las características que tiene que tener el expediente de práctica profesional, método, etc.*

Denuncia el domicilio de *e-mail* y lo repite en cada oportunidad. Preferiblemente tener varios *e-mails* en distintos *hosts* para asegurar la recepción. Evite tener que argumentar que no está notificado...

Acredita la existencia de causa fáctica suficiente para la aprobación del curso. Implica conocer la realidad.

En su tramitación se dan circunstancias atípicas pero que no implican modificar su finalidad: lo tiene el administrado y no la administración, el primero se lo queda, no hay resoluciones expresas durante su trámite, etc.

Ello sólo incide en su ubicación física y en la forma en que se producirá la prueba, en forma privada.

Por ello, es indispensable adecuar las nociones procesales generales a este tipo específico de tramitación, que no es ficticia, sino especial.

Ello requiere atender a la realidad (funcionamiento de la administración), aceptarla y actuar en consecuencia.

Ejemplo concreto: las presentaciones se acreditan con el cargo inserto en la clase y enviando por mail el escrito al estudio.

Es necesario adaptar las nociones genéricas al caso concreto, o crear soluciones específicas que sean aptas para el caso, no para la teoría.

Para cumplir oportunamente, debemos computar los plazos de la peor manera posible.

El escrito debe tener párrafos con títulos y ha de habérselo preparado utilizando la función Esquema.

Tiene que ser hecho utilizando Google, Altavista, o cualquier otro buscador, en la página web pertinente.

No puede tener un sólo error de forma, pues la pantalla le subraya en rojo y en verde todos los errores. A Ud. solamente le queda corregirlos, o de lo contrario mostrar desconsideración hacia el destinatario. Si el destinatario es quien debe decidir...¿Ud. me comprende, verdad?

Debe utilizar la función Formato/Párrafo, no los *enter*, espaciador, tabulador, interlíneas, etc., propios de la era de la Olivetti o la Remington.

En el cuerpo principal van sus escritos personales y comunicaciones personales de la administración hacia Ud. Con todo, puede haber comunicaciones generales de las cuales Ud. copie lo que le corresponde, o comunicaciones directas y personales, a Ud., de la administración.

Todo lo demás va al anexo. Tanto el principal como el anexo serán más fácilmente manejables por el destinatario si están anillados.

4. *Reglamento de las actividades de aprendizaje*

Invocando nuevas normas de enseñanza, el profesor a cargo del curso le notifica el primer día del curso del reglamento que acaba de suscribir y que denomina “Resolución 19.3.9:”

Visto:

Lo dispuesto por la Ordenanza nº 1.391/86, arts. 5º, 6º, 7º, 8º, y concordantes; los cursos de esta cátedra de derecho administrativos, en que los exámenes parciales y final *son tomados sobre la base de la resolución de casos, conforme a la Ordenanza 16.041/85*, y en un todo de acuerdo a las normas del art. 7º y concordantes de la Ordenanza 1.391/86;

Y considerando:

4.1.² *De la explicitación de algunos objetivos del curso*

Que el art. 5º de la Ordenanza 1.391/86 establece que “En la primera clase el profesor a cargo del curso comunicará a los alumnos los objetivos propuestos y las condiciones de regularidad, la modalidad de trabajo y de las evaluaciones, así como las fechas en que éstas se tomarán;”

Que resulta entonces necesario en primer lugar explicitar algunos de los objetivos del curso, tales como procurar entrenar a los señores alumnos para que puedan:

1º) Percibir objetivamente los hechos; reconocer el carácter di-námico de todo caso; producir y valorar la prueba de los hechos; identificar el objeto de todo acto administrativo; identificar su causa fáctica, diferenciándola de su motivación; muy especialmente determinar su razonabilidad; todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento;

2º) percibir objetivamente los cambios producidos o en curso de producción, tanto nacional como internacionalmente, en la concepción y estructura político-económica de los países; determinar su incidencia real en la organización del Estado y sus funciones; identificar sus causas fácticas diferenciándolas de los motivos expresados; identificar los cambios que se están operando en el rol del Estado en la economía; comparar la experiencia nacional con la internacional; identificar los procesos de integración en curso en el mundo, en especial aquéllos en los que nuestro país es parte;

² Por supuesto, numerar así los considerandos es una mera licencia literaria, sin efectos jurídicos específicos.

3º) percibir al derecho como un todo, en el cual se inserta el Derecho Administrativo, cuyo estudio se enriquece en la visión interdisciplinaria del conjunto;

4º) habituarse a que el análisis de los casos (o situaciones problemáticas) hace necesaria la búsqueda de soluciones en las distintas ramas en que tradicionalmente por razones didácticas y expositivas se ha dividido la ciencia del derecho;

5º) buscar y encontrar la información teórica —normas, juris-prudencia, doctrina— que se refiere a los aspectos que cada caso contiene, y desde luego analizarla y aplicarla;

6º) reunir y coordinar toda la información metodológica y práctica que el curso tiene como presupuesto, para poder luego, llegar a aplicarla creativamente a cada nuevo caso que se les presente;

7º) encontrar las normas legales o reglamentarias aplicables a cada aspecto del caso, interpretarlas *razonablemente* según las circunstancias fácticas del caso, y aplicarlas a su solución;

8º) imaginar y sobre todo razonar una o más vías de solución o comportamiento, conducta procesal, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista;

9º) *diferenciar* cada caso de otro “semejante” o “análogo” que hayan creído haber hecho o visto previamente, y eviten tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos —una variante del mismo error metodológico;

10) reconocer, entonces que no hay casos “típicos,” que es el método lo que deben aprender, no los casos, y que en cada uno deben ejercitarse en la búsqueda de una solución nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de “causa,” que no sea entonces una mera adaptación o repetición de “soluciones” anteriores en casos semejantes en apariencia, pero que en verdad resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica;

11) identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, y la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la norma; como, finalmente, la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia que el caso presente.

4.2. De algunos de los problemas que presentan la resolución de casos

4.2.1. De la inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos

Que resulta igualmente conveniente advertir a los señores alumnos que constituyen una falsa quimera, el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria y verdadera y válida solución;

Que conviene igualmente recordarles que la moderna filosofía de la ciencia, a partir de KARL POPPER, se basa en supuestos diametralmente opuestos de aquellos que estamos aquí criticando, por lo cual puede resultarles útil y hasta indispensable la lectura de la parte pertinente de libros tales como VILLANOVA y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1985, EUDEBA, entre otros;

Que lo expuesto es sin perjuicio del necesario conocimiento que los alumnos deben tener de los modernos criterios relativos a la estructura abierta del lenguaje, zona de penumbra, clasificaciones, definiciones, etc.;

Que igualmente falaz es aun la pretensión de que la solución de un caso pueda sugerirse o darse por adelantado, cuando el objetivo es que sea el alumno quien aprenda a descubrir cómo se analizan los hechos, cómo se construye un razonamiento, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pros y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar;

Que los aspectos antedichos hacen a la creatividad e imaginación de cada individuo, y mal puede en este método docente alguno cegar tal inspiración creadora, dando de antemano supuestas e inexistentes “recetas” para la solución de problemas concretos;

Que a tal efecto puede ser pertinente recordar el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada;”

Que ello no excluye que algunas pautas al menos puedan indicarse, siempre que el alumno tenga en claro que ellas *no constituyen la fórmula de solución de los casos*, sino algunas advertencias de posibles errores comunes a ser evitados.

4.2.2. Del análisis de los hechos en el objeto del acto

Que, en tal sentido, cabe destacar en primer lugar la prioritaria y aguda necesidad de un análisis sumamente detallado, pausado, reflexivo, cuidadoso, crítico, imaginativo pero eminentemente realista de los hechos, como primera y fundamental tarea a ser realizada por los señores alumnos, para el éxito del análisis posterior;

Que dentro de ese minucioso análisis de los hechos queda comprendida desde luego *la cabal comprensión del problema en su totalidad, incluyéndose aquí en primer lugar la adecuada percepción de cuál es el problema central a resolver*, o cuáles son los problemas centrales en su caso;

Que la determinación de qué es lo importante y qué lo secundario en los hechos de cada caso es decisiva, pues determina cuál habrá de ser el empleo del tiempo de análisis dedicado a cada aspecto del problema;

Que resulta necesario advertir entonces que debe darse atención prioritaria al objeto de todo acto, y reflexionarse realista y empíricamente sobre el tipo de problema que ese objeto o contenido central del acto plantea en la práctica, en la realidad material, prescindiendo de meras reacciones emotivas no suficientemente razonadas. (Falacias *ad hominem*, *ad baculum*, *ad populum*, etc.)

Que, en tal sentido, cabe también recordar a SANTO TOMÁS cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puedo también ser parafraseado por los señores alumnos en su aplicación a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener;

Que, en tal sentido, debe igualmente cuidarse no prestar una atención desmesurada a la motivación de un acto, a punto tal que llegue a impedir la percepción del objeto mismo.

4.2.3. *Del análisis de los hechos exteriores al acto, o “causa” del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado*

Que, asimismo, resulta indispensable que en el análisis de los hechos se perciba no solamente el texto del propio acto ya sea individual o general, tratándose de un acto escrito, o las palabras y circunstancias en que se lo expresa si se trate de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos;

Que, en efecto, el análisis del objeto de todo acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el análisis de los hechos, expresados o no en el acto, de *la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona, o en la cual se inserta, o que lo enmarca y encuadra;*

Que una de las más difíciles tareas del estudiante y del abogado es precisamente la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones o invocación de argumentos;

Que debe también evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial en materia de derecho administrativo.

4.2.4. *De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso*

Que una vez desmenuzado el problema del modo expuesto y otros más que resulta imposible describir anticipadamente a cada caso, cabe recordar que los pasos metodológicos enunciados en el § 1.1. constituyen un ayuda-memoria intelectual

sobre cosas que deben al menos no olvidarse en el enfoque teórico del caso, pero que no todos tienen igual importancia en la asignación de tiempo que resulta objetivamente conveniente asignarles;

Que, en forma concordante con lo expuesto:

a) Sobre los hechos: Si se equivoca en ellos todo lo demás es inútil.

b) *luego* de haber adecuadamente resuelto lo atinente a la validez del acto, fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar:

c) Cuáles son las vías alternativas de comportamiento jurídico o material, incluso de acciones u omisiones;

d) y cuáles son los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas;

Dicho en otras palabras, qué razones en pro y en contra de cada una de ellas van llevando al estudioso del problema a preferir o no alguna o algunas de tales vías de acción, recurso, omisión, comportamiento material, etc.;

Que resulta igualmente importante, una vez elegido el tipo de comportamiento que se considera preferible, desarrollarlo a través de la redacción del documento Nro. que resulte pertinente (dictamen, informe, recurso, reclamo, denuncia, acción judicial, etc.) o de la explicación del comportamiento material u omisión que se recomienda;

Que, a los efectos de los exámenes parciales y final, debe recordarse la limitación temporal de una hora y media, derivada de las disponibilidades de aulas de la Facultad, lo cual obliga a cada alumno a programar adecuadamente su empleo del tiempo asignado;

Que dicha limitación temporal es a su vez una de las mejores demostraciones fácticas de la indispensable necesidad de realizar en tiempo y forma todos los trabajos programados, pues es sólo a través del continuo entrenamiento que se irá adquiriendo la progresiva destreza y mayor velocidad en la resolución de los problemas presentados.

5. De otros aspectos del procedimiento de trabajo en el curso

5.1. Del aprendizaje teórico, normativo y práctico a ser realizado individualmente por el alumno

Que por lo expuesto parece necesario destacar al alumnado que un curso de esta índole supone de su parte un enfoque diferente hacia el aprendizaje;

Que, en tal sentido, corresponde *al propio alumno la iniciativa para el estudio* de los temas teóricos que el análisis de los distintos casos requiere, conforme al segundo objetivo expuesto, comprendiéndose allí también las normas legales o reglamentarias aplicables (cuarto objetivo) y los aportes prácticos o metodológicos que existen dentro de la disciplina (tercer objetivo);

Que dicha ejercitación en la búsqueda de información, su análisis y estudio, puede por ejemplo orientarse liminarmente hacia todos los aspectos que corresponden a los principios teóricos y normas constitucionales, legales o reglamentarias a que se hace referencia expresa o implícita en la presente motivación, lo que deberá realizar conforme al procedimiento establecido en el presente reglamento y sus remisiones;

Que, asimismo, es parte de la obligación del alumno investigar *en cada tema de cada caso* cuáles son los posibles principios y problemas teóricos que el mismo supone o plantea; buscándolos en los libros y legislación correspondiente;

Que las dificultades que pueda presentarle algún tema concreto, *luego de haberlo estudiado, aplicado, resuelto, redactado y presentado conforme a las normas del presente curso*, puede sin duda preguntarlas a los profesores, pero teniendo presente que el objetivo; del curso no consiste en la repetición por el profesor de información teórica y práctica que obra en los libros de doctrina;

Que, del mismo modo, el rol de los profesores tampoco consiste en la indicación previa que sustituya el esfuerzo de aprendizaje del alumno de buscar y encontrar aquella información;

Que, entonces, dicha función ha de referirse a la efectiva discusión *informada* de aspectos que los alumnos *han encontrado y trabajado* en la forma indicada, pero no han podido entender en teoría o en su aplicación al caso;

Que para ello puede resultarles *indispensable previamente analizar, interiorizarse y ubicarse en los temarios y contenidos* tanto de los libros como de la legislación pertinente, a fin de poder luego identificar cuáles de tales contenidos son aquellos cuyo conocimiento o profundización requiere cada caso concreto.

5.2. De la obligatoriedad de la realización y entrega eficaz y oportuna de los trabajos

Que para la eficaz discusión, grupal o en clase activa, de la metodología de análisis y solución de los diversos casos encomendados, es obvio que resulta condición previa indispensable de su utilidad, que cada cursante haya realizado en forma individual y personal, en cada caso, todos y cada uno de los trabajos pertinentes, en forma oportuna y eficaz;

Que la Ordenanza 1.391/86 establece el requerimiento de trabajos como los aquí mencionados, conforme surge también del art. 4º inc. d) y demás normas concordantes de la resolución nº 16.041/85;

Que en cualquier caso deben advertir los señores alumnos que en un curso basado en la resolución de casos, *a)* su asistencia regular a clase, con más *b)* el cumplimiento eficaz, *c)* oportuno y *d)* personal de los trabajos de aprendizaje constituye un elemento *necesario* —aunque no suficiente— para desarrollar las aptitudes sobre las que versarán los exámenes parciales y final;

Que, entonces, dicha regular efectiva participación útil en el desarrollo del curso es condición necesaria pero no suficiente para su aprobación; es una etapa *indispensable* de su formación y aprendizaje en el método de resolución de casos sobre el que versarán los diversos exámenes, y será la entrega en cuenta en la evaluación;

Que a tal efecto los docentes podrán pasar lista, y exigirán la entrega personal de los trabajos en los primeros 15 minutos del horario de clase, a fin de asegurar la referida participación útil de quienes estén en condiciones de intervenir en las discusiones, y poder determinar qué grado de correlación existe entre la asistencia y trabajo en y para la clase y los resultados obtenidos en los exámenes parciales;

Que el carácter personal de las presentaciones e intervenciones es una derivación natural e inevitable del carácter intransferible de toda experiencia de aprendizaje, y en todo caso corresponde exigirlo a fin de prevenir posibles transgresiones al sistema de aprendizaje y a la evaluación individual de los cursantes.

5.3. De la presentación de los escritos y la efectiva participación útil en el proceso de aprendizaje

Que así como la inasistencia regular determina normalmente la imposibilidad de realizar un aprendizaje eficaz, de igual modo de nada servirá al cursante su asistencia a clase sin la realización individual y presentación escrita, eficaz y oportuna, de los casos y trabajos, pues no podrá en tal caso verificar sus eventuales errores o comparar sus procedimientos de análisis de los hechos, etc., en cada caso;

Que, por ellos, condición necesaria de su intervención útil en clase, sea en trabajos grupales o en la discusión colectiva, es aquella tarea individual previa a las clases en que esté previsto el análisis y discusión del respectivo caso;

Que dicha asistencia y realización oportuna y eficaz de los trabajos, contribuirá a asegurar el progresivo mejor resultado de tales trabajos de los cursantes, en la medida que vayan verificando los errores que pudieren haber cometido en cada caso;

Que por fin, para que se disipen erróneas percepciones sobre la índole del método de aprendizaje, conviene formalizar el principio de que sólo podrán participar de los debates y trabajos orales en clase, aquellos alumnos que hayan cumplido con la previa realización y presentación del trabajo o caso a discutir.

5.4. De la teoría de la impulsión de oficio del procedimiento y la práctica de la impulsión por el particular

Que sin perjuicio de la presentación escrita y discusión oral de los trabajos y casos, resultará asimismo indispensable su participación activa, requiriendo las correcciones o clarificaciones que fueren menester, de modo tal que pueda ir

avanzando en la determinación de sus eventuales errores en la percepción de los hechos o en la aplicación de la metodología;

Que ello no suple, por supuesto, la instancia formal de calificación en los exámenes parciales y finales.

5.5. *Del silencio de la administración. De la expresión de la voluntad administrativa por órgano competente*

Que no debe el alumno, ciudadano o administrado, dejarse estar pasivamente a la espera de aclaraciones o explicaciones respecto de los eventuales errores cometidos, ni menos aún considerar en caso de silencio que sus trabajos están correctamente realizados;

Que, en efecto, es un clásico principio de derecho administrativo que el silencio de la administración no puede considerarse aceptación de lo realizado, propuesto o solicitado, ya que el silencio es conducta inexpresiva de la administración;

Que, en cualquier caso, debe el alumno aprender a identificar conforme a las normas del curso cuáles son los órganos *competentes* para resolver respecto de las calificaciones en cada comisión, y no caer en conclusiones fáciles y equivocadas respecto de la supuesta “aprobación” de sus trabajos;

Que, según quedó dicho, la aprobación de los casos o trabajos de aprendizaje no implica aprobación del posterior examen pertinente.

5.6. *De la eficacia de las pruebas*

Que el hecho que el particular o administrado pueda aportar libremente cuantas pruebas documentales o escritos crea pertinentes, y producir privadamente la prueba que a su juicio sea adecuada, no implica en modo alguno que una mera cuestión de *cantidad* de actividad probatoria sea la más *eficaz* para la resolución favorable;

Que debe por ello prestar atención permanente no sólo a la *oportunidad* sino también a la *eficacia* de la actividad que realiza, en punto a los objetivos del curso y del alumno.

5.7. *Del sistema de calificaciones*

Que, igualmente, debe el alumno tener presente que el sistema de calificaciones de la cátedra consiste en que cada comisión es calificada por dos profesores de las otras comisiones y por el resto de la cátedra, con lo cual es ésta en conjunto la que en definitiva, imparte las calificaciones correspondientes;

Que la realización escrita, oportuna y eficaz, de los trabajos conforme queda indicado en el capítulo anterior, brindará a los profesores elementos de juicio adicionales para resolver en los diferentes exámenes, y constituye también un mecanismo de evaluación docente respecto del modo en que el curso, se desarrolla;

Que debe igualmente el alumno tener presente que en las evaluaciones se tendrá en cuenta todo su desempeño en el curso *según las pruebas documentales que él haya preconstituido* durante la formación e impulsión personal de su expediente del curso;

Que ello es particularmente cierto del tercero y último examen parcial, que consistirá en un alegato a ser realizado por el alumno demostrando, conforme a las constancias del expediente, el cumplimiento eficaz y oportuno que hubiere hecho de los objetivos y normas del curso;

Que ello no importa un cumplimiento meramente cuantitativo de lo establecido en este reglamento, sino sobre todo cualitativo, en lo que se refiere a la metodología para la resolución de casos concretos;

Que, por lo tanto, debe recordar que el último parcial se resuelve con la aplicación razonada del material que le han de brindar sus propias experiencias, efectivamente realizadas y adecuadamente, documentadas en el expediente.

5.8. Del expediente individual de cada cursante

Que dicha apreciación individual de sus trabajos escritos es por lo demás concordante con el sistema individual de rendir los exámenes parciales y final, conforme se encuentra establecido en los arts. 9º, 10 y 11 de la referida resolución 16.041/85 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires;

Que las discusiones y trabajos grupales o colectivos a ser realizados en clase o fuera de ella, en consecuencia, si bien tienden a mejorar el nivel crítico de los alumnos y facilitar la discusión de sus trabajos, en modo alguno implican expresa o tácitamente disminuir o menos aún derogar el carácter individual y personal de los trabajos de aprendizaje referidos, y de las consecuentes evaluaciones conforme al art. 11 de la misma resolución 16.041/85.

5.9. De la programación de las actividades a realizar por los señores alumnos

Que dado que múltiples imponderables pueden afectar la realización de las clases, o la regular asistencia y participación de los alumnos, o la composición del listado de alumnos de cada comisión de la cátedra, se torna conveniente aclarar que tales circunstancias no serán consideradas como justificativas del atraso de los señores alumnos en el cumplimiento de sus propias tareas de aprendizaje, o del no cumplimiento eficaz y oportuno de alguna o algunas de éstas;

Que a tales efectos es útil programar y comunicar expresamente las actividades de aprendizaje a ser ejecutadas por los señores alumnos, puntualizando entonces a todo evento que, tratándose de actividades de aprendizaje a ser llevadas a cabo personalmente y por su cuenta por los señores cursantes, su realización es necesaria con prescindencia de que alguna o algunas de tales clases no puedan dictarse por motivos imprevistos.

5.10. *De la realización de clases recuperatorias*

Que para el supuesto que el tiempo de clase no resulte suficiente para analizar los casos que los señores alumnos vayan realizando, o resten dudas de carácter teórico o práctico que no puedan ser aclaradas en el horario establecido, los profesores organizarán a pedido de los alumnos clases especiales con aquellos que manifiesten necesitarlo;

Que a tales efectos se considerará condición necesaria que los requirentes se encuentren al día en la realización de sus trabajos, con sus respectivos expedientes completos hasta la fecha en que requieren las clases especiales;

Que, como es obvio, tratándose de clases especiales en horarios especiales, no será materialmente posible satisfacer las aspiraciones horarias de los señores alumnos, debiéndose necesariamente optar por aquellas horas en que la Facultad pueda disponer de aulas para actividades no programadas anticipadamente.

Por ello,

*El profesor titular de la cátedra
de derecho administrativo*

Resuelve:

Artículo 1º. *De la reglamentación interna del curso.* Téngase por reglamento de los cursos a cargo de esta cátedra, con las modificaciones que resultan de la presente resolución y sus motivaciones y sustento fácticos, el individualizado bajo el n° 19.3.8.

Art. 2º. *Del expediente y su Correspondencia n° 1º.* En su primera presentación para formar el expediente a que se refiere el art. 1º del referido reglamento, los señores alumnos incorporarán al Cde. n° 1 copia de éste, de la ordenanza 16.041/85, y de la presente resolución.

Art. 3º. Los interesados procederán en forma personal a caratular el expediente principal y su Cde. conforme a lo establecido en el art. 1º del reglamento 19.3.8, y agregarán sus escritos y presentaciones o documentación de la siguiente manera:

a) En el Cde. n° 1 de documentación anexa, toda pieza documental que no sea un propio trabajo realizado por los alumnos (por ejemplo, copias de boletines oficiales, expedientes, reglamentos o actos administrativos excepto que hayan sido preparados por ellos como trabajo personal, etc.);

b) En el expediente principal, todos los trabajos de resolución de casos, correcciones de trabajos anteriores, nuevas versiones, etc., y también los exámenes correspondientes.

c) En los dos casos, todos los escritos y la documentación anexa que presentaren en lo sucesivo ante la cátedra serán incorporados por orden de presentación, fechado y foliado. Todo escrito que se refiera a documentación o presentaciones

anteriores, la citará por su foliatura y número de expediente o corresponde, sin excepción alguna.

Art. 4º. A fin de que le sea puesto el cargo a *sus* presentaciones, deberán entregarla personalmente en los primeros 15 minutos de cada clase. Sólo podrán participar en las discusiones correspondientes aquellos que hubieren previamente presentado el trabajo en análisis.

Art. 5º. A fin *de* rendir y en su caso aprobar los exámenes parciales y *final* de la materia, los señores alumnos deberán haber presentado el 100 % de los trabajos requeridos, de los cuales *por lo* menos el 75 % deben haber sido entregados en forma personal en las fechas establecidas al efecto, a fin de *posibilitar* su indispensable participación útil en las discusiones de aprendizaje. Esta oportuna entrega de los escritos y participación en los trabajos *es* condición necesaria, *pero no* suficiente, de aprobación de los exámenes, parciales y final.

Art. 6º. *De las observaciones y conclusiones metodológicas.* Sin perjuicio de lo establecido en los arts. 2º y 6º, los señores alumnos:

a) *Procederán a individualizar y reunir* todos los elementos e indicaciones de carácter práctico de la materia;

b) Analizar sus correlaciones, y formular las observaciones y conclusiones metodológicas que estimen más adecuadas para sí mismos, para la resolución de casos de derecho administrativo. Este trabajo deberá ser presentado en la clase anterior al primer parcial, y los presentantes deberán corregirlo, complementarlo o actualizarlo, según corresponda, hasta la clase inmediatamente anterior al alegato final.

Art. 7º. *De los trabajos complementarios.*

a) *Del mejoramiento de los trabajos.* Los señores alumnos que deseen mejorar su nivel de aprendizaje en este curso, podrán proceder a realizar y entregar conforme a tales disposiciones, versiones corregidas y mejoradas de trabajos anteriores.

b) *De otros trabajos complementarios.* Del mismo modo podrán proceder con otros casos y trabajos prácticos sugeridos por la cátedra pero que no hayan sido expresamente ordenados en las comisiones como trabajos de aprendizaje.

Art. 8º. *De los alumnos que deseen mantener promedio.* Los alumnos que deseen aspirar a obtener una nota determinada, por ejemplo para mantener un promedio mínimo, podrán explicitarlo en su primera presentación, indicando la nota mínima a que aspiran.

Posteriormente procederán como queda indicado en el art. 8º. Sin perjuicio de ello, podrá también optar a una calificación superior a la obtenida durante el curso, en la oportunidad prevista en el art. 8º de la Resolución n° 1.391/86.

Art. 9º. De los exámenes. Los exámenes del presente curso serán rendidos por los señores alumnos como parte integrante del expediente principal. A tal fin, en esa ocasión deberán entregar el expediente con su examen incorporado y foliado.

Art. 10. De forma.

Fdo.:.....

Profesor Titular de Derecho
Administrativo

Resolución 19.3.9

6. Casos de acto administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El curso de derecho administrativo a cargo del suscripto; y

Considerando:

Que la identificación en la realidad de las circunstancias a las cuales corresponden las nociones y conceptos teóricos aprendidos representa una faz indispensable del aprendizaje;

Que, en tal sentido, es necesario que el alumno que estudia los caracteres y elementos del acto administrativo sepa reconocerlos en un caso concreto;

Que, por ello, el educando debe aprender a indicar, comenzando con el presente acto, cuál es la parte dispositiva o resolutive, y cuáles los considerandos;

Que, igualmente, el participante debe reconocer la motivación del acto y distinguirla de sus motivos;

Que debe también indicar correctamente el objeto del acto y su forma;

Que puede este ejemplo ser también adecuado para analizar otros aspectos atinentes a la validez del acto administrativo.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Art. 1º. Los señores alumnos indicarán en el presente acto los distintos aspectos que se señalan en los considerandos.

Art 2º. Los señores alumnos analizarán también la validez del acto y resolverán la conducta procesal a adoptar.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El curso de derecho administrativo que se desarrolla actualmente; y

Considerando:

Que puede ser oportuno reiterar algunas de las tareas prácticas utilizadas en la cátedra del suscripto en años anteriores;

Que muchas de esas tareas fueron concebidas a través de la participación de diversos docentes de la cátedra a los cuales extendemos nuestro reconocimiento;

Que el suscripto estima preferible introducirlas en este caso como actos concretos, de los cuales los señores alumnos deberán analizar no sólo el contenido dispositivo específico sino también los demás problemas prácticos que todo acto administrativo presenta;

Que conviene recordar, para merituar estos casos, que no se trata simplemente de ejemplos de enseñanza, sino que son actos administrativos stricto sensu destinados a producir efectos jurídicos directos;

Que, por lo demás, son en un todo aplicables las normas del decreto-ley 19.549/72 y el reglamento de cursos.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Art. 1º. Ténganse por actos administrativos emanados del profesor del presente curso, los actos que a continuación se reproducen.

Art. 2º. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente curso de derecho administrativo; y

Considerando:

Que por razones de economía procesal conviene reunir en un sólo acto algunos de los casos y trabajos que los alumnos deberán realizar en el curso de las próximas clases;

Que, en tal sentido, puede unirse provechosamente el principio de la programación de la enseñanza con el de la teoría y práctica de los actos administrativos lato sensu y stricto sensu;

Que, a ese efecto, puede indicarse cuáles serán los siguientes trabajos que deberán realizar los señores alumnos en las próximas clases, contando un trabajo por clase a partir de la primera subsiguiente a la presente;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Los señores alumnos presentarán en cada una de las clases siguientes a la presente, adecuándose a las normas que fija la reglamentación del presente curso,

Art. 2°. Busque copias de actos, reglamentos —distintos tipos—, informes, dictámenes, resoluciones, y actos no productores de efectos jurídicos directos, extraídos de expedientes administrativos o del Boletín Oficial; analice el material encontrado y proceda a identificarlo y clasificarlo.

Art. 3°. Distinga en qué casos el silencio es un hecho administrativo y en qué casos es un acto administrativo, de acuerdo al artículo 10 del decreto-ley 19.549/72.

Art. 4°. Identifique en el decreto-ley 19.549/72 y su reglamentación los artículos que se refieren a actos administrativos, reglamentos, contratos administrativos, dictámenes, hechos administrativos, y clasifíquelos.

Art. 5°. Identifique qué diferencia en cuanto a sus efectos jurídicos tienen el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso Mouviel (t. I, cap. V, p. 61 y ss.) y el fallo de la Corte Suprema en el mismo caso. (p. 72 y ss.) Compare la situación con un dictamen letrado en sede administrativa y el acto administrativo dictado en base al mismo.

Art. 6°. Distinga, en los casos que a continuación se indican, si se trata de actos, reglamentos, contratos administrativos, informes, dictámenes, actos interlocutorios, etcétera, y analice asimismo su validez:

- a) El caso del manifestante;
- b) el caso del oyente fuera de lista;
- c) el caso del abonado de ENTEL.

Art. 7°. De forma.

Buenos Aires,

Visto:

La enseñanza teórico-práctica que se imparte en el presente curso; y

Considerando:

Que es oportuno realizar un repaso del tema de facultades regladas y discrecionales expuesto en el t. I. cap. VIII;

Que puede al mismo tiempo vincularse el tema de repaso con el tema de acto administrativo actualmente a estudio;

Que como otro modo de encarar el proceso de enseñanza-aprendizaje, la resolución de los siguientes problemas puede hacerse por pequeños grupos de discusión o debate;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Art. 1º. Los alumnos realizarán en grupos de entre cuatro (4) y siete (7) alumnos las siguientes tareas:

a) Relacione las circunstancias de hecho exteriores a un acto administrativo con su objeto. Identifique cómo se plantea esa relación en el caso de las facultades regladas y discrecionales.

b) Clasifique los distintos elementos o requisitos del acto administrativo que son objeto de regulación directa dentro del decreto-ley 19.549/72.

c) Compare el concepto de “acto discrecional” con el concepto de facultades discrecionales.

d) Formule un ejemplo de acto totalmente reglado y un ejemplo de acto totalmente discrecional. Señale si puede identificar un caso de esa índole en la experiencia cotidiana.

e) Identifique los problemas semánticos que presenta la expresión “acto discrecional.”

Art. 2º. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente curso de derecho administrativo; y

Considerando:

Que como continuación de los trabajos ordenados anteriormente es oportuno ejercitar ahora tanto los principios de facultad reglada y discrecional, y sus límites, estudiados al comienzo del curso, como el tema de los vicios del acto administrativo de que trata esta parte de la asignatura;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1º. Los señores alumnos presentarán con estricto cumplimiento de las normas administrativas vigentes según ya ha sido dispuesto, escritos resolviendo los siguientes trabajos:

- a) Identifique la raíz constitucional del principio de la razonabilidad.
- b) Identifique la consagración legal del mismo principio.
- c) Identifique en qué parte del acto administrativo se presenta eventualmente el vicio de falta de motivación.
- d) Identifique dónde se encuentra eventualmente el vicio de falta de causa.
- e) Compare y distinga la falta de causa y la falta de motivación como vicios del acto administrativo.
- f) Ejemplifique el principio de la proporcionalidad. Identifique en qué norma del decreto-ley 19.549/72 se encuentra contemplado. Distinga si se trata en el caso de facultad reglada o de límite a la discrecionalidad.
- g) Dé un ejemplo de motivación adecuada.
- h) Identifique si es motivación adecuada, de acuerdo al decreto-ley 19.549/72 la que den distintos ejemplos de actos tomados del Boletín Oficial.
- i) Compare y diferencie la desviación de poder con el principio de la razonabilidad.

Art. 2º. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El curso de derecho administrativo a cargo del suscripto; y

Considerando:

Que es conducente a la mejor formación del alumnado plantearle problemas o casos concretos, cuya forma de resolución se acerque lo más posible a los problemas metodológicos con los cuales deberá enfrentarse el futuro profesional en la práctica;

Que, a este efecto, el educando tiene a su alcance elementos metodológicos sugeridos para iniciarse en el enfoque de este tipo de problemas.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Ordénase al alumno (llenar el nombre del destinatario) impugnar este acto.

Art. 2°. Notifíquese.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente curso de derecho administrativo; y

Considerando:

Que es necesario desarrollar el espíritu crítico del futuro profesional;

Que en la práctica profesional ello supone su aptitud para reconocer e identificar los eventuales vicios de los actos administrativos sobre cuya validez pueda requerírsele opinión;

Que, asimismo, su consejo profesional ha de versar también sobre la conducta que en la especie recomienda adoptar;

Que la aptitud de criticar debe igualmente ir acompañada de la aptitud de crear;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. El alumno seleccionará del Boletín Oficial del día de la fecha el primer acto administrativo que aparezca publicado y verificará si el mismo a su juicio cumple con todos los requisitos de validez del decreto-ley 19.549/72.

Art. 2°. Una vez realizada la tarea indicada precedentemente, y discutidas sus conclusiones en clase, el alumno recomendará la conducta concreta que a su juicio corresponde adoptar, en su caso.

Art. 3°. En la clase siguiente el alumno presentará por escrito un ejemplo de acto administrativo, redactado por él, que sea en un todo ajustado a las prescripciones del decreto-ley 19.549/72.

Art. 4°. Los demás alumnos aconsejarán en el caso planteado por el alumno a que hace referencia el artículo anterior, la conducta que estimen adecuado seguir.

Art. 5°. De forma.

Fdo.
Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente examen que corresponde tomar de derecho administrativo; y

Considerando:

Que si bien el alumno Fulano de Tal no ha sido interrogado durante el curso, ni ha rendido exámenes parciales, su asistencia y puntualidad son sin embargo perfectas;

Que, asimismo, ha demostrado siempre mantener perfecta atención a todo lo desarrollado por el suscripto en clase;

Que su actitud ha sido siempre correcta, atenta y colaboradora en todo momento;

Que lo expuesto evidencia a juicio del suscripto méritos suficientes para ser promovido en la disciplina;

Por ello,

*El profesor de derecho administrativo
Resuelve:*

Artículo 1°. Aprobar la asignatura Derecho Administrativo al alumno Fulano de Tal con seis puntos (6), bueno, eximiéndole de rendir examen de ella.

Art. 2°. Notifíquese.

Fdo.....
Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente examen que corresponde tomar de derecho administrativo; y

Considerando:

Que el alumno Mengano ha realizado todos los trabajos prácticos de la asignatura, a satisfacción del suscripto;

Que ha participado en los trabajos grupales con empeño y responsabilidad;
Que ha resuelto correctamente los problemas prácticos que le fueran planteados, habiendo preparado los escritos y recursos pertinentes, los que obran en su expediente del curso;

Que, en tales condiciones, se torna superfluo examinarle sobre temas teóricos para realizar la promoción final del curso, máxime cuando el alumno ha demostrado poder resolver adecuadamente los problemas concretos que le fueran sometidos;

Que conviene aclarar al destinatario de la norma a emitirse que con este acto queda terminado el curso de derecho administrativo en forma definitiva en lo que a él respecta.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Apruébase la asignatura derecho administrativo al Sr. Mengano y ordénasele consentir el presente acto.

Art. 2°. La presente resolución es firme y definitiva, no siendo impugnabile en sede administrativa ni judicial.

Art. 3°. Aclárase que la presente resolución aprobando el curso de derecho administrativo al alumno Mengano goza de estabilidad conforme a la legislación vigente, no siendo por lo tanto revocable en sede administrativa.

Art. 4°. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente examen de derecho administrativo rendido por el alumno Sr. Zutano; y

Considerando:

Que recientes tendencias preconizan a nivel superior la autocalificación de los alumnos;

Que los supuestos para la aplicación de dicho método, tal como son indicados por la doctrina, se dan ampliamente en el presente caso;

Que el suscripto tiene conferidas por la ley universitaria las facultades necesarias para conducir el proceso pedagógico en su curso;

Que el ámbito pedagógico y académico es necesariamente discrecional en tanto no se lesionen pautas de razonabilidad elementales;

Que es necesario propender al desarrollo de la actitud crítica y de la autodisciplina y responsabilidad de los educandos;

Que ello no empecé a la autoridad del suscripto, salvaguardada por el orden jurídico;

Que existen otras consideraciones que es superfluo aquí destacar a mayor abundamiento, pues han sido suficientemente expuestas a lo largo del curso que culmina con el presente examen rendido;

Por ello,

*El profesor de derecho administrativo
resuelve:*

Artículo 1º. El alumno Sr. Zutano procederá en el plazo de una hora a autocalificar su examen por escrito, en forma fundada, en nota que comunicará fehacientemente a la cátedra.

Art. 2º. Una vez recibida del Sr. Zutano su autocalificación, la cátedra procederá a labrar el acta pertinente, pasando dicha autocalificación como nota de la cátedra para el Sr. Zutano en esta asignatura.

Art. 3º. De forma.

Fdo.

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Viso:

El examen final que se ha tomado de derecho administrativo; y

Considerando:

Que si bien el alumno Zutano de Cual ha recordado acertadamente todos los principios teóricos de la disciplina, no ha podido sin embargo resolver adecuadamente ninguno de los problemas y casos que le fueron presentados;

Que el adecuado conocimiento de la teoría es sin duda un prerrequisito de la solución de los casos concretos;

Que dicho conocimiento, con todo de ser necesario e insustituible, es sin embargo párese insuficiente; dicho en otras palabras, es condición necesaria pero no suficiente de la aprobación de la disciplina;

Que en el ejercicio de su profesión el futuro abogado no será seguramente interrogado por sus clientes, ni el Juez por las partes, ni el administrador por el administrado, acerca de cuáles son los principios que la doctrina expone en determinado tema;

Que, al contrario, en todas las formas posibles en que el ejercicio de la profesión se presenta, requiere siempre no sólo conocimientos teóricos sino también y principalmente la aptitud de saber aplicarlos a la práctica para la resolución de problemas reales;

Que si bien el suscripto tiene el más alto respeto del esfuerzo y la dedicación del alumno Zutano de Cual por el conocimiento teórico que el mismo demuestra, entiende sin embargo que su función como docente es verificar principalmente aptitudes tales como las que el ejercicio de la profesión de abogado, administrador o Juez habrá de exigir al profesional;

Que en tal sentido, la aprobación de la presente disciplina implica para el docente una parte proporcional de responsabilidad por la forma en que el futuro profesional estará capacitado para ejercer su profesión;

Que ante tales responsabilidades frente a la comunidad son irrelevantes los argumentos atinentes al meritorio esfuerzo y dedicación del Sr. Zutano de Cual;

Por ello,

*El profesor de derecho administrativo
resuelve:*

Art. 1°. Calificar con tres (3), insuficiente, el examen final rendido por el alumno Zutano de Cual.

Art. 2°. De forma.

Fdo.

.....
Profesor de Derecho
Administrativo

II. Actividades de postgrado

7. Guía para una nota a fallo

1°) El título debe tener gancho o “punch” y adelantar una síntesis del problema central que tenga novedad y atraiga el interés del lector.

2°) Los primeros cinco renglones: El comienzo debe ir directamente al grano, sin circunloquios ni vueltas inútiles. Es la carta de presentación del autor, si se presenta mal pierde la oportunidad de causar una primera buena impresión; no hay una segunda oportunidad de causarla y esto no es lo más grave... lo peor es perder al lector en los primeros cinco renglones: No generarle interés y que abandone la lectura en busca de otra que le interese. Cada vez que da un detalle inútil o repetitivo en el texto cansa al lector y lo tienta con abandonar la lectura. La información de doctrina debe ir al pie de página, nunca en el texto.

3°) No debe “contarse” el fallo que se comenta, como si el lector fuera a leer la nota y no el fallo, lo que es absurdo. En la duda el lector lee el fallo y no la nota, no despreciemos su capacidad. Psicológicamente es despreciar al lector, suponerle incapaz de leer el fallo por sí mismo. La nota es un complemento del fallo, no su reproducción, ni siquiera parcial ni menos resumida. Deben ser concisos y prácticos y evitar todo comentario remanido.

4º) Las citas deben estar correctas. No hay peor señal que una cita mal hecha, en la cual no se ponen correctamente los datos de edición. Citar *La administración paralela* dando como lugar de edición Buenos Aires, por ejemplo, es patético; lo mismo citar ediciones viejas teniendo acceso a las nuevas.

5º) Para abreviar la referencia a la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo: CNFed. CA

6º) Para destacar una palabra no usar comillas, sino cursiva. Ej: *método*. La comillas se usan para reproducir citas textuales o para dar un giro interrogativo a lo entrecomillado, nunca como énfasis.

7º) Cómo citar los libros del Seminario “El derecho administrativo de la emergencia” o un artículo de esos libros o cualquier artículo que se encuentre en una obra colectiva que posea un coordinador

GUGLIELMINO, OSVALDO, “La Justicia Federal en la emergencia”, en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2002, pp. 23-30; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La Sindicatura General de la Nación y la emergencia social,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 15-27; CITARA, RUBÉN, “La emergencia del Estado y sus circunstancias,” en ALANIS, SEBASTIÁN A. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 15-34; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia y medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 235-50.

8º) Cita de una obra en general

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., p. 386.

9º) Tener en cuenta que no va “ed.” sino directamente el nombre de la editorial, ej.: La Ley, Astrea.

10º) Cómo citar páginas

un conjunto de páginas: pp. 25-28.

una página: p. 25.

una página y las siguientes: p. 25 y ss.

páginas no seguidas: pp. 10 y 12.

11º) Cómo citar una obra la primera vez en un trabajo:

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., cap. VI, § 1, pp.VI-1-12.

12º) Cómo citar la misma obra la segunda y siguientes veces, si hay otras citas del mismo autor:

GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 2, pp.VI-13-18.

13º) Como citar la misma obra cuando no hay otra cita de otra obra del mismo autor:

GORDILLO, *op. cit.*, cap. VI, § 12, pp. VI-35-6

14º) Cómo citar otro tomo de la misma obra, que no fue citado antes en el trabajo:

Se hace como si fuera la primera vez que se lo cita, porque es otro libro que tiene datos de publicación propios.

15º) Cuando se quiere citar algo con varios autores: AA.VV.

16º) Ejemplos de cita de un artículo de doctrina:

TORICELLI, MAXIMILIANO, “La delegación de facultades legislativas. Sus escasos límites y su forma de burlarlos,” *JA*, 2002-I, 1186.

GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-E, 1050.

GORDILLO, AGUSTÍN, “Los reglamentos de necesidad y urgencia en la Constitución de 1994,” *RAP*, 213: 137.

17º) Ejemplos de cita de un fallo anotado:

CNFed. CA, Sala II, 13-IV-1999, *Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Tasa por Decreto,” *LL*, 1999-C, 509.

18º) Cómo citar un fallo de Corte:

CSJN, *Kupchik*, 1998, *Fallos*, 321: 366.

19º) Cómo citar un fallo de Cámara:

CNFed. CA, Sala V, 1-III-99, *Instituto Autárquico Provincial Seguro de Entre Ríos v. Estado Nacional*, *JA*, 1999-III, 340.

CNFed. CA, Sala II, 13-IV-1999, *Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, *LL*, 1999-C, 509.

20º) Cómo citar un dictamen de la Procuración del Tesoro:

PTN, *Dictámenes*, 199: 427.

21. Cómo citar un artículo del diario:

PALOMAR, JORGE, “Ciudadanos en acción,” *La Nación*, 31-III-03, p. 12.

22º) Cómo citar un e-book

GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, versión como *e-book* que puede ser consultado gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar

23º) Uso de Altavista u otro buscador de Internet:

La utilización correcta del Altavista u otro permite evitar errores, *p. ej.*: No citar como novedad u originalidad algo que ya está dicho en doctrina o jurisprudencia; no tratar un tema desconociendo las aristas que implica, su contexto en el tiempo y en el espacio: Por ejemplo publicar un trabajo preconizando la responsabilidad del Estado por actividad judicial lícita y no hacer mención alguna al contexto de decreciente responsabilidad interna del Estado en la Argentina, el *default*, etc. y por ende el peso de tales razones no dichas de una sentencia (ver cap. V de *Introducción al derecho*) que hacen muy poco realista la proposición: El autor debe al menos saberlo y mostrar que lo sabe.

Ver el índice de los 4 ts. del Tratado es indispensable para no perder de vista los temas o puntos conexos. Pero no es suficiente: El buscador de internet es también indispensable complemento de la búsqueda. Si busca en todo internet, encontrará demasiada información inútil y no la que busca. Por ello es preferible buscar en un solo sitio donde presumiblemente debe estar la información. Si no la encuentra con un buscador en el sitio ni la ve en los índices de los cuatro tomos, puede presumir razonablemente que no está. Pero que esté y mostrar desconocimiento es el tipo de error de derecho que resulta inexcusable, como se explica en NIETO/GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83: “Al enseñar problemas no explico, pues, el Derecho aplicable, pero el alumno que demuestra desconocerlo desaprueba el curso.” Aquí es peor, el autor desaprueba como tal frente al lector, si demuestra desconocimiento al decir algo contrario a lo ya publicado sin hacerse cargo de que está refutando o debatiendo algo, a menos que exista alguna razón para no citar al autor con el cual se discrepa.

Para realizar una búsqueda solo en un sitio y no en toda la Internet, es necesario instalar una barra de búsqueda, la cual es gratuita en varios buscadores. (Google, Altavista, etc.)³

Luego solo hay que ubicarse en la página donde uno desea buscar algún dato y hacer *clic* en la opción *este sitio* o *sitio actual*, según la barra. Luego usted podrá ingresar la palabra o frase a buscar y automáticamente, como en cualquier buscador, encontrará una lista de los lugares en donde hallará la palabra o frase deseada.

24º) Realizar la cita justa:

Significa que no se debe citar todo lo que se leyó sobre el tema, menos aún lo que no se leyó. Sólo interesa la cita que es *útil* al lector, por eso es que no tenemos que citar de más o citar por citar, de lo contrario el fin de la remisión pierde absoluto sentido.

25º) La divulgación del trabajo.

³En el caso de Google se encuentra en: <http://toolbar.google.com/intl/es/>, Altavista: <http://www.altavista.com/toolbar/default>

No hay que pensar que todo el mundo lee automáticamente lo que publicamos. Debemos tratar de difundirlo, por ejemplo mandándolo por Internet o en fotocopia a nuestros conocidos. Tampoco deben desaprovecharse otras posibilidades de difusión que existan, por ejemplo la ofrecida por mí: Cuando Ud. publique algo, le sugiero y le pido que busque en qué parte del Tratado puede hacerse una cita remitiendo a su trabajo, prepararla y proponérmela por e-mail. No aseguro que la incluiré, pero al menos la consideraré. Si la incluyo logra dos objetivos: Difusión para su trabajo y la inclusión de su nombre en el prólogo de la futura edición del tomo respectivo.

Qué hacer si enviamos nuestra nota, propuesta de cita o sugerencia para la corrección o aporte al tratado y no tuvimos respuesta del estudio.

Debemos simplemente llamar para saber del destino de la nota, la cita o la sugerencia, el llamado no está demás, a nadie molesta y nos ayuda a todos, pues hace que justamente no haya pasado inadvertido el mail enviado, lo que eventualmente puede ocurrir debido a un involuntario error o hasta problemas con el servidor.

Salió publicada nuestra nota a fallo y vemos que hubo cambios, es decir, que no salió tal cuál como fue enviada al estudio. Si el cambio sólo hace a *cuestiones de forma*, debe saber que las editoriales aplican su propia guía para citas. Si los cambios son *errores de tipeo, tipografía, omisiones* en el texto o en las referencias, etc., se debe a un error en el proceso de composición que realiza la revista jurídica. Debe llamar lo antes posible al estudio y hacer saber la situación, para que cuando la nota pase al tomo pueda lograr que el error se haya subsanado y la nota salga publicada allí en la forma correcta.

8. Guía de lecturas y problemas para “El método” y “Habilidades”

8.1. Introducción

En los cursos que dicto en la Especialización en Derecho Administrativo del postgrado de la Facultad de Derecho de la UBA sobre “El método en derecho” y “Habilidades profesionales,” entrego una bibliografía mínima que obviamente excede la capacidad de lectura en un curso. De todas maneras es de verdad mínima, entre ambos cursos. Es lectura para pensar y reflexionar, para guardar en la mente sus contenidos temáticos y buscar el material cuando tenga que escribir algo en derecho que pueda tener relaciones con alguno de ellos, pero de ninguna manera es para recordar como para rendir examen, inmediatamente olvidable, sobre la repetición de parte alguna de sus contenidos o argumentos. Es un listado que pienso es extensible a todo abogado que haya omitido alguna parte de lectura de él. Parte del trabajo de los cursantes es seleccionar qué lecturas harán, qué interrelaciones encontrarán, etc., entre los materiales que elijan. Para ello es útil buscar conexiones y anotarlas al margen con pequeñas

referencias cruzadas. También es aconsejable utilizar varios colores resaltando y clasificando lo importante para luego tenerlo bien individualizado. A veces basta con subrayar una palabra, destacarla con marcador o anotarla al margen para luego recordar el sentido del párrafo en el cual se halla sumergida. El objetivo es siempre reflexionar acerca de qué piensa uno en relación con lo que se está leyendo.

En los trabajos que el cursante debe realizar desde la primera semana del curso, debe ir adelantando lo más posible en la lectura y relación con otros materiales de ciertos temas. No se trata de hacer resúmenes ni reproducción de partes de texto, sino de demostrar su razonamiento luego de la lectura.⁴ Queda en el cursante determinar qué y cómo lee primero, y cómo lo incorpora al expediente, explicando en cada caso la secuencia adoptada. Es aconsejable también utilizar lectura heterogénea⁵ y es indispensable leer en función del interés. La concentración y el interés son dos caras de una misma moneda.

8.2. Bibliografía

Deliberadamente haré lo que considero una bibliografía absolutamente mínima y complementaria para su reflexión cuidadosa, que sin embargo supera con holgura el tiempo disponible para un curso cuatrimestral, así se dedicara el alumno a tiempo completo. Ello implica que el lector debe comenzar a seleccionar, dentro del universo de referencias mínimas que aquí y más adelante se le ofrecen, cuáles serán aquéllas sobre las que hará sus primeros trabajos en este cuatrimestre. Ello, para que tome conciencia que nunca la lectura debe ser producto del azar, sino de la decisión consciente.

Es demasiado valioso nuestro tiempo como para perderlo al azar. Es un recurso auténticamente no renovable: Cada minuto que perdemos en la vida es un minuto perdido de esa misma vida. Si son horas, meses, años, décadas, el problema se incrementa. Trate pues de tomar decisiones racionales, muy bien pensadas, antes de comenzar a estudiar detalladamente algo.

También puede hojear algo para ver si le interesa, desde luego, y sobre la base de una mirada superficial a la mayor cantidad de materiales posible, resolver sobre cuáles se detendrá la mirada con atención, cuáles serán material para nuestra reflexión.

8.2.1. “Núcleo duro.”

8.2.1.1. *El Método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001; 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2011.

⁴Dado el carácter determinadamente genérico, quizás vago y ambiguo de esta indicación, quizás pueda resultar útil al lector mostrarles, en los caps. XX y ss, algunos ejemplos de ex cursantes que han resuelto, de manera hartamente diversa pero siempre “sobresaliente,” tales parámetros.

⁵Ampliar *supra*, cap. VIII, “Formas de estimular la creatividad,” esp. § 5.3, “Orden vs. desorden.”

8.2.1.2. *Introducción al derecho*, versión como *e-book* que puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar; para su versión en inglés *An Introduction to Law* y como versión francesa *Une introduction au droit*, ambas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003. Es indispensable la lectura del cap. V, “Cómo leer una sentencia.”

8.2.1.3. *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; *L'Amministrazione parallela. Il “parasistema” giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, con introducción de FELICIANO BENVENUTI.

8.2.1.4. NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

8.2.2. Bibliografía mínima

BERISSO, MARÍA, *Protocolo y Ceremonial, Oficial, Empresario y Social. Teoría y Practica*, Buenos Aires, Espasa, 2001, 3ª ed.

CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 3ª parte.

Sobre los límites del lenguaje normativo, Buenos Aires, Astrea, 1973.

“Funciones de las Facultades de Derecho en la República Argentina,” *Discrepancias*, FACA, 1: 7, 1983; reproducido en RPA 2006-3, p. 7 y ss.

Cómo fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, reimpresión.

Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, 2ª ed.

CUETO RUA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del Derecho. Los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Editorial Argentina, 1999.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El Velo de la Ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999.

Tratado de derecho administrativo, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo los caps. I (el más importante para estas materias, especialmente método), VI y VIII. También se recomienda la lectura de los caps. II, III, IV. También resulta indispensable la lectura del prólogo de JORGE A. SÁENZ.

Tratado de derecho administrativo, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo los caps. I a IV, XI, XII, XIII, XIV y XVI.

Tratado de derecho administrativo, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., con prólogo de JORGE A. SÁENZ. Puede consultarse gratuita-

mente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo la “Introducción” y los caps. IX y XI.

Tratado de derecho administrativo, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2010, 10ª ed., con prólogo de JORGE A. SÁENZ. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo los caps. III (primeras pp.), VI, VII, VIII y XI.

“Una celebración sin gloria,” en BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (dir.), *150º Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091-1102; también reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, p. 641 y ss.

GRAHAM - YOOL, ANDREW, *Memoria del miedo*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1999.

IHERING, RUDOLPH VON, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1987.

LANATA, JORGE, *Argentinos*, t. 1, *Desde Pedro de Mendoza a la Argentina del Centenario*, Buenos Aires, Ediciones B, 2002.

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

NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad 1976 – 1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

ROGERS, CARL, *El Proceso de Convertirse en Persona. Mi técnica Terapéutica*, Buenos Aires, Paidós, 2003, 2ª ed.

SÁENZ, JORGE, “Gordillo, la función administrativa y la democracia,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.) *Temas de derecho administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, p 482; y su prólogo a los cuatro tomos de la edición mexicana del *Tratado de derecho administrativo*, México, D.F., UNAM, Editorial Porrúa y FDA, 2004; reproducido en las ediciones argentinas del t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*; t. 3, *El acto administrativo, op. cit.* Lo que interesa para el caso son las consideraciones metodológicas que hace SÁENZ.

SÉNECA, *Epístolas Morales a Lucilio*, Madrid, Gredos, 1986.

STROZZA, PABLO, “Respete las reglas de netiqueta. Los buenos modales también se aprecian en Internet,” *Clarín*, 07-V-2002.

8.2.3. Bibliografía complementaria inicial

Muchos cursantes agregan bibliografía sobre distintos puntos, por ej.:

CARRIÓ, GENARO R., “Cómo argumentar un caso frente a un tribunal,” *JUS*, 25: 43, La Plata.

CARRIÓ, GENARO, “Nota sobre el caso de los números vivos,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 49, 1961.

IHERING, RUDOLPH VON, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, 1946.

MARISCAL, ENRIQUE, *El Arte de Sufrir Inútilmente*, Buenos Aires, Serendipidad, 1998.

PEASE, ALLAN, *El lenguaje del cuerpo. Cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*, Buenos Aires, Planeta, 2003, 19ª ed.

Yo mismo suelo mencionar algunas lecturas sobre funcionamiento de la mente o el cerebro:

JAMES, WILLIAM, *The Principles of Psychology*, New York, Henry Holt and Company, 1890, 2 vols. Las ediciones posteriores fueron publicadas bajo el título: *Psychology*, en un solo vol.

FREUD, SIGMUNDO, *Psicopatología de la vida cotidiana*, Madrid, Alianza editorial, 1999.

CARTER, RITA, *El mapa del cerebro*, Barcelona, Integral, 1998.

La bibliografía sobre el cerebro y la mente es desde luego interminable y continúa evolucionando continuamente. El lector hará bien en seguirse actualizando toda su vida sobre lo que se siga descubriendo sobre la organización y funcionamiento del cerebro.

Ud. puede agregar diversa información que suele existir en librerías sobre lenguaje corporal, trabajos de grupo, entrevistas, protocolo, relaciones públicas, etc.

También, desde luego, otros trabajos relativos a habilidades o método. Uno de nuestros excelentes alumnos de hace ya algunos años, mientras se encontraba investigando en bibliotecas y librerías, encontró el *Tratado de la pintura* de MIGUEL ÁNGEL e hizo lúcidas comparaciones. Hay muchos ejemplos de actividad creativa de tal naturaleza en estos cursos, por ejemplo la comparación con el método impresionista en MONET, que hiciera LUCÍA JACOBO DILLON, aquí incorporada en el capítulo XXI de esta 2ª ed.

Una de las habilidades mínimas que se menciona actualmente es *communication skills*, o sea habilidades de comunicación, que incluye el idioma inglés y la forma escrita y oral de recibir, comprender y también transmitir eficazmente el pensamiento.

8.2.4. Bibliografía específica de derecho administrativo. Criterios de selección

El cursante debe preparar notas breves a fallo siguiendo las consignas metodológicas que ya se han explicado.

Al momento de buscar bibliografía argentina, advertirá inmediatamente que su cantidad crece exponencialmente y se hace difícil leer todo, absolutamente todo, lo publicado en el país sobre la materia, incluso contando con toda la vida para ello. Se lo asegura alguien que lleva décadas leyendo.

Deberá pues entrenarse para seleccionar y ordenar el material según su orden de importancia, seriedad y contribución al tema, destacando que la transcripción de opiniones ajenas sólo muy excepcionalmente puede justificarse.

9. Guía para la escritura

9.1. *Para saber escribir primero hay que saber leer*

Como ejercicio de entrenamiento, se requiere a los cursantes buscar, al azar o según algún método que elijan (que puede ser ver si el título tiene interés y hacer una lectura somera de las primeras líneas del artículo o del capítulo), publicaciones cortas de derecho administrativo a fin de determinar: Si las citas que hace son necesarias, convenientes, o inútiles; si soportan u orientan sobre el texto, etc.

El estudio de las citas permite evaluar la seriedad de un autor. Sirve de criterio para seleccionar autores en el futuro y economizar lectura. Aunque parezca un esfuerzo intensivo, es ahorro para mañana.

Desde luego, debe analizar el texto mismo, para distinguir las proporciones en que es transcripciones de textos legislativos, jurisprudencia, doctrina, etc. y cuánto es el porcentaje de los dichos y la argumentación del propio autor; si expresa fundamentos o afirma apodícticamente lo que dice; si es claro y no presenta lugar a dudas sobre lo que sostiene, etc. Recuerde los versos: Lo que se concibe claramente/ se lo explica claramente/ y las palabras para decirlo/ vienen fácilmente.

9.2. *Un ejercicio necesario de control de lectura, control social, e inversión y ahorro de tiempo de lecturas inútiles*

En base a esa muy cuidadosa lectura de un capítulo o artículo de derecho administrativo argentino, confeccione un escrito comentando sus resultados y decidiendo si citaría o no a ese trabajo si tuviera que escribir un artículo, nota a fallo, etc., tratando el mismo tema.

El único criterio es si la cita servirá a sus propios lectores, un mundo anónimo e indeterminado. Si Ud. cita para quedar bien con alguien, no quedará bien con los demás lectores; si omite citar, mal, queda mal también.

La forma de demostrar que uno estudió el tema, es no cometer errores. La cantidad de citas no suple la existencia de errores ni demuestra conocimientos o reflexión. Sólo la argumentación que uno mismo haga muestra la reflexión propia, la creación individual, y las citas son el respaldo doctrinario en que uno se apoya, se remite, complementa, contrapone, etc.

Escriba luego una nota a fallo sobre un fallo del año en curso, preferiblemente firme o de segunda instancia aunque no esté firme. La nota debe ser de pocos renglones,⁶ comentando el fallo con este criterio de citas y las demás que surgen

⁶ Uno debe escribir cuando tiene una idea. La nota a fallo no necesita ser larga ni compleja, ver el Prólogo a *Cien notas de Agustín*, op. cit., pp. 25-30. No es siempre tan fácil publicar las primeras

del capítulo I de este trabajo. Si Ud. no se opone, publicaré el fallo y su nota. Tenga presente que futuros cursantes podrán hacer este mismo ejercicio sobre el trabajo que Ud. efectúe y se publique. Prepárese pues, al escribirlo, para la crítica metodológica y no solamente de las ideas. Lo segundo es normal y deseable, lo primero es una falla del trabajo que en lugar de mejorar su CV es una suerte de salvavidas de plomo.

9.3. *El estilo en las citas*

Evitar los calificativos a los autores, sea doctor, maestro, profesor, tratadista, excelso, etc. Inevitablemente los nombrados comparan cómo han sido registrados y siempre encontrarán un orden que no les gusta. Para mí indica demasiada lectura de MARIENHOFF, donde este problema de estilo es por demás evidente.

Por favor no olvidar de leer los prolegómenos metodológicos que están en el cap. I de t. 1, y evitar palabras o frases tales como naturaleza jurídica, que son francamente anticuadas y dejan mal parado a quien las escribe.

No abuse de las mayúsculas y sobre todo no las use con Administración, Ley, Procedimiento Nacional, etc. Es un vicio de funcionario administrativo (y de administrativista) querer glorificar con Mayúscula todo el Poder y lo que le pasa Cerca. No lo haga, la función del derecho administrativo es contener el poder, no promoverlo.

9.4. *El plagio: El peor de los pecados. La ignorancia de citar a un plagiarío*

Si lo que toman de otro no es solamente una idea sino una frase o una oración entera, entonces tienen dos opciones: Una es poner comillas y hacer la cita al pie, otra es redactarla de otra manera y poner solamente la cita sin las comillas, como en el caso anterior.

Las comillas se utilizan para hacer citas, o para poner un signo de interrogación a una palabra o frase. Nunca se deben utilizar para énfasis, aunque muchos autores y publicaciones erróneamente lo hacen. Para énfasis se utiliza la bastardilla, el subrayado o la negrita, pero conviene ser parsimonioso en su uso pues termina molestando al lector si hay demasiado énfasis visual de ese tipo de un escrito. No hay que abusar de bastardilla, negrita o subrayado.

Si Uds. toman palabras o ideas⁷ ajenas y no ponen comillas ni hacen la cita, entonces son plagiarios. Es un delito que no se castiga penalmente, en un país siempre al margen de la ley como decía NINO, pero que con frecuencia tiene sanción social. Citar a un plagiarío no es deshonestidad (aunque sí falta de conciencia de notas. No deje pasar la oportunidad. Publicar la nota es sólo un paso más, luego resulta fundamental lograr la difusión de nuestro trabajo: Todo trabajo intelectual conlleva su ejecución material.

⁷ Algunos se confunden con el derecho marcario o las patentes, que no es lo mismo que propiedad intelectual en general. Concluyen equivocadamente que ya que no se puede patentar ni tener una marca sobre una idea, no se tiene entonces derecho alguno de propiedad intelectual y que no corresponde citar al autor de la idea, como mínimo por respeto y honestidad intelectual.

control social), es ignorancia, porque no sabe a quién está citando: ¿quién tiene tanta lectura y memoria como para darse cuenta *en cada frase* si algo es o no plagio? Cuando Ud. escribe y publica, tiene una obligación elemental de buena hacia sus lectores. Si la incumple, será sancionado. Si la advierte en otro, debe sancionarlo y autopreservarse. Citar malos trabajos es siempre un salvavidas de plomo.

Quienes advierten el plagio se sienten defraudados y a partir de allí adquieren desconfianza de ese autor, porque no saben si cuando lo citan a él no están por desinformación omitiendo citar al verdadero autor y demostrando con ello poca versación, poca memoria, poco criterio.

Cuando uno sorprende a un autor haciendo plagio, lo que se debe hacer, en defensa propia, es dejar de citarlo de allí en más para no quedar uno como desinformado si lo cita a él en una idea que es ajena.

Si yo dijera que la única regla es que no hay ninguna regla y lo pusiera como idea mí, o “un país al margen de la ley” sin aclarar de quién es la frase, eso sería plagio; si alguien citara estas frases como siendo de mi autoría, por ejemplo, incurre en inadvertencia, falta de seriedad, falta de control de lectura, y acarrea sobre sí la falta de confiabilidad y la caída de prestigio.

El primero, el plagiario, es un delincuente aunque no tenga condena penal: Es un delito que no ha sido sometido al proceso penal y no ha terminado en condena, porque de tantos delitos que todos cometen no le queda al sistema penal posibilidad alguna de castigar todas las infracciones al código penal.

El segundo, el que lo cita creyendo que es un autor de buena fe que no comete plagio, demuestra su poca versación en la materia y se torna a su vez en lectura no confiable ni citable.

Es posible que uno incurra a veces en ese error de citar a alguien creyéndolo el autor de la idea pero luego descubre que lo es un tercero. En ese caso se corrige el dato en la próxima edición, si es un libro, o se escribe otro artículo o nota a fallo y se aclara el punto en alguna parte del nuevo trabajo. En lo posible son errores que deben ser enmendados, porque son errores graves que afectan la credibilidad y la utilidad de uno mismo y de sus obras.

9.5. *Citar racionalmente, en el país*

Es frecuente encontrar trabajos que citan al voleo, al tuntún, sin ningún criterio discernible, sin ningún criterio racional que se pueda percibir.

Si la información que se proporciona es obvia y todo el mundo la conoce, no tiene sentido hacer referencias bibliográficas.

Si no es tan obvia, y también si lo es, el que decide citar no puede tomar cualquier libro que tenga a mano y citarlo al azar; lo mismo si decide incluir varios autores. Y por cierto que el orden alfabético es una débil excusa para no tener un criterio propio de selección y ordenamiento de las citas.

Debe fijarse si la idea es original del libro que tiene en la mano, o es de autores anteriores; si proviene a su vez de la jurisprudencia nacional o extranjera, de la Procuración del Tesoro de la Nación, etc.

Si Usted decide citar no al autor originario que primero expuso la idea (lo que supone hacer una pequeña investigación a través de las distintas ediciones y obras de cada autor), sino a uno posterior, comete no tanto un acto de injusticia o de discriminación sino algo peor, un acto de desinformación: Muestra o demuestra que no investigó el tema o que no le importa la calidad de la información que brinda y no es por ende un autor confiable para el lector. El lector deberá aprender a tener cuidado de Usted cuando lo lee, si es que decide leerlo nuevamente.

9.6. *Citar racionalmente, en el derecho comparado*

No haga capítulos o secciones con el derecho comparado de determinados países, porque le faltará dar la explicación de por qué ha elegido esos y no otros, explicación siempre débil habida cuenta que nadie conoce todos los sistemas jurídicos de todos los países del mundo. Puede mencionar en las citas al pie de página las referencias a otros sistemas en que la solución al problema, o la idea que se expone, es análoga. (O también, por cierto, cuando sea contraria o diferente, señalándolo expresamente.)

Allí le espera un doble problema. Los libros extranjeros que eran contemporáneos cuando Usted los citó en sus primeros trabajos pronto quedan desactualizados. Cuando vuelva sobre el tema deberá decidir si debe o no actualizar la cita con ediciones posteriores, o con obras posteriores de otros autores. Ello porque los libros viejos de derecho comparado son ahora menos accesibles a sus lectores, si quieren verificar el dato; o se los puede dejar como están, consciente de que la referencia se transforma casi en histórica.

El segundo problema es que debe verificar si la solución cambió o se mantiene en el país de que se trate, con lo cual deberá también realizar una pequeña investigación para determinarlo a fin de no citar como derecho comparado algo que ya no lo es.

9.7. *Los errores de forma*

Al hacer su escrito, Ud. seguramente advertirá errores de forma. No serán muchos, pues las editoriales suelen tener correctores muy entrenados en detectarlos. Ud. verá, sin embargo, que al advertirlos provocan un cierto disgusto o incomodidad en el lector. Son una nota discordante, un ruido extraño que distrae del objetivo central de ver el fondo de la idea que el autor expone.

Piense ahora cuando lo lean a Ud.: Sus errores de forma provocarán el mismo efecto. Por lo tanto, así como pone atención al detalle de lo que lee, debe también ser sumamente exigente con los errores de forma del propio escrito. Estar siempre

atento a corregir todos y cualquier error de tipeo, acentuación, redacción, etc., en su propio escrito le entrenará, al igual que ese otro ejercicio que explicamos antes, a desarrollar la atención al detalle y disminuir la cantidad de errores de cualquier tipo, de fondo y de forma, Ud. mismo pueda cometer. Los programas de escritura tienen herramientas que permiten corrección automática de muchos errores de tipeo, y marcan con rojo las palabras que no conocen y verde las que parecen disonantes. No deje de revisar cada una de las marcas, para estar seguro si deja alguna porque en verdad es un error del programa (también ocurre), o para corregir inexorablemente todo lo que esté mal.

Piense que su escrito es como su vestimenta y presencia general. Si viene a clase descuidado, con las uñas sucias, mal vestido, sin saco y corbata (hoy; mañana usaremos trajes espaciales o lo que sea y en tal caso llevar saco y corbata será lo inadecuado), tiene olor porque no se bañó, mal aliento, etc., Ud. no causará buena impresión. Quien lo atiende tiene que hacer un esfuerzo para superar su desaliño y el desagrado que causa.

Claro, Ud. no hará ninguna de esas cosas: Pero si Ud. presenta un escrito lleno de errores de forma, causa la misma impresión de incomodidad, rechazo, desagrado leve o mayor, que hará que su mensaje en cuanto al fondo se vea deslucido u ocultado por la forma escrita en que lo presentó. Con la PC no hay errores: El escrito debe simplemente ser perfecto en la forma, sin error alguno. Ocuparse de corregir errores del propio escrito no es pérdida de tiempo, sino indispensable entrenamiento para estar cada vez más apto para saber ver, el *sapere vedere* de Miguel Ángel.

9.8. *Todo es lenguaje*

Lo que Ud. recuerda y lo que olvida, todo es lenguaje. Lo que Ud. menciona en el texto y/o en la nota. Lo que Ud. menciona primero o al final, por orden temporal en el tiempo, o de jerarquía, o por orden alfabético. Dice mucho de sí mismo quien ordena las citas por orden alfabético.

En otro ejemplo de habilidades profesionales, si Ud. me va a pedir opinión y consejo sobre un trabajo sobre derecho administrativo que me envía, antes de mandarlo debe saber si sobre este tema tengo o no algo escrito. Es una cortesía elemental: Si Ud. me pide que lo lea, también debe, en rigor antes, leerme a mí.

Si Ud. me manda algo sobre el expediente administrativo como instrumento público y cita diversos autores pero manifiesta con su omisión desconocer que yo he escrito también sobre el tema, quizás antes que otros, eso también es un lenguaje con significado.

9.9. *La espiral del silencio y la catedral gótica de citas*

No puede encerrarse a los lectores en una catedral gótica de citas remitiendo a catálogos de teorías e informaciones que en definitiva no son útiles. Es que tal como dice SÁENZ, cuando se llega al estadio de maestro se dice lo indispensable, lo conveniente y necesario para cada circunstancia. Se trata del arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o decorativo.⁸ Hay que llegar pronto a ese estadio, no es cuestión de esperar la ancianidad.

El espiral del silencio que implica la supresión de citas de autores que opinan de modo diverso u opuesto al que uno escribe no es intelectualmente válido, como tampoco lo sería ver en ellos a un enemigo, solo por el disentimiento.⁹ Se trata de actuar con respeto por los demás porque en el juego de la ciencia todos debemos someter nuestras ideas a la crítica y derribar el ídolo de la certidumbre.¹⁰

9.10. *La angustia*

Suelo plantear un supuesto dilema a una persona muy joven que recién se inicia, y es preguntarle para el supuesto de que nos den a los dos al mismo tiempo, para resolver separadamente, un mismo caso de derecho, cuál es la diferencia fundamental entre ambos. La respuesta que estimo correcta es que yo no tengo angustia aunque no conozca la solución del problema, y puedo analizarlo sin la angustia que la incertidumbre provoca en quien no tiene aún experiencia.

Hay que aprender a dominar la angustia. Otra forma de decirlo es que “Sin angustia, no se aprende; con demasiada angustia, tampoco.” (BLEJER.) En realidad si uno ama lo que hace es un poco excesivo decir que existe angustia en el crear o en el aprender. Es como decía BORGES, no entiende el concepto de lectura por obligación: Debiera ser un placer.

9.11. *Primero, la idea desnuda. Luego, la vestimenta de la idea*

Es fundamental desarrollar primero en la computadora el total de la idea que uno tiene, perfeccionándola hasta tener bien en claro qué piensa uno sobre lo que está escribiendo, por qué lo piensa, cómo es la secuencia del argumento, etc. No

⁸ SÁENZ, JORGE ALBERTO, prólogo a los cuatro tomos de la edición mexicana del *Tratado de derecho administrativo*, México, D.F., UNAM, Editorial Porrúa y FDA, 2004; reproducido en las ediciones argentinas del t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed.; t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed.

⁹ Ver *supra*, nota anterior.

¹⁰ POPPER, *Unended Quest*, Londres, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 260-61; *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton University Press, Nueva Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc. Ver también el t. 1, *op. cit.*, cap. I, § 2.1, “Certidumbre,”

hay que intentar desarrollar la idea mientras se avanza en la construcción del artículo, haciendo notas y referencias de doctrina, legislación o jurisprudencia. Lo más probable es que mezclar información con creación le produzca en definitiva menos claridad en el perfil de la propia idea, es decir, confusión.

Recién cuando tiene bien desarrollada en el papel la idea que tiene, terminada a nivel de reflexión personal, recién allí comienza el trabajo de investigación, que debe hacerse de una fuente por vez: Un fallo, un artículo, unas páginas de un libro, etc. Cada referencia hay que leerla con detenimiento y reflexionar si uno debe cambiar o adaptar en algún sentido lo que tiene escrito, y hacerlo, introduciendo si corresponde la cita de esa fuente de información. No intente hacerlo con más de una a la vez. El orden secuencial es fundamental. Cada lectura debe resultar en una modificación o adecuación del borrador de la idea, hasta que uno llegue al momento en que considera que tiene suficientemente “validada” (como hipótesis o conjetura)¹¹ la idea, o si, en caso contrario, aún la considera de interés postularla a pesar de los antecedentes contrarios.

¹¹ POPPER otra vez, desde luego.

CAPÍTULO X

EL NACIMIENTO Y REGISTRO DE LAS IDEAS CREATIVAS

SUMARIO

1. ¿Cuándo viene la inspiración?.....	Mét-X-1
1.1. Caminando, paseando, descansando, charlando.....	Mét-X-1
1.2. De noche o después de dormir: Sueño, ensueño, insomnio; a la mañana.....	Mét-X-2
1.3. El fin de semana	Mét-X-3
1.4. Trabajando	Mét-X-3
1.5. La aparición espontánea de la idea	Mét-X-3
2. El “relámpago” creador o la lenta labor creativa	Mét-X-4
3. La pérdida de la idea creadora.....	Mét-X-5
3.1. Las interrupciones	Mét-X-5
3.2. La falta de velocidad.....	Mét-X-7
4. La necesidad de anotar toda idea cuando emerge	Mét-X-7
5. ¿No es mejor consignarlas a la memoria, en vez de anotarlas?	Mét-X-9
5.1. Los tipos de memoria y sus limitaciones	Mét-X-9
5.2. Falencias y distorsiones de la memoria.....	Mét-X-10
5.3. La involución del uso de la memoria	Mét-X-11
5.4. El uso racional de la memoria vs. la escritura	Mét-X-12
5.5. El registro o la pérdida de la idea	Mét-X-13

Capítulo X

EL NACIMIENTO Y REGISTRO DE LAS IDEAS CREATIVAS¹

1. ¿Cuándo viene la inspiración?

Lo adelantado respecto al trabajo del hemisferio menor del cerebro, que sólo se puede comunicar al mundo a través del hemisferio dominante, pues no tiene lenguaje propio y autónomo, da respuesta a este interrogante: La idea puede surgir en cualquier momento, sin que ninguna regla pueda formularse al efecto, salvo la de haber trabajado previamente un tema con intensidad e interés, o haber estado intensamente preocupado por él. Entre las diversas formas de aparecer una idea novedosa en la mente, una muy frecuente es aquella que exteriormente no tiene vinculación inmediata con la actividad volitiva que la precede (investigación, interés, etc.), sino que parece provenir “de la nada.” (O del “inconsciente,” la “musa inspiradora,” etc.)

Retomando la información neurológica, conviene recordar que “a menudo las neuronas se encienden espontáneamente, resultando en impredecibles salidas de paquetes de neurotransmisores a través de la sinapsis,”² con lo cual “el pasaje de impulsos neuronales es una mezcla de lo predecible y lo impredecible, lo estable y lo inestable.”³

1.1. *Caminando, paseando, descansando, charlando*

Son innumerables los creadores que han tenido ideas innovadoras en las más variables circunstancias: Viajando, sea en carruaje (BEETHOVEN, MOZART), tranvía (CASSIRER, KEKULÉ VON STRADONITZ), o subiendo al ómnibus (POINCARÉ); caminando (POINCARÉ, MOZART, alguno de los investigadores encuestados por PLATT y BAKER), paseando por la playa, de vacaciones (POINCARÉ); trepando una colina (el físico

¹ Ampliar *supra*, cap. VII, § 6; cap. VIII, § 10; cap. X, § 4, 6 y 7; § 6 *in fine* y 10.1.

² RESTAK, *op. cit.*, p. 35.

³ RESTAK, *op. cit.*, p. 40.

VON HELMHOLTZ);⁴ recordando una poesía de GOETHE (el inventor TESLA), sentado junto a la chimenea, fumando (LONGFELLOW); charlando en un café con amigos (APOLLINAIRE);⁵ después de alguna actividad de *relax*; haciendo otra tarea;⁶ al entrar al hospital.⁷

1.2. *De noche o después de dormir: Sueño, ensueño, insomnio; a la mañana*

Muchos creadores han vinculado el acto creativo al sueño, al dormir, al ensueño.⁸ Algunos destacan la aparición de las ideas al despertar en el medio de la noche (el fisiólogo LOEWI, SAGAN y otros),⁹ o durante la noche, con o sin insomnio (MOZART, LONGFELLOW, KAFKA, GOETHE, SAGAN), luego de un sueño (STEVENSON, MENDELEIEV, WAGNER, COLERIDGE,¹⁰ el inventor HOWER, el compositor TARTINI, etc.), o al despertarse luego a la mañana (BEETHOVEN, COCTEAU), en estados de plena relajación (NEWTON, EDISON),¹¹ etc. Algunos neurólogos señalan que al dormir hay células en el cerebro que están más activas que cuando la persona está despierta,¹² y sea que produzca esto o no un “sueño” revelatorio,¹³ de todos modos constituye una fuente indiscutida de poder creativo; lo mismo se afirma de ciertos estados intermedios o de profunda relajación cerebral,¹⁴ o inmediatamente anteriores o posteriores a dormir.

⁴ Citado por P. B. MEDAWAR, *The Art of the Soluble*, Londres, Methuen, 1967, p. 93; reproducido en VERALDI, *op. cit.*, p. 119.

⁵ ANDRÉ BITTY, en APOLLINAIRE, *Œuvres poétiques*, París, Gallimard, 1965, p. XX; APOLLINAIRE también escribió, como VERLAINE, en la prisión, p. XXVI.

⁶ Otro de los investigadores encuestados por PLATT y BAKER; también METCHNIKOFF, citado por GABRIEL y BRIGITTE VERALDI, “Qué es la inspiración,” en el libro colectivo de ANZIEU y otros, *Los extra-sensoriales*, Barcelona, 1977, p. 119. En nuestro caso es muy frecuente tener ideas nuevas mientras hacemos un trabajo sobre otra cuestión: En tal caso, simplemente dejamos de hacer al instante lo que estábamos haciendo y anotamos la o las ideas surgidas respecto de otro tema. Al regresar al texto original que estábamos trabajando nunca hemos tenido la sensación de haberlo interrumpido, ni nos ha llevado demasiado tiempo anotar la idea que surgió espontánea y extra-sistemáticamente en la mente, en el medio de otro trabajo: Éste no sufre nada por la interrupción.

⁷ CARLOS NICOLLE, *Biologie de l'invention*, París, 1932, pp. 70 y 71, describiendo cómo descubrió imprevistamente el modo de contagio del tifus: “En ese momento preciso algo se iluminó en mí.”

⁸ O hacen vinculaciones entre el ensueño, el inconsciente y el pensamiento creativo, como GASTÓN BACHELARD, *La poética del espacio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 13, 30, 37, 43, 49, 51.

⁹ Así W. B. CANNON, *The Way of an Investigator*, Nueva York, Norton, 1945.

¹⁰ En de todos estos casos no existe sustento fisiológico para descreerlos, antes bien al contrario; pero adherimos al escepticismo de BORGES, *op. cit.*, pp. 642-645, “El sueño de Coleridge,” en su obra *Otras inquisiciones*. Sobre este caso volveremos en el § 3.1.

¹¹ RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 212.

¹² HOBSON y MCCARLEY, citado en RESTAK, *op. cit.*, p. 324.

¹³ DEMENT, citado en RESTAK, *op. loc. cit.* La escuela de JUNG trabajó especialmente sobre el tema de los sueños como comunicación del inconsciente (hemisferio derecho) con la conciencia (hemisferio izquierdo), a diferencia de la escuela freudiana de “interpretación” de los sueños: CARL G. JUNG, *El hombre y sus símbolos*, Barcelona, 1977.

¹⁴ El neurofisiólogo japonés HIRAI, refiriéndose a la meditación Zen, citado en RESTAK, *op. cit.*, pp. 336 y 337.

Sea por la falta de interrupciones que sólo la noche brinda, o por una relajación natural del hemisferio izquierdo que le permite mayor comunicación al derecho, muchos autores prefieren la noche: “El poeta está a las órdenes de la noche. Su papel es humilde. Debe limpiar su morada y esperar su propia visita.”¹⁵

1.3. *El fin de semana*

Ello es también la explicación del por qué tantos autores escriben el fin de semana, en la tranquilidad de su casa; a lo que cabe sumar los días o épocas en que el autor logra aislarse de otras ocupaciones, como explicamos en el § 3.1. *in fine*.

1.4. *Trabajando*

También, sin duda, son abundantes los testimonios de escritores que se hacen un horario de trabajo diario, al que se ajustan estrictamente, y durante el cual tienen, día a día, algo o mucho de creatividad. Básicamente, es el caso de los novelistas o escritores profesionales.

1.5. *La aparición espontánea de la idea*

En suma, lo más frecuente en la irrupción del pensamiento creador que inicia la cuarta etapa de la investigación,¹⁶ es que esté desvinculada de toda preocupación inmediata con el problema, y sólo se recuerde que “como en un súbito relámpago, el enigma quedó resuelto. Yo mismo no estoy en condiciones de decir cuál fue la hebra conductora que vinculó lo que ya sabía de antes con lo que hizo mi éxito posible.” GAUSS.

En ambas situaciones es algo así como “de dónde y cómo vienen, no lo sé; tampoco puedo forzarlas” (MOZART);¹⁷ “Las ideas se desarrollan espontáneamente en la mente;”¹⁸ o aprender a reconocer los signos de la aproximación inspiradora, y en ese momento “no trates de pensar conscientemente. Flota a la aventura, deriva, espera y obedece” (KIPLING); “es inútil forzar la inspiración, pero... uno debe estar en disposición de acogerla;”¹⁹ en igual modo, SHELLEY expresaba que “La poesía no es como el razonamiento, un poder que puede ejercerse en concordancia con la determinación de la voluntad... Es como si este material viniera flotando hacia ellos.”

¹⁵ JEAN COCTEAU, *Procès de l'inspiration*, París, Grasset, 1945, pp. 57 y 58, reproducido por VERALDI, *op. cit.*, p. 125. La transcripción neuronal de la última frase transcrita es, relajar o aflojar el dominio del hemisferio izquierdo (“limpiar su morada”) y aguardar las ideas del hemisferio derecho: “Esperar su propia visita.”

¹⁶ *Supra*, cap. VII, § 4 *in fine*.

¹⁷ GHISELIN, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸ CLAUDIO BERNARD, *Cahier de notes*, París, Gallimard, 1945, pp. 89 y 135: “Un artista nunca sabe cómo logra ciertas cosas. Del mismo modo, un científico no sabe cómo encuentra ciertas cosas.”

¹⁹ VERALDI, *Qué es la inspiración*, *op. cit.*, p. 119.

En palabras de SCHOPENHAUER, “De ahí que muchas veces no nos demos cuenta de cómo nacen nuestros pensamientos, surgidos de lo más hondo de nuestro ser. Los juicios, los pensamientos repentinos, las resoluciones ascienden inopinadamente de esas profundidades, sorprendiéndonos a nosotros mismos.”²⁰

En definitiva, las ideas creativas pueden venir de noche o de día, trabajando o descansando, a propósito de algo o de nada: Ninguna constante existe para ese momento creador, salvo la preparación, la motivación, el constante trabajo intelectual en torno al problema. Eso sí es una constante, aunque necesariamente previa a la creación. Por ello, “Esté preparado y alerta para el «momento de la sorpresa.» Esté alerta para apresar las ideas al viajar en tren o en auto, en el cine o en el concierto y especialmente en los breves períodos que preceden y siguen al sueño. Es increíble cuántas ideas y perspectivas dejamos de anotar porque nos toman por sorpresa.”²¹

2. *El “relámpago” creador o la lenta labor creativa*

Cabe ahora preguntarse si existe alguna distinción práctica entre el modo de emerger una idea, y qué hacer ante ella, si es que se trata de algo tremendamente importante, o al contrario, relativamente intrascendente.

En aquellas excepcionales circunstancias en que la idea es el gran “Eureka,” la invención mucho tiempo buscada, el “relámpago” (no sólo GAUSS, ya mencionado, sino DIESEL,²² BEETHOVEN y otros²³ usaron esta frase), tal vez ella quede tan implantada en el cerebro que no sea olvidable.²⁴

Con todo, en ese supuesto su misma fuerza impelirá de inmediato al creador a desarrollarla, ampliarla, registrarla, experimentarla, etc.²⁵ Sería raro que una persona fuertemente motivada abandone el tema luego de llegar al chispazo genial de creatividad, a menos que sienta que no tiene dificultad en retenerla o continuarla en su mente: POINCARÉ.

Lo normal es que si la inspiración aparece con fuerza, se la siga sin desmayo alguno hasta que ella misma se agote; KAFKA escribió *El juicio* “de un tirón en

²⁰ SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 581.

²¹ RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 214.

²² A ella se refiere el inventor DIESEL, sin atribuirle con todo generalidad. Ver la transcripción que hace MARIO BUNGE, *Intuición y razón, op. cit.*, pp. 127 a 129, especialmente 128.

²³ La emplea M. L. VON FRANZ, “Conclusión: la ciencia y el inconsciente,” en JUNG, *op. cit.*, p. 326, refiriéndose a DARWIN y A. R. WALLACE en sus respectivas hipótesis paralelas sobre el origen de las especies. También SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 584: “Algunos momentos lúcidos, parecidos a relámpagos, iluminan durante breve tiempo nuestro camino.”

²⁴ Así lo relata POINCARÉ, en su art. reproducido en GHISELIN, *The Creative Process, op. cit.*, pp. 77 y ss. En igual sentido MOZART, en VERNON, *op. cit.*, p. 55, y GHISELIN, *op. cit.*, p. 44. Parece ser también el caso del inventor TESLA, según relatan HARMAN y RHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 86, 97 y 98, y sus referencias.

²⁵ Una recopilación de casos en HARMAN y RHEINGOLD, *op. cit.*, con sus referencias bibliográficas: El físico atómico MENDELEIEV, p. 68; HOWE, el inventor de la máquina de coser, pp. 68 y 69; LONGFELLOW, p. 72; WAGNER, p. 69; LOEWI, premio Nobel de fisiología, p. 77; el químico KEKULE VON STRADONITZ, p. 79; TCHAIKOVSKY, p. 83.

la noche... de las 10 de la noche a las 6 de la mañana;”²⁶ GOETHE hizo WERTHER en un mes, incesantemente, sin salir de su cuarto ni recibir visitas;²⁷ VIRGINIA WOOLF dijo de una de sus novelas: “Vivo enteramente sumergida en este libro.”²⁸ Incluso LEONARDO DE VINCI, de quien algunos autores dicen que trabajaba con lentitud proverbial,²⁹ “subía muchos días al andamio en las primeras horas de la mañana, y trabajaba sin descanso hasta el anochecer, no acordándose siquiera de tomar alimento;” “Otras veces acudía a toda prisa... sólo para dar un par de pinceladas a una figura, marchándose en seguida.”³⁰ Muchos creadores cuentan que a partir de la irrupción creadora en la conciencia, “La música de esta ópera... me fue dictada por Dios, yo fui simplemente el instrumento que la asentó en el papel.” PUCCINI. “Las ideas fluyeron inmediatamente hacia mí, viniendo desde Dios sin mediación alguna, y no sólo percibía con claridad los temas con el ojo de la mente, sino que se presentaban con las formas, armonías y orquestación correctas. Cuando me encuentro en uno de esos estados anímicos raros, inspirados, el producto final me es revelado compás por compás:” BRAHMS. Él apela a la distinción entre consciente e inconsciente, en lugar de referirse a la inspiración divina: “Un estado en el que la mente consciente queda en una suspensión y latencia temporaria, y la mente inconsciente toma el control;” algo parecido encontramos en GOETHE cuando dice de su obra *Werther*: “He escrito el libro casi inconscientemente, como un sonámbulo;” o en SHELLEY, expresando que las obras “llegan a ellos desde más allá del umbral de la conciencia.”

En todos estos casos de grandes inspiraciones creadoras se advierte nítido el *dedicarse de inmediato y con plenitud al desarrollo escrito de la idea*, generalmente cubriendo ese momento de formulación escrita bajo un manto intermedio entre la conciencia y el inconsciente, o de comunicación entre el hemisferio dominante y el hemisferio menor, en un encuadre fisiológico.

3. La pérdida de la idea creadora

3.1. Las interrupciones

Y también dejan constancia de que “En medio de este proceso mágico, con frecuencia sucede que alguna interrupción externa me despierta de un estado sonambulístico... Tales interrupciones son por cierto terribles... Cortan el hilo de la inspiración:” TCHAIKOVSKY; “A veces una interrupción hace que olvidemos algo en que estábamos pensando:” SCHOPENHAUER.³¹

²⁶ FRANZ KAFKA, *Journal intime*, París, Grasset, 1945, pp. 173 y 174 reproducido en VERALDI, *op. cit.*, p. 129.

²⁷ GOETHE, *Poésie el Verité*, París, Charpentier, 1872, p. 168; reproducido en VERALDI, *op. cit.*, p. 127.

²⁸ VIRGINIA WOOLF, *Journal d'un écrivain*, París, Grasset, 1958, p. 151, reproducido en VERALDI, *op. cit.*, p. 126.

²⁹ FREUD, *op. cit.*, p. 172 y sus referencias.

³⁰ FREUD, *op. cit.*, p. 172 y 173 y sus referencias.

³¹ SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 652.

COLERIDGE,³² hablando de sí mismo, dice que al tener una idea, “tomando pluma, tinta y papel, instantánea y ansiosamente asentó por escrito los versos que aquí han quedado preservados. En ese momento fue lamentablemente requerido por una persona acerca de asuntos pendientes... y retenido por ella más de una hora, y al regresar a su habitación encontró, para su no pequeña sorpresa y mortificación, que él todavía conservaba algún vago y oscuro recuerdo de la sustancia general de la visión, pero, con la excepción de unas ocho o diez líneas e imágenes dispersas, el resto desapareció como las imágenes en la superficie de una corriente a la cual se ha arrojado una piedra, aunque, ¡ay!, sin la restauración que se produce en este último caso.”³³

Del mismo modo cuenta CANNON que “sin pérdida de tiempo transcribo todos esos pensamientos fugaces antes de que se hundan en el olvido;”³⁴ o en las palabras de FLAUBERT, “Algo pasa ante nuestros ojos, y sin pérdida de tiempo tenemos que saltarle ávidamente encima.”³⁵ Decía BERLIOZ, por su parte, “No me alcanzan las manos para anotar los fragmentos de música de mi ópera: ¡Son tantos y se presentan con una urgencia tal! Cada uno quiere ser el primero. A veces ya estoy escribiendo uno antes que el otro haya sido terminado.”³⁶ En suma, la inspiración suele exigir una “rápida realización.”³⁷

El acto de escribir las ideas que van apareciendo en el hemisferio dominante, en interacción o transcodificación de ideas del hemisferio menor, supone como es obvio una *concentración de la atención*, y por ende una mayor actividad cerebral. La más ligera interrupción puede “cortar el hilo de la inspiración,” como lo señala TCHAIKOVSKY. Aún para concebirlo en la mente, MOZART señalaba que ello ocurría “siempre que no se me distraiga.”

Esto es clarísimo para todo aquel que realiza algún trabajo creativo, pero por desgracia no parece serlo para quienes no lo hacen con alguna habitualidad: Las preguntas, interrupciones, mensajes, ruidos menores pero no por ello menos interruptivos, son así la constante amenaza y frecuente destrucción de algún acto de creación, sea en su casa u oficina.

³² El caso del sueño de COLERIDGE ha sido muy analizado, y se ha descubierto que cada frase y palabra del poema emerge de algún recuerdo —seguramente inconsciente— de anteriores lecturas del autor. Ver ISAAC ASIMOV, *The Human Brain. Its Capacities and Functions*, Nueva York, Mentor, pp. 325 y 326 y sus referencias.

³³ Transcrito en GHISELIN, *op. cit.*, pp. 84 y 85, y en HARMAN y RHEINGOLD, *op. cit.*, p. 73.

³⁴ CANNON, *op. loc. cit.*, igualmente transcrito en VERALDI, *Qué es la inspiración, op. cit.*, p. 119.

³⁵ Citado por VERALDI, *op. cit.*, p. 128.

³⁶ BERLIOZ, *Correspondence inédite*, París, Calmann-Lévy, 1908, p. 270, reproducido en VERALDI, *op. cit.*, p. 123.

³⁷ VERALDI, *op. cit.*, p. 125. La misma conclusión se infiere de las transcripciones hechas más arriba sobre el trabajo de LEONARDO DA VINCI.

No siempre bastan las explicaciones calmas y tranquilas, ni las órdenes imperiosas, dadas fuera de los momentos de creatividad o cuando ésta ha sido interrumpida y abortada por esa causa.³⁸

Quizás por ello muchos creadores no tienen más remedio que recurrir a trabajar de noche, cuando ya nadie los interrumpe, o los feriados y fines de semana; o irse a escribir a un café en el estilo de los escritores parisinos, buscarse una biblioteca donde nadie lo conozca, encerrarse en el ático de la casa si lo tiene, irse de viaje a algún lugar distante, si puede hacerlo y tiene ya profesión de escribir.³⁹

3.2. *La falta de velocidad*

GOETHE decía: “Tantas veces me encontré diciéndome un breve poema lírico que un instante después desaparecía, que terminé por correr a mi escritorio tan pronto como aquellos versos fugaces aparecían.”⁴⁰

Es una experiencia común aquella según la cual las inspiraciones del escritor son “repentinas e inesperadas” y que “Tenía que captarlas rápidamente, de lo contrario se le desvanecían.”⁴¹ Esa urgencia es decisiva. CLAUDIO BERNARD expresa que “Las ideas se desarrollan espontáneamente en la mente... Lo que supone un verdadero trabajo, como si quisiéramos detener al transeúnte a pesar de su deseo de huir, es retenerla, fijarla.”⁴²

MOZART, por su parte, a veces sacaba un cuaderno en medio de un paseo y comenzaba a anotar febrilmente, diciendo a quien lo acompañara en ese instante “No me hable, no me distraiga, algo canta en mi oído, debo anotarlo rápido.”⁴³ Por eso los autores creativos tienen siempre papel y lápiz al alcance de la mano, vayan donde fueren. Y por ello tiene también importancia los medios modernos de escritura, que al dar más velocidad contribuyen a evitar la pérdida de ideas nuevas.⁴⁴

4. *La necesidad de anotar toda idea cuando emerge*⁴⁵

La exigencia de anotar de inmediato las ideas se incrementa cuando no se trata de la invención o el relámpago genial, sino de la modesta solución a un pequeño problema, o parte de un fundamento, la forma de comenzar a escribir o terminar

³⁸ “Durante la solución de problemas evite en lo posible las distracciones y las intromisiones. Elija un momento en que pueda dedicarse sin interrupciones a su problema durante horas,” sugiere RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 213.

³⁹ Es una de las prácticas de NAIPAUL, y lo hacen también los escritores japoneses contemporáneos.

⁴⁰ Citado en VERALDI, *op. cit.*, p. 127.

⁴¹ JOHN MIDDLETON MURRY, en la *Introducción* a KATHERINE MANSFIELD, *Cahier de notes*, París, Delalain y Boutelleau, 1944, reproducido en VERALDI, *op. loc. cit.*

⁴² CLAUDE BERNARD, *Cahier de notes*, París, Gallimard, 1965, p. 89; reproducido en VERALDI, *op. cit.*, p. 120.

⁴³ Citado en SERGIO VORONOFF, *La precocidad en los científicos y los artistas*, en ANZIEU y otros, *Los extrasensoriales*, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁴ *Infra*, cap. XII, § 6.4.

⁴⁵ Volvemos sobre el tema en el § 6 del cap. X.

algo, iniciar o concluir un párrafo que está en el medio; hasta una frase suelta y fuera de contexto requiere ser anotada. Después se verificará su utilidad o inutilidad. De este modo, concentramos nuestra *atención* sobre ese pensamiento ocasional, lo cual intensifica la actividad cerebral,⁴⁶ desplaza otros pensamientos secundarios en relación a esa idea y crea las condiciones para ampliarla y desarrollarla si ella lo permite. “La actividad continuada de los módulos se puede asegurar mediante la continua intervención activa o refuerzo de la mente autoconsciente... Tan pronto como la mente autoconsciente se enfrasca en otra tarea, este refuerzo cesa, el patrón específico de actividades neuronales se agota y la memoria a corto plazo desaparece.”⁴⁷

Trátase de la gran invención o la discreta idea, no se le ocurra a su creador intentar explicar que debe ahora escribir lo que piensa; de sólo decirlo ya habrá perdido la idea, y los demás no podrán siempre comprender instantáneamente que él quiera o deba escribir algo *en ese momento*, a menos que se trate de un genio reconocido,⁴⁸ en cuyo caso hasta puede “hacerse el loco” o “parecer como un loco;”⁴⁹ caer en “ensueños semejantes a trances,” levantarse “frenéticamente para registrar sueños y alucinaciones.”⁵⁰ Pero esto no parece un consejo muy práctico para los hombres comunes.⁵¹

No dejemos que los demás nos pidan o impongan inconscientemente un “orden” que la creación no tiene.

La salida de lo que se esté haciendo para pasar a escribir lo que se está pensando debe ser instantánea: No dar explicación alguna, tomar papel y lápiz, fichas, lo que tengamos a mano, y escribir la idea allí no más, delante de quien esté con nosotros; o irse a buscar el lugar más cercano donde ponerse a anotar. Este es uno de los consejos que se puede dar a quien pregunte *cómo* escribir: Sin vueltas ni excusas a los demás, casi sin que se den cuenta de lo que se está haciendo y en todo caso sin importarle a uno lo que piensen de ello. Son muchísimos, a su vez, los autores que guardan lápiz y papel junto al lecho, porque a veces se despiert-

⁴⁶ E. D. ADRIAN, “Qué sucede cuando pensamos,” en el libro de SHERINGTON y otros, *Las bases físicas de la mente*, op. cit., p. 28: El pensamiento ocasional no implica “alteraciones extensas de la actividad celular, mientras que ello sucede cuando el pensamiento se concentra en un problema particular.”

⁴⁷ ECCLES, op. cit. p. 438. En igual sentido RAUDSEPP, op. cit., p. 211, enfatizando la necesidad de anotar de inmediato.

⁴⁸ Se dice que MOZART, cuando jugaba de niño con sus compañeros, en caso de tener alguna inspiración musical le bastaba con exhortarlos al silencio y mientras tanto escribía las melodías que surgían en su mente: HARMAN y RHEINGOLD, op. cit., p. 57 y su referencia.

⁴⁹ Lo segundo era la suposición que TCHAIKOVSKY se hacía de lo que pensarían los demás al verlo cuando se encontraba inspirado: VERNON, op. cit., pp. 57 y ss. RAUDSEPP sugiere “tratar de desarrollar la capacidad de cerrarse al medio exterior a voluntad” (op. cit., p. 213.) Es, como bien se observa, el paradigma del profesor “distruido.” O sea, *abstraído* de su medio.

⁵⁰ Es la observación que formulan HARMAN y RHEINGOLD, op. cit., p. 57.

⁵¹ Aunque un muy inteligente y cuerdo abogado que conocemos utiliza el argumento para terminar discusiones ociosas con proveedores que pretenden convencerlo de consumir, hacer o adquirir algo distinto de lo que él quiere: “Sabe lo que pasa, soy loco.” Le resulta eficaz.

tan con ideas o “sueños” creativos.⁵² Otros tienen ideas en cualquier momento, y entonces recurren al “sistema de los papelitos,” y cada vez que aparece una idea en la mente la apuntan en un trozo de papel, el primero que encuentran.⁵³ Es que las ideas novedosas no vienen generosa e insistentemente una y otra vez a golpear la puerta de nuestra atención, hasta que, llegada la hora del día que estimemos propicia, terminadas nuestras demás tareas, nos dignemos sentarnos a la máquina. “Nadie puede trampear con la inspiración. Tiránica como es, huye si uno se le rebela. Por eso, en cuanto aparece, el escritor pone a su servicio todas sus fuerzas;” los autores “deben plegarse inmediatamente a la inspiración por temor a que su presencia nueva se desvanezca.”⁵⁴ Las ideas aparecen inesperada y espontáneamente, en cualquier momento: El escritor que no trabaja *full-time* como tal, sino que roba momentos a otras ocupaciones, necesita posponer por esos breves instantes lo demás, para dedicarse a grabar en cualquier papel la escurridiza idea que por un instante apareció en su hemisferio dominante, y que tampoco le tomará mucho tiempo anotar. ¡No hay tantas ideas agolpándose en la mente autoconsciente! Nos decía MARIENHOFF que como pasajero de avión estuvo en vuelos al sur cuando piloteaba SAINT EXUPÉRY, que éste no era un hombre conversador ni interesante: Estaba, en las paradas de los vuelos, acodado al mostrador de los bares de campaña, siempre escribiendo en un cuaderno...

SAINT EXUPÉRY, claro está, posponía las amenidades sociales y se hallaba en cambio escribiendo trozos de *Vuelo de noche*, *El principito*, *Piloto de guerra* o vaya a saber qué pieza literaria. A lo mejor escribía, y esto es también posible, un trozo de literatura que luego jamás le sirvió para nada: Pues no todo lo que se escribe se aprovecha,⁵⁵ e incluso hay autores que luego de años de trabajo “pierden” obras enteras en su etapa de manuscrito.⁵⁶

5. ¿No es mejor consignarlas a la memoria, en vez de anotarlas?

5.1. Los tipos de memoria y sus limitaciones

Si no las anotamos, estamos confiando en que sea nuestra memoria la que almacene su recuerdo, desconociendo que hay sistemas de memoria fijos e itinerantes,⁵⁷

⁵² Un caso conocido es el de FREUD; otros ejemplos en HARMAN y RHEINGOLD, *op. cit.*, p. 57.

⁵³ Era el método de CLAUDE BERNARD, relatado por GRMEK, a quien transcribe VERALDI, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁴ VERALDI, *art. cit.*, p. 129.

⁵⁵ POPPER, *Búsqueda sin término*, *op. cit.*, pp. 104, 108, 110, 113, 114, 158, 169; ECCO, *Apostillas*, *op. cit.*, p. 20; ECCO expresa cómo también se aprovecha indirecta e imprevistamente material escrito sin propósitos definidos; a la inversa, hasta en la recopilación de antecedentes sobran luego materiales: P. 50.

⁵⁶ Así lo expresa ANDRÉ BILLY, respecto de APOLLINAIRE, en el prefacio a APOLLINAIRE, *Œuvres poétiques*, París, Gallimard, 1965, p. LIX. Una explicación psicoanalítica, y más ejemplos, en DIDIER ANZIEU, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁷ BUNGE, *op. cit.*, p. 152 y ss.

y que en nuestro caso las ideas pertenecen al campo que será recogido por una memoria itinerante, por ende no confiable ni segura.⁵⁸

Si bien nuestra capacidad material de asimilar información en el cerebro es enorme,⁵⁹ ello no significa que sea confiable ni seguro el procedimiento de recuperación de esa información.

En otra formulación, la memoria puede clasificarse en *a)* sensorial, cuyas “señales quedan disponibles para análisis durante unos centenares de milésimas de segundo, pero son sustituidas por nuevas señales sensoriales en menos de un segundo,”⁶⁰ *b)* memoria a breve plazo o primaria, que dura “por unos cuantos segundos a un minuto o más” y “suele limitarse a unos siete datos de información,” de modo tal que cuando “penetran nuevos datos de información, parte de la vieja información es desplazada.”

Estos dos tipos de memoria son obviamente inutilizables para almacenar allí ideas creativas. *c)* Veamos ahora la memoria a largo plazo, divisible a su vez en secundaria y terciaria. La memoria “a largo plazo” secundaria es almacenada “con una señal ... débil... Por este motivo se olvida fácilmente... Este tipo de memoria puede durar de varios minutos a varias horas.”⁶¹ Tampoco es ella demasiado apta para recoger ideas como las que estamos tratando.

Por fin, en cuanto a la memoria *terciaria*, que “suele durar toda la vida de la persona,” sus señales, por ser ella “muy potente, hacen que la información esté disponible en una fracción de segundo,” pareciera que su aplicación efectiva se reduce a cuestiones que no son determinantes para lo que aquí consideramos: Entran en esta memoria potente y a largo plazo “nuestro propio nombre, nuestra capacidad de recordar inmediatamente los números del 1 al 10, las letras del alfabeto y las palabras que se usan para escribir y hablar, y también por la memoria de la propia estructura física precisa y del medio inmediato muy familiar.”⁶²

5.2. *Falencias y distorsiones de la memoria*

Desde otra perspectiva, que puntualiza la relatividad de estas clasificaciones, de todos modos se destaca el hecho común de que olvidamos fácilmente cosas que quisiéramos recordar⁶³ y a la inversa a veces recordamos detalles que no nos interesan,⁶⁴ o aún “cosas que querríamos olvidar de buena gana, continúan

⁵⁸ El tema de la memoria tiene múltiples enfoques, variantes, metodologías, pero ello no altera sustancialmente lo dicho en el texto. Ampliar en LEO POSTMAN y GEOFFREY KEPPEL, compiladores, *Verbal learning and memory*, Suffolk, Penguin, 1969, para una selección de textos.

⁵⁹ Mil millones de megabytes, según ISAAC ASIMOV, *The Human Brain. Its Capacities and Functions*, Nueva York, Mentor, 1965, pp. 338 y 339.

⁶⁰ GUYTON, *op. cit.*, p. 823.

⁶¹ GUYTON, *op. loc. cit.*

⁶² GUYTON, *op. loc. cit.*

⁶³ ERWIN LAUSCH, *Manipulation. Der Griff nach dem Gehirn*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1972, p. 216. La observación, por cierto, es antigua, y ya la encontramos en SCHOPENHAUER, *op. cit.*, pp. 579 y 585.

⁶⁴ LAUSCH, *op. loc. cit.*

atormentándonos,⁶⁵ o no recordamos algo que, sin embargo, sabemos que *está* en algún lugar de la memoria,⁶⁶ u olvidamos algo que al verlo o encontrarlo nuevamente lo recordamos.⁶⁷

A veces se producen otras “distorsiones en la memoria, y recordamos lo que no sucedió,”⁶⁸ y en cualquier caso, “la información que se recuerda puede aparecer de forma ligeramente diferenciada a la aprendida al principio.”⁶⁹

Peor aún, hay casos en que creemos desarrollar *ex novo* un pensamiento original, ignorando que estamos tan sólo transcribiendo de nuestra memoria recóndita algo que hemos leído años antes, sea que emerja en forma idéntica al original —NIETZSCHE⁷⁰ y otros—,⁷¹ o reelaborada —COLERIDGE—. ⁷²

5.3. La involución del uso de la memoria

Hay también en todo esto una probable evolución cultural, en la cual hemos pasado hace ya muchos siglos a no depender de la transmisión cultural oral, con lo cual nuestras facultades de memoria son posiblemente inferiores a las de culturas con mayor tradición oral.⁷³ Las antiquísimas técnicas mnémicas que sobrevivieron dos milenios perdieron su relevancia entre Gutenberg y el Renacimiento,⁷⁴ y ya en los círculos educacionales modernos la pura y simple memoria no es especialmente valorada.⁷⁵ Reaparecen esporádicamente personas dotadas de una extraordinaria capacidad de memoria, pero no todas se han destacado por su creatividad;⁷⁶ en cualquier caso, creativas o no, las personas memoriosas no abundan hoy en día.

El prodigioso aumento de memoria en las computadoras de escritorio y en internet y *Cloud Computing* en general hace menos aún necesario el ejercicio

⁶⁵ JOSEPH D. NOVACK, *Teoría y práctica de la educación*, Madrid, Alianza, 1985, p. 65 y sus referencias.

⁶⁶ LAUSCH, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁷ LAUSCH, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁸ NOVACK, *op. loc. cit.* y sus referencias.

⁶⁹ NOVACK, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁰ JUNG, *op. cit.*, p. 33 relata el caso de NIETZSCHE, que en *Así habló Zarathustra* reescribió, en su lenguaje original, un relato de un libro de navegación que había leído a los once años: “...es inconcebible que NIETZSCHE tuviera idea alguna de estar plagiando aquel relato. Creo que cincuenta años después se deslizó inesperadamente bajo el foco de su mente consciente.”

⁷¹ FIORINI nos contó que le ocurrió esto con un art. que publicó, descubriendo luego en su biblioteca el mismo art., de otro autor, subrayado y anotado por él mismo años antes de publicar, sin saberlo conscientemente, la misma versión.

⁷² *Supra*, § 3.1. Como dice NOVACK, *op. cit.*, p. 104, “a veces pensamos que hemos tenido una idea creativa y después nos damos cuenta que probablemente habíamos recibido (por medio de aprendizaje receptivo) la relación conceptual de algún profesor o autor que no podíamos recordar.”

⁷³ RESTAK, *op. cit.*, p. 204.

⁷⁴ Un desarrollo del tema en WITROCK, *op. cit.*, pp. 142 y ss. Volvemos incidentalmente sobre esta cuestión a propósito del elemento visual en la clase magistral, cap. XIII, § 2.2 y 2.3.

⁷⁵ RESTAK, *op. loc. cit.*

⁷⁶ RESTAK, *op. cit.*, pp. 190-203. Una excepción de gran memoria y creatividad sería PROUST: RESTAK, *op. cit.*, pp. 190 y 191. Otra fue HOMERO; “Pero por lo que sabemos, HOMERO hubo muy pocos:” SAGAN, *op. cit.*, p. 276. MOZART entraría en esta reducida lista, aunque con reservas: GARDNER, *op. cit.*, pp. 384 y 393.

puro y simple de la memoria. Hoy en día, hasta para buscar información, lo que hace falta no es memoria sino creatividad.

La conclusión inevitable, desde un ángulo u otro que se lo mire, es que no parece filosófica, empírica ni fisiológicamente sensato confiar a la memoria las ideas que se nos ocurran respecto de cualquier trabajo que debamos hacer o estemos haciendo,⁷⁷ a menos que deseemos cultivar las técnicas mnémicas que precedieron a la imprenta, y lo sepamos hacer.⁷⁸ Es posible que en algunas ramas del quehacer la observación sea indispensable junto a la memoria; pero en el caso de la simple profesión de abogado no parece que tenga sentido el esfuerzo de cultivar técnicas de memoria cuando existen tantos modos sencillos de consignar lo que sea por escrito y buscarlo a través de la PC.

5.4. *El uso racional de la memoria vs. la escritura*

Y aunque estemos privilegiados por una excelente memoria, “Querer recordarlo todo es una hazaña tan inútil como subir cinco pisos por la escalera cuando podemos usar el ascensor;” “Aquello que nos obligamos a guardar en la memoria relega un sector de nuestra capacidad cerebral a la función pasiva de playa de estacionamiento de ideas; a la inversa, el hecho de olvidar algo a pesar de todos los esfuerzos genera perturbaciones frustrantes;”⁷⁹ por ello, “no hay excusa para no escribir de inmediato todo lo que se nos ocurre, ni para olvidarlo.”⁸⁰

Si no anotamos una idea en el preciso instante en que ella nace en nuestro cerebro, estamos haciendo un acto superfluo o infundado de confianza en nuestra capacidad de registrar ideas en la memoria, para re-generarlas y escribirlas en *otro* momento de nuestra elección. El dejar la escritura de una idea “para después” es así arriesgarse a que esa idea no reaparezca.⁸¹ Si la idea era ir al cine, desde luego que no necesitamos incluirla en la agenda: Si era cómo fundamentar en forma original y novedosa una cuestión, ella puede no renacer si no la anotamos en el momento en que ha tenido existencia en nuestra autoconsciencia o hemisferio dominante. “No confíe en su memoria. A menudo dejamos escabullirse una idea buena porque pensamos que la vamos a recordar. Con mucha frecuencia una idea que brilla durante un breve instante quedará irrecuperablemente perdida si no la anotamos en el momento.”⁸² Anotar una idea no implica abandonar el

⁷⁷ De todas maneras, para que se produzca el proceso fisiológico de desarrollo del sustento material de alguna información en cuanto memoria a largo plazo, se requieren de dos a tres horas de concentración sobre aquello que intentamos almacenar de ese modo, con lo cual el tiempo que se consume es mayor que el de escribirlo, y se ocupa espacio de memoria tal vez superfluamente.

⁷⁸ Nos remitimos a WITTROCK, *op. loc. cit.*, y sus remisiones.

⁷⁹ SERVAN SCHREIBER, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁰ SERVAN SCHREIBER, *op. cit.*, p. 164.

⁸¹ “La mayor parte de lo que la inteligencia deja escapar no vuelve jamás a recuperarlo.” (SCHONPE-HAUER, *op. cit.*, p. 585.) Puede haber una falsa idealización de ideas no recordadas, como recordamos al final del § 7 del cap. XI. (PÉREZ.)

⁸² RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 211. Ver también la cita de PÉREZ que hacemos al final del § 7 del cap. XI.

uso de la memoria: Precisaremos de ella para ordenar y recordar los papeles en que hemos anotado las ideas.⁸³

5.5. *El registro o la pérdida de la idea*

“El cerebro es autónomo (se pone a funcionar por sí mismo) en algunos aspectos y dependiente en otros.”⁸⁴ Tenemos pues que aprender a recoger sus frutos cuando se pone a funcionar,⁸⁵ autónomamente o no, y a producir ideas que, como todas, existirán en el cerebro, “pero sólo allí y sólo en el momento que son pensadas.”⁸⁶ Pasado ese momento, la idea simplemente no existe más en nuestra mente autoconsciente, y si no tenemos registro escrito de ella, es difícil o imposible que el cerebro vuelva a producirla en forma análoga, al no poder recurrir a la versión documental de su anterior presencia fugaz en la mente, y no tenerla necesariamente existente ni fácilmente accesible en la memoria.

En definitiva y según el proverbio chino, “La tinta más pálida es mejor que la memoria más retentiva.”⁸⁷

⁸³ Ver *infra*, § 7 *in fine* del cap. XI.

⁸⁴ BUNGE, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁵ O sea, seguir el hilo de una idea poniéndola sobre papel, en la PC, etc.

⁸⁶ BUNGE, *op. cit.*, p. 108. Recordamos la salvedad previa sobre el mundo 2 de POPPER.

⁸⁷ Citado por HARRY MADDOX, *Cómo estudiar*, Barcelona, Tau, 1969, p. 99.

CAPÍTULO XI

RESUMEN DE LA REDACCIÓN CREATIVA DE LO ESCRITO

SUMARIO

1. La adquisición del oficio Mét-XI-1
2. El trabajo de reelaboración: Claridad, estilo, sistematización,
etc. Mét-XI-2
3. Un trabajo largo ¿se hace de una sola vez o de a pedacitos? Mét-XI-3
4. ¿Cuál es el momento de la autocrítica? Mét-XI-4
5. ¿Hace falta un esquema previo? Mét-XI-7
6. ¿Cuándo se anotan las pequeñas ideas? Mét-XI-8
7. ¿Hay que tirar lo que no sirve? Mét-XI-10

Capítulo XI

RESUMEN DE LA REDACCIÓN CREATIVA DE LO ESCRITO

1. *La adquisición del oficio*

Ya vimos que un abogado eficiente, en cualquier función que haya de desempeñar (juez, funcionario, abogado independiente, etc.) necesita saber *crear y escribir*. Si “Aprender a leer y, en menor grado, a escribir son, sin duda, los mayores acontecimientos en el desarrollo intelectual de una persona,”¹ el estudiante de derecho o abogado necesita ser entrenado por sus profesores o jefes en esta parte de su formación. El tiempo y el esfuerzo constante le irán dando una destreza creciente, en la cual se alivianan las dificultades que plantea el idioma, la gramática, etc., y poco a poco mejorarán el orden expositivo, la puntuación, la elegancia de la escritura, el estilo² literario.³ Hay que escribir *mucho*, durante años, para adquirir el oficio. “Mozart no podría haber escrito sus obras más importantes... si no hubiera escrito antes miles de fragmentos musicales.”⁴

En el camino quedarán trabajos flojos o malos y fruto de excesivos esfuerzos, propios de los primeros años de la adquisición del oficio, pero poco a poco el que persista irá llegando a adquirir cada vez más destreza para expresarse *mejor* y al propio tiempo con menos dificultad: Con los años, las palabras fluyen cada vez más fácilmente, y con mejor estilo. Por lo expuesto, ayuda empezar a escribir tan temprano como se pueda, como lo atestiguan la mayor parte de los escritores.⁵ De todas maneras, convendrá releer las páginas de BORGES sobre los excesos

¹ POPPER, *Búsqueda sin término*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 17.

² Como expresa STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 74, “El estilo es la manera particular con el cual un autor ordena sus conceptos y habla la lengua de su oficio.”

³ Ver, por ejemplo, J. MIDDLETON MURRAY, *El estilo literario*, México, FCE, 1951, o GUILLERMO DÍAZ-PLAJA, *El oficio de escribir*, Madrid, Alianza Editorial, 1969.

⁴ JOHN GARDNER, *Arte, mente y cerebro. Una aproximación cognitiva a la realidad*, Buenos Aires, Paidós, 1987, *op. cit.*, p. 388.

⁵ Algunos empiezan de niño, como ARAGÓN, SARTRE, etc. Ver ARAGÓN, *op. cit.*, p. 136; en la p. 53 habla de sus “novelas de infancia, las sesenta novelas que poblaron mis años desde los cinco hasta los diez años.”

“estilistas,”⁶ la representación de la realidad,⁷ y no caer en el defecto del que “No comete pecados en la sintaxis, que es eficaz, pero sí en el argumento que indica.”⁸

2. *El trabajo de reelaboración: Claridad, estilo, sistematización, etc.*

Hay una relación directa entre el *trabajo* que se ha puesto en corregir una y cincuenta veces —no es exageración— el borrador originario de un escrito y la claridad⁹, sistematización, armonía, ritmo, poder de convicción, etc., que resulta. Hay que adquirir “el hábito de escribir y reescribir una y otra vez, continuamente clarificando y simplificando.”¹⁰

El escrito poco trabajado es menos ordenado y más difícil, más repetitivo, ambiguo, oscuro,¹¹ etc. Es la regla que se dice expuso EINSTEIN para la ciencia: “Diez por ciento de imaginación, noventa por ciento de transpiración.”¹² Trabajando, o sea escribiendo, también emergen ideas creativas, sea en ese mismo momento o posteriormente, a consecuencia de haber estado escribiendo, estudiando, pensando. Sucesivas relecturas y correcciones hasta el momento final de la firma e incorporación al expediente mejoran siempre todos los aspectos de forma y de fondo. Y después de terminado y entregado encontrará aspectos que podría haber perfeccionado.

Si el tiempo lo permite, conviene dejar reposar un trabajo, tomar distancia de él,¹³ pues ayuda a verlo más críticamente. Nadie podrá tal vez seguir el consejo de HOMERO, que escribía un poema y lo dejaba siete años antes de corregirlo una vez más y darlo a la luz, pero en el caso de las sentencias judiciales es tradición de muchos tribunales discutir y pulir versiones durante cierto tiempo, si el caso

⁶ *Obras completas*, pp. 202-205, “La supersticiosa ética del lector” en su obra *Discusión*; p. 242, donde define “el buen pleonismo,” “el buen abuso de las conjunciones adversativas,” etc.; p. 265, su crítica a FLAUBERT en la búsqueda del *mot juste*; p. 249, su indirecta defensa del “deliberado manejo de anacronismos” en JOYCE.

⁷ “La postulación de la realidad,” en *op. cit.*, pp. 217-219, donde está lo más útil para nuestro caso.

⁸ BORGES, *op. cit.*, p. 421, “El arte de injuriar,” en su obra *Historia de la eternidad*.

⁹ La claridad no es una habilidad innata: Es el producto del esfuerzo y la corrección *ad infinitum* de un texto, hasta que queda finalmente comprensible. Si la idea que se quiere transmitir al papel resulta confusa al comienzo, el progresivo trabajo sobre su texto contribuye a aclararla en la propia mente a través de su expresión escrita.

¹⁰ POPPER, *Búsqueda sin término*, *op. cit.*, p. 112. Es la observación más común, aunque no la regla absoluta, entre los escritores y creadores. Una excepción sería MOZART.

¹¹ Hemos dedicado una nota a esos trabajos de poco esfuerzo en “El derecho administrativo en los últimos 75 años en la Editorial La Ley,” en GORDILLO (dir.) *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

¹² O EDISON: “La invención: 1 por 100 de inspiración, 99 por 100 de transpiración.” (MOLES, *op. cit.*, p. 258.) Otra “proporción” (20-80) en UMBERTO ECCO, *Apostilla al nombre de la rosa*, Buenos Aires, Lumen, 1987, p. 16, no cambia la idea central... son muy pocas las cosas que salen de un trazo bien, y aun ellas el autor siempre puede mejorarlas.

¹³ Es este, sin duda, un consejo que vale para todo. Ver, entre otros, JEAN-LUIS SERVAN SCHREIBER, *Cómo dominar el tiempo*, Buenos Aires, Emecé, 1986, p. 112.

lo justifica,¹⁴ y muchos escritores interrumpen un trabajo por períodos más o menos largos,¹⁵ sin perjuicio de continuar con otros.¹⁶

Por otra parte, llega siempre un punto en que las correcciones producen, como en economía, rendimientos decrecientes; allí es necesario detenerse. Y quienes lleguen a escribir como BORGES podrán alguna vez decir: “Durante muchos años creí que me sería dado alcanzar una buena página mediante variaciones y novedades; ahora, cumplidos los setenta, creo haber encontrado mi voz. Las modificaciones verbales no estropearán ni mejorarán lo que dicto, salvo cuando éstas pueden aligerar una operación pesada o mitigar un énfasis.”¹⁷ Para los demás, mejor recordar su otra afirmación de que “El concepto de *texto definitivo* no corresponde sino a la religión o al cansancio,”¹⁸ o, desde luego, a la muerte.¹⁹

3. *Un trabajo largo ¿se hace de una sólo vez o de a pedacitos?*

Hemos expuesto en este subtítulo un interrogante absurdo, que además está contestado en el cap. anterior, pero lo hacemos porque implícitamente está presente, como *respuesta errónea*, en mucha gente que a lo mejor quiere o querría escribir algo, o debería hacerlo y sin embargo no encuentra cómo.²⁰

El caso más típico de falencia, en el sentido de este subtítulo, se encuentra en quienes se enfrentan a posibles trabajos que saben deben tener alguna extensión considerable (una tesis, un libro, un tratado), o incluso extensiones más reducidas pero contadas en más de una decena de páginas: Una monografía, un art., una sección para un libro colectivo.

El problema de *extensión* no se le suele presentar en cambio al que tiene que hacer una demanda, alegato, sentencia, porque sabe que no hay extensión alguna requerida y si puede ser conciso es mejor.

En este caso el objetivo inicial es poder “construir la argumentación partiendo de un modelo simple, que iremos enriqueciendo progresivamente.”²¹

En ambas situaciones la cuestión es análoga: Pocas veces un trabajo se hace todo de un tirón, ni aún el primer borrador.²² Si hablamos de un libro, la afirma-

¹⁴ Así, en la Corte de Estados Unidos, como relata SCHWARTZ, *Super Chief*, *op. cit.*

¹⁵ ECCO, *Apostillas...*, *op. cit.*, p. 26, dejó durante un año *El nombre de la rosa*; otros ejemplos abundan. Ver JEAN-LOUIS DE RAMBURES, *Comment travaillent les écrivains*, París, Flammarion, 1978, p. 51.

¹⁶ Es una de las formas de estimular la creatividad: Cap. VIII, § 5.2.

¹⁷ *Obras completas*, *op. cit.*, p. 1022.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 238, “Las versiones homéricas,” en su obra *Discusión*.

¹⁹ Así MIGUEL ÁNGEL trabajó cincuenta años en distintas versiones de “La Piedad,” y la muerte le llegó con una de ellas inconclusa: HEUSINGER, *op. cit.*, p. 31.

²⁰ Puede con ello prescindir de la lectura de esta segunda parte quien haya encontrado razonable lo precedente, o no le queden dudas prácticas al respecto.

²¹ CARRIÓ, *Cómo argumentar...*, *op. cit.*, p. 51.

²² Una excepción sería CLAUDE LEVI-STRAUSS, según se expresa en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 107; de todos modos, destaca que ese manuscrito puede ser “monstruoso” y que sólo después puede “pasar a la escritura,” o sea, a rehacerlo por partes; dice lo mismo FRANÇOIS MALLET-JORIS, citado en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 112.

ción es tan evidente que parece superflua. Sin embargo creemos que no siempre lo es, y por eso insistimos en lo obvio: Cualquier trabajo, largo o reducido, se hace de a pequeños pedacitos, creados cada uno separada e individualmente, que al comienzo no tienen todavía la suficiente entidad o unidad como para constituir siquiera el borrador inicial.

En esa primera etapa todo lo que vamos consiguiendo son fichas, papeles sueltos, pequeñas anotaciones, frases que se nos han ocurrido, etc., que hemos juntado a propósito de algún interés concreto y aún no sabemos cómo ordenar, ni siquiera sabemos si podremos armar en algo que sea de interés.

GOETHE cuenta que antes de escribir *Werther* “había juntado la totalidad de los materiales de que disponía, *pero no querían tomar forma alguna*,” le faltaba un “argumento que habría de darles cuerpo,” hasta que un día tuvo “como una iluminación” y concibió el esquema de la obra, la cual pasó a escribir ininterrumpidamente durante un mes, sin salir de su habitación, hasta terminarla.²³

Es así de a poco, con la sucesiva acumulación de trozos de ideas, que va tomando forma algo parecido a un primer escrito, o al esquema argumental de él.

A su vez, para hacer ese primer documento a partir del cual seguir trabajando, no hay otra forma que la de hacerlo de a pequeños trozos, ordenados y sistemáticos o no, que progresivamente irán completándose con nuevos distintos párrafos hasta que, de a poco, y por sucesivos agregados, armados, supresiones, reordenamientos, comienza a tomar la forma de un borrador con unidad temática.

Sea cual fuere la extensión que resulte, casi siempre sólo ha podido materialmente ser realizada de a poco, por etapas sueltas, trozos independientes, aproximaciones sucesivas, etc., que sólo lenta y progresivamente fueron algún día comenzando a adquirir forma unificada o sistemática, y siempre todavía provisional, como primera expresión de ideas propias a ir enriqueciendo posteriormente.

BORGES, a partir de su ceguera, no pudo hacer ni siquiera cuentos cortos, al no poder leer lo que antes escribía de a partes, y debió reducir su creatividad a ensayos breves y poemas, los únicos que podía, por su mayor brevedad, elaborar íntegramente en su cabeza antes de dictarlos.²⁴

4. ¿Cuál es el momento de la autocrítica?²⁵

La respuesta es otra vez una obviedad, pero gran cantidad de personas tienen una conclusión errónea a través de su comportamiento.

Estamos insistiendo en que las ideas tienen existencia en la mente sólo por momentos. Son muy pocos los creadores con la suficiente capacidad²⁶ como para

²³ Citado en VERALDI, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

²⁴ ANA MARÍA BARRENECHEA, *La expresión de la irrealidad en la obra de Borges*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1984, p. 12: “Si no veía lo que escribía, no podía imaginar una historia de cierta extensión. Por eso se volcó a la invención de prosas muy breves.”

²⁵ Continuamos aquí el desarrollo introductorio efectuado en el cap. VIII, § 8.

²⁶ Memoria, atención, concentración, motivación, lo que fuere, en alto grado.

concebir enteramente en su cabeza, sin escribir nada, toda una obra completa. Se dice que algunos genios de la música podían hacerlo, MOZART, por ejemplo,²⁷ aunque en la misma línea BEETHOVEN en cambio modificaba y reescribía su composición con frecuencia.²⁸ VAN GOGH dice de una de sus obras que la concibió íntegramente en su cabeza antes de ejecutarla,²⁹ pero no es la regla en los artistas, en ellos el acto de creación no es previo sino concomitante al acto de pintar,³⁰ esculpir, dibujar. La creación y autocrítica no pueden hacerse “en la cabeza,” antes de escribir una línea. Los creadores desarrollan la aptitud de volcar sus ideas al papel³¹ sin criticarlas o censurarlas³² y luego someten a crítica lo que han realizado, trabajando en múltiples versiones³³ de las que van descartando lo malo, seleccionando³⁴ y reelaborando lo bueno.³⁵ La creación supone liberación o libertad interior, al menos momentánea desinhibición, suspensión de la autorepresión y autocrítica hasta el momento en que la idea ya esté vertida al papel. Ello supone una mezcla de modestia y audacia: Modestia para admitir *a priori* que uno puede hacer trabajos que resulten malos, y audacia para prescindir en el acto creativo de los cánones o normas.³⁶

La valía o seriedad del trabajo creativo depende también de la posterior autocrítica y mejoramiento o censura total final, pero esto es una etapa ulterior y diferente. No se adelanta jamás en materia de creación si se ejerce un rol autocrí-

²⁷ Según su famosa carta ya citada, VERNON, *op. cit.*, p. 55; aunque hay quienes dudan de su autenticidad. Un desarrollo de este problema concreto de si MOZART concebía o no toda la obra en su mente, que concluye por la negativa al menos en términos literales, en GARDNER, *op. cit.*, pp. 384 a 393.

²⁸ POPPER, *Búsqueda sin término*, *op. cit.*, pp. 89 y 91: “trabajaba con el mayor empeño, versión tras versión, en una idea, intentando clasificarla y simplificarla.”

²⁹ VAN GOGH, *Correspondence complète*, t. II, París, Gallimard, p. 101, transcripto en VERALDI, *op. cit.*, p. 124.

³⁰ Algunos pintores dicen “Yo no bosquejo. Lleno. Y también retoco. Aprovecho lo de abajo. Pero no me planteo el cuadro en la cabeza. Porque después de ir haciéndolo te das cuenta de que sale otra pintura.” JOSEFINA ROBIROSA, revista *DYD*, nº 2, Buenos Aires, 1987, p. 40.

³¹ Papel, tela, mármol u otro soporte físico que corporice la idea creativa.

³² O como dice SAMUEL BECKETT, escribo “sin saber lo que ello significa... Los sí y los no, esto es otra cosa, ellos me vendrán a medida que avance.” Citado en ARAGÓN, *op. cit.*, p. 150.

³³ Ya recordamos el “yo pruebo, pruebo y pruebo” de JOSEFINA ROBIROSA, *op. cit.*, p. 38. También agrega: “Creo que mis ideas funcionan sólo en la primera instancia. Después se enriquecen en la reparación del error.” (Pp. 40 y 41.)

³⁴ POPPER, *La sociedad abierta...*, *op. cit.*, pp. 78, 82, 84, 88. En palabras de STRAWINSKY, *op. cit.*, p. 73, “Todo arte presume un trabajo de selección... Proceder por eliminación, saber descartarse... es la gran técnica de la selección.”

³⁵ Así MATISSE hacía dibujos que llamaba “Variaciones,” “soñando con la mano” (ARAGÓN), hasta que le salía uno inspirado, y de éste decía que había comenzado por “un leve movimiento tembloroso” que querría terminar en un “canto de órgano.” ARAGÓN, *op. cit.*, p. 131, extendiendo la comparación de la pintura a la música, como MATISSE, y por implicancia a la escritura.

³⁶ JOSEFINA ROBIROSA, a la pregunta “¿Tuviste que prescindir de algo para concretar tu obra?” expresa: “Sí, creo que de mi educación y de los valores estéticos. Y tuve que incorporar la aceptación de mis propios procesos. ¿Sabes por que ROMULO MACCIÓ es un gran pintor? Porque se permite cuadros malos.” Revista *DYD*, nº 2, Buenos Aires, 1987, p. 40.

tico antes de haber visto en blanco y negro (o en el pentagrama, la tela, maqueta, etc.) cuál es la idea propia que se trata de criticar o censurar.³⁷

Por cierto que esto produce mucho trabajo que finalmente no sirve, que ni el propio autor muestra o publica, que incluso destruye expresamente o manda destruir a sus herederos. (Para no destruirlo él mismo por las dudas que, mientras viva, pueda mejorarlo.) Eso es normal, sea que los demás luego compartan o no la mala o buena calidad de lo ocultado o mandado destruir.

No se *crea* en la actitud pasiva o “reflexiva” de *El pensador* de RODIN,³⁸ se lo hace *escribiendo* ideas para ver como quedan, del mismo modo que el escultor no *crea* la escultura en su cabeza, sino que primero hace numerosos dibujos³⁹ y luego *esculpe* primeras y sucesivas versiones,⁴⁰ antes de llegar a la escultura definitiva. Se crea una escultura *dibujando y esculpiendo*.⁴¹

Así como RODIN no *creó* *El pensador* en la actitud en que físicamente lo coloca —abstraído, estático, quieto—, sino que lo hizo *dibujando* primero y *esculpiendo* después sucesivas versiones antes de la última o definitiva, así también el que escribe en cualquier tema no se coloca como *El pensador*, sino como RODIN; o sea *actuando*, pero esta vez en el plano literario.⁴² *Escribiendo* ideas sueltas, dando forma de a poco al primer borrador del trabajo, lo que puede llevarle horas, días, meses o años según su interés, creatividad, tiempo.

No conocemos en cambio de ningún gran creador que haya sostenido formalmente que *todo* un libro lo tenía *íntegramente* en la cabeza antes de escribirlo; sí la idea general, el desarrollo global, pero no todo el *texto* de la obra. Dejamos para el párrafo 5 la cuestión de si es indispensable partir o no de un esquema, pero digamos acá por el momento que la escritura misma, la factura concreta de la obra, no puede normalmente desarrollarse *íntegramente* en el cerebro, para luego pasar a redactar meramente las ideas previamente pensadas *in totum*. Ello supondría un esfuerzo gigantesco e inútil de memoria (*infra*, § 7), cuanto menos, y probablemente sea incluso imposible.

³⁷ Por eso FRANCOISE MALLET-JORIS dice que escribir de entrada “todas las tonterías que le pasan por la cabeza:” Para destacar el carácter *acrítico* que debe tener este primer momento creativo: Citado en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 111.

³⁸ Vieja percepción. “Cualquier escritor mediano describirá fácilmente la actitud de inmovilidad de un hombre sumido en honda meditación o en el asombro que petrifica, diciendo: *Parecía una estatua.*” (SCHOPENHAUER, *op.cit.*, p. 532.)

³⁹ Ya vimos que del mismo modo procede el pintor, como también lo recuerda CLAUDE LEVI STRAUSS en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 107, haciendo igual paralelismo con la escritura. La diferencia reside en que LEVI STRAUSS puede hacer el libro entero para después retrabajarlo, en lugar de proceder por partes (p. 107); ello, de todos modos, *luego* de la investigación preliminar. (P. 109.)

⁴⁰ Por ejemplo, MATISSE: ver LEGG, *op. cit.*, pp. 23-35. Lo mismo MIGUEL ÁNGEL, LEONARDO DA VINCI.

⁴¹ Desde luego, según la técnica y el material empleados esta palabra es susceptible de múltiples denotaciones, pero todas ellas están en el campo de la *acción*, no de la *meditación* exclusiva y previa.

⁴² Es “pensar por la escritura” como dice ARAGÓN, *op. cit.*, p. 130, tomando el ejemplo del pintor GEORGES BRACQUE en su autodescripción del acto de pintar un cuadro; “No sabía lo que iba a decir, es el decirlo que le hace decirlo.” Igual reflexión en MATISSE: LEGG, *op. cit.*, p. 1.

Ese posible error en quien tiene que escribir algo puede llevarle a intentar pensar primero todo en su cabeza, para luego iniciar el acto de escritura global y único. En verdad las cosas no ocurren así.

La reflexión crítica adecuada del conjunto y de sus partes sólo es materialmente posible a partir de un documento que tenga existencia en el papel, y permita entonces su evaluación global y sectorial, modificación, adecuación.

5. ¿Hace falta un esquema previo?

Hay novelistas profesionales que tienen todo el esquema o idea central de un libro en la cabeza o en el papel antes de comenzar a escribirlo, lo cual no dista mucho de quienes elaboran primero el esquema de una investigación haciendo el programa o índice de su contenido temático; otros hacen el plan *a posteriori* del trabajo ya encaminado o incluso concluido en su primera versión.⁴³

Ambas alternativas son admisibles cuando se trata de hacer un escrito jurídico creativo; se puede comenzar con un plan completo, con sólo alguna conjetura, o con ninguna: En este último supuesto el trabajo se inicia por lo general por el ordenamiento y relato de los hechos y antecedentes del caso.

En el primer caso, es la situación típica de quienes proponen una investigación a un organismo que pueda subsidiarla, y necesitan primero someter a aprobación un listado ordenado y lógico de temas y subtemas a tratar (con otros ingredientes: Propósitos, métodos, bibliografía, director de la investigación, etc.) Lo mismo ocurre con quien propone un tema de tesis para el doctorado.

Esto puede resultar necesario en tales casos, y fructífero a muchas personas, pero salvo los supuestos de obligatoriedad (subsidio, tesis), no es indispensable partir de ese modo, ni la mayoría de los trabajos se hacen así;⁴⁴ tampoco el resultado final confirma cada una de las hipótesis temáticas previamente concebidas.

Es posible partir de alguna conjetura si uno la tiene inicialmente, aún sin desarrollar un plan; también al ir escribiendo trozos de ideas sueltas alrededor de algún tema que nos interesa, es factible que finalmente formulemos *ex post* alguna o algunas conjeturas que comiencen a darles unidad.

Otras veces tenemos anotaciones de ideas autónomas, que durante años permanecen aisladas, sin poder al parecer servir a nada útil ni formar parte de ningún proyecto concreto de investigación; puede o no llegarles el día en que encajen dentro de una conjetura posterior, y resulten a la postre, a veces décadas después, perfectamente aptas para integrar el primer borrador de esa hipótesis

⁴³ FRANÇOISE MALLET-JORIS, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 112. También el pintor GEORGE BRAQUE, según relata ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 128-130, comparando una vez más con la literatura. A su vez, él expresa lo mismo de *toda* su propia obra literaria: pp. 14-17. También GOETHE concibió "las líneas maestras" de *Werther* recién después de juntar "la totalidad de los materiales de que disponía." VERALDI, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

⁴⁴ Salvo grandes ideas previas, líneas generales, etc., o conjeturas o hipótesis generales o particulares.

no existente en el hemisferio dominante al momento de emerger la idea parcial y aislada.⁴⁵

Concluyendo, una obra larga se hace de a pequeños pedazos, y ni siquiera como si se construyera una pared, por un orden lógico,⁴⁶ sino que a veces se crea a partir de trozos desconectados y asistemáticos que poco a poco pueden llegar —pero no siempre llegan— a constituir una pieza coherente sostenida por alguna conjetura.

En cuanto al orden vs. desorden, nos remitimos al cap. VIII, § 4.1. y 4.3.

6. ¿Cuándo se anotan las pequeñas ideas?⁴⁷

Otra obviedad que no todos tienen siempre presente, es en qué momento conviene anotar las ideas parciales, aisladas, provisionales, que vayamos teniendo.

Si lo primero es tener motivaciones, y preferiblemente primarias, ¿cómo se hace para aprovechar las motivaciones que se tenga; para sacarlas a la superficie, desarrollarlas, hacerlas fructificar plenamente?

Al efecto, hay que comprender que tratándose de un proceso psicológico de *interés* no puede pretenderse ordenarlo directamente con la *voluntad*. Uno no se puede *mandar* a sí mismo crear algo; pero puede *ayudarse* a sí mismo a crear algo.

La “regla de oro” es no desaprovechar jamás una idea, una ligerísima chispa de motivación primaria, el más leve interés por la más superflua idea: Allí mismo hay que utilizar la voluntad, pero para dejar de lado las demás ocupaciones, importantes o no, que al momento se estén realizando, y ponerse a trasladar al papel la idea que se ha tenido en el instante. En consecuencia, “Lleve siempre un anotador. Las ideas aparecen a cualquier hora y bajo las circunstancias más extrañas. Si no las anota pueden volver a hundirse en el subconsciente.”⁴⁸

Las ideas “no tienen existencia propia.” Están en el cerebro que las piensa, “pero sólo allí y sólo en el momento en que son pensadas.”⁴⁹ Dado que “no incluye(n) la propiedad de espaciotemporalidad,” “no se encuentran en ningún lugar,”⁵⁰ es indispensable darles un soporte físico externo al cerebro, anotándolas, poniéndolas en la materialidad del lenguaje⁵¹ escrito, a fin de que luego al leerlas podamos

⁴⁵ Es lo que le ocurrió a GOETHE con *Werther*, según lo relata VERALDI, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

⁴⁶ Excepto en las novelas, en que el autor generalmente empieza por el orden o secuencia que luego tiene el libro.

⁴⁷ Reiteramos y ejemplificamos aquí lo adelantado en el cap. IX, § 3,4 y 5.

⁴⁸ RAUDSEPP, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁹ BUNGE, *El problema mente-cerebro*, *op. cit.*, p. 108. Ya lo había dicho en otro contexto SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 582: “... a condición de olvidar por el momento todas las demás, de las cuales dejamos de tener conciencia, lo que equivale a decir que en aquel instante dejan de existir para nosotros.” Ver aclaración de la nota siguiente; la bastardilla es nuestra.

⁵⁰ BUNGE, *op. loc. cit.* Estas expresiones dirigidas a refutar el mundo 3 de *Popper* resultan con todo aplicables en su contenido del mundo 2. La consecuencia práctica es la misma: Si no se anota la idea, tal vez quede registrada en la memoria pero desaparece de la conciencia y allí, al menos, se pierde.

⁵¹ Creemos que ese era el sentido con el cual ARISTÓTELES decía que el pensamiento no existe sino como pensamiento “parlante,” es decir, exteriorizado fuera de la mente, a través de signos sensibles. Ampliar *supra*, § 4.

reproducirlas en la mente con las mismas características con que aparecieron al comienzo.

El criterio de posponer lo que se está haciendo para escribir algo en el preciso momento en que la idea se cruza en la mente, parece duro y difícil. Sin duda lo es. Pero estamos queriendo contestar la pregunta de *cómo* se escribe, y a nuestro modo de ver ella atraviesa ineludiblemente la primera de *por qué* se escribe. Se escribe porque se tiene una motivación, primaria o secundaria, que genera las ideas; y se almacena la idea de la única manera segura y eficaz que existe, poniéndose en la máquina, en la computadora, al dictáfono, o tomando papel y lápiz o pluma y empezando a anotar.

Las obligaciones del momento no van a quedar demasiado tiempo postergadas: Las ideas son fugaces, y luego de anotar algún renglón, un par de páginas o más, se agota la imaginación que generó el abandono —también fugaz— de otra obligación. Al fin de cuentas, son unos minutos nada más, los mismos que utiliza cualquier compañero de oficina para tomar un café. Luego quedará siempre oportunidad para compensar a los clientes, jefes y amigos, con tiempo adicional.⁵²

Y si por ventura los dos renglones se transforman en dos o tres páginas y continúan; si la imaginación no se agota, no se cometa el error de ceder a otras preocupaciones: Esa puede ser la creación, la oportunidad, el esquema del art. completo, el memorial terminado, la monografía diseñada, el cap. o párrafo clave armado,⁵³ o a lo mejor una modestísima y finalmente inútil idea.

Tal es el destino de la creación: Nadie sabe de antemano si la idea que se le está ocurriendo será aceptable o censurable socialmente, exitosa o no: Sólo luego de escribirla podrá analizarla mejor, criticarla, contrastarla, y finalmente, postularla, olvidarla o archivarla. Sin esa primera versión escrita de la idea, una cosa es segura: Sobre ella ninguna creación, ni buena ni mala, habrá.

El tiempo que en ese instante uno quitó a los problemas cotidianos⁵⁴ no era de creación y el que empleó en su lugar, sí lo es. El momento retaceado puede adaptarse a otro horario, ya que son apenas algunos segundos, minutos o en el peor de los casos algunas horas; excepcionalmente algunos días, en un muy raro supuesto cuantitativamente importante de creatividad.

Esto no es demasiado frecuente: Sólo los que terminan con una gran producción escrita pueden necesitar hacer grandes demandas de tiempo sobre sus demás ocupaciones. En ellos, la vocación los ha hecho escritores, buenos o malos, de uno u otro calibre, y ya esto se torna parte tan sustancial de su vida como para que

⁵² A menos, claro está que se quiera aprovechar más tiempo para la creación. Como decía VOLTAIRE, “El tiempo es bastante largo para quién lo aprovecha. Quien trabaja y piensa extiende sus límites.”

⁵³ Así ECCO cuenta cómo escribió una escena creativa pero a partir de trozos “copiados,” “de una tirada,” como quien “piensa incluso a través del ritmo con que los dedos golpean las teclas de la máquina:” *Apostillas...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51, que contradice tal vez la crítica que hace a LAMARTINE en la p. 16.

⁵⁴ Esos “parásitos” según MAX GALLO, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 70.

los demás comprendan que es su trabajo y a veces, hasta para que abandonen su trabajo anterior y se puedan dedicar sólo a escribir.⁵⁵ BORGES fue funcionario público durante una parte de su vida, y ejemplos análogos son abundantes. Para andar ese camino, así sea en infinitesimal parte, hay que empezar por ir “robando” pedazos de tiempo a lo demás, a fin de ir anotando en blanco y negro las ideas que de tanto en tanto acuden a la mente, y hacerlo es ese preciso instante y no otro después.

Además, hay en esto la creación y fortalecimiento de sinapsis o canales de comunicación entre el hemisferio menor y el hemisferio dominante del cerebro o, en terminología más tradicional en psicología, entre el subconsciente y el consciente.

Si se nos permite la figura literaria, una vez que el subconsciente ha tomado “confianza” con el consciente, una vez que tiene la seguridad de que las ideas que le proporcione no serán “pospuestas” hasta terminar la charla o el trabajo ocasional, una vez que percibe que cada vez que aporta una idea al intelecto éste pondrá manos a la obra, cada vez le dará más ideas, con mayor fluidez y frecuencia.

Esta figura literaria también se puede trasladar en términos neurales⁵⁶ algo más recientes o “modernos,”⁵⁷ pero el resultado práctico es el mismo.

7. ¿Hay que tirar lo que no sirve?

Múltiples factores influyen para la respuesta, que depende:

1º) De si lo escrito —poco o mucho— no sirve porque es malo, pobre, etc., en su idea creadora,

2º) O si lo es tan sólo en su expresión, redacción, etc.,

3º) O porque no encaja en ningún otro trabajo coherente que tengamos siquiera conjeturado,

4º) También incide, sin duda, la relación entre nuestra capacidad de creación y de almacenamiento, y

5º) El propio gusto o intuición del creador por lo que ha hecho: Si le disgusta, probablemente lo tirará o destruirá.⁵⁸

Si la hipótesis es o parece ser la primera o la quinta, tal vez convenga desprenderse de lo escrito. Si había allí oculta alguna idea que no logró emerger al hemisferio izquierdo, podrá hacerlo más adelante. Así ARAGÓN terminó de escribir

⁵⁵ De todas maneras, aún los escritores profesionales se quejan del tiempo que pierden en no escribir: MAX GALLO, en DE RAMBURES, *op. loc. cit.*

⁵⁶ BUNGE, *op. cit.*, especialmente pp. 100, 104, 108 *in fine*, 152, 170, etcétera; POPPER y ECCLES, *op. cit.*, pp. 257-457, caps. E1 a E8. Desde luego, existen múltiples controversias entre ambas obras.

⁵⁷ Por cierto, el estudio y conocimiento del cerebro y su funcionamiento se encuentra aún en etapas casi primitivas, y no queda sino esperar la continuación de la investigación de los neurofisiólogos.

⁵⁸ Al respecto, la historia está llena de casos de obras salvadas luego de la destrucción por su autor, por ejemplo una de las versiones de “La Piedra” de MIGUEL ÁNGEL: HEUSINGER, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

una “novela-monstruo”⁵⁹ que finalmente destruyó, para tres o cuatro años después comenzar a repensar el *leit-motiv*,⁶⁰ lo que lo llevaría *veintidós* años más tarde a escribir otra en igual senda que la primera.⁶¹

No obstante, siguiendo la misma línea de razonamiento del punto anterior, pensamos que no hay que tirar nada, aunque no sirva, hasta que poco a poco los años y la acumulación nos van obligando a desprendernos de lo que ya no podemos físicamente almacenar, aunque un gran amigo nuestro guarda en depósitos alquilados al efecto *todos* sus papeles, librando a sus herederos el deshacerse de ellos. La computación brinda una solución tecnológica a este problema material, incrementada exponencialmente con el *cloud computing* y mecanismos de búsqueda como el *google desk* y otros que seguirán apareciendo con el tiempo. Antes era el *Altavista*.

La selección de nuestros mejores trabajos para continuar con ellos, descartando otros más pobres o malos, no requiere pues normalmente la destrucción física de estos últimos. Ello nos evitará también dudas posteriores sobre si aquello que concebimos en el pasado no era después de todo una buena idea: Basta con buscarlo y releerlo para despejar la incógnita.

Un autor expone risueña pero realistamente estas dudas de método: “1. Tengo unos papeles con apuntes que me son necesarios... 10. Los extravié, los necesito y no los tengo. 11. Los necesito porque no los tengo... 22.5. ¡Si tuviera aquellos papeles...! ... 29. Vuelvo a leerlos y me resultan insuficientes. 30. ¿Dónde, entonces, estaban los conceptos esclarecedores que en ellos supe hallar? ... 34. Compro un libro que desarrolla los puntos de vista de los papeles innecesarios que encontré. 35. ¿Son innecesarios porque los encontré?”⁶²

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 48. El término “monstruoso” es frecuentemente empleado por diferentes creadores para referirse a obras propias que luego desechan, destruyen o incluso mejoran.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 51; p. 19.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 49, y agrega: “Las vías del Señor son decididamente impenetrables;” la idea matriz era a su vez, sin duda, atrevida (p. 49), al igual que los autores que influyeron en ella: Pp. 50 y 51.

⁶² PÉREZ, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

CAPÍTULO XII

LA REELABORACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL ESCRITO

SUMARIO

1. Estructura y líneas generales	Mét-XII-1
2. Seleccionar y graduar los argumentos.....	Mét-XII-2
2.1. Los argumentos contrarios	Mét-XII-2
2.2. Los deslices propios.....	Mét-XII-2
2.3. La descripción de los hechos.....	Mét-XII-3
2.4. No “agotar” el tema jurídico	Mét-XII-3
3. El dictamen o sentencia.	Mét-XII-3
4. La sucesiva reelaboración con las fuentes del derecho, bibliografía, etc.....	Mét-XII-4
5. Las pruebas.....	Mét-XII-5
6. Las fuentes normativas	Mét-XII-6
7. La jurisprudencia	Mét-XII-6
8. La doctrina	Mét-XII-7
9. El marco conceptual previo y la investigación ulterior.....	Mét-XII-8
9.1. El marco conceptual previo	Mét-XII-8
9.2. La investigación ulterior	Mét-XII-9
10. El uso global de las citas	Mét-XII-10

Capítulo XII

LA REELABORACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL ESCRITO

1. Estructura¹ y líneas generales

El primer borrador de que hablábamos en los caps. IX y X, si constituye la base de un escrito administrativo o judicial, deberá constantemente ser controlado conforme a los sabios consejos de CARRIÓ:²

“a) Ser breve, claro y conciso. Usar un estilo llano.”³

“b) Describir con la mayor precisión y, en lo posible, sin tecnicismos,⁴ el conflicto de intereses en juego.”

“c) No escatimar el punto y aparte, los títulos y los subtítulos.” Esto es esencial, pues los títulos nos ayudan a ordenar el material y las ideas, detectar repeticiones, mejorar la secuencia y evolución argumental, visualizar esquemática y globalmente el escrito.

“d) Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros.” Sobre esto volveremos en el § 2.

“e) Hacer una síntesis de nuestra posición o mejor dos. Una al comienzo, en la que se precisará cuáles son las cosas que nos proponemos demostrar (expresión

¹ En el sentido de esquema, índice, etc.: Cap. X, § 5.

² *Cómo argumentar...*, art. cit., p. 51.

³ El escritor novel a veces es “barroco, vanidosamente barroco:” BORGES, *op. cit.*, p. 858. Ojalá pudieran reprocharle al abogado que escribe como pretendió hacer NOVALIS respecto de GOETHE: “Es en las obras lo que en las mercaderías son los ingleses: pulcro, sencillo, cómodo, resistente” (BORGES, *op. cit.*, p. 279.)

⁴ Es otra vez un consejo antiguo pero difícil de seguir. Hay quienes, como decía SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 533, “No pueden permitirse el lujo de la sencillez... y se ven obligados a buscar la afectación.” Este es el vicio más frecuente de los escritores de derecho, como lo hemos señalado en GORDILLO, ALETTI, AVELDAÑO, PASQUALINI, TOIA, “El derecho administrativo de los últimos 75 años en la editorial La Ley,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, pp. IX-XXIV, nota 19, p. XVII, donde recordamos lo que decía BOILEAU en el siglo XIX: “*Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement / Et les mots pour le dire arrivent aisément.*” (*L'art poétique*, canto I.)

inicial de intenciones que guía la lectura y facilita la comprensión de nuestra línea argumental.) Otra al final, en la que se resumirá de qué modo creemos haber demostrado lo que nos habíamos propuesto demostrar (expresión final de conclusiones que dará a nuestro escrito la fuerza de un argumento bien armado.)”

En igual sentido se ha dicho en literatura que lo más importante, la clave de toda escritura, es cómo empieza y cómo termina la obra;⁵ pero sobre todo el inicio:⁶ “La primera frase es un diapasón... La última es... la milésima vibración del diapasón, que no sabe sino su comienzo.”⁷

2. *Seleccionar y graduar los argumentos*

En ese orden de ideas, conviene seleccionar⁸ y graduar los argumentos a utilizar, sin excluir los hechos y argumentos adversos.⁹

2.1. *Los argumentos contrarios*

Es importante contemplar los argumentos y hechos contrarios, intentando colocarse en la posición de la contraparte —empresa, sindicato, funcionario público, etc.— para poder prever, argumentar y probar conforme a los razonamientos que aquélla empleará probablemente en la respuesta. Si un punto o argumento adverso lo plantea la contraparte, y su tratamiento no estaba incluido en el propio escrito, lógicamente éste queda debilitado en la comparación.

2.2. *Los deslices propios*

En esa parte literaria del escrito a que nos referíamos en el cap. VII, punto 3, en que uno reordena los hechos, reelabora los datos, acentúa algún pormenor, buscando persuadir o conmover,¹⁰ debe cuidar no exceder la licencia poética en el relato de los hechos, pues como decía BORGES, “hay escrupulosos que ejercen la policía de las pequeñas distracciones.”¹¹

Si eso le ocurre a un escritor a manos de sus críticos literarios, con igual o mayor razón le ocurrirá a un abogado con sus colegas de la contraparte en una

⁵ ARAGÓN, *op. cit.*, pp. 145-152.

⁶ O sea, el objeto de la petición, hemos tenido oportunidad de aprender directamente de GENARO CARRIÓ: Es lo que merece mayor cuidado y reflexión.

⁷ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 96: “Comenzar es hablar, escribir. Terminar, no es sino callarse. Por ello... le doy más importancia a la frase del comienzo que a la frase final.” Unimos así lo literario a lo técnico referido en la nota precedente.

⁸ Deben argüirse las cuestiones centrales. Ampliar en ROMBAUER, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

⁹ ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329. Esto ya lo decía CHARLES DARWIN, *Recuerdos del desarrollo de mis ideas y carácter*, Barcelona, Thor, 1983, p. 113.

¹⁰ BORGES, *Obras completas*, pp. 1021 (Prólogo) y 1025 (*La intrusa*, en “El informe de Brody”); BARRENECHEA, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

¹¹ BORGES, *op. cit.*, p. 1023, criticando a quienes se dedican a ello.

controversia cualquiera. Claro que ellos pueden allí estar ejerciendo el otro ángulo de la literatura; ni persuadir ni conmover, sino distraer.¹²

2.3. *La descripción de los hechos*

En la descripción de los hechos se juntan en su máxima expresión la precisión científica y el arte literario; si bien es claro que lo mínimo “consiste en una notificación general de los hechos que importan,”¹³ al igual que todo escritor, el abogado debe recordar que “El hecho mismo de percibir, de atender, es de orden selectivo: Toda atención, toda fijación de nuestra conciencia, comporta una deliberada omisión de lo no interesante;” no se trata de “registrar una realidad,” sino de “representarla;” y “La simplificación conceptual de estados complejos es a veces una operación instantánea,”¹⁴ es decir, un acto de imaginación, intuición o creación.

2.4. *No “agotar” el tema jurídico*

Conviene seleccionar los argumentos, evitando la pretensión de agotar el tema en el plano *normativo, jurisprudencial* o *teórico*,¹⁵ so pena de dificultarle la tarea a la autoridad que debe resolver:¹⁶ en el caso de encontrarle razón al peticionante, le será más difícil dar fundamentos *jurídicos* a una decisión favorable, pues el decoro le impide caer en la repetición de los de la parte.

Más “agotamos” el tema en lo jurídico (normas, jurisprudencia, doctrina), más dificultamos que *redacten* la decisión favorable a nuestras pretensiones. Por supuesto, si con nuestra argumentación de los hechos no hemos convencido, tampoco lo haremos con un gran aporte normativo-jurisprudencial; con lo cual todo *exceso* de argumentación jurídica oscila entre ser inútil y perjudicial.

3. *El dictamen o sentencia*

Si quien escribe derecho es una autoridad administrativa o judicial que debe decidir una cuestión, los pasos son esencialmente iguales: También ha de evaluar los hechos, ponderar la razonabilidad, sopesar las vías alternativas de solución, elegir alguna, escribirla, fundarla adecuada y convincentemente para no incurrir en un acto arbitrario por falta de suficiente motivación o sustento fáctico. Incluso

¹² Otra vez en la terminología de BORGES, *op. cit.*, p. 1021. Estas referencias sirven solamente para recordar una vez más la inescapable analogía del escrito jurídico con la literatura, al par que con la creación científica.

¹³ BORGES, *op. cit.*, p. 219.

¹⁴ BORGES, *Obras completas*, p. 218, “La postulación de la realidad” en su obra *Discusión*.

¹⁵ En el plano *fáctico* o *empírico*, allí sí que no podemos dejar resquicio alguno, como lo explicamos en el cap. V.

¹⁶ Es éste un consejo que recibimos de AUGUSTO MARIO MORELLO.

el tiempo puede a veces manejarlo, y de hecho lo maneja.¹⁷ A veces, la prudencia inclina a no exponer todos los fundamentos de la decisión¹⁸ y dificulta a los abogados que no han seguido el caso la comprensión del por qué verdadero de la decisión.¹⁹ Cuando una cuestión es resuelta por aspectos formales, sin entrar al fondo del asunto, es posible que haya habido razones de fondo que simplemente no se ha querido expresar: Pero ello constituye una denegación de justicia, o al menos así lo percibe el destinatario del pronunciamiento sustentado en argumentos de forma pero no de fondo.

4. *La sucesiva reelaboración con las fuentes del derecho, bibliografía, etc.*

Lo expuesto en los caps. anteriores lleva al primer borrador de lo que puede ser un planteo original, que por lo menos es un planteo pensado por uno mismo.

Luego de hechas las suficientes correcciones llegará un momento en que el escrito, íntegro y ordenado, expresa argumentalmente nuestra primera conjetura en “bruto.” En el camino hemos agregado y suprimido párrafos, reordenado más de una vez el material; introducido títulos y subtítulos; estos nos han llevado a reagrupar o reordenar textos con la función “esquema” de *Word*, detectar repeticiones, mejorar el ritmo expositivo, ver sintética y globalmente el desarrollo argumental.

Pero todo esto no hace aún referencia al problema de qué ocurre con la investigación “científica” “propiamente dicha:” ¿Qué pasa con los libros, normas, jurisprudencia, precedentes, pruebas, etc.?

A nadie se le escapa que si no se conoce la legislación es virtualmente imposible no empezar con libros, porque es lo que está más a mano: Ellos suelen llevarnos a las normas y a la jurisprudencia, a menos que el tema sea muy nuevo.

Pero esta secuencia material que muchas veces tiene la primera fase de la investigación, no es el orden con el cual deberemos proceder para la reelaboración afinada del documento que tenemos ya semipreparado. En otras palabras,

¹⁷ Nos remitimos a *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 55-58. Ver el detallado ejemplo de SCHWARTZ, *Super Chief*, *op. cit.*, pp. 77 y ss., 83, etc.

¹⁸ Para no crear precedentes, no comprometerse, evitar que la solución se extienda, no pronunciarse sobre un aspecto técnico debatible aunque hayan formado opinión al respecto y ella sea determinante; por falta de acuerdo en un órgano colegiado o institución, etc.

¹⁹ Este tema, ciertamente complejo, lo tratamos con más detalle en nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V, “Cómo leer una sentencia.” Hay casos cuya lectura, aparentemente lineal, es sin embargo un verdadero desafío, como el caso *Cine Callao* que distintos autores han enfocado desde distintas perspectivas: SUÁREZ, ENRIQUE L., “Nueva nota al fallo Cine Callao,” en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, *op. cit.*, t. I, pp. 555-574 y los demás comentarios que menciona en sus notas, especialmente nota 3, p. 554. Analizar estos diversos comentarios y la guía de lectura que incluimos en GORDILLO - FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX, p. IX-28, constituye una lectura no solo apasionante sino extremadamente instructiva para quien *sabe ver*.

dentro del cierto desorden que en el derecho tenemos para acceder a la información, tal vez sea inevitable tomar primero las normas, si las tenemos, o algunos libros para que nos ayuden al menos en la selección de información normativa, jurisprudencial, etc., que enmarca el tema y sin la cual no es posible formular siquiera la hipótesis de solución razonable a que hicimos referencia en el cap. VI, § 9 y sus remisiones.

Pero esa excusa, que puede aceptarse para el comienzo mismo de la investigación de los hechos y la determinación de la hipótesis o conjetura que *prima facie* elegimos para redactar, no sirve ya para la corrección del borrador que hemos armado.

Para esta etapa de final reelaboración, pulimento, corrección, etc., con las fuentes a fin de que el trabajo esté finalmente en condiciones de ser presentado al Tribunal o a la administración; o, en el más audaz de los casos, ser publicado como libro o art., es preferible proceder de acuerdo a otra secuencia.

5. *Las pruebas*

En primer lugar, y conforme lo señalamos en el cap. V, al explicar la importancia de los hechos corresponde irlos analizando uno a uno junto a todas las pruebas, a fin de determinar cómo cada una de ellas afecta el primer borrador.²⁰

Al examinar detenidamente cada pericia, carta, dictamen, contrato, etc., tendremos que ver si lo que hemos escrito en la parte respectiva del borrador se ajusta o no a ese documento:

1º) Si no es congruente, corresponde repensar el problema y reescribir el párrafo.

2º) Si concuerda, de todos modos es casi seguro que tendrá una mayor precisión de lenguaje que el borrador, lo cual nos permitirá mejorar la frase o párrafo, esta vez no cambiando el sentido sino puliendo su forma de explicar o referirse a los hechos.

3º) Difícilmente se dé el caso, pero no hay por qué excluirlo, en que el documento encaje tan perfectamente con lo que tenemos hecho que sólo falte incorporar la nota o referencia concreta, señalando su foliatura y subpunto o art..

Conviene desconfiar de esta última hipótesis, que más puede demostrar falta de autocrítica que gran acierto en la primera redacción.

4º) En los tres casos surgirán nuevas ideas, argumentos, refutaciones, párrafos, que incorporemos al trabajo, o críticas que nos llevarán a suprimir otros, cambiar el énfasis de algunos, etc. Simultáneamente encontraremos constantes horrores de redacción, errores de transcripción, tipeo, etc., que tendremos que corregir

²⁰ Esto no sólo ocurre en la ciencia sino también en las novelas, como lo explica Ecco, *op. cit.*, p. 33, de su laberinto; de sus diálogos en base a planos (p. 29); arquitectura (p. 28), etc. Lo mismo encontramos en WALLACE, *op. cit.*, respecto a su novela *The Prize*.

en forma permanente, suprimiendo las inevitables repeticiones, buscando mayor concisión, fluidez, etc.

El trabajo crecerá, para bien o para mal, hasta algún momento en que no habrá ya más tiempo para continuar la reelaboración, o más fuentes que consultar, o habremos perdido la perspectiva indispensable para la autocrítica, o el interés.

Ese aumento progresivo de páginas debe ser visto ahora no ya con interés o con orgullo (que es la primera sensación que uno tiene, al ver una “obra” en proceso de desarrollo y crecimiento), sino con algún grado de aprensión, que debe hacer intensificar las sucesivas críticas (siempre *ex post* a la escritura, nunca *a priori* en vano ejercicio “mental”), para quitar el posible exceso de “grasa”²¹ o la presencia de mucho “aire.”

El ideal sería poder decir como MOZART de una de sus obras que en ella “no había ni una nota de más.”²²

6. *Las fuentes normativas*

Luego habrá que tomar una por una las normas que son aplicables, o no lo son pero requieren una explicación de su inaplicabilidad, y revisar con su texto a la vista nuestro escrito. Allí tendremos las mismas posibilidades: Modificarlo, ajustarlo mejor en su redacción al texto normativo, meramente referirse a éste.

Una cuarta alternativa es la de no citar siquiera la norma —y menos aún transcribirla—, si es que consideramos que nuestro borrador es suficientemente claro en cuanto a la explicitación de los hechos y la consecuente subsunción en la norma.

La transcripción normativa hace fatigosa la lectura, y su consulta es algo que hará necesariamente y por su cuenta, la copiemos o no, la autoridad administrativa o judicial que habrá de decidir. Es irreal suponer que el asesor letrado o el magistrado no buscarán y leerán la norma pertinente.

Por lo tanto podemos aligerar el escrito de citas que pueden ser superfluas y ayudar también a una decisión favorable, si tenemos presente el consejo que recordamos en el § 2.2.

7. *La jurisprudencia*

Toca luego pasar al análisis de los diferentes precedentes jurisprudenciales que hagan a la cuestión debatida, y realizar igual proceso de reelaboración.

Cabe también tener presente la salvedad expuesta al final del punto anterior, aunque en menor medida: Los tribunales suelen ser sensibles a la cita de su propia jurisprudencia o la de la Corte Suprema; los órganos administrativos, a

²¹ Feliz expresión de H. W. R. WADE en el prólogo a la 4ª ed. de su *Administrative Law*, luego suprimida en la 5ª ed.

²² POPPER, *Búsqueda sin término*, op. cit., p. 96.

la invocación de la doctrina administrativa, por ejemplo, dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Si algún argumento de los que hemos utilizado vemos que no goza de preferencias jurisprudenciales, o ha sido incluso rechazado, la decisión dependerá de si podemos de todos modos subsumir el caso en la norma que pretendemos, aun sin utilizar el argumento que a los jueces no ha gustado. Dejarlo importa ciertamente debilitar la línea argumental del escrito.

Un caso típico en materia constitucional y administrativa es la invocación de una supuesta violación de la igualdad ante la ley que uno considere que se ha producido en el caso. El análisis sistemático de la jurisprudencia federal suele indicar que los tribunales son remisos a considerar que ha habido violación de esta garantía constitucional. ¿A qué insistir con el punto entonces, si tenemos otros argumentos con qué defender la tesis que estamos postulando?

La cita de jurisprudencia sólo es necesaria si ella es escasa, contradictoria, problemática. No tiene en cambio sentido citar jurisprudencia uniforme y establecida, que el Tribunal conoce mejor que uno: Allí es preferible facilitarle determinar sin nuestra “ayuda” cuál es la selección o el acopio de fuentes jurisprudenciales conveniente.

8. *La doctrina*

El procedimiento es igual: Se toman uno a uno los libros que tratan del tema, arts. de revista, notas a fallos, y en cada uno de ellos separada e individualmente se lo contrasta con la parte del borrador en que la cuestión está planteada. Primero, sin duda, es preferible leer todo lo escrito por el autor que se refiere a nuestro trabajo, marcando el texto en lo que nos parezca útil; sólo después de la lectura global de lo pertinente se puede pasar con más seguridad a la cita, reelaboración, transcripción, etc., en nuestro escrito. De este modo se contribuye a evitar citas o transcripciones fuera del sentido global o contexto de la obra de referencia.

Una vez más, si la investigación bibliográfica nos va aportando elementos nuevos (argumentos fácticos o jurídicos) que no hemos introducido antes, corresponderá en la reelaboración incorporar los que nos hayan estado faltando.

Diferente es la cuestión de si se hace o no explícita cita de bibliografía. Nuestra actitud más corriente, aunque no necesariamente única, es la de prescindir de acopio bibliográfico, por diversas razones:

1º) Si la cita es poco accesible, dificulta innecesariamente la tarea de quien debe resolver, sin tener por ello mayor poder de convicción.

2º) Puede ser percibida como una suerte de provocación o desafío informativo. O, peor aún, como muestra de trabajo científico pobre.²³

²³ Como dice GASTÓN BACHELARD, *La formación del espíritu científico*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 32, “la reducción de la erudición puede ser el índice de un buen libro científico moderno.”

3º) Si la cita es accesible fácilmente, no podemos suponer que el asesor letrado o el juez no tendrán acceso a la bibliografía, y le facilitamos su trabajo si nuestro escrito está conforme a las pautas existentes en la materia, pero le dejamos a él la tarea técnico-jurídica de aportarla en su dictamen o sentencia.

Por último, no estará demás destacar que cada funcionario o magistrado tiene distinta biblioteca, en la que pueden estar determinadas obras y faltar otras. Dejémosle la comodidad de poder usar las que tiene, y no le impidamos recurrir a ellas porque se las hemos citado primero nosotros.

Tengamos presente, en suma, que nuestro escrito deberá exponer un hecho de forma tal que podamos convencer que aquello que pedionamos es conforme a derecho (que sea incluido bajo tal norma o fuera de ella, conforme a tal o cual jurisprudencia o doctrina, etc.); pero que la fuerza de convicción de nuestro argumento no dependerá de cómo expliquemos el derecho vigente, en lo que éste tenga de claro y uniforme, sino de cómo convenzamos que *nuestro caso* meritúa ser incluido bajo tal o cual regla de derecho.

Si convencemos, el resto del trabajo técnico jurídico de fundamentación formal lo hará sin problema alguno quien debe decidir; si no convencemos, es inútil todo el aporte normativo, jurisprudencial y doctrinario que hagamos.²⁴

Si el problema normativo es complejo, hay controversias, dudas, etc., entonces sí corresponderá tratar tales cuestiones de modo explícito; pero sin olvidar el consejo de no pretender “agotar” la cuestión. Dejemos siempre el argumento, la referencia y la fuente que pueda invocar *ex novo* quien ha de decidir: Ayudemos su trabajo, no se lo dificultemos.

9. *El marco conceptual previo y la investigación ulterior*

9.1. *El marco conceptual previo*

De lo expuesto pueden surgir algunas dudas sobre cuál es el lugar que ocupa el *estudio* de las diversas fuentes de información (desde los elementos técnicos, documentales, etc., hasta los normativos, jurisprudenciales, doctrinales, etc.) en la redacción del escrito.

La respuesta es que figura *dos veces*: Una primera vez *antes* de hacer el borrador de escrito, y una segunda vez, mucho más minuciosa, al ir haciendo las sucesivas reelaboraciones.

En el primer estudio de la cuestión, aquel que precede a la redacción del borrador, el énfasis ha de ponerse en los elementos fácticos y probatorios, y en la

²⁴ Es lo mismo que dice BORGES cuando censura a quienes “entienden por estilo no la eficacia o la ineficacia de una página, sino las habilidades aparentes del escritor;” “Son indiferentes a la propia convicción o propia emoción: buscan tecniquerías;” “no se fijan en la eficacia del mecanismo, sino en la disposición de sus partes:” *Obras completas, op. cit.*, p. 202.

solución razonable del caso frente a las normas existentes.²⁵ Aquí debe predominar el trabajo investigativo aplicado a los hechos, y la imaginación creadora, por sobre el acopio de información jurídica.

No es ese el momento de entrar a profundizar en la doctrina o jurisprudencia: Estamos allí tratando de formular una hipótesis o conjetura razonable y sensata frente a los hechos y normas del caso.²⁶ El abundar en ese primer momento en la investigación jurisprudencial o doctrinaria tiene el inconveniente de que nos somete al argumento de la *auctoritas*²⁷ y limita nuestra posibilidad creadora.²⁸

Si uno ha estudiado y aprendido con excesivo detenimiento lo que dicen los autores y fallos, la actitud psicológica inevitable será “¿Y yo, qué puedo decir de nuevo? ¡Nada!” especialmente si se trata de un alumno; pero la dificultad también puede presentársele al investigador formado.²⁹ Otra posibilidad perjudicial es llenarse tanto de datos y fichas que resulte cada vez más difícil, o aún imposible, dominar el todo;³⁰ sólo a partir de un texto propio es posible profundizar la investigación en el detalle sin perder la visión de conjunto.

9.2. *La investigación ulterior*

Ello significa que es conveniente primero elaborar el borrador de lo que parece razonable frente a las normas y los hechos del caso, y luego contrastar esas conjeturas frente a cada una de las informaciones de las diversas fuentes del derecho, repensando en cada caso lo conjeturado, rehaciéndolo, confirmándolo provisionalmente o desechándolo, y de paso viendo si incorporamos o no referencias de *auctoritas* a nuestro escrito. En esta segunda etapa damos mayor peso a la información jurídica para chequear o controlar nuestras conjeturas iniciales y reformularlas en la medida que corresponda.

Es más sencillo no seguir el esquema de nuestro borrador al acudir a las fuentes, sino a la inversa, consultarlas según el modo en que cada una de ellas trata, aún tangencialmente, nuestro planteo. Es en ocasión de su lectura individual que cabe rehacer y documentar cada párrafo nuestro, hasta haber contrastado todo el contenido de cada fuente con el escrito. De tal modo aseguramos que hemos estudiado a fondo cada una de las fuentes consultadas, y tenemos siempre una

²⁵ Desde luego, ya comenzamos a tomar notas y anotar ideas desde la primera entrevista profesional y a lo largo de todo el trabajo sobre los hechos descritos en el cap. V.

²⁶ Cap. V, § 2; cap. VI, § 4, 5, y 6.

²⁷ SCHOPENHAUER, *op. cit.*, p. 537: “... la asimilación continua de las ideas ajenas detiene y cohíbe las propias y hasta paraliza, al cabo, la facultad de pensar.”

²⁸ *Supra* cap. VII, § 6 a 8; en sentido similar MICHEL BUTOR señala que las fichas previas tienen “el inconveniente mayor de condicionar y fijar desde el comienzo las ideas.” DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 35.

²⁹ En esta perspectiva, ERNST CASSIRER consideró la biblioteca de Warburg “peligrosa” para el esquema que tenía de su futura obra, pues el material allí recopilado era “abrumador.” HOWARD GARDNER, *Arte, mente y cerebro. Una aproximación cognitiva a la creatividad*, Buenos Aires, Paidós, 1987, p. 61.

³⁰ Como lo señala CLAUDE LEVI-STRAUSS en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 110, refiriéndose al fracaso de SAUSSURE por este motivo.

clara visión global y detallada de cuán extensa es o no nuestra investigación, como así también del estadio de ella en que nos hallamos.

También eso nos ayuda a ordenar nuestro trabajo en función del tiempo disponible, pues desde luego trataremos según la materia y el tema de jerarquizar la búsqueda primero por aquellas fuentes que nos parezcan más importantes, y luego en orden decreciente; de tal modo, si el tiempo nos sorprende con el agotamiento inminente del plazo, o el cansancio nos hace abandonar o suspender un trabajo, no tendremos dudas respecto a qué hemos hecho hasta ese momento y dónde ponemos pausa o fin a nuestra investigación.

Por fin, si estamos en la etapa de reelaboración final, y nuestro cerebro tiene ya la mayor parte de la información, algunos podrán recurrir con éxito a un procedimiento de búsqueda rápida, abriendo “al azar” (esto es, con el hemisferio derecho asumiendo el rol dominante en la acción motriz) el libro de que se trate: En gran cantidad de casos, en nuestra experiencia y la ajena, el libro es abierto *precisamente* en la página necesaria.³¹

10. *El uso global de las citas*

Hemos mencionado la conveniencia de emplear o no, y en qué casos o con qué extensión, citas o transcripciones de legislación, jurisprudencia y doctrina.

Sea en tales casos, en escritos de carácter judicial, o cuando se trata de un art. de revista, monografía, tesis, libro, la cuestión del uso de la cita debe también analizarse a la luz del ritmo del trabajo, o su “respiración,” en la feliz palabra de Ecco.

Según las circunstancias, pueden darse dos hipótesis opuestas:

1º) La cita al pie de página, comentando algo adicional, o la inclusión dentro del texto de una parte entrecomillada, puede provocar quejas del lector en el sentido de que le hace perder la hilación, le quita la concentración con la cual venía leyendo intensamente y de corrido el texto. Muchos libros son publicados incluyendo las notas al final, bajo la convicción de los editores de que ello es mejor para facilitar la lectura.

2º) La tesis contraria es que la cita al pie de página, que introduce un comentario adicional o indica una fuente, constituye una útil ayuda del autor al lector, que le sugiere y facilita suspender por un instante la línea de pensamiento del texto, explorar brevemente lo que la nota sugiere y retornar acto seguido a la línea argumental central.

Esa momentánea variación del objeto de atención no es sino otra de las maneras tradicionales de hacer al mismo tiempo actividades diversas o paralelas, *lo que permite concentrar la atención y no dispersarla* (pues obliga a un mayor esfuerzo

³¹ Uno de estos casos es relatado en JUNG, *op. cit.*, p. 307.

intelectual, aumenta la actividad cerebral, provoca asociaciones diversas, etc.), y por lo tanto ganar tiempo en lugar de perderlo.³²

Es exactamente el mismo problema que explicamos en el cap. VIII, § 5.1. y 5.2. La opinión de los autores suele coincidir en la conveniencia de que la cita vaya al pie de página y no al final del cap. o del libro: Y no se trata de mera vanidad de erudición, sino que a ellos también les caracteriza la curiosidad como dato de su personalidad, y esa curiosidad hace que les resulte de interés chequear qué ha querido decir el autor en la nota, a quién se remite, qué precedente invoca, qué otra cosa tiene que decir.

En el escrito judicial, destinado usualmente a la lectura rápida, el uso de la nota no suele ser conducente al mejor aprovechamiento del texto; en el dictamen o sentencia, en que no se dispone todavía de la ventaja de la impresión por computadora con su consiguiente inclusión de notas al pie de página, la incorporación de una nota dentro del mismo texto entra seguramente en la primera alternativa que mencionamos en este párrafo: Perturba la secuencia de la lectura, por una cuestión visual o física de intromisión en el texto, antes que por dificultad psíquica de desviar la atención hacia ella.

Eso nos deja posiblemente al art. de revista o libro, como el principal caso, por el momento, en que el uso de notas al pie de página pueda ser recomendable para el lector inteligente y curioso.

No se nos escapa que en materia de manuales y con un aprendizaje tradicional, si el objetivo del alumno es resumir o repetir con la mayor fidelidad y velocidad posible un texto que no le interesa ver críticamente —pues tampoco le piden o permiten hacerlo— la nota igualmente perturbe esa finalidad. Si el autor del manual coincide con esa utilización del libro, entonces tal vez decida igualmente prescindir de las notas.

Queda por último el cansancio como una de las razones para prescindir de las citas, o de su abundancia. Algunos lo escudarán en modestia, otros lo confesarán hartazgo o etapa superada: Esto último es visible y claro en las reediciones de una misma obra, en que el autor se cansa poco a poco de actualizar las ediciones de las obras que cita, si éstas a su vez se suceden, y va dejando cada vez más citas de ediciones anteriores.

Si el cansancio ha llevado a esa situación, tal vez quepa en suma comprender que entre la realización de una verdadera etapa de continuación creativa, o dedicar parte importante del tiempo propio al mero registro de cuál página de qué nueva edición dice la misma cosa, lo primero sea una más sensata elección del tiempo que lo segundo.

³² Ver *supra*, cap. IX, § 4, nota.

CAPÍTULO XIII

ENFATIZANDO CUESTIONES DE MÉTODO

SUMARIO

1. El método tradicional y una variante más útil, para la primera etapa..... Mét-XIII-1
2. La etapa de la investigación tradicional..... Mét-XIII-2
3. Qué debe estar antes de empezar Mét-XIII-3
4. Retomando la segunda etapa Mét-XIII-3
5. Siguiendo pasos de la segunda etapa Mét-XIII-4
6. Tercera etapa. El primer pulimento Mét-XIII-4
7. Cuidados en el pulimento: No citar libros viejos cuando hay ediciones recientes que tienen modificaciones Mét-XIII-5
8. Acerca del fin de la investigación..... Mét-XIII-6
9. Las etapas que siguen Mét-XIII-7
10. Las lecturas complementarias Mét-XIII-8

Capítulo XIII
ENFATIZANDO CUESTIONES DE MÉTODO¹

1. *El método tradicional y una variante más útil, para la primera etapa*

Según los consejos tradicionales de los teóricos de metodología (una contradicción) de la investigación, se empieza recopilando material y bibliografía, estudiando el marco teórico, etc., y luego formulando la primera hipótesis y de allí continuando. La cantidad impresionante de candidatos a doctores que no presentan la tesis, e incluso de cursantes de postgrado que aprobaron absolutamente todo pero sólo les falta rendir la tesina y sin embargo tardan años en hacerlo, ilustra acerca de la falta de realismo y utilidad del método. A poco de empezar yo trabajé de otra manera y lo consulté con un profesor de metodología de la investigación, amigo y compañero de trabajo, profesor precisamente de metodología de la investigación científica, hace algunas décadas. Él me dijo que lo mío no violaba ningún canon de investigación seria, y que no tenía nada de criticable, aunque parecía *prima facie* mas engorroso que el sistema tradicional. No era así. Veamos ahora qué tiene de positivo y cómo funciona. Creo que si primero leemos todo lo que hay, inevitablemente nos quedamos “empantanados” porque se nos hace muy difícil decir algo creativo. Es lo que me pasó con mi tesis doctoral, que hice con una beca en 1958-9 y me pareció debía justificar el trabajo real, el tiempo materialmente empleado y pagado por la sociedad. Todos los materiales posibles están allí, y la tesis resultante no era publicable ni fue publicada nunca, aunque muchos la citan precisamente porque tiene todo el material hasta su fecha. A mí, ni el material me ha servido. Casi diría más, es un tema que por haberlo estudiado de más y por añadidura mal, constituye un “agujero negro” en mi vida: Algo de lo que yo jamás podré sacar nada verdaderamente útil. Sobrepasé los límites, quemé motores. Ese fue mi principal error de método en la vida; viendo su fracaso y habiendo hecho otras cosas de otra manera, cambié de método. En los demás casos, *siempre*

¹ Versión corregida del § 20 del cap. VIII de las últimas ediciones del tomo 1. Al incorporar ese material al presente libro, lo omitimos desde luego en la futura nueva edición del tomo 1.

empecé primero por una idea escrita y la fui trabajando en papel hasta el punto en que no tenía nada más que corregirle o agregarle. Ello (no tener nada más que corregirle o agregarle a un pequeño puñado de páginas, o a una página sola) no es una medida del acierto objetivo del trabajo que contiene la primera idea, sino simplemente del cansancio o la pérdida de interés o la pérdida de imaginación creativa sobre el mismo tema. No importa cuál sea el motivo, hay que parar esa etapa cuando no se nos ocurre nada más, por lo que fuera, no importa que sea el cansancio o la falta de tiempo.

Esa primera etapa *incluye pedir críticas y consejos a amigos profesionales:*² Nadie se tomará el trabajo de hacer por nosotros la investigación que todavía no hicimos, pero nos dirán qué puntos no les gustan de nuestro desarrollo argumental. Por supuesto, esto supone una ética de la reciprocidad en la cual uno esté también dispuesto a criticar el borrador de otro cuando lo mande con pedido de críticas o sugerencias.

Hay que agradecer hasta la coma que nos sugieren: no lo hice en los primeros años de mi vida adulta, cuando publiqué mis primeros libros, y es un error. Las críticas, ideas o sugerencias de los demás pueden no gustarnos o convencernos, pero *tienen la inmensa virtud de hacernos pensar nuevamente sobre lo que hicimos*, de volver a despertar el interés y la curiosidad y eventualmente corregir y mejorar lo que ya redactamos, sea rebatiendo la idea que nos han alcanzado, o explicando mejor lo que escribimos para que no dé lugar a la crítica que nos han hecho; sea, obvio, incorporando la idea que nos dan y dando vuelta la nuestra.

Si uno tiene un curso en la Facultad, lo mejor es dárselo a los alumnos con la obligación de hacer una crítica por escrito. No hay mejor crítico, ni más detallista lector, que un alumno que quiere aprobar: él supone que debe ser él que no entendió bien, no que el profesor se equivocó, y por eso su crítica será mucho más esmerada aún. Lo mismo cabe decir de las opiniones críticas de los post doctorandos, en su caso.

2. La etapa de la investigación tradicional

Recién cuando nos quedamos sin amigos y sin alumnos que nos den ideas sobre nuestro primer borrador no estudiado pero sí tan pensado como hayamos podido y cuando nos quedamos también sin ideas que agregar o enmendar a ese primer borrador, llega el momento de la investigación sistemática y “seria,” en el sentido

² Categoría cuya designación invento, pero que existe en la realidad. Son todos aquellos con los cuales no necesariamente compartimos fines de semana, ni salidas conjuntas de matrimonios, ni extrañamos demasiado cuando no nos vemos, pero con los que estamos construyendo una relación de confianza, comprensión, respeto y perdón recíprocos. Con quienes tenemos lazos de solidaridad académica, científica, laboral, ciudadana. No les pediremos ni prestaremos dinero, sino que les pediremos y les daremos ideas sobre el trabajo que ambos realizamos en la vida. Cada uno de los vols. de este tratado es un testimonio viviente a las redes que nuestros amigos y colegas nos ayudan cada vez a construir.

vulgar y tradicional de la palabra. *No debe faltar*, el problema es *cuándo* la insertamos en el proceso creativo. La respuesta formal y decidida: *jamás al comienzo*, jamás antes de tener bien escrita y trabajada la idea que queremos investigar.

3. *Qué debe estar antes de empezar*

¿Qué es lo que está al comienzo, antes de ningún proyecto y ninguna idea? Pues, la lectura por placer, la investigación por curiosidad, la información que adquirimos no utilitariamente sino porque nos place. Ese es el único marco teórico que debemos tener de entrada. Eso es no solamente lo que leamos de derecho administrativo o de derecho en general, sino más bien lo que leamos sobre todos los demás campos del conocimiento.

4. *Retomando la segunda etapa*

Volvamos a la segunda etapa, luego que se tiene un borrador trabajado hasta el cansancio de una posible idea, de un proyecto de nota, tesis, etc. Difieren los gustos y las versiones sobre qué es una investigación sistemática y seria. Durante quince años, más o menos, hasta que comencé el tratado y tenía ya todo bastante armado, mi método en la segunda etapa consistía en seleccionar un libro de cada país muy distinto al nuestro, p. ej. un alemán y/o un austríaco y un inglés, y tres libros de las comparaciones clásicas, un francés, un italiano, un español; hoy en día agregaríamos otros derechos como el canadiense, el derecho comunitario europeo, etc. Los digo todos juntos para no ser oscuro, pero el orden de lectura no era en modo alguno conjunto, sino secuencial. Primero leía el libro alemán y/o austríaco, detallada y cuidadosamente, en aquel par de páginas en que trataba lo contenido en mi primer borrador de ideas sin investigación. Modificaba mi borrador con las citas a favor o en contra que correspondieren a ese par de páginas del libro alemán, focalizando bien la tarea, y dejando definitivamente de lado el libro alemán o austríaco una vez terminada esta primera reelaboración. Por lo tanto la lectura y análisis debía ser tan cuidadosa como para que no tuviera que volver nunca atrás a verificar si había leído bien. Haber leído bien cada libro es un *sine qua non* de una investigación exitosa; su *test* supremo, es no tener que leer otra vez algo porque se lo leyó o entendió mal.

Esa primera confrontación entre mi borrador y las páginas pertinentes de un libro alemán no me creaba problemas de timidez ni complejo de inferioridad, o incapacidad espiritual de resolver las cuestiones que el confronte me planteaba: Al final de cuentas es un sistema tan distinto y distante, que era obvio que mi borrador sin investigar no podía razonablemente coincidir con el texto alemán investigado. Esa creada situación fáctica supone en el futuro autor una natural predisposición a confrontar cosas razonablemente distintas y necesariamente divergentes. Creada así la situación de confronte, ella hace que sea una discusión

espiritualmente pareja, de iguales. No estoy amedrentado por el texto alemán. En todo caso, lo interesante del libro alemán lo recojo y lo anoto, en contra o a favor. Debo desmenuzar el texto alemán, hacer bien y definitivamente esta tarea, no debe quedarme nada sin analizar cuidadosamente.

Con mi primer borrador así enriquecido por mi primer libro extranjero, pasaba al libro inglés. Nuevamente, que mi borrador gordillano-alemán (y no digo argentino-alemán porque aun no había estudiado el punto en el derecho argentino; tampoco suponía esto conocer en el punto el derecho alemán, sino solamente las páginas pertinentes de un libro alemán) fuera muy distinto al libro inglés en las páginas pertinentes, no era motivo de sorpresa ni de inquietud o complejo. Simplemente son sistemas distintos y es natural que mi borrador no coincida con el libro inglés. Estudio pues detallada y cuidadosamente lo pertinente del libro inglés, modifico mi borrador en lo que a mi juicio corresponda, incluyo las notas que sean del caso, y abandono definitivamente el libro inglés. Si hice bien mi trabajo, no deberé ya nunca volver a esas páginas del libro inglés o del libro alemán; no al menos por necesidad: Quizás vuelva por placer, si encontré placer en alguna de las referencias que hice.

5. Siguiendo pasos de la segunda etapa

Sigo con el libro francés, otro muy diferente en derecho público por ser pretoriano su derecho administrativo, luego con el italiano, y termino con el español, el más parecido.

En ese momento mi borrador ha sido confrontado secuencialmente con un autor por vez de cinco distintos sistemas jurídicos. A la fuerza tiene que ser algo original, la mezcla de lo que pensé primero y lo que cada sistema jurídico determinado haya podido influir en ese primer pensamiento. Es posible que mi trabajo esté plagado de errores y desinformación, que deba cambiarlo mucho todavía, que deba rehacer bastante: pero al menos tengo algo sólidamente reflexionado, y comparado con exponentes de varios sistemas jurídicos diversos.

6. Tercera etapa. El primer pulimento

Ahí es el momento de entrar a algunos autores locales o latinoamericanos según uno tenga material. Dado que voy a publicar en mi país, empiezo por los autores argentinos más obvios, pero siempre de a uno. El proceso con cada autor argentino debe ser tan cuidadoso y definitivo como con el primer autor alemán. Luego pasaré a algunos grandes arts. o notas a fallo. Luego tomaré algo de derecho latinoamericano. En materia de arts. y notas a fallo hay que ser cuidadoso: son trabajos menos elaborados, más temporarios en cuanto a su durabilidad, con el tiempo progresivamente más difíciles de acceder por el lector. Según nos vaya en la investigación, es posible que alguna de nuestras lecturas posteriores nos

reenvíe a alguno de los derechos que hemos visto sumariamente. Que exista algún autor clave que no podemos desconocer y que no es el autor que hemos elegido de ese sistema jurídico. Desde luego, deberemos cumplir esta o estas etapas.

7. Cuidados en el pulimento: No citar libros viejos cuando hay ediciones recientes que tienen modificaciones

Acá sangro por la herida: Constantemente veo autores que citan, para dar un ejemplo, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971. ¿Cómo pueden citar ese libro si la legislación cambió en 1972? Solamente si uno quiere mostrar la evolución o el origen de una idea, o chequear cómo era algo antes, o quién dijo primero algo. Lo mismo pasa con las ediciones de 1963 ó 1969 de *El acto administrativo*. Estaba un día protestando exasperado ante un magistrado por su manifiesta incompreensión y desconocimiento del derecho y de los hechos del caso, mal resuelto por él. En un momento me dice, “¡Pero doctor, si no hice otra cosa que aplicar lo que Ud. dice en sus obras!” La verdad es que no entendí en el momento a qué se refería y volví a mi casa a revisar todos mis libros. Empiezo por las últimas ediciones y el tema está como yo sostenía y no como el magistrado me había dicho. Ví ediciones de 2001, lo mismo; 1998, igual. Sigo para atrás, lo mismo. ¿Cómo podía una persona con una larga trayectoria en la materia y en la justicia cometer semejante error de lectura? Exasperado una vez más, lo encontré: El punto estaba como esa persona decía en la 2ª ed., 1971, de mi libro de procedimiento administrativo. Que en el medio hayan pasado varias reformas legislativas, una reforma constitucional y treinta y dos años —¡tres décadas y algo más!— no le habían sugerido mirar ediciones posteriores para verificar si el punto que con tanta seguridad invocaba y creía un principio vigente de derecho, estaba todavía vigente. Pues bien, no lo estaba, no lo está. Cabe puntualizar que la culpa no era del todo suya, un colega publicó posteriormente aplicando el viejo principio y citado nuestra antigua ed. de 1971. El magistrado había leído a ese colega, no a mí, y de allí se había formado una opinión equivocada de cuál era según yo el derecho vigente. Esos errores son imperdonables en cualquiera, magistrado o no. Un profesor de la materia me confesaba que sigue enseñando por mis libros, pero por la edición que yo le regalé primero. Recién cuando un alumno se lo señaló, advirtió que yo lo citaba profusamente a él mismo en una edición posterior que también le envié, pero no había siquiera mirado. Me resulta incomprensible citar libros antiguos cuando los nuevos están de libre acceso gratuito en Internet. Si no quiere comprar los libros, o el autor no se los regala porque se quedó sin ejemplares, verifique al menos en Internet si lo que cita está igual en la actualidad, o hay jurisprudencia nueva, o legislación nueva, o algo que haya cambiado. No cite irracionalmente libros viejos de derecho nacional sin previamente constatar si el derecho cambió en el punto que invoca. Una cosa es cansarse luego de mucho estudiar y otra

muy distinta cansarse antes de haber estudiado, y estar cansado al momento de publicar. Por favor no se canse demasiado temprano, termine de constatar al menos cuál es el derecho vigente al momento que Ud. escribe. Para eso tiene la Internet y los distintos motores de búsqueda tanto en Internet como su propia PC, si previamente la alimentó del material indispensable. Ignorar el derecho vigente es ocasionalmente una excusa, lo explico en la *Introducción al derecho*,³ pero por favor no exageremos demasiado la ignorancia, sobre todo en los operadores del derecho y en quienes escriben algo sobre derecho, lo que supone tener algo que decir: Si ese algo va contra el derecho vigente, es necesario al menos saberlo, estar consciente de ello, y dar alguna explicación o fundamentación de por qué quiere seguir aplicando derecho derogado. Puede ser mejor el derogado que el vigente, sin duda, pero el autor debe estar en claro y no equivocarse en cuanto a cuál es cuál. De todas formas, en el supuesto de que me quejo exasperadamente, el magistrado tampoco había mirado los hechos del caso. Su solución, además de ignorar el derecho vigente y citar mal derecho derogado hace décadas, era también irrazonable por desconocimiento de la situación fáctica. Si hubiera prestado atención a los hechos no hubiera cometido el error de derecho en que incurrió, porque se hubiera dado cuenta que una solución irrazonable no puede quedar en pie aunque alguna norma la sostenga. Que en el caso ninguna norma la sostenía, claro está, es ya anecdótico. Y si lo hizo algún empleado, pues deberá decirle que la próxima vez estudie los hechos del caso y el derecho vigente y aplicable. Al menos los hechos. Como me dijo un excelente magistrado, “Lo que no perdono a los empleados de mi juzgado es que no vean bien los hechos.” El exceso de trabajo, la necesidad de delegación, no relevan de la obligación de dirigir, organizar y supervisar el trabajo que otros hacen para uno. De otro modo, como le dije al magistrado, simplemente no hay justicia y tenemos que volver a llorar a la administración, a golpear puertas y tocar timbres, todos los viejos vicios de la administración.

8. *Acerca del fin de la investigación*

Debemos tener dos nortes de diferente lejanía: Uno, distante e inalcanzable, el norte del amable lector a quien podamos interesar con lo que hacemos. Hacia él debemos apuntar siempre, preguntándonos a cada momento si la cita que hacemos le sirve, si la información que le proveemos es útil, si no la tiene en otro lado ya; si conviene reenviarlo a ver otra cosa en otro lado o resumirla uno mismo en el propio texto. Las decisiones a tomar son miles, el norte uno sólo: El lector anónimo y desconocido de la obra ulteriormente quizás publicada. Si fuera una pieza literaria, una poesía o un drama, pensaríamos estéticamente en la recepción emocional y espiritual del lector o público eventual. En una obra

³Ver también la versión inglesa ampliada *An Introduction to Law*, *op. cit.* en nota 2.

técnica, tenemos que pensar necesariamente en la *utilidad* de nuestro trabajo para ese anónimo lector indeterminado.

Hay hitos en el camino, que son nortes menores a los cuales hay que tratar como tales, como meros trámites, meros momentos de descanso mientras se retoma fuerzas para seguir el camino hacia el destino o norte eterno y permanente al cual nunca se llegará del todo.

Debemos resolver los hitos como lo que son, momentos de parar un tiempo para retomar fuerzas; o porque, como los caballos, debemos cambiarlos porque se han cansado, o como un coche que hay que hacer entrar a taller para hacer el *service*, o cargar nafta, reparar neumáticos. Una parada en el camino, cualquiera sea su motivo, no es terminar el viaje, es sólo interrumpirlo un tiempo: La entrega al profesor para que apruebe la tesina, o al jurado para que me doctore o me dé el título de especialista, o a la imprenta para que lo publique, o al jurado para que me nombre ayudante de segunda o de primera, profesor titular u honorario, hasta profesor emérito. Un amigo que estudió en el Nacional Buenos Aires me decía que los generales romanos victoriosos desfilaban con su carro triunfal por las calles de Roma, pero llevaban allí un esclavo que al oído les susurraba todos sus defectos.⁴ El esclavo susurrando los defectos debe ser uno mismo mirando su propia obra y la red de amigos profesionales que nos ayude a mejorarlo y enriquecerlo.

Cuando saco un libro nuevo o un art. nuevo lo releo para encontrar sus defectos, que siempre los tiene, e irlos corrigiendo de a poco, que siempre es un trabajo inacabable e inacabado. Cuando entrego un libro a la imprenta inmediatamente abro en la computadora el texto enviado a la imprenta, con un número subsiguiente de edición: Empiezo a poner todo lo que encuentro que debí haber hecho distinto en el libro ya irreparablemente en camino al público. La autocorrección es pues un proceso permanente. En los tiempos de la linotipia, seguía corrigiendo el libro en las sucesivas pruebas de imprenta; en los tiempos de la computadora, el libro sale impreso en papel vegetal, en espejo, directamente para su trabajo de impresión. Ya no hay más corrección posible, ya es el punto de no retorno. Ya es el momento de seguir trabajando con la siguiente edición. Podrá no aparecer nunca, pero ese es el norte verdadero. Entregar la tesina al jurado, presentar la tesis, publicar el art., publicar el libro, son meros altos en el camino, descanso de caminante. Jamás deben ser el objeto de nuestra investigación ni el norte de nuestro camino.

9. *Las etapas que siguen*

Con el libro publicado en la mano, allí hay que empezar nuevamente a pedir críticas y sugerencias a los amigos profesionales, a los alumnos, a los colegas; hay

⁴ Como no tengo esa ilustre prosapia, no lo sé. Sí sé que en la serie televisiva de la BBC, *Rome*, el que acompañaba a César en el carro triunfal sostenía sobre su cabeza una corona de laureles y tenía la boca bien cerrada. Conociendo los modernos césaes, me temo que la BBC tenga la razón y no el Colegio Nacional Buenos Aires.

que utilizarlas, así sea para refutarlas si nos parecen equivocadas. Si estamos cansados, abandonemos por un tiempo ese camino y tomemos otros. Si el libro se agota y no tenemos ganas, hagamos reimpressiones. Quien vea las fechas de nuestras distintas eds. encontrará largos períodos en que no hemos hecho nada, en cada libro, salvo reimprimirlo. Siempre hay caminos nuevos a recorrer, nortes nuevos a buscar, experiencias enriquecedoras que hacer fuera del ámbito del derecho.⁵

En todos los caminos se empieza igual: Pensando algo, escribiéndolo y corrigiéndolo hasta que no tengamos nada más que agregarle o nos hemos cansado y entramos en la etapa de los rendimientos decrecientes; allí seguimos con los alumnos y los amigos profesionales, que nos reinyectarán interés, gusto o pasión. Por supuesto, se pueden tener varios proyectos a la vez y recorrer en distintos tiempos diferentes caminos.

Si sale un borrador con una idea que hemos trabajado, a lo mejor podemos seguir trabajándola ya mismo con las distintas etapas de la investigación, si tenemos el interés y la voluntad de continuar. O podemos dejarla guardada, como HOMERO o VIRGILIO guardaban ocho años sus poemas, para que decanten, luego repasarlos y recién entonces publicarlos, como contaba BIELSA. O tal vez queden siempre metafóricamente en la gaveta, realmente en la PC, en alguna carpeta que siempre deberemos reordenar para poder encontrar lo que buscamos, o recurrir a los motores de búsqueda como el *Google Desk* o cualquier otro que le suceda en el futuro.

Necesitaremos no solamente guardar el material y hacer varias copias que guardaremos en distintos lugares, sino también actualizarnos permanentemente en las necesarias habilidades en el manejo de los buscadores dentro de la propia PC, el que querramos utilizar.

10. *Las lecturas complementarias*

Ya lo dije antes: hay que estudiar otras disciplinas diversas y ajenas al derecho, para no caer como dice MACE en el casamiento consanguíneo de las ideas, que lleva a la esterilidad.⁶ Hace más de tres décadas un magistrado del Consejo de Estado colombiano me regaló tres libros de MORRIS: *El mono desnudo*, *El zoológico humano* y algún otro. Es la visión de un zoólogo sobre el género humano. Enfoque original, que por supuesto no pretende agotar la comprensión del hombre con la

⁵ En una tal época aprovechamos para hacer teatro, que me ayudó para la expresión corporal y la comunicación eficaz con el auditorio. Ahora trato de leer lo mejor de cuanta disciplina ajena al derecho encuentro, para estar al día sobre el mundo, y acomodarme con mis libros a ese mundo cambiante. Una de las fuentes de información que no descuido es la lectura de las noticias que me interesan en los diarios, especialmente del fin de semana, tanto del país como, cuando viajo, del mundo.

⁶ Como ya lo dijimos, “No será mejor especialista el que lea o estudie más de su especialidad, sino el que se interese por más disciplinas ajenas a la suya, y ejecute asociaciones de ideas creativas y novedosas.”

visión zoológica. Pero ¡ay de aquél que piense que puede ignorarla! Lo mismo pasa con la historia. No hace falta ser historiador para tener que saber *algo* de qué pasó antes de ahora, en el mundo y entre nosotros.⁷

Economía: No se puede repetir dogmas de un Estado que no existe más en el mundo, que fracasó como modelo, y decir a la inversa que eso es un modelo fracasado y que lo nuevo es lo viejo. No, por favor, algo hay que leer, algo hay que actualizarse.

Política: No se puede hablar de la política externa de EE.UU. y no haber leído *La diplomacia* de KISSINGER. No se trata de estar de acuerdo: Primero hay que saber algo y entender algo.

Estuve leyendo de antropología y etnografía para un libro que he publicado,⁸ y tuve que explicar —para evitar confusiones— que no me había pasado de rama, que estaba escribiendo como abogado para sostener una propuesta institucional, pero me parecía que ella requería, en el caso, el soporte no sólo de la historia, la historia y otras ramas, sino también de la antropología, la etnografía, etc.

Por supuesto que no sirvo de historiador, ni de economista, ni de político, ni de antropólogo, ni de zoólogo, ni de psicólogo, ni de filósofo, ni de médico.

Pero si no estoy al menos medianamente informado de lo que pasa en el mundo, entonces seguramente tampoco sirvo como abogado. *Es para servir como abogado que debo saber algo de todo lo demás: Para entender los hechos del caso, cuyos datos infinitos son inasibles por nuestra limitación humana (LEIBNIZ) y a los cuales debemos por ende dedicar nuestro mayor esfuerzo para cometer tan pocos errores como podamos.*

⁷ ¡Al menos entre nosotros! Cuatro libros de indispensable lectura por todo argentino culto son, para mí, NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad. 1976-1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001; GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, esp. pp. 139-233, que llega hasta 1998; GRAHAM-YOOL, ANDREW, *Memoria del miedo*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1999; LANATA, JORGE, *Argentinos*, Buenos Aires, Ediciones B, 2002; *Argentinos. Quinientos años entre el cielo y el infierno. La edición definitiva*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. De la actualidad son buenas recopilaciones MORALES SOLÁ, JOAQUÍN, [...] *La política de la desmesura (2003-2008)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008; CABOT, DIEGO y OLIVERA, FRANCISCO, *El buen salvaje*. [...] *La política del garrote*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. Hemos omitido los nombres o apellidos de las personas referidas, que se encontraban donde aquí están los corchetes.

⁸ *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

CAPÍTULO XIV

EL ESCRITO EN LAS DOS HORAS DEL PLAZO DE GRACIA

SUMARIO

1. Introducción	Mét-XIV-1
2. ¿Será necesario hacer alguno?	Mét-XIV-1
3. La preparación	Mét-XIV-2
4. El auxilio de la destreza	Mét-XIV-2
4.1. Lápiz, lapicera.....	Mét-XIV-2
4.2. Máquina de escribir	Mét-XIV-2
5. Computadora e impresora: El auxilio de la tecnología	Mét-XIV-2
6. Ventajas de adaptarse al cambio tecnológico	Mét-XIV-3
6.1. Eficiencia, rendimiento, calidad.....	Mét-XIV-3
6.2. Presentación visual.....	Mét-XIV-4
6.3. Almacenamiento de datos	Mét-XIV-4
6.4. Censura interior.....	Mét-XIV-4
6.5. La competitividad en el mercado	Mét-XIV-4
7. ¿Computación, informática, teleinformática?	Mét-XIV-4
8. Desventajas de la computadora	Mét-XIV-5
9. El hábito en el escrito del plazo de dos horas.....	Mét-XIV-5
10. El <i>stress</i>	Mét-XIV-6
10.1. Niveles positivos	Mét-XIV-6
10.2. Niveles negativos	Mét-XIV-7
10.3. ¿Existe un nivel de equilibrio?	Mét-XIV-7
11. La ventaja de la consulta en el escrito hecho con tiempo.....	Mét-XIV-8

Capítulo XIV

EL ESCRITO EN LAS DOS HORAS DEL PLAZO DE GRACIA

1. Introducción

El estudiante de derecho aprende durante su carrera que en el trámite judicial o incluso en los trámites ante la Administración pública rige el denominado “plazo de gracia,” por el cual un escrito se considera presentado en término dentro de las dos primeras horas siguientes al último día hábil del término del cual se trate.

Lo que seguramente no alcanzará a vislumbrar, a menos que alguien se lo cuente, es cuál es la importancia real que dicho plazo de gracia tiene en la práctica.

2. ¿Será necesario hacer alguno?

Sin embargo, es fácil deducirlo: Sea que el plazo de que dispongamos conste de cinco, diez o quince días —o más, si es la Administración pública— de todos modos es obvio que se aprovecha mejor el plazo utilizándolo entero para la reflexión y estudio del problema. A su vez y por extensión, si el plazo vence un día viernes, el plazo de gracia implica que todavía se puede trabajar en el asunto un par de días más, presentándolo las dos primeras horas del día lunes.

Lo mismo ocurre cualquier día de la semana, en que todavía esa noche se puede retocar algo más el escrito.

Nadie está libre de recurrir alguna vez a él, máxime que en ocasiones los clientes traen un asunto tardíamente, o circunstancias externas imponen al funcionario público la necesidad de expedirse casi de inmediato sobre una cuestión; lo que si bien nada tiene que ver con el plazo de gracia, puede imponer en los hechos la misma urgencia de terminar un escrito.

¿Qué queda de todo lo dicho en el cap. anterior sobre las innumerables revisiones del trabajo, la paciente contrastación con cada una de las fuentes, siguiendo un orden preestablecido, la búsqueda de claridad, orden, etc.?

Dejamos la pregunta para que la conteste cada uno según su propia experiencia. Pero una cosa es clara; todos tendremos que hacer *alguna vez* un trabajo

de urgencia, y la aptitud de escribir rápidamente algo sensato e inteligible debe estar en nuestro bagaje profesional.

3. *La preparación*

Tal vez lo mejor sea, al comienzo del término, estudiar aunque sea sumariamente la cuestión para que nuestro cerebro la registre y eventualmente comience a producir ideas en lo que resta de tiempo; ir las registrando a medida que se producen y juntar todo el trabajo en las horas finales.

También puede ocurrir, y ocurre, que ninguna idea constructiva aparece durante el transcurso del término, y nos abocamos al escrito cuyo plazo vence en verdadero estado de necesidad intelectual. En nuestra experiencia, esto no es tan fallido como podría suponerse *a priori*. Las ideas vienen a la mente, y la cuestión se transforma en velocidad de escritura, reescritura, medios de escritura que se emplean, etc.

4. *El auxilio de la destreza*

4.1. *Lápiz, lapicera*

En este punto, aquellos que todavía escriben a mano se encuentran en desventaja, pues necesitarán que su secretaria o su señora trabaje a la noche o el fin de semana para pasar en limpio el escrito, o no podrán nunca hacer escritos de urgencia, ni utilizar el plazo de gracia. Si bien nadie hace gala hoy en día de escribir con pluma de ganso, sí los hay muy orgullosos de sólo escribir con lapicera, o marcadores, llegando a despreciar a quienes escriben a máquina... ¹

4.2. *Máquina de escribir*

Quienes escriben a máquina se encuentran en una situación algo mejor, y han llegado a un mínimo nivel acorde a la generación que les toca vivir si saben hacerlo con todos los dedos, que por supuesto les provocará menor cansancio físico y mayor rendimiento, además de velocidad. Si la máquina es electrónica y escriben con los diez dedos, todavía se encuentran en una condición preferible a las anteriores.

5. *Computadora e impresora: El auxilio de la tecnología*

Pero, para estar realmente a la altura de las exigencias de un escrito “de urgencia” no hay nada comparable a una computadora personal, cuanta mayor sea su velocidad mejor, y una buena impresora, dotada de iguales características.

Cuando comenzamos a trabajar con la computadora “X,” luego de casi tres décadas de escribir a máquina con los diez dedos y apreciable velocidad, teníamos un programa de procesamiento de palabras “Y,” una capacidad de memoria “Z”

¹MARCEL JOUHANDEAU, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 85; otros dictan, como JACQUES LAURENT, p. 87.

en la computadora, y una velocidad “W” de ésta. Sin perjuicio que cada uno de estos elementos impone opciones acumulativas de mayor o menor velocidad total a nuestra capacidad material de trabajo, la muestra concreta la da la impresora, que en pocos segundos imprimirá el trabajo con las páginas y notas numeradas automáticamente.

Empezamos con una impresora de 80 caracteres por segundo, que nos fuera regalado con la compra de la máquina; un par de años después parecía insufriblemente lenta, y la hemos vuelto a cambiar, una y otra vez; en el ínterin cambiamos el programa de procesamiento por una edición más moderna, aumentamos la memoria de la computadora, etc. El proceso no tiene fin, el que se retrasa pierde.

6. Ventajas de adaptarse al cambio tecnológico

6.1. Eficiencia, rendimiento, calidad

¿Es ésto mero consumismo? Creemos que no: Es preferible eliminar el automóvil como objeto de consumo, y en lugar de cambiar el modelo de coche cada dos años, cambiar la computadora —que es mucho más barata, desde luego.

La computadora permite en décimas de segundo borrar de la pantalla lo que acabamos de escribir y está repetido² o no nos gusta, trasladar un párrafo de un lado a otro del escrito; introducir blancos, puntos aparte,³ títulos y subtítulos que no teníamos pensados al comienzo, pero que surgen naturalmente del desarrollo argumental que estamos haciendo;⁴ hacer un índice automático para no perder idea de la globalidad del documento y saber qué estructura va adquiriendo; ir de un extremo al otro del escrito, cambiar páginas, títulos y párrafos de lugar hasta encontrarles el adecuado; intercalar texto y notas de manera instantánea, cambiar notas de ubicación, etc.

Dado que resulta difícil a cualquiera visualizar en su memoria la integridad del documento, si éste suma varias páginas, se torna indispensable imprimirlo rápidamente para poder repasarlo mejor. Allí podemos a lo mejor trabajar también con la secretaria para que ella introduzca correcciones de forma (puntuación, redacción, etc.) que vamos advirtiendo en el impreso; pero luego hay que reimprimirlo para seguirlo corrigiendo, o hay que retomar el teclado para escribir nuevos párrafos, etc.

² A todo el que escribe le ocurre que, sin darse cuenta, dice lo mismo de distintas maneras no valiosas, repite con frecuencia, agrega cosas superfluas, etc.: Así FRANÇOISE MALLET-JORIS, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 114. Borrar en milisegundos esa carga inútil es tan importante como haberlas podido escribir.

³ Pues es necesario también contemplar el lado visual del texto, aireando el escrito con blancos que hacen más agradable y fácil su lectura, como recuerda GUY DES CARS en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 50.

⁴ Esto es esencial para facilitar al lector la consulta de los puntos que le interesen o atraigan más; releer algún punto concreto; tener una visión de conjunto y de detalle esquemático de nuestro planteo, etc.

6.2. *Presentación visual*

Asimismo, facilita experimentar el futuro aspecto visual de la lectura,⁵ poniendo o quitando blancos, títulos o subtítulos, a fin de brindarle un carácter más fácil o agradable a su lectura y mejorar su ritmo.⁶

6.3. *Almacenamiento de datos*

Otras de las ventajas es que se tiene una enorme capacidad física de almacenamiento de datos,⁷ no para copiar o repetir textos rutinarios o “clichés” —para lo cual también sirve, pero que no le deseamos a nadie—, sino para guardar trabajos en estado de semielaboración que a veces tomamos muy esporádicamente o abandonamos por períodos de años.

6.4. *Censura interior*

El uso de la computadora, si se utilizan los diez dedos, lleva inevitablemente a velocidad de escritura, lo que ayuda decisivamente a liberarse de la censura interior previa.⁸

6.5. *La competitividad en el mercado*

Finalmente, en el mediano o largo plazo, a medida que más abogados adopten la tecnología y puedan hacer más trabajos en menos tiempo, la ley de mercado podrá llegar a desalojar a quienes no tengan adquiridas destrezas e innovaciones tecnológicas. Es para pensarlo con cierta urgencia. La diferencia de la máquina de escribir manual con la escritura manuscrita es leve; la de la eléctrica con la manual, más importante; en cambio, es abismal la distancia de la computadora personal en relación a la máquina de escribir eléctrica o electrónica, y vuelve a serlo con cada nueva versión del *hardware* y *software*.

7. *¿Computación, informática, teleinformática?*

Así como no consideramos, según lo dijimos en el cap. VI, que sea por ahora necesario o conveniente la utilización del sistema de informática jurídica existente en nuestro país, pues ya hay infinidad de sitios de internet con esa información, creemos en cambio que todo abogado debiera pensar seriamente en actualizar su computadora y programas antes que su automóvil. Computadora personal al único, sólo y modesto efecto de escribir con una eficacia y velocidad por lo menos diez veces mayor a la precedente.

⁵ Lo cual, aun sin el auxilio de la computadora, es una preocupación clásica de los escritores. Ver, por ejemplo, GUY DES CARS, en DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 50.

⁶ O “respiración” en la expresión de ECCO, *Apostillas*, *op. cit.*, pp. 47-51.

⁷ Util sobre todo a los efectos mencionados en el § 7 del cap. X.

⁸ Tal como lo expusimos en el cap. VIII, § 10, y lo adelantamos parcialmente en el cap. VII, § 8.

No es esto entrar en la era de la informática ni de la “computación.” Es el simple sentido común de utilizar los adelantos tecnológicos, como lo es usar el teléfono, el fax, el módem, el wi-fi, etc.

8. *Desventajas de la computadora*

Tal vez la única dificultad real que tiene la computadora⁹ es que, al facilitar tanto la transcripción de las ideas al lenguaje escrito, nos evita el filtro interno que antes hacía naturalmente nuestra mayor lentitud de escribir que de pensar.

La computadora permite hoy en día escribir —siempre hablando de diez dedos y un buen mecanógrafo, claro está, que todo abogado necesita aprender a serlo— casi a la misma velocidad que se está pensando, con lo cual no hay filtro alguno y el texto se llena inmediatamente de repeticiones, frases innecesarias, mal redactadas, etc.

No es exactamente lo mismo que controlar el texto escrito de una conferencia grabada o un escrito dictado, que tienen todavía más “aire,” en la feliz expresión de un profesor alemán (aire, por palabras vacías de contenido), pero sí constituye sin duda un serio problema práctico.

Hay que aprender entonces a tener una autocrítica más severa, lo cual sin duda es difícil, y si no resignarse de antemano a que una de las aseveraciones que sobre nuestros escritos hará la contraparte sea la de que constituyen trabajos “farragosos.” Con todo, si nos llevó menos tiempo que a él... Como decía Napoleón, “te escribo largo porque estoy apurado.”

A veces nos pasará lo mismo escribiendo sin el apuro del plazo de dos horas, pero de todos modos en el escrito hecho de urgencia a veces resulta inevitable.

9. *El hábito en el escrito del plazo de dos horas*

Este tipo de trabajo se puede transformar no ya en un recurso excepcional para encarar un problema que no se ha podido resolver antes, por dificultad intelectual de hacerlo, sino en una modalidad normal de hacer escritos, por ejemplo, ante la dificultad material de no tener suficientes horas libres de reflexión durante los días del plazo para trabajar con tranquilidad sobre el borrador.

Puede así ocurrir que los días normales del término transcurran en reuniones, llamadas telefónicas, otros trabajos pospuestos, y quede siempre el plazo de gracia, la noche anterior, el fin de semana, el último día, como el tiempo en que se redacta el escrito.

Conocemos colegas ordenados que tienen sus escritos terminados durante el plazo, e incluso lo presentan antes del día de su vencimiento. Son más los que lo presentan el último día, lo hayan o no terminado antes (esto lo saben solamente

⁹Además del costo, aunque los precios tienen tendencia declinante en el mercado internacional. Nuestra política económica protege al empresario instalado en el país a expensas del sobrecosto y atraso tecnológico que ello impone al consumidor.

ellos), y no son pocos los que los llevan a Tribunales en las dos primeras horas del día siguiente.

Para verificarlo basta con acudir a cualquier Tribunal en esas dos primeras horas, y tomar nota de cuántos colegas llegan con escritos entre las 9.00 hs. y las 9.30 hs., pidiendo al empleado que le ponga el cargo y deje cuidadosa constancia de la hora. No por nada los Juzgados en su mayoría tienen un sistema de cargo automático que pone la hora. ¡Y cuántos colegas hay que llevan el escrito para que le pongan el cargo, diciendo que vuelven en diez minutos con las copias para traslado, pues —obviamente— no tuvieron tiempo de hacerlas antes de terminar el escrito que acaban de llevar!

Es esto bueno o malo? Ello depende de múltiples factores que pueden englobarse bajo el término genérico de *stress*, a que nos referimos a continuación.

10. *El stress*

10.1. *Niveles positivos*

La creación bajo tales circunstancias de presión temporal tiene algo de positivo, equivalente a la descarga de adrenalina del hombre en situación de peligro. Crea un *stress* que no todos los médicos califican de negativo, pues el *stress* también es una forma moderna de responder positivamente a las exigencias de la vida.¹⁰

Por de pronto, la descarga de adrenalina “puede abrir las puertas de la memoria de modo que hechos concretos sean más fácilmente recordados,”¹¹ nos vuelve más alertas y preparados.¹²

Uno de los aspectos que reduce el nivel negativo de *stress* es saber de antemano que la situación se va a dar, o sea, que no resulte imprevista.¹³ Ello obviamente se da en el escrito en el plazo de gracia; si a esto se agrega que la persona disfruta su trabajo,¹⁴ lo siente un “desafío” manejable,¹⁵ considera que controla la situación, obtiene resultados,¹⁶ cumple un propósito propio, etc., entonces el *stress* puede ser no sólo productivo, sino incluso sano.¹⁷

¹⁰ Y una forma de *stress* positivo, en “márgenes óptimos,” son los “desafíos para la propia capacidad,” la “creación artística” y los “descubrimientos científicos.” ROBERTO KERTESZ y BERNARDO KERMAN, *El manejo del stress*, Buenos Aires, Ippem, 1985, p. 35, explicando las enseñanzas de HANS SELVE, *The stress of life*, Nueva York, Mc Graw-Hill, 1978.

¹¹ RESTAK, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

¹² RESTAK, *op. cit.*, p. 175.

¹³ RESTAK, *op. cit.*, pp. 167-169.

¹⁴ ROSCHE, citado por RESTAK, *op. cit.*, p. 168.

¹⁵ La severidad del *stress* aumenta cuanto más peligrosa se percibe la situación: RESTAK, *op. cit.*, p. 166. A la inversa, disminuye si la persona tiene confianza o más aún, certeza, en su capacidad de resolver satisfactoriamente la situación.

¹⁶ HUGH BROWN, *Cerebro y comportamiento*, Madrid, Paraninfo, 1982, *op. cit.*, p. 263, en base a las experiencias de Weiss (1972.)

¹⁷ Estos elementos estaban presentes en un estudio sobre el *stress* en 1.078 ejecutivos de las 500 compañías más importantes, y el resultado fue que tenían un nivel de mortalidad inferior en un 37 por 100 al de otras personas de su edad: RESTAK, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

Desde luego, todo lo dicho respecto al orden de estudio de los hechos, redacción del primer documento, contrastación sucesiva con determinadas fuentes, progresiva reelaboración del escrito, etc., puede verse no sólo acelerado en este tipo de trabajo bajo *stress*, sino también modificado o alterado.

En suma, cuando este procedimiento no lo ha impuesto la necesidad extrínseca sino el haber preordenado el propio tiempo de modo tal que hemos privilegiado el ocio u otras actividades para posponer hasta el último momento la redacción del escrito, el *stress* puede ser altamente creativo.

10.2. *Niveles negativos*

Si se trata de niveles bajos de *stress*, ellos pueden en suma estimularnos al mejor desempeño;¹⁸ pero en exceso aumentan nuestra susceptibilidad a las enfermedades, disminuyen las defensas, y pueden hasta llegar a desórdenes mentales,¹⁹ cardiovasculares, etc., además de producir una progresiva reducción de la capacidad de resistir a futuras presiones de *stress*.²⁰

En cuanto a la salud, conviene prestar atención al grado de agotamiento posterior que produzca, pues es un claro síntoma negativo.²¹ Algunos, como SELYE, consideran que “cada nivel de exposición constituye una indeleble marca en lo que se refiere a que las reservas de adaptabilidad no pueden ser reemplazadas;” “Ya que pasamos constantemente por períodos de tensión y descanso... cada día se añade un pequeño déficit en la energía de adaptación y se produce un efecto acumulativo al que nosotros llamamos envejecimiento.”²²

10.3. *¿Existe un nivel de equilibrio?*

La cuestión es sin duda cuál nivel de *stress* soporta en total nuestra salud física y mental, cuál es la peculiar combinación de tranquilidad mezclada con ocasionales situaciones de *stress* creativo que resulta aceptable para la salud. Ello también está en relación directa a la cantidad y calidad de trabajo que tenemos, frecuencia de tal situación,²³ resultado del trabajo hecho en condiciones de *stress*, frente al escrito hecho paciente y laboriosamente.

Pero esto le toca a cada uno evaluarlo en su propio trabajo, en sus resultados, y en las consecuencias que trabajar así le impone sobre el resto de su vida y su salud, según la combinación de uno y otro método que emplee, el tipo de asuntos de que se trate, las exigencias de los clientes, etc.

¹⁸ RESTAK, *op. cit.*, p. 172.

¹⁹ RESTAK, *op. cit.*, p. 162.

²⁰ BROWN, *op. cit.*, p. 260.

²¹ BROWN, *op. cit.*, p. 260.

²² BROWN, *op. cit.*, p. 259.

²³ Dicho de otra manera, si produce o no una verdadera adicción al *stress*, al acostumbrarse el individuo a disfrutar de la descarga de adrenalina: RESTAK, *op. cit.*, p. 168, quien cita la opinión contraria de ELKES.

11. *La ventaja de la consulta en el escrito hecho con tiempo*

En general, si el escrito es de aquellos que tienen un plazo más o menos largo, es claro que resulta preferible hacerlo con tiempo, consultarlo con el cliente para recibir sus aportes críticos sobre la parte fáctica, recibir y discutir sus ideas para que haya tenido participación en la redacción y no nos diga después, a nosotros o a terceros, que olvidamos tal o cual argumento. Todo ello es preferible discutirlo antes.

En los sucesivos escritos de trámite, cuando las discusiones sean procesales, la consulta al cliente parece superflua a menos que sea abogado. En la producción de la prueba, el intercambio de opiniones se torna otra vez importante por su contribución a la mejor apreciación de los hechos.

Desde luego, esto también depende del tipo de cliente: En el caso de las empresas, siempre habrá alguno o algunos directivos, incluso abogados, interesados en participar en la evolución del tratamiento del asunto por nosotros. Mejor ofrecerlo primero, que tener que decir sí o no al pedido que nos hagan.

En todos esos casos, forzosamente queda excluida la posibilidad de usar el plazo de gracia para hacer el escrito. A lo sumo lo usará nuestro cliente para discutir con nosotros las modificaciones que propone introducir.

CAPÍTULO XV

CLASE MAGISTRAL Y CLASE ACTIVA. DINÁMICA DE GRUPOS

SUMARIO

1. Objetivo de la clase magistral	Mét-XV-1
1.1. Para el alumno	Mét-XV-1
1.2. Para el profesor como investigador	Mét-XV-2
1.3. El conferencista	Mét-XV-3
2. El método de la clase magistral	Mét-XV-3
2.1. La voz	Mét-XV-3
2.2. El cuerpo	Mét-XV-4
2.3. Las imágenes visuales	Mét-XV-4
2.4. Invitados	Mét-XV-4
2.5. El plan de exposición	Mét-XV-5
2.6. El texto de la clase	Mét-XV-5
2.7. El resumen final	Mét-XV-5
2.8. Conclusiones	Mét-XV-5
3. Objetivos de la clase activa	Mét-XV-6
3.1. Remisión	Mét-XV-6
3.2. Eficiencia docente	Mét-XV-6
3.3. Accesibilidad metodológica para el docente	Mét-XV-6
3.4. Dificultades personales a superar	Mét-XV-7
4. Métodos de la clase activa	Mét-XV-7
5. Objetivos de la dinámica de grupos. Primero: Intercambio de ideas	Mét-XV-8
6. Necesario trabajo previo a la clase	Mét-XV-8
7. Segundo objetivo: Intercambio de experiencias, imaginación	Mét-XV-9
8. El tema de la “autorregulación” grupal	Mét-XV-9
9. Tercer objetivo: Efecto multiplicador. Comparaciones	Mét-XV-10

10. El exceso de ansiedad ante la carencia de soluciones “oficiales” del profesor	Mét-XV-10
11. Exceso de seguridad grupal.....	Mét-XV-11
12. El cierre del trabajo grupal por el docente	Mét-XV-11
13. Resumen de técnicas	Mét-XV-11
14. Conferencia o clase magistral	Mét-XV-12
15. Entrevista, mesa redonda, panel	Mét-XV-12
16. Exposición dialogada o clase activa	Mét-XV-12
17. Pequeño grupo de discusión	Mét-XV-12
18. Phillips 66	Mét-XV-13
19. Cuchicheo	Mét-XV-13
20. Estudio de casos.....	Mét-XV-13
21. Juegos de simulación.....	Mét-XV-14
22. Torbellino de ideas.....	Mét-XV-14
23. Pecera o acuario.....	Mét-XV-14
24. Seminario	Mét-XV-15
25. Entrevista	Mét-XV-16
26. Microenseñanza	Mét-XV-16
27. Reservas y críticas a la aplicación de trabajos grupales. Remisión	Mét-XV-16

Capítulo XV

CLASE MAGISTRAL Y CLASE ACTIVA. DINÁMICA DE GRUPOS

1. Objetivo de la clase magistral

1.1. Para el alumno

Las convenciones en boga llaman “clase magistral” a aquella en que el profesor habla sin interrupciones durante toda la hora, en forma parecida a lo que sería una conferencia, y “clase activa” aquella en que interroga, es preguntado o dialoga con los alumnos, o de otro modo los hace participar durante la exposición que efectúa.

Se pueden dar buenas o malas clases, tanto “magistrales” como “activas,” aunque parecieran ser más frecuentes las aptitudes para dictar clase activa antes que “magistral,” es decir, “brillante,” “excelente,” etc.

De todos modos, aun la clase magistral excelente no puede ser, ni aún para aquellos docentes dotados de la aptitud suficiente para dictar todo un curso de tal modo, el único ni tal vez el principal método de transmisión del conocimiento.

Hay algo sustancial que falta en la clase magistral, y es la *actividad de aprendizaje del alumno*.

Es así el objetivo mismo de la clase magistral lo que falla, ya que normalmente él no puede ser otro que el de transmitir información. Esto puede ser útil en temas en los cuales ella no existe, no es fácilmente accesible, hay dificultades de comprensión, etc., o es conveniente un panorama introductorio, un repaso general, establecer conclusiones, etc.: Pero *un curso entero* no debería tal vez estar basado exclusivamente sobre esta premisa. Por ello el art. 1° de la Resolución 16.041 señala que los profesores titulares, asociados y adjuntos “procurarán en la medida de posible reducir el dictado de clases magistrales, entendidas éstas como la exposición unilateral y exclusiva del docente durante la clase.”

En la buena clase magistral el alumno presta atención, toma notas o apuntes, sigue detenidamente lo que expone el profesor, pero su actitud intelectual y física es casi enteramente pasiva, solamente receptora y no creadora.

1.2. *Para el profesor como investigador*

La clase magistral tiene en cambio cierta utilidad para el docente, pues le permite “ensayar las cosas, a la vez sobre mí mismo, formulándolas, y sobre un auditorio, observando como reacciona. Nueve veces sobre diez, me doy cuenta, si es el caso, que me he equivocado. Pero es el privilegio de los cursos poder decir allí tonterías,” dice LEVI STRAUSS,¹ quien agrega: “Por ello prohíbo a mis estudiantes el uso del grabador.”

De este modo el curso de alumnos se transforma en un campo de experimentación de ideas propias antes de redactarlas y luego publicarlas. Esto sirve al profesor, pero no tanto al alumno, a menos que le provoque ideas originales de refutación por el mecanismo explicado en el punto 6 del cap. VIII.

En otra variante, muy en boga en algunos países de Europa, el profesor prepara notas o escribe su disertación, la explica a los alumnos, luego publica un libro con lo que fue el material del curso: Pero no repite las clases, ni utiliza por segunda vez la misma serie de notas de clase,² y cada semestre dicta un curso sobre un tema diferente, que tampoco reitera a través de los años. Aquí el profesor investiga, reflexiona y crea para cada curso magistral que dicta.³ En esta variante, el alumno aprovecha en enterarse de una investigación en curso sobre un tema concreto, novedoso y de interés actual. La sociedad, por su parte, aprovecha a sus profesores en el rol concreto de investigadores.

El método de ensayo que supone una clase magistral previamente investigada y escrita sobre un asunto novedoso que se desarrolla a lo largo de un curso, tiene sentido si el tema del curso no se repite y los resultados son visibles a través de publicaciones regulares del profesor. No tendría sentido para la formación del profesor explicar de este modo temas trillados (concepto, evolución histórica, fuentes, relaciones, autonomía, para no mencionar sino los que todos conocen.)

De todos modos, aún en la variante de investigación, hay casos de autoridades universitarias que han pensado “que cualquier tiempo empleado en investigación era un hurto al tiempo de trabajo como profesor, por el que estaba siendo

¹ En DE RAMBURES, *op. cit.*, p. 106.

² Así POPPER en la década del 40 y 50, según cuenta en *Búsqueda sin término*, *op. cit.*, p. 170, aclarando además, en su caso, que no ha publicado todas sus conferencias escritas ni notas de clase, que permanecen entonces inéditas.

³ Hemos participado como profesor asociado en cursos de esta índole de GÉRARD TIMSIT de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne), y hemos visto su concienzudo trabajo de investigación previa para el curso, como así también las obras que resultaron. Por nuestra parte, hemos aprendido mucho de escucharlo.

pagado,⁴ lo cual, si bien absurdo, muestra las tensiones y conflictos que luego tocamos en el cap. XVIII.

Por cierto, el profesor debe investigar⁵ y ser un elemento de progreso social,⁶ pero no parece indispensable que para ello deba servirse del empleo de clases magistrales. La investigación es una tarea paralela e interdependiente de la docencia, pero no tiene por qué superponerse hasta el punto de no diferenciarse la una de la otra; lo mismo cabe decir de su rol en el mejoramiento del derecho y el sistema social.⁷

1.3. *El conferencista*

Si lo que nos han pedido es una exposición, entonces “el desafío es la única excusa que existe para dar una conferencia. Esta es la única forma en que la palabra hablada puede ser mejor que la impresa.”⁸

2. *El método de la clase magistral*

Sin perjuicio de lo expuesto, la clase magistral se puede hacer más amena e interesante, y más sencilla de retener, con muchos recursos:

2.1. *La voz*

En primer lugar, es indispensable no sólo contar con un volumen de voz o un micrófono adecuado, sino que se requiere también modularla para ofrecer diferentes registros⁹ y no una nota monocorde que torne difícil distinguir un pensamiento de otro.

Subir o bajar el tono, enfatizar aspectos, preguntarse en voz alta, dar inflexiones a la voz o criticar con algo de vehemencia, hacer pausas, aminorar la velocidad como si dictara, etc., son algunos de estos recursos.¹⁰ La voz monótona

⁴ POPPER, *Búsqueda sin término*, op. cit., p. 160.

⁵ También este punto se ve sacrificado a las funciones de enseñanza, aun por métodos modernos, en los Estados Unidos: ROWLES, op. cit., p. 387. De lo cual se deduce que la falta de investigación no depende del método de enseñanza, sino de los problemas que explicamos en los caps. VII a XI.

⁶ ROWLES, op. cit., pp. 380, 381, 390, más el desarrollo que hemos hecho en el Prólogo a nuestra *Teoría general del Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

⁷ Para una breve enumeración, obvia por lo demás, de otros métodos de actuar, ver ROWLES, op. cit., pp. 381 y ss., quien, sin embargo señala que con frecuencia se los pasa por alto, o se los ejerce con visión limitada y actuando individual o aisladamente (p. 388.)

⁸ POPPER, *Búsqueda sin término*, op. cit., p. 166. En tal caso el auditorio sí está atento, y participa luego activamente en el debate; pero es necesario sorprenderlo con la tesis. POPPER expresa: “Trato de extraer de mis puntos de vista algunas consecuencias que espero sean inaceptables para el auditorio particular que vaya a escucharme.” (op. loc. cit.)

⁹ Con la ventaja de variar así los grupos neurales que se activan en el cerebro de quien escucha; “Los tonos altos se dirigen a determinado punto de la superficie del cerebro, los bajos a otro no muy lejano pero distinto.” RUSSELL BRAIN, *Palabra y pensamiento*, en SHERRINGTON, op. cit., p. 70; ECCLES, op. cit., p. 306, para mayor precisión.

¹⁰ MADDOX, *Cómo estudiar*, op. cit., p. 107.

conspira contra la posibilidad de que el alumno siga con atención lo que se le está explicando.

2.2. *El cuerpo*

En segundo lugar, un adecuado manejo del cuerpo es esencial. Dependiendo del auditorio, y cuidando de no hacer un papel histriónico exagerado, es más fácil prestar atención a la exposición de alguien que habla de pie, o incluso moviéndose, que quien lo hace sentado, máxime si mantiene una posición inmóvil en el asiento.

Hay todo un “lenguaje del cuerpo”¹¹ que puede ser utilizado con efecto positivo, si no se cae en la exageración y por ende en el ridículo, que al distraer también hace fracasar la clase “magistral.” Tal vez la observación de buenos y malos actores de teatro sea la mejor forma de percibir la diferencia.

2.3. *Las imágenes visuales*

El uso del pizarrón (o rotafolio, diapositivas, películas, etc.) permite al que escucha variar su nivel de atención, que lógicamente aumenta ante cada elemento nuevo que se le plantea y le facilita la comprensión y retención de lo expuesto. Según la cuestión de que se trate, el profesor puede exponer mapas, gráficos, imágenes, grabados, fotografías, croquis, objetos, etc.

Estos elementos visuales,¹² incluso aunque no sean indispensables para la comprensión, son sin embargo útiles para renovar la atención y facilitan el recuerdo. Cabe destacar en este punto que los métodos mnemotécnicos más eficaces, desde SIMÓNIDES, SÉNECA, QUINTILIANO, pasando por ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS DE AQUINO, LULIO, GIORDANO BRUNO y llegando a BACON y DESCARTES, han incluido siempre el uso de imágenes.¹³ Su declinación a partir de la aparición de los libros impresos¹⁴ no excluye el hecho de que lo visual juega todavía un rol importante en la memoria.¹⁵

2.4. *Invitados*

Traer uno o dos profesores o profesionales invitados para que tomen a su cargo aspectos parciales de la exposición (diez a veinte minutos cada uno, no más)

¹¹ Uno de los precursores en la divulgación de esta temática fue JULIUS FAST, *Body Language*, Nueva York, Pocket Books, 1971; ver también MARK L. KNAPP, *La comunicación no verbal. El cuerpo y el entorno*. Barcelona, Paidós, 1985.

¹² Incluido el lenguaje corporal mencionado en el § 2.2.

¹³ Para una relación histórica y mayores referencias ver WITTRICK, *op. cit.*, pp. 142-156, y su bibliografía de las pp. 170-173, especialmente F. YATES., *The Art of Memory*, Londres, Routledge y Kegan Paul, 1966.

¹⁴ El proceso comienza con la invención de la imprenta y culmina en el Renacimiento: WITTRICK, *op. cit.*, pp. 154-156. A partir de entonces los mnémicos o «memoriosos» pasan a ser cada vez más raros, por las razones que explicamos en el cap. IX, § 5.

¹⁵ WITTRICK, *op. cit.*, p. 157.

aproxima bastante la clase a una mesa redonda y levanta también la atención del auditorio.

2.5. *El plan de exposición*

Un elemento que ayuda muchísimo a la clase magistral y a su seguimiento por los alumnos, es distribuir al comienzo el plan de la exposición. Esto permite al alumno saber cuál es el esquema total, a qué se dirige, ubicarse en todo momento respecto a qué parte del temario se está tratando, etc.

2.6. *El texto de la clase*

Si a ello se agrega la entrega de la versión escrita de la clase —que, desde luego, el profesor magistral no leerá, sin perjuicio de consultarla ocasionalmente— la atención del alumno se puede además multiplicar, con beneficio para su aprendizaje, entre visualizar, escuchar, leer lo que escucha, y marcar o hacer anotaciones al texto de la clase magistral.

En este último caso hay en verdad cuatro actividades cerebrales simultáneas: El alumno observa, escucha, lee y anota, lo que es perfectamente factible¹⁶ y potencia la utilidad del sistema. En realidad, esto lo hemos visto utilizado solamente en conferencias bien organizadas, y no creemos que sea frecuente en clases normales de la Facultad de Derecho a lo largo de todo un curso denominado o regido por clases “magistrales.”

Otras ventajas de escribir la clase magistral han sido explicadas en el §1.2. de este cap..

2.7. *El resumen final*

Hacer un resumen final al igual que en un escrito judicial o administrativo ayuda a fijar las conclusiones de la exposición.

2.8. *Conclusiones*

En todos los casos, aún siendo brillante el modo concreto en que se hizo la clase magistral, siempre el alumno ha estado en situación pasiva durante la disertación. No puede pues ser el método principal de trabajo, máxime si se tiene presente que incluso alumnos brillantes suelen voluntaria o involuntariamente «entretenerse con sus propios pensamientos» durante la conferencia o clase magistral.¹⁷ Solamente puede justificarse, eventualmente, si constituye un deliberado equilibrio

¹⁶ BUNGE, *El problema mente-cerebro*, op. cit., p. 101: “Como el cerebro humano está compuesto de varios subsistemas que pueden funcionar en paralelo (aunque con interferencias mutuas), en el mismo instante se puede ocupar de diversas tareas mentales (es decir, puede ver, oír y tener visiones rápidas a la vez que piensa.)”

¹⁷ POPPER, *Búsqueda sin término*, op. cit., p. 43, quién expresa otras cosas que ningún docente debería dejar de leer.

entre aprendizaje del alumno e investigación del profesor, en el cual se privilegia la segunda actividad por sobre la primera.

Incluso quienes defienden la clase magistral no pueden menos que señalar que aun el alumno concentrado en lo que se dice, pierde una buena parte de lo que se está diciendo, al dejar vagar sus pensamientos, sin darse siquiera cuenta que ha dejado de prestar atención.¹⁸

Lo mismo puede ocurrir leyendo un libro, pero en este caso puede volverse a releer lo “leído” sin atención;¹⁹ por eso la clase en que el alumno participa con trabajos de aprendizaje que él mismo realiza, puede contribuir sensiblemente a una mejor enseñanza.

3. *Objetivos de la clase activa*

3.1. *Remisión*

La clase activa procura sumar a la exposición del profesor la actividad de aprendizaje del alumno a través de tareas que él mismo debe realizar. Combina por lo tanto un elemento de aporte de información, como la clase magistral (y tiene sus mismos recursos técnicos para mantener la atención), con la participación del alumno en trabajos de aprendizaje. Sus objetivos son, pues, los explicados en el cap. I. Todos los métodos explicados en esta obra, excepto la clase magistral, pueden caer así bajo el rótulo genérico de “clase activa.”

3.2. *Eficiencia docente*

Como objetivo secundario, tiene la ventaja de que produce un *docente* más descansado físicamente y por ende más alerta y eficiente intelectualmente en la clase, aunque obliga a una mayor preparación previa de las tareas con las cuales se complementará la exposición.

Quien dicta un curso nocturno, por ejemplo, debe hacer esfuerzos ciclópeos para dar una buena clase magistral que no duerma al auditorio, y está por ende más necesitado aún de dar participación activa a su alumnado, para ayudarles (y ayudarse) a vencer la natural fatiga del día.

3.3. *Accesibilidad metodológica para el docente*

Sin olvidar que puede haber *malas* clases activas, digamos por ahora que como técnica ella es más accesible al docente menos experimentado o menos dotado histriónica y académicamente para lograr mantener la atención y el interés de

¹⁸ MADDUX, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹ MADDUX, *op. loc. cit.* Es el único autor que conocemos que piensa que una clase magistral puede ser mejor que un libro, pp. 102 y 103. Pero, obviamente, desde la invención de la imprenta no hay un método más eficaz de transmitir información que darla escrita. Y si no la hay satisfactoria o al día, entonces le corresponde al profesor escribirla, en lugar de hablarla.

un auditorio durante una clase “magistral,” al margen esto de que casi nadie puede dar tantas clases brillantes y cautivantes, aunque poco útiles.

3.4. *Dificultades personales a superar*

De todos modos, existe una primera importante dificultad personal a superar para dictar clase activa en lugar de clase magistral: Tener la suficiente apertura y flexibilidad para prestarse al diálogo, la pregunta, la réplica, etc.

Por ello siempre hemos pensado que se ha llegado a ser docente el día que se pueden pronunciar sin temor ni vergüenza dos frases que podrían ser socráticas, ante la intervención de un alumnos: “No sé;” “Tiene Ud. razón.”

Aquella dificultad puede, en circunstancias adversas, tener un efecto multiplicador,²⁰ además de sumarse a otras que conviene tener presente.²¹

4. *Métodos de la clase activa*

Las variantes de la clase activa son numerosas y combinan los demás métodos de trabajo que estamos comentando.

1º) En su versión más simple, es la exposición matizada con preguntas a los alumnos, para que piensen un punto antes de proseguir con él, y obtener algunas respuestas o alguna discusión antes de seguir con la exposición.

En esta misma tesitura, es la exposición en que se facilita la interrupción con preguntas de quien no entendió algo, o pide que le expliquen o ejemplifiquen mejor algún aspecto.

2º) El método socrático de interrogar a los alumnos a propósito del análisis de fallos (cap. IV) es un buen ejemplo de otra técnica de clase activa, en la cual el profesor no hace ninguna “exposición” y se limita a formular preguntas a los alumnos, conforme a un plan preconcebido para plantear un esquema y un orden determinado de problemas.

El grado de preparación que requiere este tipo de clase activa es obviamente muy alto, y al exigir mucho al alumnado exige en mayor grado aún al docente. La divagación del profesor es por supuesto más dañina que la divagación del alumno, pues éste aprende también, consciente o inconscientemente, por imitación.

3º) Del mismo modo, el profesor puede realizar una exposición que él mismo interrumpe cada tanto para proponer la realización de algunos de los diversos métodos de dinámica de grupos que comentamos en las páginas siguientes.

4º) Otro método es efectuar una dramatización en la que el profesor toma parte, como la situación de entrevista profesional que comentamos en el cap. XIV, § 2.1.

5º) También se puede matizar la exposición con documentos (cap. III) que se

²⁰ Nos referimos a ello en el cap. XVI, § 2, 3 y 5.

²¹ *Infra*, § 6, 8, 10 a 12.

entrega de tanto a los alumnos planteándoles interrogantes a propósito de ellos: ¿Qué documento es?; ¿tiene algún vicio?; en caso afirmativo, ¿qué corresponde hacer?; ¿cómo se interpreta tal cláusula?; ¿cómo se subsume en la norma?; ¿cómo juega con la explicación doctrinaria?; ¿cómo se inserta en los fallos analizados?

Las necesarias elucubraciones que deberán hacer los alumnos, con el documento a la vista, constituirán tareas de aprendizaje útiles para su formación, independientemente de que estén formando parte de una exposición del profesor que luego continúa con alguna otra parte de la problemática que ese día correspondía plantear al alumnado, conforme al programa total del curso. (Cap. XV.)

6º) También se pueden concebir cortes en la clase activa, entregando a los alumnos formularios para llenar, a fin de obtener determinada información o muestreo estadístico que resulte luego pertinente para el análisis en esa misma clase: El alumno participa en la elaboración de la información sobre la cual luego se seguirá trabajando y seguramente proponiéndole también preguntas o tareas complementarias.

7º) Todos los demás métodos explicados en esta obra, según quedó dicho antes, importan clase activa en cuanto incorporan trabajo y participación de los alumnos.

5. *Objetivos de la dinámica de grupos.*²² *Primero: Intercambio de ideas*

Los objetivos de la dinámica de grupos, si bien son similares a los ya expuestos en cuanto a procurar la realización de tareas de aprendizaje por el alumno, tienen una especificidad que se torna necesario destacar y contra la cual al mismo tiempo hay que prevenir en parte, por lo menos en nuestra experiencia.

El primer objetivo que se persigue es que los propios alumnos intercambien ideas o discutan y debatan entre sí, sobre la base de lo previamente trabajado y ya realizado antes de clase.

6. *Necesario trabajo previo a la clase*

No es pues un mecanismo que el docente pueda normalmente utilizar para que los alumnos empiecen a leer un tema por primera vez en clase.

Los alumnos podrán seguramente con provecho reunirse en grupos para discutir *antes de la clase* los trabajos encargados por el profesor, pero ello no significa que puedan *en la clase* de la Facultad *empezar* el trabajo grupal a partir de información y preparación inexistente.

Eso está destinado al fracaso y al descrédito de todo intento de modernizar métodos de enseñanza, y la responsabilidad de que ello ocurra recaerá exclusivamente sobre el docente, por deficiente ejercicio de la autoridad con que la Facultad le inviste.

²² Nos remitimos, para ampliaciones y precisión, a la abundante bibliografía especializada en la materia, con las salvedades del cap. XVI.

7. Segundo objetivo: Intercambio de experiencias, imaginación

El segundo objetivo, que corre paralelo al primero, es que el intercambio de ideas produce en los alumnos una serie de beneficios sustanciales:

a) Enriquecimiento recíproco de sus respectivas experiencias diversas y puntos de vista divergentes;

b) Fomento de la imaginación creadora al exponerse cada uno a la interinfluencia de conocimientos y vivencias diferentes, y hasta de enfoques disciplinarios distintos aun en una misma carrera (como todo problema concita siempre más de una disciplina, alguien aportará algo más de procesal, otro de penal, otro de civil, otro de constitucional, etc., en la lenta aproximación a la consideración del derecho como una ciencia unificada); con mayor razón, enriquecimiento recíproco con información de otras disciplinas no jurídicas que los alumnos puedan poseer.²³

c) Facilita al alumno tímido formular a sus compañeros preguntas que tal vez no haría al profesor por temor al ridículo, por no interrumpir, etc.

8. El tema de la “autorregulación” grupal

Existen teorías sobre la “autorregulación” de los grupos —que se formen y administren solos— que nos han resultado hasta ahora inadecuadas para el escaso lapso de la clase, en el ámbito de una Facultad de Derecho.

Además, la “autorregulación” suscita importantes confusiones en los alumnos, que pueden sin darse cuenta entender que en verdad la autoridad docente ha pasado ahora a ellos, y que son ellos los que pueden decidir el modo de aprendizaje.

Una cosa, claro está, es la educación participativa, y otra muy distinta la abdicación de la responsabilidad docente. Dado que estas son salvedades fruto de experiencias nuestras no siempre exitosas en el pasado, confiamos en que el tiempo irá creando condiciones progresivamente más propicias para la aplicación mejorada de estas técnicas.

A nuestro juicio, es por ahora necesario proporcionar pautas precisas sobre la integración de los grupos, rotación externa de integrantes e interna de coordinadores para evitar liderazgos nocivos que impidan la discusión eficaz; dar orientaciones sobre el cumplimiento dentro del grupo de la función de control del tiempo, a fin de evitar el “discurso” interno a que son tan propicios los alumnos novatos de derecho, cuando todavía no han aprendido que la profesión no consiste en “hablar” mucho y vacío de contenido, sino en decir cosas precisas.

Habrá que predeterminar la duración de cada tarea que se asigna, y recorrer personalmente los grupos, escuchándolos sin inmiscuirse en la discusión, para verificar que efectivamente están trabajando en la misión asignada, lo que no siempre necesariamente ocurre.

²³ ROWLES, *op. cit.* p. 393.

Debe resolverse de antemano si el grupo podrá o no designar un informante para exponer los resultados del trabajo grupal, o si el profesor elegirá *ex post* libremente a uno cualquiera de los integrantes del grupo para que él informe del resultado de la discusión: Obviamente, éste es el método que preferimos en las circunstancias que nos ha tocado vivir el último cuarto de siglo.

9. Tercer objetivo: Efecto multiplicador. Comparaciones

Un tercer objetivo del trabajo grupal es que los alumnos determinen:

- a) Cómo la suma de esfuerzos individuales produce mejores resultados que el solo trabajo individual;
- b) Comparen el modo en que diferentes grupos producen resultados a veces coincidentes, a veces significativamente diversos y hasta contrapuestos,
- c) Comparen y discutan colectivamente en clase las conclusiones grupales, haciendo el profesor un gráfico en el pizarrón para dar orden sistemático a lo que va siendo expuesto, y lograr mayores precisiones cuando éstas falten, a través de las preguntas pertinentes.
- d) Por último, puede ser necesario que los alumnos puedan contrastar tales conclusiones con los aportes del profesor como cierre de la actividad.

10. El exceso de ansiedad ante la carencia de soluciones “oficiales” del profesor

En el método de análisis de fallos que explicamos en el cap. IV, que es el seguido en muchas Escuelas de Derecho norteamericanas, el profesor no proporciona respuestas oficiales, sino sólo interrogantes en cuya respuesta ejercita a los alumnos.

En nuestro medio, y sin perjuicio de que consideramos que el método indicado puede emplearse junto con otros, cabe hacer algunas salvedades.

En primer lugar, si los alumnos no tienen, luego de la discusión grupal y colectiva, alguna idea de qué es lo que el profesor piensa al respecto, puede subir el nivel de ansiedad a niveles que sean dañinos.

Como dice BLEGEL, “Sin ansiedad no se aprende, y con mucha tampoco.”²⁴ Por ello, según los casos, puede ser necesario bajar los niveles de ansiedad que la incertidumbre pueda haber provocado, dando al menos algunas correcciones a los errores que los propios alumnos no hayan podido advertir.

Una forma de hacerlo es no señalar directamente los errores, sino comenzar una serie de preguntas críticas, al estilo de las ya vistas,²⁵ para obligarlos a reflexionar nuevamente sobre el trabajo realizado:

¿Contemplaron todas las alternativas? ¿No falta alguna importante? ¿Evaluaron los pros y los contras de esta alternativa? ¿No falta evaluar adecuadamente

²⁴JOSÉ BLEGER, *Temas de psicología (Entrevista y grupos)*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1972, p. 74.

²⁵Cap. IV, § 7.

alguno de los pros o de los contras? ¿Es esta una solución práctica y realista?, etc., hasta lograr finalmente que adviertan la confusión o el error.

11. *Exceso de seguridad grupal*

La segunda dificultad es precisamente la contraria: Que queden tan satisfechos con el trabajo realizado, con los acuerdos logrados dentro de cada grupo y las coincidencias intergrupales, que crean haber alcanzado una verdad eterna e inmutable en el punto.²⁶

Nuevamente aquí se torna necesario introducir el tipo de preguntas que mencionamos en el punto anterior, esta vez para atacar el error de la certidumbre y dejar, a la inversa, algún nivel de ansiedad creadora y alejar la estultez de la certidumbre en quien no está aun sino haciendo sus primeros experimentos de aprender derecho.

12. *El cierre del trabajo grupal por el docente*

En conclusión, creemos que por ahora es necesario que el profesor intervenga luego de haber terminado los informes grupales y la discusión general, para introducir la duda cuando ella no existe, y para reducir la ansiedad cuando las dudas son demasiado grandes.

No se puede dar por terminado un trabajo grupal sin algún grado de contribución docente. Esto puede resultar negativo o hasta “autoritario” para algunos, y el por qué de nuestras conclusiones lo hemos explicado oportunamente, en ocasión de reseñar algo más de veinte años de aplicación de estos y otros métodos de enseñanza de derecho.²⁷

De todos modos, cabe recordar que debe evitarse que el tema quede con una “solución oficial,”²⁸ que sería perjudicial y contraria a todo lo que la metodología de aprendizaje supone. Pero si hay errores que se pueden reconocer y señalar, creemos que se debe hacerlo por el procedimiento indicado, u otro que se ajuste a eventuales limitaciones de tiempo.

13. *Resumen de técnicas*

A modo de visión global, reproducimos en las páginas que siguen un listado de técnicas utilizado en numerosos ámbitos docentes, que compara las distintas formas de concebir la relación con un grupo de aprendizaje:

²⁶ BLEGER, *op. cit.*, p. 74. “No hay ansiedad y el grupo no trabaja: Ya lo saben todo y no hay dudas.”

²⁷ *Infra*, cap. XVI.

²⁸ Cap. IV, § 8, y cap. VI, § 6.

14. *Conferencia o clase magistral*

El expositor habla frente al grupo oyente; brinda mucha información en poco tiempo, pero no controla la recepción ni el aprendizaje, provoca distracciones y apatía, etc.

15. *Entrevista, mesa redonda, panel*

Presenta información autorizada en poco tiempo, con distintos enfoques o puntos de vista y eventual debate entre los integrantes de la mesa; lleva tiempo, requiere preparación de los panelistas, tampoco controla el aprendizaje ni la recepción del auditorio, aunque provoca menor grado de distracción o apatía.

Si está bien organizado, promueve el intercambio de opiniones, facilita la comprensión de un problema a través de distintos enfoques, permite identificar puntos de vistas. Puede usarse con eficacia reuniendo en el ámbito de un curso a profesores de distintas cátedras que sostienen puntos de vista divergentes, autores cuyos criterios se han comentado, jueces acerca de cuyos fallos se ha trabajado, etc.

16. *Exposición dialogada o clase activa*

El expositor induce el tema a partir de preguntas; los participantes, con sus respuestas, contribuyen a conformar el tema del expositor. Genera participación, estimula la reflexión, permite conocer el nivel de los participantes. Consume tiempo, requiere preparación, puede resultar dispersa, no genera participación de todo el grupo. Es mejor que los dos anteriores.

Todos los métodos que siguen son necesariamente variantes o combinaciones de la clase activa. Desde luego, también puede resultar que en una clase determinada se produzca *exclusivamente* alguna de las actividades siguientes, pero al respecto conviene recordar las salvedades que recordamos en los puntos 10 a 12. De todos modos, como son muchos y muy buenos los libros escritos sobre dinámica de grupos, las escuetas informaciones que siguen deben necesariamente ampliarse y corregirse con la lectura de dicha bibliografía especializada, que se puede encontrar en cualquier buena librería.

17. *Pequeño grupo de discusión*

Durante quince a treinta minutos un grupo de no más de siete personas discute sobre un tema en base a información y trabajos preparados individualmente (en nuestra visión) en forma previa a la clase.

Genera análisis y diálogo, permite trabajar temas de cierta complejidad, aumenta el compromiso con las conclusiones. La exposición al grupo colectivo de las conclusiones de los pequeños grupos lleva tiempo, cuesta mucho que los demás grupos presten atención cuando otro expone, el límite de tiempo influye

negativamente cuanto menor sea la preparación previa de los integrantes del grupo, requiere entrenamiento previo.

18. *Phillips 66*

Seis personas en seis minutos resuelven un problema. Se designan coordinador y según los casos relator. Aumenta la participación, entrena en roles grupales (coordinar-sintetizar), fuerza compromisos o muestra la dificultad de alcanzarlos. Sólo permite trabajar temas muy simples o cortos.

Puede servir para indagar el nivel de información que tienen los cursantes acerca de un tema; o después de una actividad colectiva, para analizar propuestas de nuevas actividades (si el profesor no ha hecho al comienzo la programación de la totalidad del curso);²⁹ requerir opiniones, expectativas, etc., si el profesor no ha previsto en la programación ocasiones formales de evaluación anónima escrita del proceso docente por parte de los alumnos.³⁰

19. *Cuchicheo*

Tres minutos en parejas para resolver un problema simple; en una variante, se hace con cuatro personas, dos que están al lado una de la otra y las dos de atrás, dándose vuelta los de adelante hacia atrás, para la tarea.

Genera participación total, estimula el cambio de roles, permite conocer el nivel grupal. Raramente, en grupos poco acostumbrados, puede llegar a alborotar; sólo permite trabajar temas simples; la puesta en común, o sea, escuchar las conclusiones de cada uno de los grupos, lleva tiempo.

Esto último puede reducirse pidiendo que el grupo emita solamente una palabra para calificar la actividad realizada, cuando ésta ha tenido características que a juicio del docente requieren una información inmediata sobre la receptividad que la tarea ha tenido en su auditorio. Otra variante es pedir esto último (una sola palabra, si el curso es numeroso) a cada uno de los participantes, sin la tarea de cuchicheo o de grupos.

20. *Estudio de casos*

Se analiza un caso concreto. Aumenta el realismo de la enseñanza, genera análisis y diálogo, permite trabajar temas de cierta complejidad; lleva tiempo de elaboración previa, y también toma tiempo la exposición y debate de las conclusiones.

Requiere un entrenamiento gradual a partir de casos inicialmente más simples, progresando con el grado de dificultad; por ello conviene comenzar desde el primer día del curso con un problema muy sencillo o sencillísimo según el

²⁹ *Infra*, cap. XV, § 1.

³⁰ *Infra*, cap. XV, § 6.

año y la materia, para ir avanzando luego más rápidamente. Empezar tarde es condenarlo al fracaso por falta de suficiente adiestramiento previo.

Requiere que los problemas a introducir en sucesivos casos tengan siempre facetas novedosas a resolver, sea porque el caso las requiera obvia y expresamente, sea porque toque a los alumnos descubrirlas si los casos parecen “iguales.”

Nos remitimos al desarrollo más completo que hemos realizado en los caps. V, VI y siguientes.

21. *Juegos de simulación*

Los grupos o las personas asumen roles y tratan de resolver una situación novedosa o vencer una dificultad. Estimula, cambia actitudes, desarrolla capacidades empíricas y de observación; requiere explicación previa de las reglas y análisis posterior del docente.

Conviene recordar que existen en nuestra historia no muy distante casos de desempeño de roles, dramatización, etc., en los cuales los objetivos de aprendizaje no estaban satisfactoriamente definidos, y la percepción colectiva fué solamente que era un juego, poco serio para más.³¹

Sugerimos no hacer más de dos o tres experiencias de esta naturaleza por curso, como máximo, y repetir las mismas en cursos sucesivos hasta que el docente pueda afinarlas suficientemente.

22. *Torbellino de ideas*

El grupo lanza libremente propuestas sobre un tema, generalmente tratándose de un proyecto de visión futura, sobre la base de una consigna precisa dada por el docente, que debe acotar el tiempo y limitar la contribución individual a una frase o palabra por persona, que él anota en el pizarrón. Permite descubrir ideas nuevas. Fomenta el desarrollo del pensamiento creador. Genera cierto desorden. Puede producir ideas no viables.

23. *Pecera o acuario*

Se divide el curso en un grupo central, formado por ejemplo por un integrante de cada uno de los grupos que ha trabajado previamente, y un grupo observador que es el resto de la clase. Los que están dentro del grupo central debaten por ejemplo las conclusiones grupales previas sobre el caso o el tema en discusión, y los observadores se limitan a escuchar, tomar nota, etc., sin participar ni conversar entre sí.

³¹ En la década de los 70 se comentaba un caso de una materia introductoria en Ciencias Económicas en que el profesor había hecho bailar malambo a sus tres mil alumnos. “*Si non e vero...*”

La observación externa permite a los demás verificar el funcionamiento del grupo, su empleo del tiempo, organización, eficiencia, etc., y constituye para ellos mismos un difícil ejercicio de autodisciplina.

Una vez terminada la discusión interna en la pecera, el profesor pide una breve opinión a cada uno de los observadores, y formula sus críticas al desempeño grupal interno y externo de la pecera, si corresponde.

24. *Seminario*

Un grupo reducido investiga un tema, recurriendo a fuentes originales de información (documentos, expertos, etc., pasando por las etapas descritas en el cap. V, puntos 4° y 5° sobre análisis de los hechos), bajo la conducción del profesor.

Los alumnos preparan con la dirección del docente una exposición que harán en fecha establecida con un par de meses de anticipación, día en el cual entregarán a sus compañeros copia del esquema de la exposición, bibliografía utilizada, materiales, etcétera, y expondrán en base a fichas, o preferentemente a un texto escrito y previamente distribuido —que no leerán, desde luego—, formulando sus conclusiones.

La clase debate luego las conclusiones, y se concluye evaluando la tarea realizada.³²

Entre nosotros, hemos conocido cursos en que el profesor asignaba “temas de exposición” a diferentes alumnos, cada uno de los cuales daba entonces su “clase,” limitándose a resumir o repetir lo que ya dicen los libros de la materia: Ello no representa utilidad alguna para el curso y es una mala experiencia de enseñanza, inútil para ellos y para el resto del curso.

La dirección, orientación y control del profesor es indispensable para que los alumnos hagan un buen trabajo de seminario previo a la disertación; lo contrario, el resumen de libros o manuales, nada tiene que ver con el método de la “disertación” que se usa, por ejemplo, en la Universidad de París II, el cual responde a las características explicadas en el primer párrafo de este punto.³³

Lo primero no sirve, lo segundo es una experiencia interesante. Hacerlo bien, en nuestro medio, consume mucho tiempo de los alumnos que preparan la exposición y del profesor que debe dirigirla, y cuesta que todos se convenzan de que se haga un trabajo serio. Lo hemos utilizado solamente en cursos de Doctorado.

³² Por alguno de los sistemas que mencionamos en el cap. XV, § 6.

³³ Emplea este método YVES GAUDEMET, y presenciándolo en su curso de Doctorado hemos podido constatar su utilidad al cumplirse las condiciones mencionadas, difíciles en cambio de practicar en un curso de la carrera en nuestra Facultad. Ver al respecto, de YVES GAUDEMET y JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Préparation à l'examen. Droit administratif*, París, L.G.D.J., 1985, pp. 85 y ss.

25. *Entrevista*

Un experto —magistrado, legislador, abogado litigante o consultor, funcionario administrativo o judicial, abogado en funciones ejecutivas en la función pública o privada, etc.— es invitado a la clase, e interrogado por uno o varios miembros del grupo, sobre un tema de interés y sobre el cual se hace conveniente obtener información empírica.

Previamente se designan en clase quién o quiénes actuarán como entrevistadores, se prepara el cuestionario, se designa la persona que presentará al entrevistado y entrevistantes. El diálogo ha de ser ágil, deben evitarse las preguntas fútiles, etc., para que el experto se sienta cómodo y conteste lo más ampliamente posible al interrogatorio.

Puede seguirse la tarea con un foro para discutir el tema.

26. *Microenseñanza*

Si bien por ahora la Facultad no puede proporcionar los medios adecuados, puede haber cursos en que algunos voluntarios se presten a obtener y aportar los medios técnicos. Consiste en videograbar y analizar un desempeño concreto. Aumenta el realismo, prepara para actuar, permite corregir actitudes y fallas. Requiere entrenamiento del docente, preparación y madurez mental del grupo, para evitar que se convierta en un simple juego sin efecto de aprendizaje.

27. *Reservas y críticas a la aplicación de trabajos grupales. Remisión*

Existen algunas advertencias que deben formularse a la aplicación de métodos grupales en el ámbito de las Facultades de Derecho; dado que ellas son en parte reservas o reflexiones a la aplicabilidad de todos los métodos de aprendizaje que se aparten de la clase magistral, le hemos dedicado algunos párrafos del cap. XVIII de “Salvedades finales” que, si bien escrito en 1982, creemos que puede todavía constituir material de reflexión.

CAPÍTULO XVI
OTROS MÉTODOS

SUMARIO

1. Realización de experiencias personales.....	Mét-XVI-1
2. Posibles experiencias en el ámbito de la Facultad.....	Mét-XVI-1
2.1. “Entrevista profesional”	Mét-XVI-1
2.2. Otros desempeños de roles	Mét-XVI-2
2.3. <i>Moot Court</i>	Mét-XVI-2
3. Experiencias fuera del ámbito de la Facultad: Visitas, gestiones, entrevistas	Mét-XVI-3
4. Objetivos particulares de la realización de experiencias.....	Mét-XVI-4
5. El método de casos por “enseñanza programada”	Mét-XVI-4

Capítulo XVI
OTROS MÉTODOS

1. Realización de experiencias personales

La utilidad de que el alumno realice experiencias personales que no sean relativas a documentos sino a vivencias, dentro o fuera de la Facultad, depende mucho del sentido que el alumno o en su defecto el docente den al trabajo, previa o posteriormente a su realización.

Esto se ilustrará mejor señalando algunas experiencias posibles primero, y luego qué objetivos se pueden perseguir con ellas, en un plano general: Nuevamente aquí, sólo cada docente puede saber si alguna de estas experiencias puede resultar de utilidad, y para qué. La segunda cuestión —el objetivo particular de la experiencia— condiciona ciertamente la admisibilidad misma del método referido en este parágrafo.

2. Posibles experiencias en el ámbito de la Facultad

2.1. “Entrevista profesional”

Dentro de este grupo podemos mencionar la simulación de roles, por ejemplo, el profesor en situación de cliente y los alumnos en situación de estudio jurídico,¹ o a la inversa, a fin de que experimenten la entrevista profesional.

Lo óptimo sería contar en tales trabajos con preparación, asesoramiento e incluso dirección de expertos en psicología, pues toda entrevista concita elementos psicológicos;² o incluso organizar cursos especiales al efecto;³ pero aún en ausencia de ella, y conscientes de nuestras limitaciones extraprofesionales, algo podemos y debemos al menos tratar de transmitir experimentalmente al respecto. Peor

¹ Como explicita con más detalles el inciso *h*) del art. 4° de la res. 16.041/85.

² BLEGER, *Temas de psicología*, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; CHARLES NAHOUM, *La entrevista psicológica*, Buenos Aires, Kapelusz, 1961.

³ Como se ha comenzado a hacer en Harvard, según relata ROWLES, *op. cit.*, p. 383.

es que tengan que hacerlo, una vez más, solos en la profesión, sin haber recibido un atisbo de preparación universitaria.

Una de las dificultades prácticas es que los alumnos, ante la novedad, lo toman como juego antes que como trabajo de aprendizaje, y no toman notas adecuadas en función de un trabajo profesional responsable, aún advirtiéndoles previamente de ello. Al evaluar el trabajo, surgen rápidamente los errores de información en que han incurrido por haber confiado ingenuamente en su memoria.⁴ Todavía no han logrado adquirir el arte de divertirse con el trabajo esforzado, en un solo acto indivisible.

2.2. Otros desempeños de roles

Los roles pueden sin duda multiplicarse y dividirse: Asignar roles diferentes a distintos alumnos o grupos de alumnos en un problema determinado que se plantea (abogado de una parte; abogado de la contraparte; directivos de las empresas, sindicatos, etc., en una situación litigiosa o negociadora; funcionario que debe informar, dictaminar o decidir; magistrado; funcionario judicial; legislador), cuidando de rotar en tal caso los roles entre los alumnos para que la experiencia sea más rica para ellos.

2.3. Moot Court⁵

No tenemos conocimiento directo del funcionamiento de estos “Tribunales simulados” en los Estados Unidos, pero sí información de que constituyen una parte importante del aprendizaje.

En este criterio se constituye públicamente un Tribunal completo, en el que verdaderos magistrados desempeñan el papel de tales, y los alumnos hacen los diferentes roles correspondientes a las partes y sus letrados. El Tribunal dicta una sentencia “simulada” en el sentido que no es un “verdadero” pleito, pero *real* en cuanto es la sentencia que él dictaría como juez ante tales hechos y trabajos profesionales.

Tenemos entendido que se llega a hacer competencias interfacultades, y que en las competencias finales son incluso los magistrados de la Corte Suprema los que brindan su aporte constituyéndose en Tribunal de enseñanza y aprendizaje.

Los magistrados de la Corte Suprema también se brindan a veces para actuar como magistrados en este tipo de Tribunales, simulando instancias menores. Todo ello da una clara idea de la trascendencia que se asigna a este procedimiento de enseñanza.

⁴ Sobre la necesidad y el modo de tomar humildes notas, ver, por ejemplo, HARRY MADDOX, *Cómo estudiar*, Barcelona, Tau, 1969, pp. 104 y ss.

⁵ Ampliar en JOHN T. GAUBATZ, *The Moot Court-Book. A Student Guide to Appellate Advocacy*, Virginia, Michie, 1979, y sus referencias.

3. *Experiencias fuera del ámbito de la Facultad: Visitas, gestiones, entrevistas*

Puede también contemplarse sustituir un número reducido de horas de clase del curso por visitas —*lato sensu*, comprendiendo desde luego gestiones, presentaciones, y en general, actividades de toda índole que puedan ser de aprendizaje profesional— a establecimientos o instituciones que correspondan según la materia.⁶

Pareciera posible así plantearse si en derecho penal, bajo determinadas circunstancias y condiciones, una visita carcelaria o policial, o a un Juzgado penal, puede ser conveniente; en derecho procesal, una gestión o aunque sea mera recorrida tribunalicia, o asistir a una audiencia de testigos, una absolución de posiciones, una audiencia de conciliación; en derecho administrativo, una gestión administrativa determinada relativa a cualquier servicio público con el cual el alumno tenga alguna cuestión pendiente o que plantear como usuario.⁷

Los ejemplos se pueden multiplicar: En el caso del derecho comercial podrá ser a una empresa, la Comisión Nacional de Valores, la Bolsa de Comercio, el Banco Central, otros bancos oficiales o privados, etc.; en materia de derecho aeronáutico podrá ser un aeropuerto y sus aeronaves, la torre de control, etc.; en derecho marítimo un puerto —y sus ancladeros o amarraderos, vías de acceso, diversas instalaciones portuarias, grúas, etc.— y los buques.

En derecho de los recursos naturales o agrario y minero, un establecimiento de una y/u otra índole, una usina nuclear, una represa, etc.; en derecho del trabajo una fábrica, un sindicato, el Ministerio del Trabajo y sus delegaciones, etc.; en derecho administrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, el Tribunal de Cuentas de la Nación, la Sindicatura de Empresas Públicas, etc.

También se pueden intentar otras experiencias sociales, como gestiones en defensa o promoción del medio ambiente,⁸ control social de los medios de difusión,⁹ ejercicio del derecho de réplica, intervención en audiencias públicas cuando las haya,¹⁰ participación en organismos intermedios, asistencia a debates parlamentarios o del Concejo Deliberante, intervención en comisiones del Colegio Público de Abogados, realización de encuestas en el ámbito judicial o de la propia Facultad —sea profesores o alumnos—; todo ello sin perjuicio del clásico trabajo de “clínica jurídica” o “consultorio jurídico gratuito” que se suele hacer en los “prácticos” de la Facultad, pero nada impide canalizar también desde las materias concretas.

También puede resultar de utilidad que los alumnos entrevisten a determinada persona —especialista, funcionario, magistrado, profesional de la disciplina o de otras ramas o ciencias— para conforme a un esquema predeterminado con el

⁶ El inciso j) de la res. 16.041/85 autoriza sustituir hasta cuatro horas de clase por curso.

⁷ Sobre esto ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, op. cit., cap. IV, § 3 y 4.

⁸ *Op. ult. cit.*, p. 139.

⁹ *Op. ult. cit.*, pp. 140-145.

¹⁰ Al respecto ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, op. cit., cap. IV, § 5.

profesor, indagar y aprender a indagar sobre el tema específico de la entrevista. Esta es una destreza profesional que es indispensable adquirir.

4. *Objetivos particulares de la realización de experiencias*

Es imprescindible que la visita o gestión no quede “descolgada” del resto del aprendizaje, que el alumno no sepa qué aprendió experimentalmente con la realización de la actividad. Actividades de esta índole deben ser precedidas de alguna orientación, o en todo caso continuadas con la discusión en clase de su significado como experiencia.

Esto se relaciona entonces con los objetivos de aprendizaje que persigue el docente al indicar la experiencia. Ellos pueden ser del siguiente tipo:

1º) Identificar algunos de los aspectos fácticos a los cuales la materia se refiere, y comparar su vivencia experimental con la recibida intelectualmente en forma apriorística.

2º) Reconocer en qué medida las personas concretamente involucradas, con su comportamiento y actitudes, influyen en el modo que la materia o sus problemas se presentan y resuelven en la realidad.

3º) Identificar qué posibles errores de comportamiento o actitudes pueden haber cometido los alumnos, en relación a las personas de la institución visitada o ante la cual se hizo la gestión, y analizar vías alternativas de comportamiento o actitud. (Entre errores y alternativas: Ruego, obsecuencia, pedido respetuoso, *lobby*, reclamo enérgico, queja violenta, menosprecio, conmiseración, desconsideración, descortesía, ignorancia de la realidad, mejor o peor argumentación, exceso de utilización del tiempo de quien lo atiende, etc.)

5. *El método de casos por “enseñanza programada”*

Existe un método de aprendizaje que habitualmente se denomina “enseñanza programada.”¹¹ Hay múltiples variedades de él, una de las cuales consiste en preparar un libro que plantea problemas o casos al alumno y ofrece un “cuestionario de respuesta múltiple” con diferentes respuestas que se ofrecen al lector para su elección, y ramifican diversos caminos según la opción elegida. Esta es la “enseñanza programada ramificada” por el método de casos, en la variante de opciones de respuesta múltiple. Según la respuesta que el lector elige en el primer caso, el programa le indica acudir a otra parte del libro, donde:

a) Si su respuesta es “correcta” le formula algunas conclusiones y le envía al siguiente problema;

¹¹ Para un introducción al tema, ver, por ejemplo, WILLIAM A. DETERLINE, *Introducción a la enseñanza programada*, Buenos Aires, Troquel, 1969, especialmente pp. 53 y ss.

b) Si su respuesta es incorrecta, le proporciona la información adicional que su respuesta errónea sugiere le hace falta, y según sea el tipo de error cometido:

c) Lo hace retroceder y elegir *otra* respuesta del *mismo* caso; o

d) Si el error no es sino parcial, o si ya ha agotado los reenvíos al primer problema, entonces lo dirige al siguiente problema.

En algunos de los problemas posteriores hay respuestas erróneas que son control de la perdurabilidad de la corrección de anteriores equivocaciones en los primeros casos: Si el alumno vuelve a equivocarse, es nuevamente reenviado al problema que sólo en apariencia había superado.

Así se procede sucesivamente hasta que el lector agota todos los problemas y todas las respuestas; el libro¹² se arma de tal manera que no puede ser leído “de corrido,” ni “consultado.” Es forzoso resolver los problemas en el orden planteado, resultando entonces un verdadero “rompecabeza” en el cual es necesario inevitablemente resolver los casos por el camino marcado en el libro, hasta terminar con todos los problemas.

El incentivo de auto-aprendizaje, pues de ello se trata, es no sólo el estímulo que brinda, el mayor interés de la lectura, etc., sino además que uno cualquiera de tales problemas puede ser materia de examen.

La idea es que la cantidad de lectura y trabajo mental se amolda a las necesidades de cada alumno, y así, por ejemplo en un tema de interés general¹³ se puede leer en menos de una hora un centenar de páginas, resolviendo adecuadamente los problemas allí planteados; o si los problemas se solucionan equivocadamente, la lectura y razonamiento puede insumir uno o varios días de trabajo, según el material de que se trate, su grado de complejidad, etc.

Cuesta *muchísimo* trabajo preparar un libro por enseñanza programada ramificada con método de casos, y realmente hay desproporción entre el esfuerzo que requiere y el resultado que brinda si no es para grupos muy numerosos de alumnos.

Pero en tales grupos masivos puede ser un elemento útil. Por nuestra parte, en un tema de carácter general e interdisciplinario hicimos una obra utilizando en menos de un centenar de páginas tal mecanismo,¹⁴ pero no lo hemos vuelto a

¹² Desde luego, en vez de un libro puede ser un programa cargado en una computadora, para lo cual no existen dificultades tecnológicas. Sí las hay prácticas, como explicamos con carácter más general en el cap. VI, § 3.

¹³ Un entretenido libro de administración de empresas emplea este método y puede ser una forma adecuada y divertida de conocerlo: ANTHONY BURTON, *A Programmed Guide to Office Warfare*, Londres, Panther Books, 1969.

¹⁴ En las pp. 3-72 del libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, que fuera edición simultánea en Ediciones Macchi y la Alianza para el Progreso, México y Buenos Aires, 1973. Posteriormente reeditamos la obra, prescindiendo de la introducción programada, bajo el título de *Introducción al Derecho de la planificación*, Caracas, 1982.

experimentar para temas generales; tampoco lo hemos realizado para materias del final de la carrera, ni lo recomendamos para ellas.¹⁵

Sin embargo, en las materias de los primeros años, quienes tengan dificultades con el carácter masivo de la enseñanza y quieran mejorarla desde adentro, encontrarán que este método les permite brindar a sus alumnos una valiosa herramienta de auto-aprendizaje y nivelación básica o introductoria, empleando el método de casos. Solamente deberán tener presente las salvedades globales que recordamos en el cap. XVIII, si ellas resultaran pertinentes.

¹⁵ También ROBERTO J. VERNENGO hizo en Filosofía del Derecho, hace más de una década, un libro experimental por instrucción programada; al igual que nosotros no lo ha vuelto a editar, ni utilizar bajo ese procedimiento de aprendizaje. Son los dos únicos casos, ambos frustrados, que conocemos en nuestro medio.

CAPÍTULO XVII

PLAN DE ACTIVIDADES DEL CURSO

SUMARIO

1. Programación previa en equipo	Mét-XVII-1
2. Programación de las evaluaciones	Mét-XVII-1
3. Prueba anónima.....	Mét-XVII-2
4. Evaluación cruzada	Mét-XVII-2
5. Observaciones comunes.....	Mét-XVII-3
5.1. ¿El “alegato de oreja”?	Mét-XVII-3
5.2. El nivel de exigencia	Mét-XVII-4
6. Evaluación del proceso	Mét-XVII-6
7. Una prospectiva de integración metodológica.....	Mét-XVII-6
8. Perspectivas	Mét-XVII-7

Capítulo XVII

PLAN DE ACTIVIDADES DEL CURSO

1. Programación previa en equipo

Es necesario programar anticipadamente qué se va a mandar hacer en cada una de las clases de un curso, porque contribuye efectivamente a un ordenamiento de toda la actividad de aprendizaje del curso.¹

Es esta una tarea en la que deben trabajar en equipo el profesor titular y sus adjuntos, o los adjuntos y la dirección del Departamento, etc., a fin de aprovechar las experiencias de cada uno y asegurar consenso y coherencia en la ejecución.

A fin de poder continuar utilizando, con las debidas modificaciones, las programaciones anteriores, resulta útil numerar simplemente las clases y dejar para una cuestión de almanaque determinar qué número corresponde a cuál clase.

Hacer la programación global antes de iniciar el curso tiene una gran ventaja pedagógica, y es que permite determinar en una sola oportunidad —que pueden ser semanas de trabajo previo, desde luego— cuál es el equilibrio que se da a las distintas actividades de aprendizaje, cuáles técnicas o métodos se usan y cuáles no, cómo se mezclan unos y otros cuando ello es posible, cómo se gradúa la dificultad creciente de los trabajos que se van dando.

2. Programación de las evaluaciones

Además, al programar las actividades de aprendizaje de los alumnos sale naturalmente la determinación de las fechas aproximadas en que se tomarán los exámenes parciales, y la decisión de en qué consistirán los mismos.

Desde luego, si se ha exigido la realización de trabajos de aplicación a lo largo de todo el curso, no es coherente tomar luego un examen teórico; aunque confesamos que en muchos años hemos tomado los parciales divididos en mitad teóricos y mitad prácticos. Actualmente estamos tomando los parciales y final exclusivamente con casos prácticos, a libro abierto, lo que no ha provocado otras

¹ Y porque lo requieren las disposiciones actuales.

dificultades que el abandono de alumnos a los cuales la carga de tareas durante el curso les resultó excesiva. Trabajamos siempre en la búsqueda del equilibrio más adecuado, desde luego, y esto nuevamente es algo que no puede resolverse sobre la marcha sino en la tranquila reflexión de sucesivas reuniones de cátedra.

3. *Prueba anónima*

En muchas Universidades de países desarrollados es ya costumbre tradicional que las pruebas se rindan en forma escrita y anónima, para que el profesor al calificar no se deje influir por su percepción personal del alumno, sino por la calidad objetiva de su trabajo.

El modo práctico de realizarlo es identificar cada prueba, por ejemplo en el ángulo superior derecho, con los datos del alumno y un número que se repite en el ángulo izquierdo; el ángulo derecho se recorta y se guardan todos los recortes en un sobre que se cierra y firma en presencia de los alumnos, incluso cruzando los cierres con firmas de ellos. Cada prueba queda sólo identificada con un número, el profesor desconoce a quién corresponde cada número, y sólo después de dadas públicamente las notas se abre en público el sobre a fin de determinar a quién ha correspondido qué nota.

4. *Evaluación cruzada*

Aún mejor nos parece el sistema en práctica en la Escuela Nacional de Administración Pública de Francia, a la cual se ingresa habitualmente con dos títulos universitarios ya obtenidos, y además previo rigurosísimo examen de ingreso. Todo el trabajo posterior de aprendizaje y evaluación es igual y altamente exigente.

Pues bien, la práctica en dicha Escuela de altísimo nivel es que los profesores que dan los cursos *no son los que calificarán a los alumnos*. Los que califican son siempre profesores de cursos anteriores, u otros profesores que no están dictando cursos.

En el caso de nuestra materia, el sistema que utilizamos en la actualidad es que las pruebas y los expedientes con los trabajos de aprendizaje de cada alumno son evaluados separadamente por otros dos profesores adjuntos de la cátedra, cada uno de los cuales elabora una lista de calificaciones sin conocer las que ha puesto el otro, ni la opinión individual del docente a cargo del curso.

Una vez terminada esta tarea de doble corrección de cada comisión por dos profesores de otras comisiones, se reúnen los adjuntos con el titular y se comparan las notas: Los que han calificado unifican sus notas si son próximas, y si hay diferencias importantes en la calificación la prueba es leída por el titular y por los demás profesores, arribándose de tal modo a una nota final del equipo docente.

Si el adjunto a cargo del curso considera que la nota resulta injustamente baja para algún alumno que él tiene especialmente calificado, el caso es discutido, y

sopesando ambos elementos se llega a la calificación final. Sobre el peso de uno y otro aspecto nos remitimos al punto siguiente.

Obviamente, este tipo de calificación cruzada demanda un gran esfuerzo docente, pero en cambio contribuye enormemente a aproximar criterios sobre la realización y forma de encarar los diversos trabajos, casos, etc., que se van dando. Resulta así un instrumento potentísimo de integración metodológica y también científica del grupo.

Para evitar una de las quejas de los alumnos, no acostumbrados a estos métodos de calificación, de que sea alguien «anónimo» quien califica, hemos organizado cruzamientos sistemáticos de todos los adjuntos por todas las comisiones —siguiendo desde luego el mismo plan de trabajo ya mencionado— con lo cual la mencionada crítica se ha morigerado sustancialmente. Desde luego, mejora también de tal modo la variedad de experiencias y enfoques metodológicos que el alumno recibe de los distintos adjuntos y del titular.

5. *Observaciones comunes*

5.1. *¿El “alegato de oreja”?*²

Las clases que hemos tenido oportunidad de presenciar en el exterior, en que se desarrollaban cursos con este sistema, daban una relación entre los alumnos y el profesor muy clara: Nadie se siente particularmente interesado en colocarse en “primera fila,” “intervenir activamente,” “demostrar” sus “aptitudes” e “interés” con los múltiples recursos que todos conocemos; causar, en suma, la mejor impresión posible en el profesor.

Si la impresión personal del profesor sobre el alumno no juega un rol decisivo en la nota, la preocupación del alumno —y del docente— es en mayor medida aún la de verdaderamente aprender —y enseñar— a resolver en serio los problemas, porque de nada le servirá “semblantear” a su profesor para calcular cómo podrá ser la evaluación. Mejor le conviene entrenarse en hacer el tipo de trabajos sobre cuya base se le evaluará.

Algo similar le pasa al profesor: Son siempre otros los jueces del resultado de su trabajo docente, con lo cual hay una suerte de evaluación objetiva permanente de los resultados de su enseñanza, que al ser efectuada en equipo dentro de una misma cátedra permite incrementar el aprendizaje recíproco sin asperezas ni resentimientos.

La crítica que todavía suele formularse a uno u otro de estos sistemas, es que impiden valorar adecuadamente el interés, la participación, dedicación, etc., del alumno. Nos parece una crítica errónea. La participación, el interés, la dedicación, etc., del alumno se meritúan perfectamente, junto con su capacidad, a

² Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “Los alegatos de oreja: Una práctica cotidiana que atenta contra un mejor servicio de justicia,” *LL*, 2007-F, pp. 865-872; reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. IV-223.

través de los trabajos y casos que ha ido entregando en tiempo y forma a través de todo el curso.

Es esta una prueba cierta y objetiva de su interés, dedicación, trabajo, participación, capacidad, y no depende de un juicio subjetivo determinado por su cantidad de intervenciones espontáneas, consultas “inteligentes,” etc.

Lo cual nos lleva a la práctica, por nadie desconocida, del “alegato de oreja” en Tribunales o del lobbying en la Administración o en el Congreso. En el Poder Judicial, algunos jueces no la aceptan si no es en presencia de ambas partes,³ otros incluso la fomentan porque favorece la intermediación.⁴ Los abogados litigantes tratan de hacerlo.⁵ Pero convengamos que en nuestro procedimiento escrito no siempre el abogado tendrá la oportunidad de hacer el “alegato de oreja” al magistrado o funcionario, e incluso a veces desconocerá qué asesor o funcionario será el que verdaderamente preparará, en base al expediente, el proyecto que finalmente suscriba la autoridad.⁶

Dicho en otras palabras, el alumno como mínimo *también* debe aprender, o más aún *principalmente* debe aprender, a ser juzgado y evaluado por la calidad de sus escritos y no por la habilidad de sus comportamientos en el trato personal.

Por lo tanto, el deber del docente es entrenarlo a hacer buenos escritos, y para ello además de hacerle realizar tal tipo de experiencias de aprendizaje, debe igualmente *juzgarlo por la calidad de sus trabajos*, no por la impresión que personalmente le haya causado, buena o mala, al menos como regla general y principal.

5.2. *El nivel de exigencia*

Los profesores a veces pecan de inconsecuencia en quejarse del elevado número de alumnos, pero no ser lo suficientemente riguroso en las exigencias de aprendizaje y en los niveles de calificación.

Claro está, cualquiera sabe que aprobar a un alumno no ocasiona problemas inmediatos al docente,⁷ y que a la inversa no aprobarlo implica quejas personales, reclamos grupales, discusiones, llegando a los extremos de denuncias formales ante las autoridades, etc.

Allí les toca compartir suerte tanto a los profesores arbitrarios en el reprobar (no a los arbitrarios en el aprobar), como a los profesores exigentes pero razo-

³ LORD DENNING, para mencionar uno.

⁴ Lo cual es admisible si recibe o cita a *ambas* partes, y las escuchan en igual medida. Lo mejor, desde luego, es hacerlo a través de audiencias públicas convocadas por el propio Tribunal citando a ambas partes, para una misma oportunidad procesal. Lo trágico es que hay quienes escuchan el “alegato de oreja” de una sola de las partes, y no recibe o escuchan a la otra...

⁵ CARRIÓ, “Cómo argumentar...,” *art. cit.*, pp. 50 y 51, quién también señala sus inconveniente, concluyendo “que no puede recomendarse su adopción universal,” p. 51.

⁶ Es la vieja observación de SAUVY, que desarrollamos en *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 51-53.

⁷ Existen, aunque son excepcionales, los casos de profesores que han debido dejar la cátedra por lisa y llana irresponsabilidad en su excesiva benevolencia.

nables o al menos coherentes en el nivel de exigencia aplicado a sus diferentes alumnos.

Creemos que se trata de una cuestión de responsabilidad del profesor frente a su conciencia y a la sociedad: ¿Asume él en plenitud de espíritu que está probando la treintava parte (o lo que sea) de un *profesional*? ¿Asume su responsabilidad por la aptitud o ineptitud profesional, en esa proporción, del alumno frente a sus futuros clientes, etc.?

¿Cumple él mismo con el rol de responsabilidad social que le toca dentro de la profesión, y en que debiera ser uno de los objetivos de enseñanza y aprendizaje de sus alumnos?⁸ ¿Enseña con su ejemplo el ejercicio de esa responsabilidad?

¿Da testimonio con sus actos de la *justicia* a que aspira para la sociedad? ¿O da testimonio de una sociedad *sin valores de capacidad, esfuerzo y trabajo*, de premios y castigos a quienes cumplen e incumplen respectivamente?

¿Está aprobando una parte de un profesional eficiente o parte de un irresponsable, incapaz, etc.? Si ello ocurre, ¿no es él mismo *algo* de aquello que en esa *parte* aprueba bajo tales condiciones? La irresponsabilidad o incapacidad de algunos profesionales, ¿no es la suma de las partes proporcionales de irresponsabilidad o incapacidad de quienes fueron sus profesores?

De todos modos, ¿no debiera compartir algo de esta responsabilidad el Colegio Público de Abogados? ¿No debiera renovarse la vigencia de la matrícula cada década, previos requerimientos de actualización a cumplir ante el Colegio?

Por nuestra parte, cada vez que encontramos un profesional competente que dice haber sido alumno nuestro, nos enorgullecemos; y cada vez que encontramos un profesional incompetente que dice lo mismo, nos avergonzamos: Él es así en parte por nuestra culpa, esto constituye un hecho inescapable.

No critiquemos pues en exceso a la Universidad masiva, ni el ingreso “irrestricto,” pues no está mal que estudien muchos o todos: nos compete a los docentes aplicar un *egreso restricto* en cada materia.

Seamos conscientes que nuestra responsabilidad como docentes es que efectivamente *estudien y aprendan*, no que *cursen y rindan*; y al calificar, nuestro deber no es verificar meramente su asistencia, buena predisposición, atención, regularidad, etc., sino fundamentalmente su *aptitud* para ejercer la treintava parte de la profesión para lo cual lo aprobamos. De *sus* actos profesionales seremos nosotros, en esa proporción, moralmente responsables.

Y no se trata tampoco de reducir números, eliminar alumnos, etc., como con ingenuidad creen a veces nuestros hijos o nuestros alumnos; ni de crear “élites,” reducir la competencia profesional, etc.

Si *todos estudian y aprenden*, y *todos resultan aptos*, *todos deberán aprobar*. Pero si esas condiciones no se dan, *no valen las excusas para aprobarlos*: Ni el

⁸ *Supra*, cap. I, § 3, núms. 7 *in fine* y 9.

escaso tiempo de ellos, ni su trabajo, ni su cansancio,⁹ pues allí sólo ocultamos nuestra propia debilidad para asumir la responsabilidad de no aprobarlos, de enfrentar los disgustos de todo reclamo o protesta individual o colectiva.

A la inversa, asumimos la responsabilidad, frente a la sociedad, de los daños que su carencia parcial¹⁰ de aptitud profesional provoque a terceros o a él mismo. De eso, moralmente al menos y por lo que hace a nuestra respectiva materia, nosotros somos los únicos responsables, puesto que la autoridad de la decisión fue puesta en aquel momento en nuestras manos por la sociedad.

En el juramento profesional del egresado va también, verdadero o falso, el juramento de los profesores que lo aprobaron.

6. *Evaluación del proceso*

Al hacer la programación se puede ya prever y anunciar las ocasiones en que se requerirá a los alumnos la entrega de comentarios anónimos sobre el desarrollo del curso, conteniendo en su versión más simple: a) Aspectos positivos, b) Aspectos negativos, c) Conclusiones y sugerencias.

El Centro de Perfeccionamiento Docente de la Facultad cuenta con formularios más perfeccionados, y también presta su colaboración en la elaboración de los resultados obtenidos. A él pueden pues recurrir los docentes que deseen mejores instrumentos o ayuda en la tabulación, evaluación, sin perjuicio de otros importantes servicios que el Centro brinda a quienes se lo soliciten.

Por otra parte, la ventaja del método simplificado es que requiere menos elaboración y se puede conocer de inmediato con cierta claridad la evolución del curso, y tenerlo presente para la corrección de futuras planificaciones. También facilita devolver de inmediato la información al curso, comentándoles en la clase siguiente cuáles han sido los resultados de la evaluación anónima.

7. *Una prospectiva de integración metodológica*

La queja más común, al comienzo de los cursos, es que es “la primera vez” que hacen casos en la Facultad. Esto puede ser cierto en cada alumno individualmente considerado; pero en la Facultad de hoy una apreciable cantidad de cátedras y de adjuntos de cátedras dictan sus cursos empleando en gran medida el método de casos.

Tal vez sería de desear que esta información se unificara, y se ofreciera a los alumnos que lo deseen la posibilidad de seguir esta opción metodológica, que sin duda les supone mayor esfuerzo pero tal vez mejor preparación. Si de ese u otro modo el alumno pudiera seguir desde el comienzo hasta el final de su carrera

⁹ O próximo nombramiento, inminente casamiento, viaje al interior, enfermedad, duelo, etc. Todo eso justifica *reprogramar fechas de examen*, dar *prórrogas*, etc., pero el final es el mismo: Debe demostrar en algún momento su *aptitud profesional* en la materia, para poder ser aprobado.

¹⁰ En lo referido a nuestra disciplina.

aquellos cursos en los cuales sucesivamente se profundice en la aplicación de lo que será luego el método de trabajo en su vida profesional, sin duda que las quejas que actualmente se escuchan no existirían en igual medida.

8. Perspectivas

De todos modos, queda siempre como consuelo y satisfacción que aquellos que terminan este tipo de cursos, lo hacen reconociendo que ahora han comenzado a entender experimentalmente cómo se aplica el derecho a los hechos de un caso concreto.

Si, por otra parte, cada vez más docentes experimentan con la indispensable prudencia en la aplicación de alguno o algunos de estos métodos, y se adecua el régimen de concursos de modo que no perpetúe de hecho el sistema de la clase magistral como método de promoción docente, mucho se habrá avanzado.

CAPÍTULO XVIII

SALVEDADES FINALES

SUMARIO

1. Introducción	Mét-XVIII-2
2. Adaptación del estudiante.....	Mét-XVIII-2
2.1. Resistencia al cambio	Mét-XVIII-2
2.2. Ansiedad.....	Mét-XVIII-3
2.3. Trabajo grupal.....	Mét-XVIII-4
2.3.1. En clase	Mét-XVIII-4
2.3.2. Evaluación del trabajo	Mét-XVIII-4
2.4. Evaluación grupal.....	Mét-XVIII-5
2.5. Facilismo	Mét-XVIII-5
3. Adaptación del docente.....	Mét-XVIII-6
3.1. Resistencia al cambio	Mét-XVIII-6
3.1.1. El docente joven	Mét-XVIII-6
3.1.2. El docente formado	Mét-XVIII-7
3.1.3. Otros docentes.....	Mét-XVIII-7
3.2. Inseguridad. “ <i>Status</i> ”.....	Mét-XVIII-8
3.3. Otras connotaciones.....	Mét-XVIII-9
4. Adaptación de la administración universitaria	Mét-XVIII-9
4.1. Biblioteca.....	Mét-XVIII-9
4.2. Apoyo psicopedagógico.....	Mét-XVIII-10
4.3. Comodidades materiales	Mét-XVIII-10
5. Conclusiones	Mét-XVIII-11
5.1. Esclarecimiento y justificación constante.....	Mét-XVIII-11
5.2. Adaptación progresiva y paulatina de nuevos métodos..	Mét-XVIII-11

Capítulo XVIII

SALVEDADES FINALES

A continuación reproducimos, con ligeras correcciones, el trabajo que hicieramos en 1982¹ resumiendo veinte años de intentos de aplicar distintos métodos de enseñanza. Las correcciones que hemos introducido son mínimas, y han dejado incólume el sabor de las conclusiones. Si a pesar de ello lo incorporamos aquí casi inalterado, es por las siguientes razones:

a) Primero, para que no se concluya erróneamente que el tono más optimista de los caps. precedentes responde a una experiencia de continuos “éxitos;”

b) Segundo, para que cada uno tenga presente la situación de espacio y tiempo en que le toca actuar, meritúe cuál es el grado de innovación que su medio le permite, y a qué costo, todo ello para tomar una decisión consciente y reflexiva;

c) Tercero, porque aun respondiendo a un tiempo político diferente,² constituye de todos modos parte de la historia cierta del pensamiento de quien aquí intenta exponer su visión experimental de la enseñanza y el aprendizaje del derecho, y puede arrojar luz sobre la evolución de su respuesta intelectual ante tales experiencias.

d) Cuarto, porque en cualquier país todo intento de reforma de la enseñanza del derecho tropieza siempre con considerables resistencias y fracasos.³

El texto de aquel resumen de 1982 es pues el siguiente:

¹ “Adaptabilidad de los métodos a las condiciones económicas y sociales de la Universidad Argentina. Experiencias,” *art. cit.*

² Tiempo que anímicamente ilustra CARRIÓ en su art. ya citado, “Funciones de las Facultades de Derecho,” en el cual toma como premisa la “desaparición del Estado de Derecho,” y que fuera pronunciado como conferencia en las mismas Jornadas sobre Enseñanza del Derecho en las cuales nosotros aportamos la visión del presente cap.

³ ROWLES, *op. cit.*, p. 398, refiriéndose a los Estados Unidos.

1. *Introducción*

En esta comunicación se intentará analizar la adaptabilidad de los métodos de enseñanza y aprendizaje a las condiciones actuales de las Facultades de Derecho en la Universidad argentina, sobre la base de experiencias personales y grupales en el curso de los últimos veinte años.

En general, estimamos que los problemas que pueden presentarse y de hecho se han presentado no derivan fundamentalmente de cuestiones económicas, al menos en forma directa. En otras palabras, no hay significativas erogaciones que deba hacer un docente, ni tampoco un estudiante, y ni siquiera la Universidad, para intentar nuevos métodos educativos. Sin despreciar eventuales ayudas técnicas y humanas que pueden llegar a emplearse con utilidad, y que en cualquier caso tampoco son demasiado costosas, lo cierto es que un cambio en los métodos de enseñanza no requiere sino aptitudes y dedicación distintas de todos los actores del proceso de enseñanza y aprendizaje.

A lo sumo podría apuntarse un factor económico directo en el mayor tiempo que una propuesta renovadora de la enseñanza requiere de parte del docente, por lo menos en su propia etapa formativa de cambio. También en el caso del estudiante, si en los primeros años de la Universidad se le ha impartido enseñanza tradicional y no se le ha enseñado a pensar, resolver, comparar, discutir, crear, puede sentir que si esto se intenta de él en los últimos años, se le hace presión sobre su potencial *status* económico, al postergarle o complicarle la obtención de su diploma, en cuanto se le plantean situaciones o problemas que no está habituado a enfrentar.

Creemos que la mayor parte de los problemas se presentan al considerar en sentido lato las implicancias psicológicas, sociológicas y políticas de cualquier esfuerzo sistemático de renovación o cambio docente.

2. *Adaptación del estudiante*

2.1. *Resistencia al cambio*

En muchos casos es dable encontrar una apreciable resistencia al cambio de parte de los estudiantes en todo lo no referido al trabajo activo y participativo en clase.

Así por ejemplo, no obstante que casi todo recién egresado suele quejarse de que en su formación universitaria no se le enseñó a hacer escritos, cuando esto es intentado en sus años de estudiante, invariablemente provoca no su adhesión sino su reclamo, por la cantidad de tiempo que le insume. Es un tipo de experiencia de aprendizaje que sólo a regañadientes ejecuta, y que provoca serias resistencias si se trata de profundizarla, por ejemplo a través de la preparación y seguimiento individual de un expediente. Sólo en dosis modestas, y preferentemente como trabajos grupales, lo acepta sin inconveniente.

Del mismo modo, la solución de casos y problemas prácticos concretos es vista de muy buen grado por el alumnado como actividad a ser realizada en clase, pero en cambio provoca resistencias cuando se lo encomienda como trabajo o ser ejecutado en la casa o, peor aún, cuando se utiliza el sistema de casos como modo de examinación: en particular, si se plantea al alumno el procedimiento de ser calificado sola y exclusivamente por su aptitud para resolver problemas concretos como le presentará luego la vida profesional, no se obtiene su adhesión; es que la posibilidad de ser enfrentado desde ya a un real y verdadero “fracaso” personal, por solucionar mal un problema, le provoca al alumno una dosis aparentemente demasiado grande de ansiedad e inseguridad.

En suma, el estudiantado por lo general sólo toma de buen grado una forma distinta de hacer la clase, pero no una forma diferente integral de aprender. Cambia gustoso la clase pasiva por la clase activa y participativa, pero no cambia con agrado sus hábitos de preparación para los exámenes ni sus actividades de aprendizaje fuera de la Facultad. Para el estudio en su casa y para el examen, su inclinación natural es siempre por el más tradicional de los métodos.

Con las limitaciones antedichas —evaluación y trabajos a ser realizados fuera de la clase— la aceptación por parte del estudiante a cualquier método de clase activo y participativo es plena. Sin embargo, no está libre de contradicciones, como, por ejemplo, reclamar que algún tema “no fue dado,” si el docente no ha procedido a explicarlo o tratarlo de algún modo semejante a la enseñanza tradicional.

Tampoco está libre de la contradicción fundamental de que nuevos métodos de aprendizaje sólo resultan bien recibidos en la medida que le facilitan o mejoran su asistencia-participación en clase, pero no en tanto y en cuanto le significan un auténtico esfuerzo mayor al tradicional. De allí que el peligro con el cual el docente se enfrenta constantemente cuando intenta renovar métodos de enseñanza, es que los alumnos puedan llegar a confundir nuevos métodos educativos con menor estudio y mayor improvisación, en lugar de mayor trabajo y esfuerzo creativo serio.

2.2. *Ansiedad*

“Sin ansiedad no se aprende, y con mucha, tampoco;” “Lo desconocido es peligroso (persecutorio.)”⁴

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

⁴ BLEGER, *op. loc. cit.*

GASSET, suele ser un “hombre a la defensiva,” fácil es concluir que el alumnado puede llegar a percibir como una agresión y una persecución de parte del docente, su intento de enseñarle mejor. Ello explica a veces reacciones de agresividad que algún alumno o alumnos a veces tienen hacia profesores o ex-profesores, fruto de haberse sentido agredidos o perseguidos por éstos en la realización de tareas de aprendizaje.

Si unimos lo aquí expuesto a lo señalado en el punto anterior, resulta ya claro que la primera dificultad que tiene el docente que quiera modernizar sus métodos de enseñanza del derecho en la Universidad argentina, está precisamente en los destinatarios y presuntos beneficiarios de la reforma. 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.

2.3. *Trabajo grupal*

2.3.1. *En clase*

Si bien la poca formación o aptitud del docente puede a veces influir adversamente en el trabajo grupal, lo cierto es que las experiencias y los repetidos intentos que se han realizado y realizan en el ámbito de derecho encuentran una respuesta parecida: En general, una parte de los alumnos se resiste pasivamente a trabajar en grupos, lo cual se manifiesta en su escasa o nula participación, su falta de interés en escuchar opiniones de los compañeros, etc. Es casi siempre sólo una parte aquella que participa y trabaja activamente en cada grupo (por ejemplo, en un grupo de siete, tres o cuatro.) Luego de concluidos los trabajos grupales, es posible advertir que el resto, o sea la parte pasiva del grupo, no considera haber realizado una actividad particularmente provechosa.

En cualquier caso, en los trabajos grupales no se observa habitualmente el fenómeno de la ansiedad ante situaciones nuevas a resolver, sino antes bien al contrario, curiosidad y hasta interés por ver funcionar en la práctica el procedimiento de aprendizaje. Ello hace que aun aquellos que no son entusiastas de este método de estudio, no tienen con todo objeciones serias que formular a su empleo en clase. Les puede resultar indiferente o interesante, según sus percepciones, pero no les resulta negativo. Otra cuestión diversa es cómo perciben otros docentes el trabajo grupal, tema que incluimos en el punto 3.3.

2.3.2. *Evaluación del trabajo*

Finalmente, conviene tener presente cuando se organizan trabajos en grupos, que si bien ellos contribuyen a desarrollar la actitud y aptitud creativa que el futuro profesional debe tener, son también campo propicio para la eventual improvisa-

ción lisa y llana de quienes no realizan el igualmente necesario trabajo previo y concomitante de investigación y análisis. Desde este punto de vista, y en atención a las circunstancias en las cuales se realiza la experiencia educativa en el ámbito de derecho, estimamos indispensable que el docente realice una devolución permanente de la información que produce el grupo, señalando específicamente sus falencias de información, análisis, etc., para mantener constante el equilibrio entre el trabajo o análisis de textos, materiales, etc., y la labor creativa.

2.4. *Evaluación grupal*

Otro inconveniente que puede presentar el trabajo grupal, si el docente no explicitó muy claramente los métodos de evaluación a ser empleados en el curso, es que puede generar una expectativa y hasta un reclamo por métodos “grupales” de evaluación. Es claro que estas situaciones se produjeron particularmente en una determinada época de la Universidad argentina, y no puede menos que señalarse que constituyeron situaciones de falta de seriedad en el funcionamiento del sistema. Para poder emplear métodos semejantes de evaluación se requieren grados tales de madurez, responsabilidad, libertad, integración social y grupal, etc., como para transformarlos en utópicos en las Facultades de Derecho de la Universidad argentina actual y aún más, peligrosos en cuanto atentan contra la seriedad de la enseñanza y alimentan las reacciones no ya sólo contra tal evaluación, sino contra toda propuesta de renovar la enseñanza en cualquier aspecto.

Desde el enfoque de la experiencia concreta de las Facultades de Derecho de la Universidad argentina en los últimos años, no creemos que estén dadas las condiciones para intentar siquiera este tipo de evaluación. Ello, desde luego, sin perjuicio de que en cursos limitados el docente puede indudablemente formarse un concepto suficiente a través de la participación de cada alumno en los grupos: Pero en tal caso estaremos ante una evaluación individual y no grupal.

2.5. *Facilismo*

En una buena parte del alumnado existen a veces urgencias objetivas o subjetivas en terminar la carrera: En las materias de los últimos años, pues, es donde el docente encontrará este obstáculo a la introducción de métodos de enseñanza que requieran un esfuerzo mayor o por lo menos distinto del estudiantado.

Por lo general, hay una tendencia a no querer recibir casi más nada de la Universidad salvo el título, a estudiar lo indispensable para concluir la carrera; hay un cansancio acumulativo de los años de estudio con métodos frecuentemente tradicionales, y esto crea en el alumno del final de la carrera una resistencia y hasta una indiferencia para toda propuesta de cambio que le parezca no facilitar sino complicar la obtención de su título. Pensamos por ello que el esfuerzo fundamental para cambiar los métodos de enseñanza debe ser realizado en los

primeros años de la carrera: De lograrse entronizar un sistema de aprendizaje moderno, no habrá ya mayores resistencias en los últimos años a continuarlo. Sí en cambio lo hay a intentarlo por primera vez, como ocurre en muchísimos casos.

Cuando la facultad tiene diversidad de cátedras entre las cuales el alumno puede elegir, también es previsible calcular cuál será el grado de aceptación que cada una tendrá mayoritariamente; aquellas cátedras en que hay libro por el cual estudiar, o en que es más fácil aprobar, pueden atraer más alumnos. Aquellas cátedras que intentan métodos nuevos de enseñanza y plantean por lo tanto a los alumnos dificultades y problemas que los demás no les presentan, obviamente serán cuidadosamente evitadas por una gran proporción del alumnado, al menos para los exámenes libres.

Este tipo de dificultad es, sin duda, totalmente intrascendente —en tanto el docente tenga algunos alumnos, claro está— y no debe arredrar al profesor que desee concretar un método moderno de enseñanza. Simplemente se trata de tomar nota de la existencia del problema, que afecta entonces cuantitativamente al alcance práctico que tendrá en el alumnado la nueva experiencia que se esté intentando.

3. *Adaptación del docente*

3.1. *Resistencia al cambio*

En los docentes se presentan también situaciones de resistencia al cambio, paralelas a las que por su parte tiene el alumno, y a veces más graves.

3.1.1. *El docente joven*

En el docente joven, por de pronto, nos encontramos habitualmente ante un abogado recién egresado que está haciendo sus primeras armas en la profesión y necesita aún afirmar su rol profesional y su *status*: Esta básica inseguridad puede fácilmente traducirse en una actitud falsamente hipersegura frente a los alumnos, y en una tozuda tendencia a hacer sus experiencias docentes siguiendo las peores y más tradicionales pautas docentes: Clase magistral, abundancia de citas, limitada participación estudiantil, omisión total de planteamiento de casos y problemas concretos para su resolución por los alumnos y debate con el docente, etc. Corresponde al docente de mayor experiencia, en tales casos, tratar de ayudar al docente joven a superar tales inseguridades y a encarar el proceso de enseñanza y aprendizaje con el entendimiento de que en la discusión y resolución de problemas también el docente aprende, y no necesita por lo tanto cobijarse en un falso rol magistral.

Hay también una generalizada suposición de que enseñar a hacer casos y trabajos prácticos, resolver problemas, preparar escritos, etc., es tarea de “ayudantes” de docencia: Hasta el cargo docente intermedio de “Jefe de Trabajos Prácticos”

sugiere que la práctica es una actividad docente secundaria, menos ensalzada que la verdadera “cátedra.” Ello hace que los que son verdaderamente ayudantes de docencia, o jefes de trabajos prácticos, quieran hacer de profesores “en serio,” y prefieran entonces dar clase magistral como aprendieron a hacerlo en toda su carrera, de tanto escucharlas así.

En tales casos se da a veces el curioso fenómeno de que quién más casos prácticos da es el propio profesor titular, mientras que, en cambio, dan clase magistral los ayudantes de docencia. Demás está decir que muchas personas que se desempeñan en la docencia, e incluso posiblemente una mayoría, consideran que el planteamiento de problemas y trabajos prácticos es tarea secundaria y complementaria, de menor rango académico, y que la clase debe ser magistral.

3.1.2. *El docente formado*

Sería, sin embargo, una gruesa injusticia suponer que es el docente joven el que plantea los mayores problemas. También el docente formado, no obstante haber realizado eventualmente cursos de formación y perfeccionamiento docente, puede tener resistencias a propuestas modernas de enseñanza. Hay para esto diversas razones, algunas menos comprensibles y aceptables que otras.

En primer lugar, es obvio que la preparación de una clase tradicional requiere menos búsqueda y menos reflexión o preparación integral que una clase activa. La comodidad o la falta de tiempo, según los casos, puede ser uno de los primeros factores que conspira contra una modificación del método de enseñanza.

También el docente tiene que tener mucha seguridad intrínseca para estar dispuesto a razonar y discutir con los alumnos, enseñándoles a pensar, sin sentir por ello amenazada su autoridad o la disciplina del grupo.

No todo el mundo admite siempre fácilmente la discusión o el debate, y menos proveniente de quien está *prima facie* en una situación de cierta subordinación jerárquica; si a ello le agregamos que no siempre el joven estudiante cejará en su argumentación y se convencerá, sino que a veces hasta puede de pronto “ganarle” una argumentación al docente... se comprenderá que hay allí elementos disuasivos, para el docente, de la adopción o continuación de tales esfuerzos.

Pero, aun suponiendo que el docente supere bien todos estos escollos, y logre integrar una enseñanza moderna y participativa, con esfuerzo, dedicación, seriedad, etc., no por ello terminan los problemas.

3.1.3. *Otros docentes*

Es que el funcionamiento exitoso de un grupo docente, o aun de un solo docente, que logra hacer real un procedimiento de aprendizaje que al propio tiempo haga pensar y aprender a pensar, genera a su vez resistencias de otros docentes, en la misma u otras materias, que se sienten injusta e impropiamente comparados.

Haga o no haga comparaciones el estudiantado, las hagan o no los interesados, virtualmente la comparación existe siempre: El mayor éxito y esfuerzo del uno son al propio tiempo en alguna manera el menor éxito del otro. Esto es una «agresión» que no todos fácilmente toleran. En lugar de incrementar el propio esfuerzo docente y superar así en buena lid al que desde otra cátedra intenta algo distinto, alguno dedicará entonces su esfuerzo a destruir lo que el otro construye: La crítica se ve facilitada por el hecho de que el otro es “distinto” y “peligroso,” en aquel sentido de que “Lo desconocido es peligroso (persecutorio.)”⁵

No será quizás apuntar exclusivamente a la casualidad, cuando se tome nota de casi todos los docentes que en este medio adoptaron visiblemente métodos modernos de enseñanza, han sufrido luego alguna suerte de hostigamiento a veces grave, por parte de sus pares y competidores, terminando en algún caso por la “exfoliación” y hasta el exilio. Sería desde luego exagerado implicar que haya docentes que han tenido problemas en la Universidad argentina exacta y precisamente por haber intentado renovar los métodos de enseñanza, pero también sería ingenuo desconocer que algo puede haber tenido que ver tal actitud frente a la enseñanza con su posterior destino fuera de ella.

La resistencia al cambio, pues, ha de evaluarse no sólo en el propio docente que intenta cambiar su método de enseñanza, sino también en los demás docentes que no desean cambiar el suyo y no quieren verse expuestos a una desventajosa comparación.

3.2. *Inseguridad*. “Status”

Tenemos pues una situación de verdadero dilema para el docente: Si es inseguro íntimamente y no desea intentar un cambio, estará seguro al aferrarse al método tradicional; seguro formalmente, al no tener que enfrentar eventuales discusiones y argumentaciones con estudiantes a veces agudos y con buenos argumentos para el debate. Seguro también externa y objetivamente, ya que su propio tradicionalismo le asegura estabilidad, pues aun quienes discrepen con su método de enseñanza no le cuestionarán su *status* docente, salvadas que estén las bases mínimas de estudio y dedicación.

Veamos en el otro extremo qué puede ocurrir con el docente que, seguro íntimamente, no le arredre en aras a lograr un auténtico aprendizaje de sus alumnos, despojarse de los elementos secundarios de su *status*, y “descender” a discutir con los alumnos, hacer casos y problemas, trabajos grupales, experiencias docentes diversas, etc. Ese docente se transforma, según dijimos, en una incómoda comparación: En lugar de recibir elogios, recibirá críticas; en lugar de fortalecer su posición en la docencia, la debilita. El docente seguro en su espíritu, pasa a ser inseguro objetivamente en su función.

⁵ Es la misma cita de BLEGER hecha páginas antes.

Desde luego, para quien ama la docencia, sea por métodos tradicionales o modernos, sólo hay una forma de ejercerla, y esto es con autenticidad. Vale pues la pena cien veces poner en juego la seguridad, si se trata de hacer con sinceridad y vocación aquello en que uno cree profundamente; y no hay seguridad alguna, en términos de estabilidad docente, que compense la insatisfacción de hacer algo que se sabe o se siente no constituye verdadera enseñanza.

Pero, lo cierto es que en el ámbito de una Facultad de Derecho, en la Universidad argentina actual, no es fácil la situación que se presenta al docente que intenta renovar profundamente los métodos de su enseñanza concreta.

3.3. *Otras connotaciones*

Particularizando el análisis en los pocos últimos años, no puede menos que admitirse que cuando la sociedad entera se hace memos proclive a la crítica y al debate, cuando los medios oficiales de comunicación de masas son muchos y están al servicio del respectivo Gobierno y no promueven en consecuencia el debate abierto de las ideas, sino la machacona propaganda oficial de circunstancia, mucho peor ha de resultar entonces un docente o grupo de docentes que, contra la corriente social y política, persistan en querer enseñar a pensar, debatir, cuestionar.

Es innecesario decir que toda suerte de invectivas son fácilmente lanzables, desde la oscuridad, contra esos docentes, y que tales invectivas no pocas veces encontrarán adecuado cauce institucional. Es este un dilema que al docente, ex docente o potencial docente se le plantea con ribetes de hierro: Querer renovar la enseñanza es más de una vez empezar a andar el camino hacia la puerta de salida de la enseñanza. Claro está que si todos los docentes en todos los ámbitos se dedicaran, no a repetir clases magistrales tomadas de libros carentes de todo compromiso con la realidad, sino a enseñar a sus alumnos a pensar, reflexionar, discutir, resolver problemas, otro podría ser el país que como resultado tendríamos.

4. *Adaptación de la administración universitaria*

4.1. *Biblioteca*

Una Facultad sin buena biblioteca es como la casa o el estudio de un docente sin buena biblioteca: Simplemente una autocontradicción. No porque de la información libresca vaya a surgir la creación, sino porque sin información no hay creación sería posible, sino mera improvisación. Precisamente para que educadores y educandos puedan juntos realizar nuevas experiencias de aprendizaje, se torna indispensable contar con una nutrida y bien dotada biblioteca, en la cual estén también, como mínimo, todas las colecciones de jurisprudencia y todas las obras monográficas publicadas en cada una de las materias.

Contrariamente a los usuales requerimientos de los usuarios, quizá a este efecto lo más indispensable no sean los libros o manuales con los cuales el estudiante estudia o trabaja más a diario: Que la Universidad lo provea o no hace al sistema socioeconómico general, no a uno u otro procedimiento de enseñanza. Pero, por el contrario, la consulta estudiantil de colecciones de jurisprudencia y legislación, y de autores diversos, sólo puede efectuarse sistemáticamente en una biblioteca pública. Esta es una adaptación que la Universidad debe hacer donde no la tenga aún concretada.

4.2. *Apoyo psicopedagógico*

Un segundo apoyo que la Universidad debe prestar es la asistencia de equipos o profesionales expertos en psicopedagogía: No tanto o no sólo cursos de perfeccionamiento docente, que no siempre brindan frutos adecuados, sino más bien la provisión de servicios de personas que puedan asesorar y ayudar a los grupos docentes de cada cátedra a programar su enseñanza, y a diseñar actividades de aprendizaje que sean al mismo tiempo buenas por el método y por el contenido. Con todo, cabe anotar que en alguna época en que una de las Facultades de Derecho tuvo un tal equipo a disposición de los docentes, la respuesta fue escasa en términos de interés de éstos por utilizar tales servicios. Claro está, si el servicio no existe siquiera, ninguna posibilidad hay de que se lo utilice.

4.3. *Comodidades materiales*

Aquellas Universidades que aún tienen bancos en sus aulas, deberán oportunamente cambiarlos por sillas o asientos individuales que permitan el trabajo en grupo con mayor comodidad, y que faciliten también distribuciones físicas semicirculares de los alumnos.

Salvo esto, en lo demás no existen dificultades prácticas para la adopción de nuevos métodos de enseñanza en las Facultades de Derecho de la Universidad argentina. De hecho jamás ha habido cuestionamiento alguno porque un docente resuelva examinar con casos o trabajos, incluso permitiendo la consulta de libros y leyes, siempre que exista consenso de que está haciendo un esfuerzo serio de emplear nuevos métodos de enseñanza. Sus problemas podrán ser otros, según ya vimos, pero no lo serán al menos de carácter burocrático. Lo mismo cabe decir de la realización de visitas a instituciones cuando las circunstancias y la materia lo justifiquen, trabajos de campo, etc.: Las dificultades podrán provenir en todo caso de los alumnos, pero no de la administración.

5. Conclusiones

5.1. *Esclarecimiento y justificación constante*

Surge de lo expuesto que no existen serias dificultades materiales para la adopción de nuevos métodos, y que los problemas se centran preferentemente en la resistencia al cambio proveniente de los alumnos y los demás docentes. En lo referente a los alumnos, estimamos que lo fundamental es realizar, desde el primer día de clases, una tarea previa y luego constante de esclarecimiento, explicando los objetivos que se procura conseguir, y tratando de obtener el consenso o al menos la comprensión de la sinceridad y profundidad del compromiso que se ha querido asumir con una propuesta renovadora de la enseñanza. La juventud siempre aprecia la honestidad y seriedad de las convicciones, aun cuando no las comparta, y esto es indudablemente un elemento de peso para la mejor receptividad de los nuevos métodos.

Lamentablemente, no están dadas las circunstancias para efectuar sin formal apoyo de la propia Universidad similar labor de esclarecimiento con los demás docentes, pues por lo general se acercan a este tipo de encuentros, jornadas, etc., las personas que están interesadas en averiguar un poco más al respecto, o que ya están convencidas de antemano de su bondad. Los que están en contra de toda sugerencia de renovar la enseñanza a veces se atrincheran en su negativa, su desconfianza o sus prejuicios, y quedan así impermeables y ajenos a la explicación, lo que no les priva en absoluto de volver al ataque y a la crítica toda vez que la oportunidad se les presenta.

5.2. *Adaptación progresiva y paulatina de nuevos métodos*

La segunda conclusión que obtenemos de lo hasta aquí expuesto es que todo intento de renovar los métodos de enseñanza del derecho en la Universidad argentina actual debe necesariamente ser gradual y progresivo.

Debe ser gradual, en primer lugar, en relación a los propios alumnos, para no generar en ellos ansiedades e inseguridades extremas que, al no poder manejar adecuadamente, les impedirán aprender también con los nuevos métodos y provocarán por otra vía un fracaso de éstos. En base a nuestra experiencia, creemos que en las situaciones concretas referidas la mejor actitud posible es la combinación de métodos modernos y tradicionales, tanto para la enseñanza como para la evaluación. Va de suyo que en la medida que se puedan generalizar métodos modernos, se podrán ir abandonando progresivamente la enseñanza magistral y libresca más antigua.

La adopción de nuevos métodos debe ser gradual también en comparación a otros docentes y al medio político y social en el cual el docente está inserto, pero no debe serlo a costa de no iniciar cambio alguno. Que de tanto gradualismo el cambio no sea imperceptible. Lo ideal sería que no fueran pocas cátedras de

los últimos años las que tomen este compromiso con la enseñanza. Si pudiera formarse un grupo más o menos análogo de cátedras en los primeros años de la Facultad, que enseñaran correctamente a los alumnos a resolver, crear, pensar, debatir, entonces el resto del camino estaría marcado para los profesores de los años siguientes.

En tanto tales soluciones concertadas no se den, queda siempre la cuestión planteada en el plano de la conciencia individual, de lo que cada uno sienta que debe hacer desde la enseñanza, partiendo de lo que entienda que es enseñar. Por nuestra parte, pensamos que sin un cambio en la educación —y en los medios masivos de comunicación—⁶ el argentino no llegará a realizar siquiera el consejo de Píndaro que nos diera ORTEGA Y GASSET hace más de medio siglo: Llega a ser el que eres.⁷

Sin mentes preparadas para el debate, la creación, la resolución de problemas, no podremos ver nuestra realidad ni tampoco atisbar sus problemas y sus soluciones. La preparación del buen profesional, en esta perspectiva, es parte de la preparación del buen ciudadano, que sepa cumplir con sus deberes para con la sociedad, ejerciendo sus derechos y haciéndolos respetar en la medida de sus fuerzas.

⁶Temas estos que hemos tratado en el libro *Problemas del control de Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. I, y también en *Participation in Latin America*, Nueva York, Vantage Press, 1982, cap. 5.

⁷Para un desarrollo de esta problemática ver nuestro libro *La administración paralela. El para-sistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, especialmente caps. II y III. La referencia de ORTEGA Y GASSET está tomada de su art. publicado en *La Nación* el 13 de abril de 1930, y reproducido en sus *Obras Completas*, t. II, Madrid, Revista de Occidente, 1943, pp. 642 y ss.

CAPÍTULO XIX

GUÍAS METODOLÓGICAS PARA EL GRADO Y POSTGRADO

SUMARIO

I. <i>Actividades de grado</i>	Mét-XIX-1
1. Una vieja guía metodológica para el grado	Mét-XIX-1
1.1. Etapas metodológicas	Mét-XIX-1
1.2. Sugerencias metodológicas para estudiantes.....	Mét-XIX-2
1.2.1. Introducción.....	Mét-XIX-2
1.2.2. Análisis de los hechos.....	Mét-XIX-3
1.2.3. Repaso del derecho aplicable	Mét-XIX-3
1.2.4. Desarrollo del caso	Mét-XIX-3
1.3. Casos prácticos a analizar	Mét-XIX-4
1.3.1. El caso del manifestante.....	Mét-XIX-4
1.3.2. El caso del Ministro “incapaz”	Mét-XIX-4
1.3.3. El caso del oyente fuera de lista.....	Mét-XIX-4
1.3.4. El caso de la cena de fin de curso	Mét-XIX-5
1.3.5. El caso de la renuncia inexistente	Mét-XIX-5
1.3.6. El caso del usuario de Telefónica Argentina	Mét-XIX-5
1.3.7. El caso del alumno “sumariado”.....	Mét-XIX-5
2. El caso del expediente de Derecho Administrativo.....	Mét-XIX-5
3. Escritos de preconstitución de la prueba.....	Mét-XIX-7
3.1. La primera tarea.....	Mét-XIX-7
3.2. La caducidad y sus variantes	Mét-XIX-7
3.3. Un ejemplo	Mét-XIX-8
3.4. Presentación.....	Mét-XIX-8
3.5. Calidad de actos administrativos.....	Mét-XIX-9
3.6. Tipo de procedimiento.....	Mét-XIX-9
3.7. El expediente y la historia clínica.....	Mét-XIX-9

3.8. La habilidad de tener un buen expediente o una buena historia clínica	Mét-XIX-9
3.9. Recaudos de los escritos.....	Mét-XIX-9
3.10. Eventuales descuidos en la preconstitución de la prueba	Mét-XIX-10
3.11. Escritos y anexos.....	Mét-XIX-10
3.12. Producción de la prueba y la autocorrección	Mét-XIX-10
3.13. Prueba testimonial, de oficios, etc.....	Mét-XIX-10
3.14. Petitorio	Mét-XIX-11
3.15. Resumen: Algunas de las características que tiene que tener el expediente de práctica profesional, método, etc.	Mét-XIX-11
4. Reglamento de las actividades de aprendizaje.....	Mét-XIX-12
4.1. De la explicitación de algunos objetivos del curso	Mét-XIX-12
4.2. De algunos de los problemas que presentan la resolución de casos	Mét-XIX-14
4.2.1. De la inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos	Mét-XIX-14
4.2.2. Del análisis de los hechos en el objeto del acto	Mét-XIX-14
4.2.3. Del análisis de los hechos exteriores al acto, o “causa” del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado.....	Mét-XIX-15
4.2.4. De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso.....	Mét-XIX-15
5. De otros aspectos del procedimiento de trabajo en el curso	Mét-XIX-16
5.1. Del aprendizaje teórico, normativo y práctico a ser realizado individualmente por el alumno	Mét-XIX-16
5.2. De la obligatoriedad de la realización y entrega eficaz y oportuna de los trabajos	Mét-XIX-17
5.3. De la presentación de los escritos y la efectiva participación útil en el proceso de aprendizaje	Mét-XIX-18
5.4. De la teoría de la impulsión de oficio del procedimiento y la práctica de la impulsión por el particular	Mét-XIX-18
5.5. Del silencio de la administración. De la expresión de la voluntad administrativa por órgano competente	Mét-XIX-19
5.6. De la eficacia de las pruebas	Mét-XIX-19
5.7. Del sistema de calificaciones	Mét-XIX-19
5.8. Del expediente individual de cada cursante.....	Mét-XIX-20
5.9. De la programación de las actividades a realizar por los señores alumnos	Mét-XIX-20
5.10. De la realización de clases recuperatorias.....	Mét-XIX-21
6. Casos de acto administrativo	Mét-XIX-23

II. <i>Actividades de postgrado</i>	Mét-XIX-32
7. Guía para una nota a fallo	Mét-XIX-32
8. Guía de lecturas y problemas para “El método” y “Habilidades” ..	Mét-XIX-36
8.1. Introducción	Mét-XIX-36
8.2. Bibliografía.....	Mét-XIX-37
8.2.1. “Núcleo duro.”.....	Mét-XIX-37
8.2.2. Bibliografía mínima	Mét-XIX-38
8.2.3. Bibliografía complementaria inicial.....	Mét-XIX-39
8.2.4. Bibliografía específica de derecho administrativo. Criterios de selección.....	Mét-XIX-40
9. Guía para la escritura	Mét-XIX-41
9.1. Para saber escribir primero hay que saber leer	Mét-XIX-41
9.2. Un ejercicio necesario de control de lectura, control social, e inversión y ahorro de tiempo de lecturas inútiles.....	Mét-XIX-41
9.3. El estilo en las citas	Mét-XIX-42
9.4. El plagio: El peor de los pecados. La ignorancia de citar a un plagiario	Mét-XIX-42
9.5. Citar racionalmente, en el país.....	Mét-XIX-43
9.6. Citar racionalmente, en el derecho comparado	Mét-XIX-44
9.7. Los errores de forma	Mét-XIX-44
9.8. Todo es lenguaje.....	Mét-XIX-45
9.9. La espiral del silencio y la catedral gótica de citas	Mét-XIX-46
9.10. La angustia	Mét-XIX-46
9.11. Primero, la idea desnuda. Luego, la vestimenta de la idea.....	Mét-XIX-46

Capítulo XIX
**GUÍAS METODOLÓGICAS
PARA EL GRADO Y POSTGRADO**

I. Actividades de grado

1. Una vieja guía metodológica para el grado

En las primeras ediciones del *tratado* incluimos una guía metodológica para estudiantes de grado, que luego suprimimos. La incorporamos aquí como antecedente de posible utilidad, aunque hace ya varios años que nos dedicamos exclusivamente a la enseñanza en *post grado*, tanto en la especialización del derecho administrativo cómo en el doctorado y post doctorado.

El lector no familiarizado con las guías de grado (I) haría bien al menos en leerlas antes de pasar a las de post-grado (II), pues éstas presuponen aquéllas.

1.1. Etapas metodológicas

Con los elementos del t. 1 del *tratado* Ud. puede ya resolver algunos casos prácticos: Distinguir actos de hechos administrativos, determinar si han sido dictados en virtud de facultades regladas o discrecionales, qué tipo de derechos afectan. Posteriormente Ud. podrá indicar de qué tipo de órgano o ente provienen y precisar con mayor detalle si se halla afectado un derecho subjetivo, interés legítimo o de incidencia colectiva. En el t. 3 verá los distintos tipos de vicios que pueden afectar a un acto administrativo, y las nulidades que se producen, y así sucesivamente hasta llegar a la elección del recurso (t. 4) o acción (t. 2) aplicable para el caso.

Para orientarlo acerca de los distintos pasos de análisis que deben generalmente cumplirse, hacemos a continuación una enumeración de ellos. El objetivo final, entonces, *de* estudiar todo el derecho administrativo se concreta en que, enfrentado a un ejemplo práctico de actividad, Ud. debe aprender gradualmente a determinar:

1º) Si es actividad administrativa, y de qué “Poder” del Estado proviene, o es en cambio actividad privada de los particulares; o actividad de particulares regida por el derecho público.

2º) De qué ente y órgano de la administración proviene.

3º) Si se trata de un acto, reglamento, contrato administrativo, informe, dictamen, *acto interlocutorio*, etc.; si se trata de uno o varios actos o hechos.

4º) Si ha sido dictado en virtud de facultades regladas o discrecionales; si en algún aspecto transgrede las primeras o viola los límites a las segundas.

5º) Si lesiona o puede lesionar derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, intereses legítimos o intereses simples, y quiénes pueden ser los posibles legitimados para impugnarlo.

6º) Si cumple en su caso con los requisitos de legitimidad del decreto-ley 19.549/72 y con el resto del ordenamiento jurídico. En particular, deberá analizarse si el acto tiene vicios de competencia, forma, objeto, voluntad, etc., de manera metódica y sistemática.

7º) En caso de contravenir el ordenamiento jurídico, si es a pesar de ello válido, o si es en cambio, anulable, nulo o inexistente.

8º) Por qué motivos puede ser impugnado, ante la administración y la justicia.

9º) Qué vías administrativas y/o judiciales son procedentes para atacarlo.

10) Cuáles conviene elegir y por qué.

11) Cómo se redacta el recurso; *redactarlo*.

12) Ante quién se presenta el recurso y con qué recaudos.

13) Quién lo debe resolver.

14) Qué vías subsiguientes proceden en caso de denegación.

15) Qué vías subsiguientes proceden en caso de silencio.

1.2. Sugerencias metodológicas para estudiantes

1.2.1. Introducción

La resolución de casos o problemas jurídicos constituirá lo sustancial de su futura profesión de abogado. Ud. puede encarar los problemas en forma intuitiva, si tiene suficiente intuición; también puede proceder por el sistema de *trial and error* (intento y error) para llegar a la solución del problema en aproximaciones sucesivas, pero esto le puede llevar mucho tiempo. Hay muy distintos métodos para encarar los problemas. También puede Ud. primero estudiar la bibliografía y jurisprudencia sobre el tema, y después analizar los hechos del caso; o analizar *primero los hechos*, luego la bibliografía y jurisprudencia y luego nuevamente los hechos antes de entrar a solucionar el caso.

Nadie puede determinar con certeza cuál método sea el preferible; posiblemente cada uno deba elegir un método que más se amolde a su forma de ser. Con todo, aquí le presentamos un esquema de pasos metodológicos que estimamos pueden

ser de utilidad para encarar problemas de derecho administrativo. De la seriedad y confianza con que Ud. lo tome dependerá la utilidad que le brindará en el futuro.

La metodología que aquí sugerimos está destinada a estudiantes sin experiencia profesional. A quien tenga dicha experiencia puede parecerle pueril, pero para quien carezca de ella puede significarle el acierto o error del enfoque. Piense, de cualquier manera, que un caso como los que luego se enuncian en el § 1.3 puede también serle consultado profesionalmente y que alguna respuesta ha de dar, use la metodología que usare.

1.2.2. *Análisis de los hechos*

Como primer paso *analice* cuidadosamente los hechos que el caso relata, *aprendiendo* bien y detalladamente todos sus aspectos. Al efecto es imprescindible desmenuzarlo en tantos pasos como sea posible, y hacer una lista de los hechos y actos que se van produciendo, como así también de los datos que se van dando. *Esta etapa es decisiva, estúdiela despaciosamente* y hágala por escrito en el trabajo: Si Ud. no conoce *bien* los hechos de su caso, difícilmente podrá resolverlo luego correctamente.

1.2.3. *Repaso del derecho aplicable*

Una vez compenetrado de todos los detalles del caso y efectuado el listado pertinente, repase metódicamente todo lo estudiado ahora y antes sobre cada uno de los temas o puntos que el caso toca. No confíe en su memoria, relea expresamente: Tenga en cuenta que el caso está construido sobre la base de aspectos desarrollados en los libros.

1.3. *Desarrollo del caso*

a) No salte a conclusiones fáciles. Desconfíe de lo evidente y preste atención a lo aparentemente secundario.

b) Analice el caso, desarrollando todos los aspectos que él plantea. Puede dar más de una solución; lo importante es la consideración expresa y fundada de *todos* los problemas relacionados con él.

c) No dé por supuesto ningún principio jurídico, méncionelo expresamente; no rechace alternativas o posibilidades en forma implícita sino expresa.

d) Ud. debe analizar el caso objetivamente, encontrar sus problemas y recomendar qué debe hacer o sostener el interesado.

e) Si Ud. considera que le falta algún dato o información, considérela alternativamente como si él se diera afirmativa y negativamente; expresando en cada caso la solución que correspondería; pero esto puede no ser necesario o conveniente.

f) Estudie cuidadosamente estas instrucciones y la segunda parte del t. 1 antes de comenzar el caso. Cumpla cada etapa en forma pausada y minuciosa, de modo tal que no le sea necesario volver atrás; no saltee etapas.

g) El tiempo estimado es de una hora y media, pero trate de encararlo sin premura. Tómese más tiempo si lo necesita.

1.4. *Casos prácticos a analizar*

En los siguientes casos prácticos, Ud. debe aprender a distinguir lo indicado en los subpuntos 1º, 3º, 4º, 5º, indicados. En algunos —de los casos que se han mezclado para evitar uniformidad— es posible determinar también qué ocurre respecto del problema planteado, de acuerdo a los subpuntos 6º, 7º, 8º y ss. Con todo, no se trata en principio todavía de casos completos.

1.4.1. *El caso del manifestante*

Una persona es detenida arbitrariamente por la policía durante una manifestación, y al trasladársela violentamente al camión celular le rasgan las ropas: Ella reclama ante el Ministerio del Interior, solicitando una indemnización por el daño sufrido, y la aplicación de sanciones contra el policía que lo detuviera sin orden verbal o escrita. El Ministerio, luego de un sumario en que no da intervención alguna al reclamante, resuelve rechazar sus pretensiones.

1.4.2. *El caso del Ministro “incapaz”*

Un funcionario de la administración nacional es dejado cesante previo sumario en que se le imputa haber dicho del Ministro que era un “incapaz;” en dicho sumario el interesado había propuesto cinco testigos, de los cuales tres fueron llamados a deponer mientras duraba el secreto del sumario, y dos posteriormente; al dársele vista del sumario, formuló argumentos que el decreto de cesantía contesta sólo en parte.

1.4.3. *El caso del oyente fuera de lista*

Un alumno solicita al profesor que se lo incorpore como titular del curso; siendo oyente fuera de lista, el profesor le manifiesta que no se opone a su inscripción si la autoridad competente lo autoriza, y le firma la conformidad en tal sentido, en la nota que en ese acto también le presenta el alumno; éste lleva la nota y la entrega en el Departamento de Mesa de Entradas, donde le sellan la copia de su pedido y le entregan una tarjeta con el número de expediente. El expediente es girado al Departamento Registro de Alumnos, el que se expide indicando que el alumno se encontraba *en* condiciones al momento de iniciarse el curso; de allí es girado al Departamento Docente, cuyo jefe lo eleva al Decano con una nota que

expresa: “Sr. Decano, para su consideración y decisión.” El Decano pone “Conforme” y firma en el expediente, el que vuelve a Registro de Alumnos, donde se inscribe al alumno en el registro de la Comisión pertinente.

1.4.4. *El caso de la cena de fin de curso*

Al terminar el curso, los alumnos invitan al profesor a una cena para festejar la finalización. Terminada la cena, los alumnos se retiran rápidamente del restaurante, diciendo “Ya que robamos el curso, tenemos que robarnos también la cena,” y dejan al profesor solo en el restaurante, con la cuenta de la cena.

1.4.5. *El caso de la renuncia inexistente*

El nuevo Ministro del ramo reúne a todos los Directores de la repartición y les pide verbalmente la renuncia: Algunos contestan que “sí,” otros que lo pensarán, otros dicen que “no” pues son funcionarios de carrera amparados por la estabilidad. Pocos días después se dicta una resolución ministerial aceptando lo renuncia de uno de los funcionarios que renunció verbalmente, pero omitiera hacerlo por escrito, y aceptando también la renuncia de uno de los funcionarios que dijo que no iba a renunciar. Éste lo consulta profesionalmente a Ud. y le afirma que no ha renunciado, verbalmente ni por escrito.

1.4.6. *El caso del usuario de Telefónica Argentina*

Un abonado de *Telefónica* no paga durante dos bimestres, por no llegarle la boleta a su domicilio; le intiman el pago, más una multa por el atraso, por carta simple, la que llega atrasada. Cuando el interesado va a abonar le notifican que transcurrió el plazo otorgado y que ya le han cancelado la línea. El mismo día impugna dicha resolución y solicita además una nueva línea, efectuando pago bajo protesta. Su presentación es rechazada sin fundamentación ni aclaración alguna pocos días después.

1.4.7. *El caso del alumno “sumariado”*

Un alumno que está en condiciones reglamentarias de recibir su diploma así lo solicita, pero el Decano se lo deniega fundándose en que tiene antecedentes de sumarios administrativos pendientes. El alumno puede probar que en realidad existe una rivalidad personal, siendo ella presumiblemente el motivo verdadero de la denegación, y también puede probar, a través de presunciones, que no tiene tales antecedentes.

2. *El caso del expediente de Derecho Administrativo*

El profesor del curso de derecho administrativo le explica en clase al grupo de alumnos que como complemento de la formación teórica de su disciplina, quiere

que hagan práctica profesional de la misma materia. A tal efecto, dice, ha dictado una resolución numerada como 19.3.8, de la que entrega copia a los alumnos. Les aclara que no consta en ella la fecha, pero que debe entenderse que es la fecha del día, y que así lo anoten en la hoja que les reparte. Ella dice así:

Buenos Aires,

Visto:

Los cursos de derecho administrativo de la cátedra del suscripto; y

Considerando:

Que es conveniente establecer algunas normas de procedimiento para la realización de determinadas prácticas profesionales por parte de los señores alumnos;

Que al efecto es conveniente instrumentar un sistema que permita una mayor familiarización del alumno con un expediente administrativo;

Que lo más accesible al alumno es seguir su propio expediente administrativo del curso, en el cual tramitarán sus presentaciones solicitando pases de comisión, justificación de inasistencias, etc., como así también las pruebas escritas que rinda y los actos de calificación parcial que se le asignen, todo ello sin perjuicio de los actos y materiales que la cátedra disponga que se agreguen al expediente;

Que para ello, es necesario establecer las normas administrativas a las cuales se ajustarán dichos expedientes,

Por ello,

El profesor titular de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Encomendar a los señores alumnos la tramitación de un expediente administrativo relativo al curso, el cual será caratulado numéricamente según el número de comisión, número y condición del alumno, número año. La carátula indicará además la materia, el profesor a cargo del curso, los nombres y apellidos de los encargados de la comisión y del alumno.

Art. 2°. En dicho expediente se abrocharán, previamente perforados, y se foliarán en orden cronológico, la explicación entregada sobre los objetivos generales del curso, los casos y trabajos prácticos realizados, las pruebas que se rindan, los actos de trámite o definitivos emanados de la administración del curso, las solicitudes o presentaciones de los alumnos relativas al curso, y toda otra presentación que los señores alumnos crean conveniente realizar.

Art. 3°. El profesor, los encargados de las comisiones o sus delegados *ad hoc*, pondrán el cargo de presentación a los escritos y sellarán y fecharán las copias, a solicitud de los señores alumnos.

Art. 4º. Los expedientes a que se refiere este acto se regirán en lo pertinente por las normas del decreto-ley 19.549/72 y su reglamentación, de conformidad a lo dispuesto por la Resolución 273/73 de la Universidad. Las presentaciones de los señores alumnos se ajustarán en un todo a lo dispuesto en los arts. 15, 16 y concordantes de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72.

Art. 5º. Los señores docentes de la cátedra, cualquiera sea la condición en que revisten, quedan autorizados para foliar y rubricar de los señores alumnos, adoptar providencias de trámite, fijar los trabajos prácticos de comisión, resolver las peticiones y recursos de los alumnos, y en general adoptar todas las demás medidas correspondientes a los derechos y deberes de los alumnos de la comisión, inclusive notas parciales o de concepto, con la única excepción de la nota formal correspondiente a la finalización del curso, la que será fijada en forma definitiva, en el ámbito del curso, por dos o más profesores de la cátedra.

Art. 6º. Lo dispuesto en el artículo anterior es sin perjuicio de la atribución del profesor titular de avocarse al conocimiento de casos particulares, revocar de oficio o a pedido de parte los actos dictados, impartir instrucciones generales o particulares, revocar las atribuciones desconcentradas o delegadas.

Art. 7º. Notifíquese la presente resolución, agréguese a los expedientes de cada alumno, téngase presente y cúmplase.

Fdo.:.....

Profesor Titular
Derecho Administrativo

Resolución 19.3.8

3. *Escritos de preconstitución de la prueba*

3.1. *La primera tarea*

La primera tarea a realizar es preconstituir la prueba, desde la primer oportunidad y sin desfallecimiento o fatiga. No se trata de presentar un escrito por semana, sino de tantos escritos como sean necesarios para llevar al convencimiento de la autoridad que la decisión debe razonablemente ser positiva. Los trabajos no hechos a tiempo entran en la regla del *Fugit irreparabili tempus* de VIRGILIO, en que ningún abogado puede incurrir.

3.2. *La caducidad y sus variantes*

Es la caducidad, la perención de instancia, la prescripción, la desuetudo, el abandono, la renuncia, la autoentrega pasiva. La antítesis de la responsabilidad profesional del abogado. Si a Ud. no le gusta hacer escritos, o producir prueba, o no cree que deba hacerlo sin errores, entonces ha elegido la profesión equivocada.

Un licenciado en derecho que no conoce los plazos y por ende no los cumple no es un abogado practicante. Un abogado no practicante, que no cumple los plazos, no puede ser un abogado especialista en derecho administrativo.

Le falta la primera condición, ser abogado. Lo cual no es solamente un diploma y una inscripción, es también una vivencia del derecho. Y la práctica del derecho es, entre otras cosas, cumplir los plazos y presentar escritos en tiempo y forma.

Un abogado que no presenta los escritos en tiempo y forma se expone a perder su patrimonio —luego del de sus clientes— a través de un juicio de mala praxis por perención de instancia. En el trajín cotidiano, uno no procesa bien toda la información que recibe. El cerebro no funciona en forma constante por cuanto queda desconectado milésimas de segundos por minuto en los cuales no recibe ni procesa información; si esto le coincide con un plazo real o virtual, perdió.

3.3. *Un ejemplo*

Cuando me piden o pido que envíe un CV, si yo hubiera sido el destinatario del pedido, lo cumplimento antes de la siguiente reunión: es la mejor muestra de interés y respeto por el interés del otro. Cuando uno puede, debe contar los plazos de la peor forma posible, para evitarse toda clase de problema en el futuro. Si lo contó de la peor manera, nadie podrá nunca discutirle si lo hizo en tiempo. En el caso, hacerlo para antes de la siguiente clase era el plazo funcional mínimo. Si la clase ha sido un viernes, el plazo menor es el lunes inmediato posterior.

Si no quieren usar el plazo funcional, queda el plazo legal o normativo. En el caso y por aplicación del art. 1, inciso e), apartado 4, del decreto-ley 19.549/72, es de diez días hábiles. En todo caso es preciso que releen con detenimiento el cap. VIII del t. 4, sobre “El tiempo en el procedimiento.” No puede ser que a esta altura del partido se les venza un plazo.

Me ha llamado la atención que en los expedientes con frecuencia presentan los escritos fuera de plazo. Cuando la administración ordena algo y no da plazo, ello no significa que no exista plazo. Si piensa que no hay plazo, eso es desconocimiento normativo de su parte.¹

3.4. *Presentación*

Por supuesto los escritos se presentan en soporte papel pero también se envía a los *e-mails* de la autoridad administrativa, que a su vez comunicará las instrucciones por este medio, sin perjuicio de las normas verbales que se comuniquen en clase.

¹ Es indispensable que Ud. lea con detenimiento el cap. VIII del t. 4, *op. cit.*, y las normas nacionales aplicables.

3.5. *Calidad de actos administrativos*

Es necesario comprender que tales comunicaciones, verbales o por e-mail, en cuanto contienen órdenes o instrucciones son actos administrativos, por ende dotados de presunción de legitimidad, ejecutoriedad y obligación de cumplirlos o ejecutividad.

3.6. *Tipo de procedimiento*

También se hace necesario comprender que este procedimiento es administrativo, por lo tanto hay que conocer las reglas o principios generales del t. 2, pero también todo el t. 4 sobre procedimiento administrativo. También es necesario, desde el primer escrito, conocer las reglas de la prueba que se explican en el t. 1, cap. I, en el t. 2, cap. I, y sobre todo en el t. 4, íntegro.

3.7. *El expediente y la historia clínica*

En rigor el expediente es como los libros de comercio para el empresario, o la historia clínica para el médico: Pueden servirle de prueba de descargo, pero también de prueba de cargo. Deben por ello ser impecables, como autodefensa elemental. Debe estar siempre en condiciones de ser evaluados e inspeccionados, y resistir esa evaluación e inspección.

El expediente como la historia clínica son una suerte de *probatio probatissima*. Es necesario aprender a producir y analizar debidamente los medios de prueba, desde el primer momento de inicio del proceso de construir el expediente.

3.8. *La habilidad de tener un buen expediente o una buena historia clínica*

Es una habilidad que se muestra trabajando con precisión y responsabilidad, con cuidado. La regla es tener constancia documental frente de la administración, y por ello el expediente es una cuestión de habilidades. Un experto en derecho administrativo necesita saber, y es hábil que sepa, cómo se tramita en derecho un expediente administrativo, dentro del procedimiento administrativo.

3.9. *Recaudos de los escritos*

Por supuesto los escritos deben presentarse conforme a las normas del decreto-ley 19.549/72 y sus reglamentaciones. No deben cometer errores formales, de tipeo, redacción, acentuación, paginado, etc., para que el contenido no sea obstruido por el continente. También se hace necesario cumplir con las normas referentes a las citas.

3.10. *Eventuales descuidos en la preconstitución de la prueba*

A veces en las clases se “tantea” desde cuándo presentar escritos, especulando con el accionar de los compañeros. Sólo cuando unos cuántos han presentado escritos los demás “caen en la cuenta” que están perdiendo el tiempo: Más aún, que lo han irrevocablemente perdido.

Los escritos de preconstitución de la prueba deben presentarse en forma permanente y desde el primer momento posible. Toda reflexión realizada en el marco de la materia debe estar volcada en un escrito, es la única forma de demostrar el trabajo realizado. Por supuesto que hacer resúmenes o transcripciones de texto del profesor solamente indican falta de ideas y hasta de personalidad. Lo que hay que demostrar es que uno tiene ideas acerca del tema, que lo vincula con otros temas, que tiene sus propias palabras.

En principio, lo que no figura en los escritos presentados, no puede probarse al momento de la entrevista. No se puede alegar lo que no fue probado en el expediente. Y la única manera de demostrar —en el alegato— las condiciones para obtener una resolución favorable es realizando la prueba en el expediente, lo cual no se hace con algún escrito sobre el final del expediente, sino presentado escrito tras escrito dónde se detalle la reflexión y el trabajo realizado a partir del comienzo mismo de la materia.

Se debe incluir la importancia de respetar las cuestiones de método ante el caso concreto, tales como el conocimiento acabado de los hechos, la producción de la prueba en relación a ellos.

3.11. *Escritos y anexos*

Los anexos preparados por el presentante, de su propia autoría, van en el cuerpo principal; las comunicaciones generales de la autoridad administrativa, en el presente caso, van en el anexo documental.

3.12. *Producción de la prueba y la autocorrección*

Por supuesto siempre es posible corregir errores pasados, pero no creyendo que el tiempo se retrotrae. Son escritos presentados más tarde, en los cuales se demuestra que no se repitan los errores pasados.

3.13. *Prueba testimonial, de oficios, etc.*

La administración no suele producir estas pruebas, por lo que si Ud. quiere acreditar algo que requiere prueba testimonial, produzca una carta de la persona y ofrezca que la administración la llame a certificar la firma y ser eventualmente repreguntada. Si una pericia, lo mismo hecho por un técnico, y así sucesivamente.

3.14. *Petitorio*

Solamente en el alegato puede pedir que le den por aprobada la materia, si lo hace antes es prematuro y “no ha lugar por madrugador.”

3.15. *Resumen: Algunas de las características que tiene que tener el expediente de práctica profesional, método, etc.*

Denuncia el domicilio de *e-mail* y lo repite en cada oportunidad. Preferiblemente tener varios *e-mails* en distintos *hosts* para asegurar la recepción. Evite tener que argumentar que no está notificado...

Acredita la existencia de causa fáctica suficiente para la aprobación del curso. Implica conocer la realidad.

En su tramitación se dan circunstancias atípicas pero que no implican modificar su finalidad: lo tiene el administrado y no la administración, el primero se lo queda, no hay resoluciones expresas durante su trámite, etc.

Ello sólo incide en su ubicación física y en la forma en que se producirá la prueba, en forma privada.

Por ello, es indispensable adecuar las nociones procesales generales a este tipo específico de tramitación, que no es ficticia, sino especial.

Ello requiere atender a la realidad (funcionamiento de la administración), aceptarla y actuar en consecuencia.

Ejemplo concreto: las presentaciones se acreditan con el cargo inserto en la clase y enviando por mail el escrito al estudio.

Es necesario adaptar las nociones genéricas al caso concreto, o crear soluciones específicas que sean aptas para el caso, no para la teoría.

Para cumplir oportunamente, debemos computar los plazos de la peor manera posible.

El escrito debe tener párrafos con títulos y ha de habérselo preparado utilizando la función Esquema.

Tiene que ser hecho utilizando Google, Altavista, o cualquier otro buscador, en la página web pertinente.

No puede tener un sólo error de forma, pues la pantalla le subraya en rojo y en verde todos los errores. A Ud. solamente le queda corregirlos, o de lo contrario mostrar desconsideración hacia el destinatario. Si el destinatario es quien debe decidir...¿Ud. me comprende, verdad?

Debe utilizar la función Formato/Párrafo, no los *enter*, espaciador, tabulador, interlíneas, etc., propios de la era de la Olivetti o la Remington.

En el cuerpo principal van sus escritos personales y comunicaciones personales de la administración hacia Ud. Con todo, puede haber comunicaciones generales de las cuales Ud. copie lo que le corresponde, o comunicaciones directas y personales, a Ud., de la administración.

Todo lo demás va al anexo. Tanto el principal como el anexo serán más fácilmente manejables por el destinatario si están anillados.

4. *Reglamento de las actividades de aprendizaje*

Invocando nuevas normas de enseñanza, el profesor a cargo del curso le notifica el primer día del curso del reglamento que acaba de suscribir y que denomina “Resolución 19.3.9:”

Visto:

Lo dispuesto por la Ordenanza n° 1.391/86, arts. 5º, 6º, 7º, 8º, y concordantes; los cursos de esta cátedra de derecho administrativos, en que los exámenes parciales y final *son tomados sobre la base de la resolución de casos, conforme a la Ordenanza 16.041/85*, y en un todo de acuerdo a las normas del art. 7º y concordantes de la Ordenanza 1.391/86;

Y considerando:

4.1.² *De la explicitación de algunos objetivos del curso*

Que el art. 5º de la Ordenanza 1.391/86 establece que “En la primera clase el profesor a cargo del curso comunicará a los alumnos los objetivos propuestos y las condiciones de regularidad, la modalidad de trabajo y de las evaluaciones, así como las fechas en que éstas se tomarán;”

Que resulta entonces necesario en primer lugar explicitar algunos de los objetivos del curso, tales como procurar entrenar a los señores alumnos para que puedan:

1º) Percibir objetivamente los hechos; reconocer el carácter di-námico de todo caso; producir y valorar la prueba de los hechos; identificar el objeto de todo acto administrativo; identificar su causa fáctica, diferenciándola de su motivación; muy especialmente determinar su razonabilidad; todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento;

2º) percibir objetivamente los cambios producidos o en curso de producción, tanto nacional como internacionalmente, en la concepción y estructura político-económica de los países; determinar su incidencia real en la organización del Estado y sus funciones; identificar sus causas fácticas diferenciándolas de los motivos expresados; identificar los cambios que se están operando en el rol del Estado en la economía; comparar la experiencia nacional con la internacional; identificar los procesos de integración en curso en el mundo, en especial aquéllos en los que nuestro país es parte;

² Por supuesto, numerar así los considerandos es una mera licencia literaria, sin efectos jurídicos específicos.

3º) percibir al derecho como un todo, en el cual se inserta el Derecho Administrativo, cuyo estudio se enriquece en la visión interdisciplinaria del conjunto;

4º) habituarse a que el análisis de los casos (o situaciones problemáticas) hace necesaria la búsqueda de soluciones en las distintas ramas en que tradicionalmente por razones didácticas y expositivas se ha dividido la ciencia del derecho;

5º) buscar y encontrar la información teórica —normas, juris-prudencia, doctrina— que se refiere a los aspectos que cada caso contiene, y desde luego analizarla y aplicarla;

6º) reunir y coordinar toda la información metodológica y práctica que el curso tiene como presupuesto, para poder luego, llegar a aplicarla creativamente a cada nuevo caso que se les presente;

7º) encontrar las normas legales o reglamentarias aplicables a cada aspecto del caso, interpretarlas *razonablemente* según las circunstancias fácticas del caso, y aplicarlas a su solución;

8º) imaginar y sobre todo razonar una o más vías de solución o comportamiento, conducta procesal, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista;

9º) *diferenciar* cada caso de otro “semejante” o “análogo” que hayan creído haber hecho o visto previamente, y eviten tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos —una variante del mismo error metodológico;

10) reconocer, entonces que no hay casos “típicos,” que es el método lo que deben aprender, no los casos, y que en cada uno deben ejercitarse en la búsqueda de una solución nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de “causa,” que no sea entonces una mera adaptación o repetición de “soluciones” anteriores en casos semejantes en apariencia, pero que en verdad resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica;

11) identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, y la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la norma; como, finalmente, la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia que el caso presente.

4.2. De algunos de los problemas que presentan la resolución de casos

4.2.1. De la inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos

Que resulta igualmente conveniente advertir a los señores alumnos que constituyen una falsa quimera, el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria y verdadera y válida solución;

Que conviene igualmente recordarles que la moderna filosofía de la ciencia, a partir de KARL POPPER, se basa en supuestos diametralmente opuestos de aquellos que estamos aquí criticando, por lo cual puede resultarles útil y hasta indispensable la lectura de la parte pertinente de libros tales como VILLANOVA y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1985, EUDEBA, entre otros;

Que lo expuesto es sin perjuicio del necesario conocimiento que los alumnos deben tener de los modernos criterios relativos a la estructura abierta del lenguaje, zona de penumbra, clasificaciones, definiciones, etc.;

Que igualmente falaz es aun la pretensión de que la solución de un caso pueda sugerirse o darse por adelantado, cuando el objetivo es que sea el alumno quien aprenda a descubrir cómo se analizan los hechos, cómo se construye un razonamiento, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pros y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar;

Que los aspectos antedichos hacen a la creatividad e imaginación de cada individuo, y mal puede en este método docente alguno cegar tal inspiración creadora, dando de antemano supuestas e inexistentes “recetas” para la solución de problemas concretos;

Que a tal efecto puede ser pertinente recordar el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada;”

Que ello no excluye que algunas pautas al menos puedan indicarse, siempre que el alumno tenga en claro que ellas *no constituyen la fórmula de solución de los casos*, sino algunas advertencias de posibles errores comunes a ser evitados.

4.2.2. Del análisis de los hechos en el objeto del acto

Que, en tal sentido, cabe destacar en primer lugar la prioritaria y aguda necesidad de un análisis sumamente detallado, pausado, reflexivo, cuidadoso, crítico, imaginativo pero eminentemente realista de los hechos, como primera y fundamental tarea a ser realizada por los señores alumnos, para el éxito del análisis posterior;

Que dentro de ese minucioso análisis de los hechos queda comprendida desde luego *la cabal comprensión del problema en su totalidad, incluyéndose aquí en primer lugar la adecuada percepción de cuál es el problema central a resolver*, o cuáles son los problemas centrales en su caso;

Que la determinación de qué es lo importante y qué lo secundario en los hechos de cada caso es decisiva, pues determina cuál habrá de ser el empleo del tiempo de análisis dedicado a cada aspecto del problema;

Que resulta necesario advertir entonces que debe darse atención prioritaria al objeto de todo acto, y reflexionarse realista y empíricamente sobre el tipo de problema que ese objeto o contenido central del acto plantea en la práctica, en la realidad material, prescindiendo de meras reacciones emotivas no suficientemente razonadas. (Falacias *ad hominem*, *ad baculum*, *ad populum*, etc.)

Que, en tal sentido, cabe también recordar a SANTO TOMÁS cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puedo también ser parafraseado por los señores alumnos en su aplicación a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener;

Que, en tal sentido, debe igualmente cuidarse no prestar una atención desmesurada a la motivación de un acto, a punto tal que llegue a impedir la percepción del objeto mismo.

4.2.3. *Del análisis de los hechos exteriores al acto, o “causa” del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado*

Que, asimismo, resulta indispensable que en el análisis de los hechos se perciba no solamente el texto del propio acto ya sea individual o general, tratándose de un acto escrito, o las palabras y circunstancias en que se lo expresa si se trate de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos;

Que, en efecto, el análisis del objeto de todo acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el análisis de los hechos, expresados o no en el acto, de *la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona, o en la cual se inserta, o que lo enmarca y encuadra;*

Que una de las más difíciles tareas del estudiante y del abogado es precisamente la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones o invocación de argumentos;

Que debe también evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial en materia de derecho administrativo.

4.2.4. *De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso*

Que una vez desmenuzado el problema del modo expuesto y otros más que resulta imposible describir anticipadamente a cada caso, cabe recordar que los pasos metodológicos enunciados en el § 1.1. constituyen un ayuda-memoria intelectual

sobre cosas que deben al menos no olvidarse en el enfoque teórico del caso, pero que no todos tienen igual importancia en la asignación de tiempo que resulta objetivamente conveniente asignarles;

Que, en forma concordante con lo expuesto:

a) Sobre los hechos: Si se equivoca en ellos todo lo demás es inútil.

b) *luego* de haber adecuadamente resuelto lo atinente a la validez del acto, fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar:

c) Cuáles son las vías alternativas de comportamiento jurídico o material, incluso de acciones u omisiones;

d) y cuáles son los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas;

Dicho en otras palabras, qué razones en pro y en contra de cada una de ellas van llevando al estudioso del problema a preferir o no alguna o algunas de tales vías de acción, recurso, omisión, comportamiento material, etc.;

Que resulta igualmente importante, una vez elegido el tipo de comportamiento que se considera preferible, desarrollarlo a través de la redacción del documento Nro. que resulte pertinente (dictamen, informe, recurso, reclamo, denuncia, acción judicial, etc.) o de la explicación del comportamiento material u omisión que se recomienda;

Que, a los efectos de los exámenes parciales y final, debe recordarse la limitación temporal de una hora y media, derivada de las disponibilidades de aulas de la Facultad, lo cual obliga a cada alumno a programar adecuadamente su empleo del tiempo asignado;

Que dicha limitación temporal es a su vez una de las mejores demostraciones fácticas de la indispensable necesidad de realizar en tiempo y forma todos los trabajos programados, pues es sólo a través del continuo entrenamiento que se irá adquiriendo la progresiva destreza y mayor velocidad en la resolución de los problemas presentados.

5. De otros aspectos del procedimiento de trabajo en el curso

5.1. Del aprendizaje teórico, normativo y práctico a ser realizado individualmente por el alumno

Que por lo expuesto parece necesario destacar al alumnado que un curso de esta índole supone de su parte un enfoque diferente hacia el aprendizaje;

Que, en tal sentido, corresponde *al propio alumno la iniciativa para el estudio* de los temas teóricos que el análisis de los distintos casos requiere, conforme al segundo objetivo expuesto, comprendiéndose allí también las normas legales o reglamentarias aplicables (cuarto objetivo) y los aportes prácticos o metodológicos que existen dentro de la disciplina (tercer objetivo);

Que dicha ejercitación en la búsqueda de información, su análisis y estudio, puede por ejemplo orientarse liminarmente hacia todos los aspectos que corresponden a los principios teóricos y normas constitucionales, legales o reglamentarias a que se hace referencia expresa o implícita en la presente motivación, lo que deberá realizar conforme al procedimiento establecido en el presente reglamento y sus remisiones;

Que, asimismo, es parte de la obligación del alumno investigar *en cada tema de cada caso* cuáles son los posibles principios y problemas teóricos que el mismo supone o plantea; buscándolos en los libros y legislación correspondiente;

Que las dificultades que pueda presentarle algún tema concreto, *luego de haberlo estudiado, aplicado, resuelto, redactado y presentado conforme a las normas del presente curso*, puede sin duda preguntarlas a los profesores, pero teniendo presente que el objetivo; del curso no consiste en la repetición por el profesor de información teórica y práctica que obra en los libros de doctrina;

Que, del mismo modo, el rol de los profesores tampoco consiste en la indicación previa que sustituya el esfuerzo de aprendizaje del alumno de buscar y encontrar aquella información;

Que, entonces, dicha función ha de referirse a la efectiva discusión *informada* de aspectos que los alumnos *han encontrado y trabajado* en la forma indicada, pero no han podido entender en teoría o en su aplicación al caso;

Que para ello puede resultarles *indispensable previamente analizar, interiorizarse y ubicarse en los temarios y contenidos* tanto de los libros como de la legislación pertinente, a fin de poder luego identificar cuáles de tales contenidos son aquellos cuyo conocimiento o profundización requiere cada caso concreto.

5.2. De la obligatoriedad de la realización y entrega eficaz y oportuna de los trabajos

Que para la eficaz discusión, grupal o en clase activa, de la metodología de análisis y solución de los diversos casos encomendados, es obvio que resulta condición previa indispensable de su utilidad, que cada cursante haya realizado en forma individual y personal, en cada caso, todos y cada uno de los trabajos pertinentes, en forma oportuna y eficaz;

Que la Ordenanza 1.391/86 establece el requerimiento de trabajos como los aquí mencionados, conforme surge también del art. 4º inc. d) y demás normas concordantes de la resolución nº 16.041/85;

Que en cualquier caso deben advertir los señores alumnos que en un curso basado en la resolución de casos, *a)* su asistencia regular a clase, con más *b)* el cumplimiento eficaz, *c)* oportuno y *d)* personal de los trabajos de aprendizaje constituye un elemento *necesario* —aunque no suficiente— para desarrollar las aptitudes sobre las que versarán los exámenes parciales y final;

Que, entonces, dicha regular efectiva participación útil en el desarrollo del curso es condición necesaria pero no suficiente para su aprobación; es una etapa *indispensable* de su formación y aprendizaje en el método de resolución de casos sobre el que versarán los diversos exámenes, y será la entrega en cuenta en la evaluación;

Que a tal efecto los docentes podrán pasar lista, y exigirán la entrega personal de los trabajos en los primeros 15 minutos del horario de clase, a fin de asegurar la referida participación útil de quienes estén en condiciones de intervenir en las discusiones, y poder determinar qué grado de correlación existe entre la asistencia y trabajo en y para la clase y los resultados obtenidos en los exámenes parciales;

Que el carácter personal de las presentaciones e intervenciones es una derivación natural e inevitable del carácter intransferible de toda experiencia de aprendizaje, y en todo caso corresponde exigirlo a fin de prevenir posibles transgresiones al sistema de aprendizaje y a la evaluación individual de los cursantes.

5.3. De la presentación de los escritos y la efectiva participación útil en el proceso de aprendizaje

Que así como la inasistencia regular determina normalmente la imposibilidad de realizar un aprendizaje eficaz, de igual modo de nada servirá al cursante su asistencia a clase sin la realización individual y presentación escrita, eficaz y oportuna, de los casos y trabajos, pues no podrá en tal caso verificar sus eventuales errores o comparar sus procedimientos de análisis de los hechos, etc., en cada caso;

Que, por ellos, condición necesaria de su intervención útil en clase, sea en trabajos grupales o en la discusión colectiva, es aquella tarea individual previa a las clases en que esté previsto el análisis y discusión del respectivo caso;

Que dicha asistencia y realización oportuna y eficaz de los trabajos, contribuirá a asegurar el progresivo mejor resultado de tales trabajos de los cursantes, en la medida que vayan verificando los errores que pudieren haber cometido en cada caso;

Que por fin, para que se disipen erróneas percepciones sobre la índole del método de aprendizaje, conviene formalizar el principio de que sólo podrán participar de los debates y trabajos orales en clase, aquellos alumnos que hayan cumplido con la previa realización y presentación del trabajo o caso a discutir.

5.4. De la teoría de la impulsión de oficio del procedimiento y la práctica de la impulsión por el particular

Que sin perjuicio de la presentación escrita y discusión oral de los trabajos y casos, resultará asimismo indispensable su participación activa, requiriendo las correcciones o clarificaciones que fueren menester, de modo tal que pueda ir

avanzando en la determinación de sus eventuales errores en la percepción de los hechos o en la aplicación de la metodología;

Que ello no suple, por supuesto, la instancia formal de calificación en los exámenes parciales y finales.

5.5. *Del silencio de la administración. De la expresión de la voluntad administrativa por órgano competente*

Que no debe el alumno, ciudadano o administrado, dejarse estar pasivamente a la espera de aclaraciones o explicaciones respecto de los eventuales errores cometidos, ni menos aún considerar en caso de silencio que sus trabajos están correctamente realizados;

Que, en efecto, es un clásico principio de derecho administrativo que el silencio de la administración no puede considerarse aceptación de lo realizado, propuesto o solicitado, ya que el silencio es conducta inexpresiva de la administración;

Que, en cualquier caso, debe el alumno aprender a identificar conforme a las normas del curso cuáles son los órganos *competentes* para resolver respecto de las calificaciones en cada comisión, y no caer en conclusiones fáciles y equivocadas respecto de la supuesta “aprobación” de sus trabajos;

Que, según quedó dicho, la aprobación de los casos o trabajos de aprendizaje no implica aprobación del posterior examen pertinente.

5.6. *De la eficacia de las pruebas*

Que el hecho que el particular o administrado pueda aportar libremente cuantas pruebas documentales o escritos crea pertinentes, y producir privadamente la prueba que a su juicio sea adecuada, no implica en modo alguno que una mera cuestión de *cantidad* de actividad probatoria sea la más *eficaz* para la resolución favorable;

Que debe por ello prestar atención permanente no sólo a la *oportunidad* sino también a la *eficacia* de la actividad que realiza, en punto a los objetivos del curso y del alumno.

5.7. *Del sistema de calificaciones*

Que, igualmente, debe el alumno tener presente que el sistema de calificaciones de la cátedra consiste en que cada comisión es calificada por dos profesores de las otras comisiones y por el resto de la cátedra, con lo cual es ésta en conjunto la que en definitiva, imparte las calificaciones correspondientes;

Que la realización escrita, oportuna y eficaz, de los trabajos conforme queda indicado en el capítulo anterior, brindará a los profesores elementos de juicio adicionales para resolver en los diferentes exámenes, y constituye también un mecanismo de evaluación docente respecto del modo en que el curso, se desarrolla;

Que debe igualmente el alumno tener presente que en las evaluaciones se tendrá en cuenta todo su desempeño en el curso *según las pruebas documentales que él haya preconstituido* durante la formación e impulsión personal de su expediente del curso;

Que ello es particularmente cierto del tercero y último examen parcial, que consistirá en un alegato a ser realizado por el alumno demostrando, conforme a las constancias del expediente, el cumplimiento eficaz y oportuno que hubiere hecho de los objetivos y normas del curso;

Que ello no importa un cumplimiento meramente cuantitativo de lo establecido en este reglamento, sino sobre todo cualitativo, en lo que se refiere a la metodología para la resolución de casos concretos;

Que, por lo tanto, debe recordar que el último parcial se resuelve con la aplicación razonada del material que le han de brindar sus propias experiencias, efectivamente realizadas y adecuadamente, documentadas en el expediente.

5.8. Del expediente individual de cada cursante

Que dicha apreciación individual de sus trabajos escritos es por lo demás concordante con el sistema individual de rendir los exámenes parciales y final, conforme se encuentra establecido en los arts. 9º, 10 y 11 de la referida resolución 16.041/85 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires;

Que las discusiones y trabajos grupales o colectivos a ser realizados en clase o fuera de ella, en consecuencia, si bien tienden a mejorar el nivel crítico de los alumnos y facilitar la discusión de sus trabajos, en modo alguno implican expresa o tácitamente disminuir o menos aún derogar el carácter individual y personal de los trabajos de aprendizaje referidos, y de las consecuentes evaluaciones conforme al art. 11 de la misma resolución 16.041/85.

5.9. De la programación de las actividades a realizar por los señores alumnos

Que dado que múltiples imponderables pueden afectar la realización de las clases, o la regular asistencia y participación de los alumnos, o la composición del listado de alumnos de cada comisión de la cátedra, se torna conveniente aclarar que tales circunstancias no serán consideradas como justificativas del atraso de los señores alumnos en el cumplimiento de sus propias tareas de aprendizaje, o del no cumplimiento eficaz y oportuno de alguna o algunas de éstas;

Que a tales efectos es útil programar y comunicar expresamente las actividades de aprendizaje a ser ejecutadas por los señores alumnos, puntualizando entonces a todo evento que, tratándose de actividades de aprendizaje a ser llevadas a cabo personalmente y por su cuenta por los señores cursantes, su realización es necesaria con prescindencia de que alguna o algunas de tales clases no puedan dictarse por motivos imprevistos.

5.10. *De la realización de clases recuperatorias*

Que para el supuesto que el tiempo de clase no resulte suficiente para analizar los casos que los señores alumnos vayan realizando, o resten dudas de carácter teórico o práctico que no puedan ser aclaradas en el horario establecido, los profesores organizarán a pedido de los alumnos clases especiales con aquellos que manifiesten necesitarlo;

Que a tales efectos se considerará condición necesaria que los requirentes se encuentren al día en la realización de sus trabajos, con sus respectivos expedientes completos hasta la fecha en que requieren las clases especiales;

Que, como es obvio, tratándose de clases especiales en horarios especiales, no será materialmente posible satisfacer las aspiraciones horarias de los señores alumnos, debiéndose necesariamente optar por aquellas horas en que la Facultad pueda disponer de aulas para actividades no programadas anticipadamente.

Por ello,

*El profesor titular de la cátedra
de derecho administrativo*

Resuelve:

Artículo 1º. *De la reglamentación interna del curso.* Téngase por reglamento de los cursos a cargo de esta cátedra, con las modificaciones que resultan de la presente resolución y sus motivaciones y sustento fácticos, el individualizado bajo el n° 19.3.8.

Art. 2º. *Del expediente y su Correspondencia n° 1º.* En su primera presentación para formar el expediente a que se refiere el art. 1º del referido reglamento, los señores alumnos incorporarán al Cde. n° 1 copia de éste, de la ordenanza 16.041/85, y de la presente resolución.

Art. 3º. Los interesados procederán en forma personal a caratular el expediente principal y su Cde. conforme a lo establecido en el art. 1º del reglamento 19.3.8, y agregarán sus escritos y presentaciones o documentación de la siguiente manera:

a) En el Cde. n° 1 de documentación anexa, toda pieza documental que no sea un propio trabajo realizado por los alumnos (por ejemplo, copias de boletines oficiales, expedientes, reglamentos o actos administrativos excepto que hayan sido preparados por ellos como trabajo personal, etc.);

b) En el expediente principal, todos los trabajos de resolución de casos, correcciones de trabajos anteriores, nuevas versiones, etc., y también los exámenes correspondientes.

c) En los dos casos, todos los escritos y la documentación anexa que presentaren en lo sucesivo ante la cátedra serán incorporados por orden de presentación, fechado y foliado. Todo escrito que se refiera a documentación o presentaciones

anteriores, la citará por su foliatura y número de expediente o corresponde, sin excepción alguna.

Art. 4º. A fin de que le sea puesto el cargo a *sus* presentaciones, deberán entregarla personalmente en los primeros 15 minutos de cada clase. Sólo podrán participar en las discusiones correspondientes aquellos que hubieren previamente presentado el trabajo en análisis.

Art. 5º. A fin *de* rendir y en su caso aprobar los exámenes parciales y *final* de la materia, los señores alumnos deberán haber presentado el 100 % de los trabajos requeridos, de los cuales *por lo* menos el 75 % deben haber sido entregados en forma personal en las fechas establecidas al efecto, a fin de *posibilitar* su indispensable participación útil en las discusiones de aprendizaje. Esta oportuna entrega de los escritos y participación en los trabajos *es* condición necesaria, *pero no* suficiente, de aprobación de los exámenes, parciales y final.

Art. 6º. *De las observaciones y conclusiones metodológicas.* Sin perjuicio de lo establecido en los arts. 2º y 6º, los señores alumnos:

a) *Procederán a individualizar y reunir* todos los elementos e indicaciones de carácter práctico de la materia;

b) Analizar sus correlaciones, y formular las observaciones y conclusiones metodológicas que estimen más adecuadas para sí mismos, para la resolución de casos de derecho administrativo. Este trabajo deberá ser presentado en la clase anterior al primer parcial, y los presentantes deberán corregirlo, complementarlo o actualizarlo, según corresponda, hasta la clase inmediatamente anterior al alegato final.

Art. 7º. *De los trabajos complementarios.*

a) *Del mejoramiento de los trabajos.* Los señores alumnos que deseen mejorar su nivel de aprendizaje en este curso, podrán proceder a realizar y entregar conforme a tales disposiciones, versiones corregidas y mejoradas de trabajos anteriores.

b) *De otros trabajos complementarios.* Del mismo modo podrán proceder con otros casos y trabajos prácticos sugeridos por la cátedra pero que no hayan sido expresamente ordenados en las comisiones como trabajos de aprendizaje.

Art. 8º. *De los alumnos que deseen mantener promedio.* Los alumnos que deseen aspirar a obtener una nota determinada, por ejemplo para mantener un promedio mínimo, podrán explicitarlo en su primera presentación, indicando la nota mínima a que aspiran.

Posteriormente procederán como queda indicado en el art. 8º. Sin perjuicio de ello, podrá también optar a una calificación superior a la obtenida durante el curso, en la oportunidad prevista en el art. 8º de la Resolución n° 1.391/86.

Art. 9º. De los exámenes. Los exámenes del presente curso serán rendidos por los señores alumnos como parte integrante del expediente principal. A tal fin, en esa ocasión deberán entregar el expediente con su examen incorporado y foliado.

Art. 10. De forma.

Fdo.:.....

Profesor Titular de Derecho
Administrativo

Resolución 19.3.9

6. Casos de acto administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El curso de derecho administrativo a cargo del suscripto; y

Considerando:

Que la identificación en la realidad de las circunstancias a las cuales corresponden las nociones y conceptos teóricos aprendidos representa una faz indispensable del aprendizaje;

Que, en tal sentido, es necesario que el alumno que estudia los caracteres y elementos del acto administrativo sepa reconocerlos en un caso concreto;

Que, por ello, el educando debe aprender a indicar, comenzando con el presente acto, cuál es la parte dispositiva o resolutive, y cuáles los considerandos;

Que, igualmente, el participante debe reconocer la motivación del acto y distinguirla de sus motivos;

Que debe también indicar correctamente el objeto del acto y su forma;

Que puede este ejemplo ser también adecuado para analizar otros aspectos atinentes a la validez del acto administrativo.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Art. 1º. Los señores alumnos indicarán en el presente acto los distintos aspectos que se señalan en los considerandos.

Art 2º. Los señores alumnos analizarán también la validez del acto y resolverán la conducta procesal a adoptar.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El curso de derecho administrativo que se desarrolla actualmente; y

Considerando:

Que puede ser oportuno reiterar algunas de las tareas prácticas utilizadas en la cátedra del suscripto en años anteriores;

Que muchas de esas tareas fueron concebidas a través de la participación de diversos docentes de la cátedra a los cuales extendemos nuestro reconocimiento;

Que el suscripto estima preferible introducirlas en este caso como actos concretos, de los cuales los señores alumnos deberán analizar no sólo el contenido dispositivo específico sino también los demás problemas prácticos que todo acto administrativo presenta;

Que conviene recordar, para merituar estos casos, que no se trata simplemente de ejemplos de enseñanza, sino que son actos administrativos stricto sensu destinados a producir efectos jurídicos directos;

Que, por lo demás, son en un todo aplicables las normas del decreto-ley 19.549/72 y el reglamento de cursos.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Art. 1º. Ténganse por actos administrativos emanados del profesor del presente curso, los actos que a continuación se reproducen.

Art. 2º. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente curso de derecho administrativo; y

Considerando:

Que por razones de economía procesal conviene reunir en un sólo acto algunos de los casos y trabajos que los alumnos deberán realizar en el curso de las próximas clases;

Que, en tal sentido, puede unirse provechosamente el principio de la programación de la enseñanza con el de la teoría y práctica de los actos administrativos lato sensu y stricto sensu;

Que, a ese efecto, puede indicarse cuáles serán los siguientes trabajos que deberán realizar los señores alumnos en las próximas clases, contando un trabajo por clase a partir de la primera subsiguiente a la presente;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Los señores alumnos presentarán en cada una de las clases siguientes a la presente, adecuándose a las normas que fija la reglamentación del presente curso,

Art. 2°. Busque copias de actos, reglamentos —distintos tipos—, informes, dictámenes, resoluciones, y actos no productores de efectos jurídicos directos, extraídos de expedientes administrativos o del Boletín Oficial; analice el material encontrado y proceda a identificarlo y clasificarlo.

Art. 3°. Distinga en qué casos el silencio es un hecho administrativo y en qué casos es un acto administrativo, de acuerdo al artículo 10 del decreto-ley 19.549/72.

Art. 4°. Identifique en el decreto-ley 19.549/72 y su reglamentación los artículos que se refieren a actos administrativos, reglamentos, contratos administrativos, dictámenes, hechos administrativos, y clasifíquelos.

Art. 5°. Identifique qué diferencia en cuanto a sus efectos jurídicos tienen el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso Mouviel (t. I, cap. V, p. 61 y ss.) y el fallo de la Corte Suprema en el mismo caso. (p. 72 y ss.) Compare la situación con un dictamen letrado en sede administrativa y el acto administrativo dictado en base al mismo.

Art. 6°. Distinga, en los casos que a continuación se indican, si se trata de actos, reglamentos, contratos administrativos, informes, dictámenes, actos interlocutorios, etcétera, y analice asimismo su validez:

- a) El caso del manifestante;
- b) el caso del oyente fuera de lista;
- c) el caso del abonado de ENTEL.

Art. 7°. De forma.

Visto:

La enseñanza teórico-práctica que se imparte en el presente curso; y

Considerando:

Que es oportuno realizar un repaso del tema de facultades regladas y discrecionales expuesto en el t. I. cap. VIII;

Que puede al mismo tiempo vincularse el tema de repaso con el tema de acto administrativo actualmente a estudio;

Que como otro modo de encarar el proceso de enseñanza-aprendizaje, la resolución de los siguientes problemas puede hacerse por pequeños grupos de discusión o debate;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Art. 1º. Los alumnos realizarán en grupos de entre cuatro (4) y siete (7) alumnos las siguientes tareas:

a) Relacione las circunstancias de hecho exteriores a un acto administrativo con su objeto. Identifique cómo se plantea esa relación en el caso de las facultades regladas y discrecionales.

b) Clasifique los distintos elementos o requisitos del acto administrativo que son objeto de regulación directa dentro del decreto-ley 19.549/72.

c) Compare el concepto de “acto discrecional” con el concepto de facultades discrecionales.

d) Formule un ejemplo de acto totalmente reglado y un ejemplo de acto totalmente discrecional. Señale si puede identificar un caso de esa índole en la experiencia cotidiana.

e) Identifique los problemas semánticos que presenta la expresión “acto discrecional.”

Art. 2º. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente curso de derecho administrativo; y

Considerando:

Que como continuación de los trabajos ordenados anteriormente es oportuno ejercitar ahora tanto los principios de facultad reglada y discrecional, y sus límites, estudiados al comienzo del curso, como el tema de los vicios del acto administrativo de que trata esta parte de la asignatura;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1º. Los señores alumnos presentarán con estricto cumplimiento de las normas administrativas vigentes según ya ha sido dispuesto, escritos resolviendo los siguientes trabajos:

- a) Identifique la raíz constitucional del principio de la razonabilidad.
- b) Identifique la consagración legal del mismo principio.
- c) Identifique en qué parte del acto administrativo se presenta eventualmente el vicio de falta de motivación.
- d) Identifique dónde se encuentra eventualmente el vicio de falta de causa.
- e) Compare y distinga la falta de causa y la falta de motivación como vicios del acto administrativo.
- f) Ejemplifique el principio de la proporcionalidad. Identifique en qué norma del decreto-ley 19.549/72 se encuentra contemplado. Distinga si se trata en el caso de facultad reglada o de límite a la discrecionalidad.
- g) Dé un ejemplo de motivación adecuada.
- h) Identifique si es motivación adecuada, de acuerdo al decreto-ley 19.549/72 la que den distintos ejemplos de actos tomados del Boletín Oficial.
- i) Compare y diferencie la desviación de poder con el principio de la razonabilidad.

Art. 2º. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El curso de derecho administrativo a cargo del suscripto; y

Considerando:

Que es conducente a la mejor formación del alumnado plantearle problemas o casos concretos, cuya forma de resolución se acerque lo más posible a los problemas metodológicos con los cuales deberá enfrentarse el futuro profesional en la práctica;

Que, a este efecto, el educando tiene a su alcance elementos metodológicos sugeridos para iniciarse en el enfoque de este tipo de problemas.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Ordénase al alumno (llenar el nombre del destinatario) impugnar este acto.

Art. 2°. Notifíquese.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente curso de derecho administrativo; y

Considerando:

Que es necesario desarrollar el espíritu crítico del futuro profesional;

Que en la práctica profesional ello supone su aptitud para reconocer e identificar los eventuales vicios de los actos administrativos sobre cuya validez pueda requerírsele opinión;

Que, asimismo, su consejo profesional ha de versar también sobre la conducta que en la especie recomienda adoptar;

Que la aptitud de criticar debe igualmente ir acompañada de la aptitud de crear;

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. El alumno seleccionará del Boletín Oficial del día de la fecha el primer acto administrativo que aparezca publicado y verificará si el mismo a su juicio cumple con todos los requisitos de validez del decreto-ley 19.549/72.

Art. 2°. Una vez realizada la tarea indicada precedentemente, y discutidas sus conclusiones en clase, el alumno recomendará la conducta concreta que a su juicio corresponde adoptar, en su caso.

Art. 3°. En la clase siguiente el alumno presentará por escrito un ejemplo de acto administrativo, redactado por él, que sea en un todo ajustado a las prescripciones del decreto-ley 19.549/72.

Art. 4°. Los demás alumnos aconsejarán en el caso planteado por el alumno a que hace referencia el artículo anterior, la conducta que estimen adecuado seguir.

Art. 5°. De forma.

Fdo.
Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente examen que corresponde tomar de derecho administrativo; y

Considerando:

Que si bien el alumno Fulano de Tal no ha sido interrogado durante el curso, ni ha rendido exámenes parciales, su asistencia y puntualidad son sin embargo perfectas;

Que, asimismo, ha demostrado siempre mantener perfecta atención a todo lo desarrollado por el suscripto en clase;

Que su actitud ha sido siempre correcta, atenta y colaboradora en todo momento;

Que lo expuesto evidencia a juicio del suscripto méritos suficientes para ser promovido en la disciplina;

Por ello,

*El profesor de derecho administrativo
Resuelve:*

Artículo 1°. Aprobar la asignatura Derecho Administrativo al alumno Fulano de Tal con seis puntos (6), bueno, eximiéndole de rendir examen de ella.

Art. 2°. Notifíquese.

Fdo.....
Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente examen que corresponde tomar de derecho administrativo; y

Considerando:

Que el alumno Mengano ha realizado todos los trabajos prácticos de la asignatura, a satisfacción del suscripto;

Que ha participado en los trabajos grupales con empeño y responsabilidad;
Que ha resuelto correctamente los problemas prácticos que le fueran planteados, habiendo preparado los escritos y recursos pertinentes, los que obran en su expediente del curso;

Que, en tales condiciones, se torna superfluo examinarle sobre temas teóricos para realizar la promoción final del curso, máxime cuando el alumno ha demostrado poder resolver adecuadamente los problemas concretos que le fueran sometidos;

Que conviene aclarar al destinatario de la norma a emitirse que con este acto queda terminado el curso de derecho administrativo en forma definitiva en lo que a él respecta.

Por ello,

El profesor de derecho administrativo

Resuelve:

Artículo 1°. Apruébase la asignatura derecho administrativo al Sr. Mengano y ordénasele consentir el presente acto.

Art. 2°. La presente resolución es firme y definitiva, no siendo impugnable en sede administrativa ni judicial.

Art. 3°. Aclárase que la presente resolución aprobando el curso de derecho administrativo al alumno Mengano goza de estabilidad conforme a la legislación vigente, no siendo por lo tanto revocable en sede administrativa.

Art. 4°. De forma.

Fdo.....

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Visto:

El presente examen de derecho administrativo rendido por el alumno Sr. Zutano; y

Considerando:

Que recientes tendencias preconizan a nivel superior la autocalificación de los alumnos;

Que los supuestos para la aplicación de dicho método, tal como son indicados por la doctrina, se dan ampliamente en el presente caso;

Que el suscripto tiene conferidas por la ley universitaria las facultades necesarias para conducir el proceso pedagógico en su curso;

Que el ámbito pedagógico y académico es necesariamente discrecional en tanto no se lesionen pautas de razonabilidad elementales;

Que es necesario propender al desarrollo de la actitud crítica y de la autodisciplina y responsabilidad de los educandos;

Que ello no empecé a la autoridad del suscripto, salvaguardada por el orden jurídico;

Que existen otras consideraciones que es superfluo aquí destacar a mayor abundamiento, pues han sido suficientemente expuestas a lo largo del curso que culmina con el presente examen rendido;

Por ello,

*El profesor de derecho administrativo
resuelve:*

Artículo 1º. El alumno Sr. Zutano procederá en el plazo de una hora a autocalificar su examen por escrito, en forma fundada, en nota que comunicará fehacientemente a la cátedra.

Art. 2º. Una vez recibida del Sr. Zutano su autocalificación, la cátedra procederá a labrar el acta pertinente, pasando dicha autocalificación como nota de la cátedra para el Sr. Zutano en esta asignatura.

Art. 3º. De forma.

Fdo.

Profesor de Derecho
Administrativo

Buenos Aires,

Viso:

El examen final que se ha tomado de derecho administrativo; y

Considerando:

Que si bien el alumno Zutano de Cual ha recordado acertadamente todos los principios teóricos de la disciplina, no ha podido sin embargo resolver adecuadamente ninguno de los problemas y casos que le fueron presentados;

Que el adecuado conocimiento de la teoría es sin duda un prerrequisito de la solución de los casos concretos;

Que dicho conocimiento, con todo de ser necesario e insustituible, es sin embargo párese insuficiente; dicho en otras palabras, es condición necesaria pero no suficiente de la aprobación de la disciplina;

Que en el ejercicio de su profesión el futuro abogado no será seguramente interrogado por sus clientes, ni el Juez por las partes, ni el administrador por el administrado, acerca de cuáles son los principios que la doctrina expone en determinado tema;

Que, al contrario, en todas las formas posibles en que el ejercicio de la profesión se presenta, requiere siempre no sólo conocimientos teóricos sino también y principalmente la aptitud de saber aplicarlos a la práctica para la resolución de problemas reales;

Que si bien el suscripto tiene el más alto respeto del esfuerzo y la dedicación del alumno Zutano de Cual por el conocimiento teórico que el mismo demuestra, entiende sin embargo que su función como docente es verificar principalmente aptitudes tales como las que el ejercicio de la profesión de abogado, administrador o Juez habrá de exigir al profesional;

Que en tal sentido, la aprobación de la presente disciplina implica para el docente una parte proporcional de responsabilidad por la forma en que el futuro profesional estará capacitado para ejercer su profesión;

Que ante tales responsabilidades frente a la comunidad son irrelevantes los argumentos atinentes al meritorio esfuerzo y dedicación del Sr. Zutano de Cual;

Por ello,

*El profesor de derecho administrativo
resuelve:*

Art. 1°. Calificar con tres (3), insuficiente, el examen final rendido por el alumno Zutano de Cual.

Art. 2°. De forma.

Fdo.

.....
Profesor de Derecho
Administrativo

II. Actividades de postgrado

7. Guía para una nota a fallo

1°) El título debe tener gancho o “punch” y adelantar una síntesis del problema central que tenga novedad y atraiga el interés del lector.

2°) Los primeros cinco renglones: El comienzo debe ir directamente al grano, sin circunloquios ni vueltas inútiles. Es la carta de presentación del autor, si se presenta mal pierde la oportunidad de causar una primera buena impresión; no hay una segunda oportunidad de causarla y esto no es lo más grave... lo peor es perder al lector en los primeros cinco renglones: No generarle interés y que abandone la lectura en busca de otra que le interese. Cada vez que da un detalle inútil o repetitivo en el texto cansa al lector y lo tienta con abandonar la lectura. La información de doctrina debe ir al pie de página, nunca en el texto.

3°) No debe “contarse” el fallo que se comenta, como si el lector fuera a leer la nota y no el fallo, lo que es absurdo. En la duda el lector lee el fallo y no la nota, no despreciemos su capacidad. Psicológicamente es despreciar al lector, suponerle incapaz de leer el fallo por sí mismo. La nota es un complemento del fallo, no su reproducción, ni siquiera parcial ni menos resumida. Deben ser concisos y prácticos y evitar todo comentario remanido.

4º) Las citas deben estar correctas. No hay peor señal que una cita mal hecha, en la cual no se ponen correctamente los datos de edición. Citar *La administración paralela* dando como lugar de edición Buenos Aires, por ejemplo, es patético; lo mismo citar ediciones viejas teniendo acceso a las nuevas.

5º) Para abreviar la referencia a la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo: CNFed. CA

6º) Para destacar una palabra no usar comillas, sino cursiva. Ej: *método*. La comillas se usan para reproducir citas textuales o para dar un giro interrogativo a lo entrecomillado, nunca como énfasis.

7º) Cómo citar los libros del Seminario “El derecho administrativo de la emergencia” o un artículo de esos libros o cualquier artículo que se encuentre en una obra colectiva que posea un coordinador

GUGLIELMINO, OSVALDO, “La Justicia Federal en la emergencia”, en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2002, pp. 23-30; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “La Sindicatura General de la Nación y la emergencia social,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 15-27; CITARA, RUBÉN, “La emergencia del Estado y sus circunstancias,” en ALANIS, SEBASTIÁN A. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 15-34; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia y medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 235-50.

8º) Cita de una obra en general

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., p. 386.

9º) Tener en cuenta que no va “ed.” sino directamente el nombre de la editorial, ej.: La Ley, Astrea.

10º) Cómo citar páginas

un conjunto de páginas: pp. 25-28.

una página: p. 25.

una página y las siguientes: p. 25 y ss.

páginas no seguidas: pp. 10 y 12.

11º) Cómo citar una obra la primera vez en un trabajo:

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., cap. VI, § 1, pp.VI-1-12.

12º) Cómo citar la misma obra la segunda y siguientes veces, si hay otras citas del mismo autor:

GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 2, pp.VI-13-18.

13º) Como citar la misma obra cuando no hay otra cita de otra obra del mismo autor:

GORDILLO, *op. cit.*, cap. VI, § 12, pp. VI-35-6

14º) Cómo citar otro tomo de la misma obra, que no fue citado antes en el trabajo:

Se hace como si fuera la primera vez que se lo cita, porque es otro libro que tiene datos de publicación propios.

15º) Cuando se quiere citar algo con varios autores: AA.VV.

16º) Ejemplos de cita de un artículo de doctrina:

TORICELLI, MAXIMILIANO, “La delegación de facultades legislativas. Sus escasos límites y su forma de burlarlos,” *JA*, 2002-I, 1186.

GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-E, 1050.

GORDILLO, AGUSTÍN, “Los reglamentos de necesidad y urgencia en la Constitución de 1994,” *RAP*, 213: 137.

17º) Ejemplos de cita de un fallo anotado:

CNFed. CA, Sala II, 13-IV-1999, *Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Tasa por Decreto,” *LL*, 1999-C, 509.

18º) Cómo citar un fallo de Corte:

CSJN, *Kupchik*, 1998, *Fallos*, 321: 366.

19º) Cómo citar un fallo de Cámara:

CNFed. CA, Sala V, 1-III-99, *Instituto Autárquico Provincial Seguro de Entre Ríos v. Estado Nacional*, *JA*, 1999-III, 340.

CNFed. CA, Sala II, 13-IV-1999, *Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, *LL*, 1999-C, 509.

20º) Cómo citar un dictamen de la Procuración del Tesoro:

PTN, *Dictámenes*, 199: 427.

21. Cómo citar un artículo del diario:

PALOMAR, JORGE, “Ciudadanos en acción,” *La Nación*, 31-III-03, p. 12.

22º) Cómo citar un e-book

GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, versión como *e-book* que puede ser consultado gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar

23º) Uso de Altavista u otro buscador de Internet:

La utilización correcta del Altavista u otro permite evitar errores, *p. ej.*: No citar como novedad u originalidad algo que ya está dicho en doctrina o jurisprudencia; no tratar un tema desconociendo las aristas que implica, su contexto en el tiempo y en el espacio: Por ejemplo publicar un trabajo preconizando la responsabilidad del Estado por actividad judicial lícita y no hacer mención alguna al contexto de decreciente responsabilidad interna del Estado en la Argentina, el *default*, etc. y por ende el peso de tales razones no dichas de una sentencia (ver cap. V de *Introducción al derecho*) que hacen muy poco realista la proposición: El autor debe al menos saberlo y mostrar que lo sabe.

Ver el índice de los 4 ts. del Tratado es indispensable para no perder de vista los temas o puntos conexos. Pero no es suficiente: El buscador de internet es también indispensable complemento de la búsqueda. Si busca en todo internet, encontrará demasiada información inútil y no la que busca. Por ello es preferible buscar en un solo sitio donde presumiblemente debe estar la información. Si no la encuentra con un buscador en el sitio ni la ve en los índices de los cuatro tomos, puede presumir razonablemente que no está. Pero que esté y mostrar desconocimiento es el tipo de error de derecho que resulta inexcusable, como se explica en NIETO/GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83: “Al enseñar problemas no explico, pues, el Derecho aplicable, pero el alumno que demuestra desconocerlo desaprueba el curso.” Aquí es peor, el autor desaprueba como tal frente al lector, si demuestra desconocimiento al decir algo contrario a lo ya publicado sin hacerse cargo de que está refutando o debatiendo algo, a menos que exista alguna razón para no citar al autor con el cual se discrepa.

Para realizar una búsqueda solo en un sitio y no en toda la Internet, es necesario instalar una barra de búsqueda, la cual es gratuita en varios buscadores. (Google, Altavista, etc.)³

Luego solo hay que ubicarse en la página donde uno desea buscar algún dato y hacer *clic* en la opción *este sitio* o *sitio actual*, según la barra. Luego usted podrá ingresar la palabra o frase a buscar y automáticamente, como en cualquier buscador, encontrará una lista de los lugares en donde hallará la palabra o frase deseada.

24º) Realizar la cita justa:

Significa que no se debe citar todo lo que se leyó sobre el tema, menos aún lo que no se leyó. Sólo interesa la cita que es *útil* al lector, por eso es que no tenemos que citar de más o citar por citar, de lo contrario el fin de la remisión pierde absoluto sentido.

25º) La divulgación del trabajo.

³En el caso de Google se encuentra en: <http://toolbar.google.com/intl/es/>, Altavista: <http://www.altavista.com/toolbar/default>

No hay que pensar que todo el mundo lee automáticamente lo que publicamos. Debemos tratar de difundirlo, por ejemplo mandándolo por Internet o en fotocopia a nuestros conocidos. Tampoco deben desaprovecharse otras posibilidades de difusión que existan, por ejemplo la ofrecida por mí: Cuando Ud. publique algo, le sugiero y le pido que busque en qué parte del Tratado puede hacerse una cita remitiendo a su trabajo, prepararla y proponérmela por e-mail. No aseguro que la incluiré, pero al menos la consideraré. Si la incluyo logra dos objetivos: Difusión para su trabajo y la inclusión de su nombre en el prólogo de la futura edición del tomo respectivo.

Qué hacer si enviamos nuestra nota, propuesta de cita o sugerencia para la corrección o aporte al tratado y no tuvimos respuesta del estudio.

Debemos simplemente llamar para saber del destino de la nota, la cita o la sugerencia, el llamado no está demás, a nadie molesta y nos ayuda a todos, pues hace que justamente no haya pasado inadvertido el mail enviado, lo que eventualmente puede ocurrir debido a un involuntario error o hasta problemas con el servidor.

Salió publicada nuestra nota a fallo y vemos que hubo cambios, es decir, que no salió tal cuál como fue enviada al estudio. Si el cambio sólo hace a *cuestiones de forma*, debe saber que las editoriales aplican su propia guía para citas. Si los cambios son *errores de tipeo, tipografía, omisiones* en el texto o en las referencias, etc., se debe a un error en el proceso de composición que realiza la revista jurídica. Debe llamar lo antes posible al estudio y hacer saber la situación, para que cuando la nota pase al tomo pueda lograr que el error se haya subsanado y la nota salga publicada allí en la forma correcta.

8. Guía de lecturas y problemas para “El método” y “Habilidades”

8.1. Introducción

En los cursos que dicto en la Especialización en Derecho Administrativo del postgrado de la Facultad de Derecho de la UBA sobre “El método en derecho” y “Habilidades profesionales,” entrego una bibliografía mínima que obviamente excede la capacidad de lectura en un curso. De todas maneras es de verdad mínima, entre ambos cursos. Es lectura para pensar y reflexionar, para guardar en la mente sus contenidos temáticos y buscar el material cuando tenga que escribir algo en derecho que pueda tener relaciones con alguno de ellos, pero de ninguna manera es para recordar como para rendir examen, inmediatamente olvidable, sobre la repetición de parte alguna de sus contenidos o argumentos. Es un listado que pienso es extensible a todo abogado que haya omitido alguna parte de lectura de él. Parte del trabajo de los cursantes es seleccionar qué lecturas harán, qué interrelaciones encontrarán, etc., entre los materiales que elijan. Para ello es útil buscar conexiones y anotarlas al margen con pequeñas

referencias cruzadas. También es aconsejable utilizar varios colores resaltando y clasificando lo importante para luego tenerlo bien individualizado. A veces basta con subrayar una palabra, destacarla con marcador o anotarla al margen para luego recordar el sentido del párrafo en el cual se halla sumergida. El objetivo es siempre reflexionar acerca de qué piensa uno en relación con lo que se está leyendo.

En los trabajos que el cursante debe realizar desde la primera semana del curso, debe ir adelantando lo más posible en la lectura y relación con otros materiales de ciertos temas. No se trata de hacer resúmenes ni reproducción de partes de texto, sino de demostrar su razonamiento luego de la lectura.⁴ Queda en el cursante determinar qué y cómo lee primero, y cómo lo incorpora al expediente, explicando en cada caso la secuencia adoptada. Es aconsejable también utilizar lectura heterogénea⁵ y es indispensable leer en función del interés. La concentración y el interés son dos caras de una misma moneda.

8.2. *Bibliografía*

Deliberadamente haré lo que considero una bibliografía absolutamente mínima y complementaria para su reflexión cuidadosa, que sin embargo supera con holgura el tiempo disponible para un curso cuatrimestral, así se dedicara el alumno a tiempo completo. Ello implica que el lector debe comenzar a seleccionar, dentro del universo de referencias mínimas que aquí y más adelante se le ofrecen, cuáles serán aquéllas sobre las que hará sus primeros trabajos en este cuatrimestre. Ello, para que tome conciencia que nunca la lectura debe ser producto del azar, sino de la decisión consciente.

Es demasiado valioso nuestro tiempo como para perderlo al azar. Es un recurso auténticamente no renovable: Cada minuto que perdemos en la vida es un minuto perdido de esa misma vida. Si son horas, meses, años, décadas, el problema se incrementa. Trate pues de tomar decisiones racionales, muy bien pensadas, antes de comenzar a estudiar detalladamente algo.

También puede hojear algo para ver si le interesa, desde luego, y sobre la base de una mirada superficial a la mayor cantidad de materiales posible, resolver sobre cuáles se detendrá la mirada con atención, cuáles serán material para nuestra reflexión.

8.2.1. “*Núcleo duro.*”

8.2.1.1. *El Método en Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, 4ª reimpresión 2001; 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 2011.

⁴Dado el carácter determinadamente genérico, quizás vago y ambiguo de esta indicación, quizás pueda resultar útil al lector mostrarles, en los caps. XX y ss, algunos ejemplos de ex cursantes que han resuelto, de manera harto diversa pero siempre “sobresaliente,” tales parámetros.

⁵Ampliar *supra*, cap. VIII, “Formas de estimular la creatividad,” esp. § 5.3, “Orden vs. desorden.”

8.2.1.2. *Introducción al derecho*, versión como *e-book* que puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar; para su versión en inglés *An Introduction to Law* y como versión francesa *Une introduction au droit*, ambas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003. Es indispensable la lectura del cap. V, “Cómo leer una sentencia.”

8.2.1.3. *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; *L'Amministrazione parallela. Il “parasistema” giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, con introducción de FELICIANO BENVENUTI.

8.2.1.4. NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

8.2.2. Bibliografía mínima

BERISSO, MARÍA, *Protocolo y Ceremonial, Oficial, Empresario y Social. Teoría y Practica*, Buenos Aires, Espasa, 2001, 3ª ed.

CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 3ª parte.

Sobre los límites del lenguaje normativo, Buenos Aires, Astrea, 1973.

“Funciones de las Facultades de Derecho en la República Argentina,” *Discrepancias*, FACA, 1: 7, 1983; reproducido en RPA 2006-3, p. 7 y ss.

Cómo fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, reimpresión.

Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, 2ª ed.

CUETO RUA, JULIO CÉSAR, *Una visión realista del Derecho. Los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Editorial Argentina, 1999.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El Velo de la Ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999.

Tratado de derecho administrativo, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo los caps. I (el más importante para estas materias, especialmente método), VI y VIII. También se recomienda la lectura de los caps. II, III, IV. También resulta indispensable la lectura del prólogo de JORGE A. SÁENZ.

Tratado de derecho administrativo, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo los caps. I a IV, XI, XII, XIII, XIV y XVI.

Tratado de derecho administrativo, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., con prólogo de JORGE A. SÁENZ. Puede consultarse gratuita-

mente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo la “Introducción” y los caps. IX y XI.

Tratado de derecho administrativo, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2010, 10ª ed., con prólogo de JORGE A. SÁENZ. Puede consultarse gratuitamente en www.gordillo.com y www.gordillo.com.ar. De este libro debe leerse como mínimo los caps. III (primeras pp.), VI, VII, VIII y XI.

“Una celebración sin gloria,” en BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (dir.), *150º Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091-1102; también reproducido en GORDILLO (dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I, p. 641 y ss.

GRAHAM - YOOL, ANDREW, *Memoria del miedo*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1999.

IHERING, RUDOLPH VON, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1987.

LANATA, JORGE, *Argentinos*, t. 1, *Desde Pedro de Mendoza a la Argentina del Centenario*, Buenos Aires, Ediciones B, 2002.

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

NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad 1976 – 1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

ROGERS, CARL, *El Proceso de Convertirse en Persona. Mi técnica Terapéutica*, Buenos Aires, Paidós, 2003, 2ª ed.

SÁENZ, JORGE, “Gordillo, la función administrativa y la democracia,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.) *Temas de derecho administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, p 482; y su prólogo a los cuatro tomos de la edición mexicana del *Tratado de derecho administrativo*, México, D.F., UNAM, Editorial Porrúa y FDA, 2004; reproducido en las ediciones argentinas del t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit.; t. 3, *El acto administrativo*, op. cit. Lo que interesa para el caso son las consideraciones metodológicas que hace SÁENZ.

SÉNECA, *Epístolas Morales a Lucilio*, Madrid, Gredos, 1986.

STROZZA, PABLO, “Respete las reglas de netiqueta. Los buenos modales también se aprecian en Internet,” *Clarín*, 07-V-2002.

8.2.3. Bibliografía complementaria inicial

Muchos cursantes agregan bibliografía sobre distintos puntos, por ej.:

CARRIÓ, GENARO R., “Cómo argumentar un caso frente a un tribunal,” *JUS*, 25: 43, La Plata.

CARRIÓ, GENARO, “Nota sobre el caso de los números vivos,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 49, 1961.

IHERING, RUDOLPH VON, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, 1946.

MARISCAL, ENRIQUE, *El Arte de Sufrir Inútilmente*, Buenos Aires, Serendipidad, 1998.

PEASE, ALLAN, *El lenguaje del cuerpo. Cómo leer la mente de los otros a través de sus gestos*, Buenos Aires, Planeta, 2003, 19ª ed.

Yo mismo suelo mencionar algunas lecturas sobre funcionamiento de la mente o el cerebro:

JAMES, WILLIAM, *The Principles of Psychology*, New York, Henry Holt and Company, 1890, 2 vols. Las ediciones posteriores fueron publicadas bajo el título: *Psychology*, en un solo vol.

FREUD, SIGMUNDO, *Psicopatología de la vida cotidiana*, Madrid, Alianza editorial, 1999.

CARTER, RITA, *El mapa del cerebro*, Barcelona, Integral, 1998.

La bibliografía sobre el cerebro y la mente es desde luego interminable y continúa evolucionando continuamente. El lector hará bien en seguirse actualizando toda su vida sobre lo que se siga descubriendo sobre la organización y funcionamiento del cerebro.

Ud. puede agregar diversa información que suele existir en librerías sobre lenguaje corporal, trabajos de grupo, entrevistas, protocolo, relaciones públicas, etc.

También, desde luego, otros trabajos relativos a habilidades o método. Uno de nuestros excelentes alumnos de hace ya algunos años, mientras se encontraba investigando en bibliotecas y librerías, encontró el *Tratado de la pintura* de MIGUEL ÁNGEL e hizo lúcidas comparaciones. Hay muchos ejemplos de actividad creativa de tal naturaleza en estos cursos, por ejemplo la comparación con el método impresionista en MONET, que hiciera LUCÍA JACOBO DILLON, aquí incorporada en el capítulo XXI de esta 2ª ed.

Una de las habilidades mínimas que se menciona actualmente es *communication skills*, o sea habilidades de comunicación, que incluye el idioma inglés y la forma escrita y oral de recibir, comprender y también transmitir eficazmente el pensamiento.

8.2.4. Bibliografía específica de derecho administrativo. Criterios de selección

El cursante debe preparar notas breves a fallo siguiendo las consignas metodológicas que ya se han explicado.

Al momento de buscar bibliografía argentina, advertirá inmediatamente que su cantidad crece exponencialmente y se hace difícil leer todo, absolutamente todo, lo publicado en el país sobre la materia, incluso contando con toda la vida para ello. Se lo asegura alguien que lleva décadas leyendo.

Deberá pues entrenarse para seleccionar y ordenar el material según su orden de importancia, seriedad y contribución al tema, destacando que la transcripción de opiniones ajenas sólo muy excepcionalmente puede justificarse.

9. Guía para la escritura

9.1. *Para saber escribir primero hay que saber leer*

Como ejercicio de entrenamiento, se requiere a los cursantes buscar, al azar o según algún método que elijan (que puede ser ver si el título tiene interés y hacer una lectura somera de las primeras líneas del artículo o del capítulo), publicaciones cortas de derecho administrativo a fin de determinar: Si las citas que hace son necesarias, convenientes, o inútiles; si soportan u orientan sobre el texto, etc.

El estudio de las citas permite evaluar la seriedad de un autor. Sirve de criterio para seleccionar autores en el futuro y economizar lectura. Aunque parezca un esfuerzo intensivo, es ahorro para mañana.

Desde luego, debe analizar el texto mismo, para distinguir las proporciones en que es transcripciones de textos legislativos, jurisprudencia, doctrina, etc. y cuánto es el porcentaje de los dichos y la argumentación del propio autor; si expresa fundamentos o afirma apodícticamente lo que dice; si es claro y no presenta lugar a dudas sobre lo que sostiene, etc. Recuerde los versos: Lo que se concibe claramente/ se lo explica claramente/ y las palabras para decirlo/ vienen fácilmente.

9.2. *Un ejercicio necesario de control de lectura, control social, e inversión y ahorro de tiempo de lecturas inútiles*

En base a esa muy cuidadosa lectura de un capítulo o artículo de derecho administrativo argentino, confeccione un escrito comentando sus resultados y decidiendo si citaría o no a ese trabajo si tuviera que escribir un artículo, nota a fallo, etc., tratando el mismo tema.

El único criterio es si la cita servirá a sus propios lectores, un mundo anónimo e indeterminado. Si Ud. cita para quedar bien con alguien, no quedará bien con los demás lectores; si omite citar, mal, queda mal también.

La forma de demostrar que uno estudió el tema, es no cometer errores. La cantidad de citas no suple la existencia de errores ni demuestra conocimientos o reflexión. Sólo la argumentación que uno mismo haga muestra la reflexión propia, la creación individual, y las citas son el respaldo doctrinario en que uno se apoya, se remite, complementa, contrapone, etc.

Escriba luego una nota a fallo sobre un fallo del año en curso, preferiblemente firme o de segunda instancia aunque no esté firme. La nota debe ser de pocos renglones,⁶ comentando el fallo con este criterio de citas y las demás que surgen

⁶ Uno debe escribir cuando tiene una idea. La nota a fallo no necesita ser larga ni compleja, ver el Prólogo a *Cien notas de Agustín*, op. cit., pp. 25-30. No es siempre tan fácil publicar las primeras

del capítulo I de este trabajo. Si Ud. no se opone, publicaré el fallo y su nota. Tenga presente que futuros cursantes podrán hacer este mismo ejercicio sobre el trabajo que Ud. efectúe y se publique. Prepárese pues, al escribirlo, para la crítica metodológica y no solamente de las ideas. Lo segundo es normal y deseable, lo primero es una falla del trabajo que en lugar de mejorar su CV es una suerte de salvavidas de plomo.

9.3. *El estilo en las citas*

Evitar los calificativos a los autores, sea doctor, maestro, profesor, tratadista, excelso, etc. Inevitablemente los nombrados comparan cómo han sido registrados y siempre encontrarán un orden que no les gusta. Para mí indica demasiada lectura de MARIENHOFF, donde este problema de estilo es por demás evidente.

Por favor no olvidar de leer los prolegómenos metodológicos que están en el cap. I de t. 1, y evitar palabras o frases tales como naturaleza jurídica, que son francamente anticuadas y dejan mal parado a quien las escribe.

No abuse de las mayúsculas y sobre todo no las use con Administración, Ley, Procedimiento Nacional, etc. Es un vicio de funcionario administrativo (y de administrativista) querer glorificar con Mayúscula todo el Poder y lo que le pasa Cerca. No lo haga, la función del derecho administrativo es contener el poder, no promoverlo.

9.4. *El plagio: El peor de los pecados. La ignorancia de citar a un plagiarío*

Si lo que toman de otro no es solamente una idea sino una frase o una oración entera, entonces tienen dos opciones: Una es poner comillas y hacer la cita al pie, otra es redactarla de otra manera y poner solamente la cita sin las comillas, como en el caso anterior.

Las comillas se utilizan para hacer citas, o para poner un signo de interrogación a una palabra o frase. Nunca se deben utilizar para énfasis, aunque muchos autores y publicaciones erróneamente lo hacen. Para énfasis se utiliza la bastardilla, el subrayado o la negrita, pero conviene ser parsimonioso en su uso pues termina molestando al lector si hay demasiado énfasis visual de ese tipo de un escrito. No hay que abusar de bastardilla, negrita o subrayado.

Si Uds. toman palabras o ideas⁷ ajenas y no ponen comillas ni hacen la cita, entonces son plagiaríos. Es un delito que no se castiga penalmente, en un país siempre al margen de la ley como decía NINO, pero que con frecuencia tiene sanción social. Citar a un plagiarío no es deshonestidad (aunque sí falta de conciencia de notas. No deje pasar la oportunidad. Publicar la nota es sólo un paso más, luego resulta fundamental lograr la difusión de nuestro trabajo: Todo trabajo intelectual conlleva su ejecución material.

⁷ Algunos se confunden con el derecho marcario o las patentes, que no es lo mismo que propiedad intelectual en general. Concluyen equivocadamente que ya que no se puede patentar ni tener una marca sobre una idea, no se tiene entonces derecho alguno de propiedad intelectual y que no corresponde citar al autor de la idea, como mínimo por respeto y honestidad intelectual.

control social), es ignorancia, porque no sabe a quién está citando: ¿quién tiene tanta lectura y memoria como para darse cuenta *en cada frase* si algo es o no plagio? Cuando Ud. escribe y publica, tiene una obligación elemental de buena hacia sus lectores. Si la incumple, será sancionado. Si la advierte en otro, debe sancionarlo y autopreservarse. Citar malos trabajos es siempre un salvavidas de plomo.

Quienes advierten el plagio se sienten defraudados y a partir de allí adquieren desconfianza de ese autor, porque no saben si cuando lo citan a él no están por desinformación omitiendo citar al verdadero autor y demostrando con ello poca versación, poca memoria, poco criterio.

Cuando uno sorprende a un autor haciendo plagio, lo que se debe hacer, en defensa propia, es dejar de citarlo de allí en más para no quedar uno como desinformado si lo cita a él en una idea que es ajena.

Si yo dijera que la única regla es que no hay ninguna regla y lo pusiera como idea mí, o “un país al margen de la ley” sin aclarar de quién es la frase, eso sería plagio; si alguien citara estas frases como siendo de mi autoría, por ejemplo, incurre en inadvertencia, falta de seriedad, falta de control de lectura, y acarrea sobre sí la falta de confiabilidad y la caída de prestigio.

El primero, el plagiario, es un delincuente aunque no tenga condena penal: Es un delito que no ha sido sometido al proceso penal y no ha terminado en condena, porque de tantos delitos que todos cometen no le queda al sistema penal posibilidad alguna de castigar todas las infracciones al código penal.

El segundo, el que lo cita creyendo que es un autor de buena fe que no comete plagio, demuestra su poca versación en la materia y se torna a su vez en lectura no confiable ni citable.

Es posible que uno incurra a veces en ese error de citar a alguien creyéndolo el autor de la idea pero luego descubre que lo es un tercero. En ese caso se corrige el dato en la próxima edición, si es un libro, o se escribe otro artículo o nota a fallo y se aclara el punto en alguna parte del nuevo trabajo. En lo posible son errores que deben ser enmendados, porque son errores graves que afectan la credibilidad y la utilidad de uno mismo y de sus obras.

9.5. *Citar racionalmente, en el país*

Es frecuente encontrar trabajos que citan al voleo, al tuntún, sin ningún criterio discernible, sin ningún criterio racional que se pueda percibir.

Si la información que se proporciona es obvia y todo el mundo la conoce, no tiene sentido hacer referencias bibliográficas.

Si no es tan obvia, y también si lo es, el que decide citar no puede tomar cualquier libro que tenga a mano y citarlo al azar; lo mismo si decide incluir varios autores. Y por cierto que el orden alfabético es una débil excusa para no tener un criterio propio de selección y ordenamiento de las citas.

Debe fijarse si la idea es original del libro que tiene en la mano, o es de autores anteriores; si proviene a su vez de la jurisprudencia nacional o extranjera, de la Procuración del Tesoro de la Nación, etc.

Si Usted decide citar no al autor originario que primero expuso la idea (lo que supone hacer una pequeña investigación a través de las distintas ediciones y obras de cada autor), sino a uno posterior, comete no tanto un acto de injusticia o de discriminación sino algo peor, un acto de desinformación: Muestra o demuestra que no investigó el tema o que no le importa la calidad de la información que brinda y no es por ende un autor confiable para el lector. El lector deberá aprender a tener cuidado de Usted cuando lo lee, si es que decide leerlo nuevamente.

9.6. *Citar racionalmente, en el derecho comparado*

No haga capítulos o secciones con el derecho comparado de determinados países, porque le faltará dar la explicación de por qué ha elegido esos y no otros, explicación siempre débil habida cuenta que nadie conoce todos los sistemas jurídicos de todos los países del mundo. Puede mencionar en las citas al pie de página las referencias a otros sistemas en que la solución al problema, o la idea que se expone, es análoga. (O también, por cierto, cuando sea contraria o diferente, señalándolo expresamente.)

Allí le espera un doble problema. Los libros extranjeros que eran contemporáneos cuando Usted los citó en sus primeros trabajos pronto quedan desactualizados. Cuando vuelva sobre el tema deberá decidir si debe o no actualizar la cita con ediciones posteriores, o con obras posteriores de otros autores. Ello porque los libros viejos de derecho comparado son ahora menos accesibles a sus lectores, si quieren verificar el dato; o se los puede dejar como están, consciente de que la referencia se transforma casi en histórica.

El segundo problema es que debe verificar si la solución cambió o se mantiene en el país de que se trate, con lo cual deberá también realizar una pequeña investigación para determinarlo a fin de no citar como derecho comparado algo que ya no lo es.

9.7. *Los errores de forma*

Al hacer su escrito, Ud. seguramente advertirá errores de forma. No serán muchos, pues las editoriales suelen tener correctores muy entrenados en detectarlos. Ud. verá, sin embargo, que al advertirlos provocan un cierto disgusto o incomodidad en el lector. Son una nota discordante, un ruido extraño que distrae del objetivo central de ver el fondo de la idea que el autor expone.

Piense ahora cuando lo lean a Ud.: Sus errores de forma provocarán el mismo efecto. Por lo tanto, así como pone atención al detalle de lo que lee, debe también ser sumamente exigente con los errores de forma del propio escrito. Estar siempre

atento a corregir todos y cualquier error de tipeo, acentuación, redacción, etc., en su propio escrito le entrenará, al igual que ese otro ejercicio que explicamos antes, a desarrollar la atención al detalle y disminuir la cantidad de errores de cualquier tipo, de fondo y de forma, Ud. mismo pueda cometer. Los programas de escritura tienen herramientas que permiten corrección automática de muchos errores de tipeo, y marcan con rojo las palabras que no conocen y verde las que parecen disonantes. No deje de revisar cada una de las marcas, para estar seguro si deja alguna porque en verdad es un error del programa (también ocurre), o para corregir inexorablemente todo lo que esté mal.

Piense que su escrito es como su vestimenta y presencia general. Si viene a clase descuidado, con las uñas sucias, mal vestido, sin saco y corbata (hoy; mañana usaremos trajes espaciales o lo que sea y en tal caso llevar saco y corbata será lo inadecuado), tiene olor porque no se bañó, mal aliento, etc., Ud. no causará buena impresión. Quien lo atiende tiene que hacer un esfuerzo para superar su desaliño y el desagrado que causa.

Claro, Ud. no hará ninguna de esas cosas: Pero si Ud. presenta un escrito lleno de errores de forma, causa la misma impresión de incomodidad, rechazo, desagrado leve o mayor, que hará que su mensaje en cuanto al fondo se vea deslucido u ocultado por la forma escrita en que lo presentó. Con la PC no hay errores: El escrito debe simplemente ser perfecto en la forma, sin error alguno. Ocuparse de corregir errores del propio escrito no es pérdida de tiempo, sino indispensable entrenamiento para estar cada vez más apto para saber ver, el *sapere vedere* de Miguel Ángel.

9.8. *Todo es lenguaje*

Lo que Ud. recuerda y lo que olvida, todo es lenguaje. Lo que Ud. menciona en el texto y/o en la nota. Lo que Ud. menciona primero o al final, por orden temporal en el tiempo, o de jerarquía, o por orden alfabético. Dice mucho de sí mismo quien ordena las citas por orden alfabético.

En otro ejemplo de habilidades profesionales, si Ud. me va a pedir opinión y consejo sobre un trabajo sobre derecho administrativo que me envía, antes de mandarlo debe saber si sobre este tema tengo o no algo escrito. Es una cortesía elemental: Si Ud. me pide que lo lea, también debe, en rigor antes, leerme a mí.

Si Ud. me manda algo sobre el expediente administrativo como instrumento público y cita diversos autores pero manifiesta con su omisión desconocer que yo he escrito también sobre el tema, quizás antes que otros, eso también es un lenguaje con significado.

9.9. *La espiral del silencio y la catedral gótica de citas*

No puede encerrarse a los lectores en una catedral gótica de citas remitiendo a catálogos de teorías e informaciones que en definitiva no son útiles. Es que tal como dice SÁENZ, cuando se llega al estadio de maestro se dice lo indispensable, lo conveniente y necesario para cada circunstancia. Se trata del arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o decorativo.⁸ Hay que llegar pronto a ese estadio, no es cuestión de esperar la ancianidad.

El espiral del silencio que implica la supresión de citas de autores que opinan de modo diverso u opuesto al que uno escribe no es intelectualmente válido, como tampoco lo sería ver en ellos a un enemigo, solo por el disentimiento.⁹ Se trata de actuar con respeto por los demás porque en el juego de la ciencia todos debemos someter nuestras ideas a la crítica y derribar el ídolo de la certidumbre.¹⁰

9.10. *La angustia*

Suelo plantear un supuesto dilema a una persona muy joven que recién se inicia, y es preguntarle para el supuesto de que nos den a los dos al mismo tiempo, para resolver separadamente, un mismo caso de derecho, cuál es la diferencia fundamental entre ambos. La respuesta que estimo correcta es que yo no tengo angustia aunque no conozca la solución del problema, y puedo analizarlo sin la angustia que la incertidumbre provoca en quien no tiene aún experiencia.

Hay que aprender a dominar la angustia. Otra forma de decirlo es que “Sin angustia, no se aprende; con demasiada angustia, tampoco.” (BLEJER.) En realidad si uno ama lo que hace es un poco excesivo decir que existe angustia en el crear o en el aprender. Es como decía BORGES, no entiende el concepto de lectura por obligación: Debiera ser un placer.

9.11. *Primero, la idea desnuda. Luego, la vestimenta de la idea*

Es fundamental desarrollar primero en la computadora el total de la idea que uno tiene, perfeccionándola hasta tener bien en claro qué piensa uno sobre lo que está escribiendo, por qué lo piensa, cómo es la secuencia del argumento, etc. No

⁸ SÁENZ, JORGE ALBERTO, prólogo a los cuatro tomos de la edición mexicana del *Tratado de derecho administrativo*, México, D.F., UNAM, Editorial Porrúa y FDA, 2004; reproducido en las ediciones argentinas del t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed.; t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed.

⁹ Ver *supra*, nota anterior.

¹⁰ POPPER, *Unended Quest*, Londres, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 260-61; *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton University Press, Nueva Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc. Ver también el t. 1, *op. cit.*, cap. I, § 2.1, “Certidumbre,”

hay que intentar desarrollar la idea mientras se avanza en la construcción del artículo, haciendo notas y referencias de doctrina, legislación o jurisprudencia. Lo más probable es que mezclar información con creación le produzca en definitiva menos claridad en el perfil de la propia idea, es decir, confusión.

Recién cuando tiene bien desarrollada en el papel la idea que tiene, terminada a nivel de reflexión personal, recién allí comienza el trabajo de investigación, que debe hacerse de una fuente por vez: Un fallo, un artículo, unas páginas de un libro, etc. Cada referencia hay que leerla con detenimiento y reflexionar si uno debe cambiar o adaptar en algún sentido lo que tiene escrito, y hacerlo, introduciendo si corresponde la cita de esa fuente de información. No intente hacerlo con más de una a la vez. El orden secuencial es fundamental. Cada lectura debe resultar en una modificación o adecuación del borrador de la idea, hasta que uno llegue al momento en que considera que tiene suficientemente “validada” (como hipótesis o conjetura)¹¹ la idea, o si, en caso contrario, aún la considera de interés postularla a pesar de los antecedentes contrarios.

¹¹ POPPER otra vez, desde luego.

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,¹ 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.»”² Previamente GORDILLO³ 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,⁴ 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

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

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

³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, *op. cit.*, p. I-22.

⁴ 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.⁵

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

⁵ 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.⁶

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:⁷ “Lo decisivo en todo caso es siempre *lograr percibir y relacionar*⁸ *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.”⁹

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.”¹⁰

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

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

⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., p. I-24.

⁸ Bastardilla nuestra.

⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, op. cit., p. I-41.

¹⁰ 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.)¹¹

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. seleccionando¹² y graduando¹³ los argumentos que se van a utilizar, sin excluir los hechos y argumentos adversos.¹⁴ 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*.¹⁵ 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 CARRÍO¹⁶ 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.¹⁷

También dentro de la bibliografía que nos fue dada encontramos que LORD DENNING¹⁸ destaca la importancia del dominio del lenguaje, nos recuerda que la razón

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

¹² Con cita de MORELLO.

¹³ Con cita de ROMBAUER.

¹⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, *op. cit.*, p. I-42.

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

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

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

¹⁸ 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 obra¹⁹ 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.²⁰

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

²⁰ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 16.

El autor recuerda que en la *Metafísica de las costumbres*²¹ 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*—,²² y lo que es *iustum et iniustum* —*quid sit ius*,²³ saber éste que requiere acudir a la filosofía.²⁴ Sin embargo, NIETO renuncia a precisar el contenido del conocimiento jurídico y opta por mantener deliberadamente su ambigüedad.²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷

NIETO clasifica al conocimiento teórico en conceptual, sistemático, interpretativo y casuístico.²⁸ Al conocimiento teórico sistemático lo subdivide a su vez en dos vertientes: La expositiva y la conceptual.²⁹ 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”³⁰ 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.”³¹ 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.*”³²

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,”³³ 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*

²¹ Cursiva en el original.

²² NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 16.

²³ Ídem.

²⁴ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 18.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

²⁸ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 20.

²⁹ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 26.

³⁰ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 28.

³¹ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 29.

³² Ídem, p. 29. El destacado me pertenece.

³³ Ídem, p. 30.

*de la relatividad de los sistemas y de su fugacidad.*³⁴ 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 [...]”³⁵

Por su parte, GORDILLO, en la Nota 6 de la misma obra,³⁶ formula la siguiente advertencia: “hablar del principio de legalidad obliga a preguntarse a qué se refiere uno y qué ocurre en la realidad.”³⁷ 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.*”³⁸

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”³⁹ 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 advierte⁴⁰ 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 decisión⁴¹ 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

³⁴ Ídem, p. 30. El destacado me pertenece.

³⁵ Ídem, p. 30.

³⁶ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

³⁷ Ídem, p. 76.

³⁸ Ídem, el destacado me pertenece.

³⁹ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁰ Ver la Nota 7 en *op. cit.*, pp. 78-80.

⁴¹ 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.⁴² 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.”⁴³ 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.*⁴⁴

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*;⁴⁵ 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;⁴⁶ 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.*”⁴⁷

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 quien⁴⁸ 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

⁴² NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 19.

⁴³ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁴ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, p. 80.

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

⁴⁶ 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.

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

⁴⁸ 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. (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:⁴⁹

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 artículo⁵⁰ 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.”⁵¹ El autor postula que “la crisis del Estado contribuye a afirmar la razonabilidad de la presencia de la sociedad civil,”⁵² 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.”⁵³

En segundo lugar me parece importante la observación de NIETO⁵⁴ 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.⁵⁵ 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

⁴⁹ 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.

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

⁵¹ CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *op. cit.*, p. 5.

⁵² CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *op. cit.*, p. 6.

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

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

⁵⁵ 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.”⁵⁶

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*”⁵⁷ y “*allá van leyes do jueces quieren y hasta donde el pueblo lo tolere.*”⁵⁸ 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 [...]*”⁵⁹

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 conexionan 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,⁶⁰ en la Constitución Nacional y en varias constituciones provinciales.

⁵⁶ NIETO, ALEJANDRO, *Crítica...*, p. 135. Resaltado en el original.

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

⁵⁸ NIETO, ALEJANDRO, *Crítica...*, p. 135. Resaltado nuestro.

⁵⁹ NIETO, ALEJANDRO, *Crítica...*, p. 139. Resaltado nuestro.

⁶⁰ 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,⁶¹ 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, GORDILLO⁶² 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*,”⁶³ 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.”⁶⁴ 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*.”⁶⁵ 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.)

⁶¹ 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_PUBLICO_INES_D_ARGENIO.pdf, p. 1.

⁶² 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.

⁶³ D'ARGENIO, INÉS A., *op. cit.*, p. 2.

⁶⁴ D'ARGENIO, INÉS A., *op. cit.*, p. 3.

⁶⁵ *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.”⁶⁶

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.”⁶⁷ 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

⁶⁶ NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 127 y ss.

⁶⁷ 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.*⁶⁸ 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.”⁶⁹ Por ello se pregunta: ¿Quién puede creer hoy honradamente en la existencia de un auténtico Estado de Derecho?⁷⁰ 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.”⁷¹

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.⁷² 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.*”⁷³ Se refiere,⁷⁴ entre otras, a la tolerancia generalizada de los incumplimientos, a la impunidad seleccionada de los incumplidores,⁷⁵ 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.*”⁷⁶ 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*”⁷⁷[...] 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.”⁷⁸

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*

⁶⁸ NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 130. El resaltado me pertenece.

⁶⁹ Ídem, p. 130. Resaltado nuestro.

⁷⁰ Ídem, p. 130.

⁷¹ Ídem, p. 130.

⁷² NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 131.

⁷³ NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 132. Resaltado nuestro.

⁷⁴ Ídem, p. 132. El resaltado que sigue es nuestro.

⁷⁵ 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.”

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

⁷⁷ Ídem, p. 133.

⁷⁸ 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.*⁷⁹ 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.”⁸⁰

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.⁸¹ 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,⁸² CIURO CALDANI caracteriza a la postmodernidad a partir de la existencia de un *sujeto débil* y de *una razón también débil*.⁸³ “El espectáculo predomina sobre la pretensión de realidad,”⁸⁴ afirma el autor, para quien en la postmodernidad la lógica tradicional “se rompe en los dispares trozos de realidad que se transmiten en televisión,”⁸⁵ sujetos prioritariamente al

⁷⁹ Ídem, p. 133. Resaltado nuestro

⁸⁰ NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 33.

⁸¹ 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.

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

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

⁸⁴ Ídem, § 3.2.1.1, p. 942.

⁸⁵ 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*,”⁸⁶ 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*.”⁸⁷

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*.”⁸⁸ 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.”⁸⁹

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.”⁹⁰ 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

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

⁸⁷ Ídem, § 3.2.2.1, p. 944. Resaltado nuestro.

⁸⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL A., *op. cit.*, § 3.3, p. 947.

⁸⁹ 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.

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

constitucionales se erigen como normas infranqueables.”⁹¹ 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.*”⁹²

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.”⁹³ Por añadidura, con citas de POPPER, LINARES, ALCHOURRÓN y BULIGYN y PESCATORE, nuestro profesor sostiene que las normas internacionales configuran un *orden público común*,⁹⁴ por lo cual el carácter jurídico, obligatorio, imperativo, incondicionado de ese derecho resulta indubitable.⁹⁵

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

⁹¹ 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.

⁹² Resaltado nuestro.

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

⁹⁴ Bastardilla propia.

⁹⁵ 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.”⁹⁶ 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.”⁹⁷

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.”⁹⁸ 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.”⁹⁹ 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.”¹⁰⁰ 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.”¹⁰¹

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

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

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

⁹⁹ Ídem, p. II-13.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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.”¹⁰²

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.”¹⁰³

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 compartidos¹⁰⁴ y un *proceso continuo de toma de decisiones de autoridad* en un esquema descentralizado.¹⁰⁵

Con cita de LAUTERPACHT,¹⁰⁶ 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

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

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

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

¹⁰⁵ HIGGINS, ROSALYN, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁶ 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,¹⁰⁷ para quien el fundamento radicaría en las “obligaciones naturales de justicia,” entendidas como *lo que es necesario para la subsistencia y la auto preservación*.¹⁰⁸ 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.*”¹⁰⁹ 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

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

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.”¹¹¹ 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*.¹¹²

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.”¹¹³ 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

¹¹⁰ HIGGINS, *op. cit.*, p. 16.

¹¹¹ HIGGINS, *op. cit.*, p. 209.

¹¹² HIGGINS, *op. cit.*, p. 96.

¹¹³ 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.¹¹⁴

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*¹¹⁵ 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.¹¹⁶

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.¹¹⁷

¹¹⁴ BROWNLIE, IAN S., *op. cit.*, pp. 31-32.

¹¹⁵ BROWNLIE, IAN S., *op. cit.*, p. 32. Resaltado nuestro.

¹¹⁶ Ídem, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁷ 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*.”¹¹⁸

[...] 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*.¹¹⁹

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

¹¹⁸ BROWNLIE, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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.¹²¹

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.¹²²

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

¹²⁰ BROWNLIE, *op. cit.*, p. 50.

¹²¹ Ídem, *op. cit.*, p. 50.

¹²² 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.¹²³ 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

¹²³ 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.»”¹²⁴

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

¹²⁴ BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallia 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.¹²⁵

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,¹²⁶ 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

¹²⁵ 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.

¹²⁶ 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*,¹²⁷ 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.”¹²⁸ 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 GUIBOURG¹²⁹ 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 caso¹³⁰ los intereses de su cliente, no releva de la responsabilidad de cada uno de conocer su propio sistema de pensamiento¹³¹ 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.¹³²

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

¹²⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho...*, op. cit., p. 23.

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

¹³⁰ 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.

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

¹³² 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,¹³³ 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.¹³⁴ 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 conocimiento¹³⁵ y de teoría general del derecho.”¹³⁶ 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.”¹³⁷ 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 [...]”

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

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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.

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

¹³⁷ 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.”¹³⁸

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.”¹³⁹ Y nos introduce en el refutacionismo 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.”¹⁴⁰ 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 POPPER¹⁴¹ 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

¹³⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, p. I-2.

¹³⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, p. I-2.

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

¹⁴¹ 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 [...]”¹⁴² 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.”¹⁴³

Días pasados estaba releendo la obra de STEPHEN HAWKING *A briefer history of time*,¹⁴⁴ 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 refutaciónismo 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*

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

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

¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ 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

¹⁴⁵ 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*.¹⁴⁶

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.

¹⁴⁶ROGERS, 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*.¹⁴⁷

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 1952¹⁴⁸ 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.”*¹⁴⁹

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

¹⁴⁷ La bastardilla me pertenece.

¹⁴⁸ ROGERS, CARL R. *op. cit.*, pp. 276-278.

¹⁴⁹ ROGERS, *op. cit.*, p. 276.

¹⁵⁰ 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.*”¹⁵¹

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

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.*”¹⁵³

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

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.*”¹⁵⁵

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.*”¹⁵⁶

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.*”¹⁵⁷

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

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-*

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Ídem.

tentar entender la manera en que otra persona ve y siente su propia experiencia."¹⁵⁹

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."*¹⁶⁰

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

¹⁵⁹ ROGERS, *op. cit.*, pp. 276-277.

¹⁶⁰ 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”¹⁶¹ 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”¹⁶²

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.

¹⁶¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, p. VIII-26.

¹⁶² GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho...*, *op. cit.*, p. 67.

CAPÍTULO XXI

SABER VER (REFLEXIONES EN TORNO A
LA OBRA DE CLAUDE MONET)

Por MARÍA LUCÍA JACOBO DILLON

SUMARIO

1. <i>Femmes au jardin</i> , o saber ver.....	Mét-XXI-2
2. Texto y Contexto	Mét-XXI-5
3. Epílogo.....	Mét-XXI-7

Capítulo XXI

SABER VER (REFLEXIONES EN TORNO A LA OBRA DE CLAUDE MONET)

Por MARÍA LUCÍA JACOBO DILLON

“*Claude Monet no es más que un ojo, pero (...) ¡Qué ojo!*”¹ Esta frase, atribuida a PAUL CÉZANNE, reafirmaba la idea de que el acto de ver, proceso milagroso para todos los seres humanos, se convertía para MONET en el momento fundamental del conocimiento. En efecto, no buscaba solamente lugares que lo inspirasen, sino conocer a fondo, por medio de la transmisión pictórica, lo que el acto de la visión le sugería, decodificando la realidad.² Esta forma de ver el mundo que nos rodea posee varios puntos en común con el método que utilizamos en derecho para “decodificar” el contexto que se nos presenta, que siempre es infinitamente más complejo y rico que lo que nos podría mostrar una simple mirada al vuelo. De esta manera, podríamos tener una visión superficial del problema, pero eso no significará que *sabemos leer*.³ El verdadero desafío, entonces, consiste en poseer esa visión aguda de la realidad, ese “ojo” que, tal como CÉZANNE destacaba respecto de MONET, realmente funcionaba como un verdadero “decodificador” de la realidad, lo cual le permitió crear un estilo único y original, fiel a su visión del mundo y del arte. Por otro lado, nosotros, en derecho, también debemos agudizar nuestra mirada, “*leer entre líneas, imaginar lo no dicho*.”⁴

¹ Frase transcripta por VANESA GAVIOLI, citada en ROMANO, EILEEN (dir.), *Los Grandes Genios del Arte: Monet*, Madrid, Unidad Editorial S.A., 1º ed., 2005, contratapa.

² ROMANO, EILEEN (dir.), *Los Grandes Genios del Arte: Monet, op. cit.*, contratapa.

³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 59.

⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho, op. cit.*, p. 61.

1. Femmes au jardin, o *saber ver*

A los fines de ilustrar la singular manera de ver la realidad que poseía MONET, utilizaré, a modo de ejemplo, uno de sus primeros cuadros, esto es *Femmes au jardin*,⁵ duramente criticado por los especialistas de su época.



CLAUDE MONET (1840-1926) — Femmes au jardin (1867) — Óleo sobre lienzo 2,55 x 2,05 m.

En 1866, el artista comenzó a pintar, en el jardín de la finca que alquilaba en las afueras de París, un cuadro de gran formato. El reto era inmenso: Por un lado, debía trabajar al aire libre, para lo cual requería cavar una trinchera en el suelo para colocar el lienzo, con una polea, con el fin de trabajar la parte superior.

Por el otro lado, y he aquí el aspecto más relevante, su ambición era la siguiente: ¿Cómo lograr integrar personajes en un paisaje, dando la impresión que el aire y la luz circulaban? El pintor encontró una respuesta pintando las sombras y las luces de colores, los focos de sol filtrados a través del follaje y los reflejos claros en halos en la penumbra.⁶ ÉMILE ZOLA escribió sobre la obra: “*El sol caía a pique encima de las faldas de una deslumbrante blancura; la tibia sombra de un árbol recortaba sobre los caminos, sobre los soleados vestidos, un gran mantel gris. Nada más extraño como efecto. Ha de gustarle mucho a uno su época para atreverse a semejante proeza, de los tejidos recortados en dos por la sombra y el sol.*”⁷

Los rostros, imprecisos, no se podían asimilar con retratos, ya que el dibujo y la silueta cerrada habían sido completamente suprimidos. Nada más lejano a lo que pintaban, en ese entonces, la mayoría de los artistas, lo cual provocaba el desconcierto del público en general. MONET, en cambio, comunicaba con sua-

⁵ Actualmente expuesto en el Musée D’Orsay. (París.)

⁶http://www.musee-orsay.fr/es/colecciones/obras-comentadas/pintura/commentaire_id/mujeres-en-el-jardin-3300

⁷http://www.musee-orsay.fr/es/colecciones/obras-comentadas/pintura/commentaire_id/mujeres-en-el-jardin-3300

vidad la blancura de los vestidos: Los colocaba sólidamente en la estructura de la composición, declinada de los verdes a los castaños, que proporcionan el árbol central y el camino.⁸

Sin embargo, acabado en el taller, el cuadro fue rechazado por el jurado del Salón de 1867 que, además de la falta de tema o de narración, deploró la pincelada aparente que juzgó como una marca de desenvoltura y de inacabado. Uno de los miembros declaró: “*Demasiados jóvenes tan sólo piensan en perseguir en esta abominable dirección. ¡Ya es hora de protegerles y de salvar el arte!*”⁹

Ahora bien, resulta interesante como, frente a la misma realidad, había dos miradas absolutamente disímiles. Por un lado, la mirada de ÉMILE ZOLA, quien veía en aquellas “Mujeres del Jardín” un verdadero hito en la historia de la pintura, una obra en la cual la naturaleza se mostraba en todo su esplendor, con absoluta sinceridad y sencillez.

En la vereda de los detractores, se encontraban los críticos de arte de la época, feroces críticos del movimiento impresionista, al punto de llamarlo “abominable.”

Esta obra, actualmente expuesta en el Musée D’Orsay, muestra que MONET fue un absoluto original para su tiempo, y, ante todo, *un independiente*. Ya al comienzo de su carrera artística, en 1863 reunió a sus condiscípulos RENOIR, BAZILLE y SISLEY en el taller parisino de Gleyre, donde estudiaban pintura, para convencerles de que debían marcharse, diciendo: “*Aquí falta sinceridad. La atmósfera es malsana. Vayámonos.*” Sin embargo, en lugar de ir a otro taller, los llevó al bosque de Fontainbleu, donde se dedicaron a pintar al aire libre, y empezaron a fundar las bases del movimiento impresionista.¹⁰

Entonces, volviendo a las “Mujeres en el Jardín,” así como frente a un mismo cuadro se tenían dos visiones radicalmente distintas, lo mismo sucede en el derecho.

En el caso de la obra de Monet, los críticos de arte deploraban el hecho de que sus cuadros parecieran —para el ojo no atento— “inacabados,” ya que, como hemos visto en el ejemplo de la pintura antes mencionada, los rostros parecían imprecisos, y era imposible asimilarlos con retratos, a tono con el gusto de la época.

El “entorno,” entonces, dejó de ser un artista de reparto para convertirse en la figura principal, ya que lo importante, lo buscado, era plasmar la realidad tal cual se sugería ante los ojos, decodificándola bajo nuevos parámetros.

Por el contrario, Zola había quedado deslumbrado por el uso de las luces y sombras en el cuadro, resaltando, a su vez, la valentía que implicaba el hecho de que un artista se atreviera a plasmarlo en el lienzo.

⁸http://www.musee-orsay.fr/es/colecciones/obras-comentadas/pintura/commentaire_id/mujeres-en-el-jardin-3300

⁹http://www.musee-orsay.fr/es/colecciones/obras-comentadas/pintura/commentaire_id/mujeres-en-el-jardin-3300

¹⁰ ROMANO, EILEEN (dir.), *Los Grandes Genios del Arte: Monet, op. cit.*, pp. 7-8.

Ahora bien, cuando hablamos de derecho, ¿Qué importancia tiene el entorno? ¿Lo es todo? ¿Puede tener, al igual que las obras de Monet, *rostros imprecisos*?

Según NIETO, el derecho no está condicionado por el conocimiento, sino a la inversa, “*como sucede con el paisaje, cuyo horizonte se va conformando por la vista del viajero. Se ve lo que se puede ver o, más exactamente todavía, lo que se quiere ver según la perspectiva que el observador adopte en cada caso concreto.*”¹¹

Asimismo, señala el autor que la decisión concreta se adopta de ordinario como consecuencia de un conocimiento teórico previo, pero no necesariamente, ya que pueden tenerse en cuenta, o incluso primar, razones no jurídicas, por ejemplo, facilidad de eludir impuestos, presión de la competencia económica, publicidad o moda. Por lo tanto, las relaciones recíprocas entre conocimiento teórico y práctico son profundas y bidireccionales, y más aún si se considera que “*el derecho no se halla sólo en el saber sino en el sentimiento, puesto que su objeto no reside sólo en la cabeza sino también en el corazón del hombre (hasta tal punto) que en casi todas las cuestiones jurídicas el sentimiento ya ha decidido antes de que se haya iniciado cualquier investigación científica.*”¹²

Además, se agrega otro elemento a la ecuación, y éste es el *instrumento áureo de la prudencia*.¹³ Verdadera esencia del conocimiento práctico, su función es la de integrar la teoría con las peculiaridades del conflicto real concreto, forjándose así una decisión adaptada a la individualidad del caso singular.

Entonces, moldea la ley para ajustarla al caso y es el puente que permite transitar del intelecto a la vida, ya que, como nos enseña NIETO, “*sin prudencia podrá haber lógica, mas no vida.*”¹⁴

Por lo tanto, pareciera que, así como en *Femmes au jardin* cobra relevancia el *entorno* —esto es, los colores presentes en la naturaleza, plasmados en la obra con sus luces y sombras—, posee idéntica relevancia en el derecho, ya que, en definitiva, la resolución de un caso concreto estará conformada no sólo por la teoría, sino también por la práctica, una dosis de realismo —y por qué no, de sensatez— y, por sobre todo, la prudencia para conjugar todos aquellos elementos, y priorizar los más relevantes frente al problema concreto.

Sin embargo, y a diferencia de la obra de MONET, no podrá haber en el conocimiento del derecho *rostros imprecisos*. La belleza del derecho radicará, por el contrario, en su originalidad para abordar una problemática, pero siempre delimitando con precisión sus contornos.

¹¹ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 18.

¹² Cita de von Kirchmann reseñada por ALEJANDRO NIETO en NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 19.

¹³ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 19.

¹⁴ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 19.

2. *Texto y Contexto*

Si equiparamos la noción de entorno antes analizada con la de contexto, esto es, (según la Real Academia Española) el “entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho,”¹⁵ podemos abordar el análisis desde otra perspectiva.

Frente a una decisión judicial, hay dos maneras de analizar un fallo: a) Prestar atención a lo que el fallo resuelve frente un problema determinado —visión del *contexto*— o b) privilegiar el análisis de los argumentos que el fallo despliega, sin tener prioritariamente en cuenta lo que resuelve o el problema frente al cuál lo expresa —atenerse a su *texto*—. ¹⁶

Por lo tanto, según qué enfoque utilicemos para analizar un fallo, podemos llegar a conclusiones completamente diferentes.

Sin embargo, cabe tener en cuenta la advertencia que formula GORDILLO, cuando afirma que “*las cavilaciones no hay que tenerlas con lo que el fallo dice, sino con la adecuada comprensión del caso o problema de hecho que el juez tenía frente a sí y de cuál fue la determinación que adoptó frente a él, qué decidió.*”¹⁷

El motivo de esta afirmación se encuentra en que “*los hechos son lo más importante del derecho, [...] si nos equivocamos en los hechos todo lo demás no sirve. [...] Son los hechos los que determinan que una solución sea justa o injusta*”¹⁸, para concluir, entonces, que “*lo que distingue a un buen o mal trabajo jurídico no es tanto el argumento propiamente normativo, conceptual, etc., sino su profundidad en escudriñar las circunstancias de hecho, para resolver si corresponde encuadrarlas en una o otra de las tantas categorías que el derecho tiene.*”¹⁹

No obstante, también nos recuerda que los que no han sido parte en la *litis* ni han tenido intervención alguna en ella suelen quedar marginados, ya que no conocen ni el expediente, ni el debate interno. Sólo tienen el producto final con el cual se resolvió fundamentar lo que se entregó al público.²⁰

Asimismo, quien prepara un documento jurídico para la universidad sólo tiene acceso a ese pobre y limitado producto final que es la sentencia: Sin el expediente, sin las partes y sin los funcionarios y magistrados. En consecuencia, propone como alternativa a tener por verdad absoluta ese pequeño retazo de la realidad que es la sentencia, tratar de imaginar, en cada contexto socio-económico y político, en cada realidad contextual concreta, qué puede haber influido como argumento de posibilidad, de oportunidad, de consecuencias, de justicia, de orden, de seguridad, de autoridad o libertad, etc.²¹

¹⁵ www.rae.es

¹⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 70.

¹⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 70.

¹⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 71.

¹⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 71.

²⁰ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 77.

²¹ NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 77.

Ahora bien, situarnos en el contexto de una decisión no siempre resulta una tarea fácil. Tomemos como ejemplo la obra “*Femmes au Jardin*” —o bien, la obra de MONET en general—.

Los críticos de arte de la época, el “establishment” del mundo del arte, quienes decidían qué obras se exponían en el famoso “Salón de París,” consideraban las creaciones de los impresionistas simplemente como algo intolerable. En efecto, el primero en hablar de *impresionismo*, en un tono despectivo y de burla, fue el periodista Louis Leroy, quien en un artículo sobre la exposición que habían realizado los pintores rechazados del circuito oficial —MONET, RENOIR, BAZILLE, entre otros— titulado “La exposición de los impresionistas,” decía “*Impresión, estaba seguro de ello, Me decía también: puesto que estoy impresionado, debe haber impresión ahí dentro.*”²² Este periodista extendió a todo el grupo de artistas el término que aparecía en el nombre de una pequeña pintura de Monet titulada “*Impresión. Salida del Sol,*”²³ presente en la muestra.



CLAUDE MONET (1840-1926) — Impression, soleil levant (1872) — Óleo sobre lienzo 48 cm x 63 cm.

Por otro lado, se encontraba el grupo —ciertamente minoritario en aquella época— de los que apreciaban su obra como un verdadero avance, algo nuevo, original, único, entre los que se encontraban ÉMILE ZOLA.

¿Cómo puede ser entonces que piezas de arte que hoy en día nadie dudaría en calificar como verdaderas *obras maestras*, en aquella época despertaran tantas reacciones adversas y detractores y tan pocos seguidores?

Entiendo que, quizás, los críticos de arte de la época no *supieron ver* la riqueza de la obra que se les presentaba, al atender a los *argumentos* de la época en torno a lo que el arte *debía ser* —análisis del *texto*—, y no a la verdadera belleza que tenían enfrente —perspectiva conjunta de *texto* y *contexto*—.

²² ROMANO, EILEEN (dir.), *Los Grandes Genios del Arte: Monet*, op. cit., p. 11.

²³ Actualmente expuesta en el Musée Marmottan Monet (París). Fue sustraída en el año 1985 y luego recuperada en el año 1991.

Se podría decir, entonces, que quizás, tan sólo ZOLA y unos pocos más, *supieron ver* y apreciar la riqueza de las obras del movimiento impresionista.

3. Epílogo

La experiencia de las reacciones en el mundo del arte de la época frente a la obra de MONET —y de los impresionistas en general— nos muestra la importancia de “*saber ver*” y descubrir la realidad que se nos presenta, con todos sus matices. Ello porque, así como en el terreno del mundo artístico, para apreciar una obra hay que situarnos en su contexto histórico y social, en el campo del derecho, “*La realidad está siempre fuera del fallo.*”²⁴ En consecuencia, si no averiguamos las circunstancias que rodearon, por ejemplo, una decisión judicial, o indagamos acerca de las verdaderas razones que la motivaron,²⁵ tendremos tan solo una visión superficial de la realidad, basada en argumentos y no en situaciones fácticas.

Entonces, así como en el siglo XIX los críticos de arte pasaron de largo frente a las “*Damas en el jardín*” de Monet, con desprecio y desdén, sin percatarse de que estaban frente a una obra que revolucionaría el arte moderno, tenemos nosotros —al igual que ZOLA— que agudizar nuestra vista. Así no nos perderemos la riqueza de la realidad que nos rodea, fuente primordial de toda obra jurídica.

A su vez, a los fines de agudizar nuestra visión del derecho, y adquirir el *ojo* de MONET que tanto alababa CÉZANNE, no debemos olvidar, como decía COUTURE que “*como todas las artes, la abogacía sólo se aprende con sacrificio; y como ellas, también se vive en perpetuo aprendizaje. El artista, mínimo corpúsculo encerrado en la inmensa cárcel de aire, vive escudriñando sin cesar sus propias rejas y su estudio sólo concluye con su misma vida.*”²⁶

Por lo tanto, afirma, con razón, que en virtud de que el derecho se transforma constantemente, si no seguimos sus pasos, seremos cada día un poco menos abogados.²⁷

En efecto, si no queremos poseer una visión superficial de la realidad, debemos inevitablemente sumergirnos de lleno en ella, tarea a veces difícil pero sin duda apasionante.

De esta manera, frente a la obra de Monet, no seremos Leroy —quien despreció su obra— sino, más bien, ZOLA, un hombre que, indudablemente, *supo ver*.

²⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 71.

²⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, op. cit., p. 72.

²⁶ COUTURE, EDUARDO J., *Los Mandamientos del Abogado*, Buenos Aires, Depalma, 1986, 9ª ed., p. 25.

²⁷ COUTURE, EDUARDO J., *Los Mandamientos del Abogado*, op. cit., p. 23.

CAPÍTULO XXII

TRATADO DE LA PINTURA

Por JUAN ENRIQUE ABRE

SUMARIO

1. Sobre autocrítica y duda metódica..... Mét-XXII-1
2. Sobre la crítica de los amigos y la autocensura al publicar..... Mét-XXII-2
3. Sobre los mecanismos creativos y organizativos de la mente .. Mét-XXII-2
4. Sobre la relación entre teoría y práctica Mét-XXII-3

Capítulo XXII
TRATADO DE LA PINTURA¹

Por JUAN ENRIQUE ABRE

La realidad es que hallé este libro de pura casualidad, pero sin dudas un caso de casualidad *provocada*. Me refiero a que, en situaciones de extrema concentración en un tema, de búsqueda constante en un sentido determinado, quizá en el punto de agotamiento, se genera un estado tal de receptividad, de capacidad de relación y generalización, que permite que de las más absolutas casualidades se dispare una conexión cualquiera, una idea.

Otra explicación para haber levantado este libro de una biblioteca cualquiera, ajena, sin ningún motivo aparente, haberlo ojeado y elegirlo para un comentario sobre “El método”, no existe.

LEONARDO DA VINCI, uno de los seres más extraordinarios de la historia de la humanidad, fue precisamente un metódico, un estudioso no sólo de las diversas ciencias en que incursionó sino también de las artes que supo desarrollar, y de la que quizá más lo defina: La pintura.

Los consejos sobre el arte de la pintura que el Maestro brinda al principiante resultan aplicables, por su sabio contenido, a toda otra actividad humana, incluida la labor del abogado. Se advertirá en ellos una íntima relación con “El método”. Para no desmejorar lo inmejorable, me limito a reproducir algunos fragmentos:

1. *Sobre autocrítica y duda metódica*

“11. El pintor que en nada duda, pocos progresos hará en el arte. Cuando la obra supera al juicio del ejecutor, no adelantará más, pero cuando el juicio supera a la obra, siempre irá mejorando...”.

¹ DA VINCI, LEONARDO, *Tratado de la pintura*, Buenos Aires, Agebe, 2004.

“273. Cuando la obra corresponde al juicio, es muy mala señal; y mucho peor cuando le sobrepaja, como sucede al que se admira de lo bien que le ha salido su trabajo. Pero cuando el juicio es superior a la obra, entonces es la mejor señal”.

En palabras de AGUSTÍN GORDILLO dichas en clase (citando a BORGES si mal no recuerdo), el concepto de obra terminada sólo puede ser producto de la religión o del cansancio, pues salvo tales casos, toda obra intelectual es siempre mejorable: es cuestión de trabajarla, pulirla, para lo cual la duda (o el “juicio que supere la obra”) es paso previo imprescindible.

2. *Sobre la crítica de los amigos y la autocensura al publicar*

“14. Debe poner cuidado el Pintor en corregir inmediatamente todos aquellos errores que él advierta, o le haga advertir el dictamen de otros, para que cuando publique la obra, no haga pública al mismo tiempo su falta”.

“15. No hay cosa que engañe tanto como nuestro propio dictamen al juzgar de una obra maestra; y en este caso más aprovechan las críticas de los enemigos, que las alabanzas de los amigos; porque estos como son lo mismo que nosotros, nos pueden alucinar tanto como nuestro propio dictamen”.

“19. Nunca debe el Pintor desdeñarse de escuchar el parecer de cualquiera”.

“274. Es sabido que los errores se conocen mucho mejor en las obras ajenas que en las nuestras...”.

3. *Sobre los mecanismos creativos y organizativos de la mente*

“16. Quiero insertar entre los preceptos que voy dando una nueva invención de especulación, que aunque parezca de poco momento, y casi digna de risa, no por eso deja de ser muy útil para avivar el ingenio a la invención fecunda: y es, que cuando veas alguna pared manchada en muchas partes, o algunas piedras jaspeadas, podrás, mirándolas con cuidado y atención, advertir la invención y semejanza de algunos países, batallas, actitudes prontas de figuras, fisonomías extrañas, ropas particulares y otras infinitas cosas; porque de semejantes confusiones es de donde el ingenio saca nuevas invenciones”.

“17. He experimentado que es de grandísima utilidad, hallándose uno en la cama a oscuras, ir reparando y considerando con la imaginación los contornos de las formas que por el día se estudiaron, u otras cosas notables de especulación delicada, de cuya manera se afirman en la memoria las cosas que ya se han comprendido”.

“274. [...] Es muy conveniente levantarse a menudo y refrescar la imaginación, pues de este modo, cuando se vuelve al trabajo, se rectifica más el juicio, siendo evidente que el trabajar de seguido en una cosa engaña mucho”.

4. *Sobre la relación entre teoría y práctica*

“23. Aquellos que se enamoran de la sola práctica, sin cuidar de la exactitud, o por mejor decir, de la ciencia, son como el piloto que se embarca sin timón ni aguja; y así nunca sabrá adónde va a parar. La práctica debe cimentarse sobre una buena teórica, [...] y en no entrando por esta puerta, nunca se podrá hacer cosa perfecta ni en la Pintura, ni en alguna otra profesión”.

**TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
y obras selectas**

TOMO 6

Libro II

LA ADMINISTRACIÓN PARALELA

Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas

TOMO 6

Primera edición

Libro II

LA ADMINISTRACIÓN PARALELA El parasistema jurídico-administrativo

Introducción de
FELICIANO BENVENUTI



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2012

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS

TOMO 6

Libro II

LA ADMINISTRACIÓN PARALELA

1ª edición, Madrid, Cívitas, 1982

Reimpresión, Madrid, Cívitas, 1997

Edición italiana, *L'amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*,
con introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987.

INTRODUCCIÓN

por

FELICIANO BENVENUTI*

Autor muy conocido y estimado en América Latina y en los países de lengua hispana, AGUSTÍN GORDILLO vivió un período muy difícil durante la última dictadura militar, lo que, probablemente, le ha permitido la reflexión que ha dado origen al libro que presentamos.

En efecto, en sus conclusiones el autor afirma “que existe en las sociedades subdesarrolladas o en vías de desarrollo latinoamericanas un importante parasistema económico, administrativo, social y jurídico que funciona imbricado e interrelacionado con el sistema económico, jurídico, etc.”

Pero, ¿en qué consiste este sistema paralelo o parasistema y existe solamente en las sociedades subdesarrolladas o en vías de desarrollo de América Latina?

El sistema paralelo en la acepción usada por GORDILLO es mucho más que la distinción entre constitución formal y constitución real y es mucho más también que la distinción entre país legal y país real.

Para el autor, el paralelismo significa la coexistencia de dos sistemas: Uno hetero-impuesto y otro auto-impuesto, una especie de dualidad dialéctica inevitable desde el momento en que contrapone lo que es verdadero en la índole del hombre y lo que una clase política, sea democrática o autoritaria, entiende prescribir como modo de disciplina del individuo y de la sociedad.

* Reproducimos aquí la introducción hecha por el profesor FELICIANO BENVENUTI a la edición italiana de *L'amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. V a X. Ese libro es la traducción de *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, cuya primera edición apareciera en Madrid, Cívitas, 1982.

Por lo tanto, las prescripciones se remiten a un modelo que se interpreta como evolucionado, a un modelo que corresponde a la verdad, mientras que esta verdad se vincula a un modelo distinto que, entre las líneas del libro, parecería volver a una suerte de derecho natural o de principio de equidad.

Es obvio que existe una separación entre el modelo impuesto y el modelo real, cuando el modelo impuesto tiende a transformar los modos de comportamiento del individuo y de la sociedad. Que luego esta imposición, por llamarla de algún modo educativa, corresponda a una realidad aceptable es otra cosa porque, en todos los casos, es impensable que esta hipótesis educativa, provenga de gobernantes electos o de gobernantes autoproclamados, logre satisfacer las exigencias de todo el pueblo.

Existirá siempre una parte que disiente, no sólo en cuanto al modo sino también y sobre todo en cuanto a los principios.

Por lo tanto, que exista un principio de paralelismo se diría absolutamente inevitable incluso cuando la contraposición al modelo impuesto no provenga de la hipótesis criminal de violación a las leyes.

La verdad es que el paralelismo del cual se ocupa este libro, no está comprendido por el área de la oposición ni por el área del disenso pero es, por decirlo de algún modo, una oposición y un disenso progresivo que puede convivir con las estructuras legales, obteniendo como resultado una inevitable deformación y distorsión de ellas.

“Dos almas alberga mi pecho” decía GOETHE y ello está connaturalizado a la esencia del individuo, así como y en consecuencia, a la esencia del Estado.

Entonces, no nos encontraremos ante una denuncia clamorosa porque la clase política tiende a ignorar los parasistemas y a ignorar su fuerza de resistencia, imponiendo lo que puede parecer tal vez coherente con una visión ideológica pero no necesariamente “posible” en el sentido de la contraposición entre ideología y naturaleza.

El libro denuncia entonces esta profunda discordancia, recorriéndola en todos los sectores posibles y denunciando sus consecuencias.

Para un jurista el tema es interesante porque sacude su habitual planteamiento mental tendiente a separar lo netamente jurídico de lo antijurídico, condenando al segundo en defensa del primero, considerado como un valor indiscutible.

Pero el jurista debería alguna vez preguntarse también qué significado tendría en el ámbito de un ordenamiento la presencia de actos

ilegítimos: ¿Son estos verdaderamente manifestaciones patológicas o no son más bien señales de una incapacidad del ordenamiento para sostener el sistema?

En otras palabras, habría que preguntarse si el conjunto de los actos ilegítimos, sean estos leyes, actos administrativos o actos privados, no representan un contra-sistema cuya existencia no es advertida por la clase política.

La experiencia de la Corte Constitucional norteamericana (y también la de las Supremas Magistraturas inglesas) demuestra que existe un ciclo evolutivo que lleva de la declaración de antijurídico a la declaración de jurídico del mismo acto o comportamiento y viceversa.

Quien escribe, además, ha ya tenido la ocasión de llamar la atención justamente sobre este aspecto, poniendo de relieve el hecho que, por ejemplo, hasta la declaración de inconstitucionalidad de una ley, ésta ha estado formando parte de pleno derecho del ordenamiento jurídico y ha dejado su impronta en la acción de las autoridades públicas y en la acción de los privados; de modo que en realidad, el ordenamiento jurídico, desde este punto de vista, parece estar compuesto por actos de la autoridad, algunos legítimos y otros ilegítimos pero todos provistos del carácter de efectividad y por lo tanto todos en condiciones de dejar su impronta en la acción de los componentes sociales.

Este libro, en cierto sentido, se coloca junto a estas consideraciones y profundiza en observaciones de carácter todavía más puntual y comportamental.

Así va desde el relieve que hay que dar a las actitudes individuales hasta la utilización de las mismas instituciones jurídicas, como por ejemplo el procedimiento y la organización.

No es casual que se dé un amplio espacio a este aspecto porque el procedimiento, como ya todos saben, es precisamente uno de los canales que permiten la asociación del ciudadano con la administración y al mismo tiempo permite la legitimación desde la base de las autoridades que ejercen el procedimiento.

Pero ¿cómo justificar la existencia de estos parasistemas?

GORDILLO la justifica como el resultado de la insatisfacción causada por un sistema fútil, es decir por un sistema que no tiene en cuenta a la realidad porque “ningún sistema verdaderamente rige si no tiene el sustento participativo y activo de toda la comunidad.”

Una vez más el origen argentino del autor y la época en que el libro fue escrito, época de la última dictadura militar en ese país, no son justificativos suficientes para esta afirmación. Ella es válida para todos los países, incluso en aquellos dotados de democracias parlamentarias avanzadas donde sin embargo existe la prevalencia de un grupo de gobierno mayoritario.

Si alguna conclusión se puede extraer de este libro, aunque no se encuentre expresada y el autor de este prefacio espera no haber ido más allá de los límites de su tarea, es que en nuestros ordenamientos occidentales falta el eslabón que conecta gobierno y sociedad.

En tiempos pasados, la administración era el medio de conexión entre el centro y la periferia, entre la autoridad y los administrados. En las estructuras ideológicas constitucionales y democráticas modernas se necesitaría una administración con signo invertido, que permita el trámite entre administrado y administrador, trámite tal vez insuficiente pero siempre necesario para evitar la disociación entre sistema y parasistema o sistema paralelo del que habla el libro.

Por lo tanto, en sustancia, la existencia de esta dualidad no puede ser superada si no se inserta en la dialéctica Gobierno-País o si se prefiere derecho y hecho, un instrumento de información, de conexión y de transformación de los *inputs* que provienen de ambas partes del conjunto o sea tanto de arriba como de abajo. GORDILLO intuye esta solución pensando en la participación dentro de las estructuras administrativas como control social del sistema: Entonces, la participación sería la exteriorización del parasistema.

Es decir, para quien escribe este prefacio, toma solo en parte la realidad y permanece en el plano del sistema, mejorándolo; del mismo modo se concretaría la participación de los usuarios en las empresas y en los servicios públicos, la participación en los cuerpos colegiados, el Ombudsman, con el que se tiende a dar una respuesta a las exigencias sociales.

Pero ello no podrá nunca evitar la existencia de un parasistema: Si bien algunos de sus aspectos podrían ser “utilizados” por la administración y por lo tanto englobados en ella, habrá siempre algo que quedará “afuera” y este “afuera” significará siempre una dualidad entre lo que es la administración y lo que no lo es.

Ahora bien, si es cierto que la causa de esta duplicidad está en la incapacidad de la administración tradicional para expresar no sólo las exigencias genéricamente sociales sino las de las diversas

comunidades sectoriales, también es cierto que siempre existirá un parasistema. Lo que hace falta cambiar es la administración tradicional, esto es, su modo de ser y su estructuración tradicionalmente generalizante y “jerárquica.”

Al límite, haría falta revertir la situación y hacer de la administración tradicional el sostén operativo de esa otra administración que hoy consideramos parasistema y que debería convertirse en el sistema portante de las decisiones de las comunidades auto-administradas.

Ciertamente, una revolución de este tipo no es pensable en un corto plazo, pero ya se visualizan los indicios: basta con pensar en los grupos de voluntarios que son reconocidos como portadores de intereses colectivos o difusos.

En el estado actual, la administración les reconoce solamente la capacidad de procedimiento o sufre su influencia como grupos de presión.

Será necesario que estos grupos que constituyen el verdadero parasistema, sean legitimados en algún modo y que se les transfiera a ellos las responsabilidades que hoy se ejercen a nivel exclusivamente burocrático.

En este punto, el libro de GORDILLO no es válido solamente para la Argentina: En realidad es la reflexión profunda de un jurista que vivió la experiencia devastadora de la dictadura y la vivió con el ánimo sereno, con el ánimo atento del científico.

A nosotros, lectores italianos y sustancialmente lectores europeos, nos queda preguntarnos si no existirán también aquí residuos de concepciones, no diría dictatoriales, pero sí autoritarias.

Visualizado el sistema jurídico administrativo del revés, es decir desde el punto de vista del sistema paralelo, la respuesta solo puede ser afirmativa.

¿Podrá una administración nueva y diferente, apropiada a las dimensiones de una sociedad que vive en una democracia avanzada, responder al inquietante interrogante que emerge de estas páginas? Porque no será quizás el sistema paralelo el que revierta, en nuestro ordenamiento, el sistema legal (como sucedió en Argentina) pero está el hecho que él lo condiciona, lo hace ineficiente y dicho con franqueza, en muchos aspectos fútil.

Prólogo

Muchas voces se han alzado y se alzan para denunciar crisis de valores en la sociedad y un generalizado incumplimiento del orden jurídico, pero pensamos que la cuestión no es tan sólo de ahora sino de siempre, y que en verdad la magnitud del fenómeno no ha sido suficientemente percibida, ni tampoco se reconocen sus causas más profundas; los diagnósticos son entonces coyunturales y superficiales y a lo más sugieren que se aplique con más rigor la Constitución y la ley, lo cual por lo demás no parece ocurrir integralmente.

Este trabajo busca analizar causas menos visibles y además no meramente circunstanciales; a estar a ORTEGA y GASSET, la dualidad o paralelismo a que nos referimos se percibe ya a comienzos del siglo.¹ A su vez, queremos apuntar también por una parte a soluciones que no por viejas e incumplidas son menos reales y efectivas,² y por otra destacar algunos posibles procedimientos o mecanismos nuevos³ con los cuales en conjunto promover una revalorización de los supremos

¹ En su artículo “El hombre a la defensiva” de septiembre de 1929, publicado en *El espectador, Obras Completas*, t. II, p. 642 y ss., e insuficientemente conocido en nuestro medio. Más aún, fenómenos similares han sido siempre encontrados en distintos países y épocas históricas, y así se pudo señalar que en Roma, en determinado momento histórico, había “un Estado dentro del Estado,” un poder en oposición al poder, etc.: TRUSSO, FRANCISCO EDUARDO, *El derecho de la revolución en la emancipación americana*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1969, p. 104.

Asimismo, ya siglos antes de CRISTO, LAO-TSÉ señalaba —desde su particular filosofía— paradojas y contradicciones acerca de las leyes y reglamentos, los gobiernos y los pueblos, que apuntan a la existencia de fenómenos parecidos: LAO-TSÉ, *Tao-Tê-Ching (El libro del recto camino)*, Madrid, Ediciones Morata, 1979, pp. 86 y 87, 66, 89, 104, 107 etc.

Modernamente encontramos reflexiones parecidas entre otros, en BENVENUTI, FELICIANO, “Introduzioni ai lavori,” en el libro *Lazione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Nápoles, Formez, 1981 p. 7 y ss.; del mismo autor *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1969.

² Se trata básicamente de los mecanismos constitucionales previstos para la elaboración de normas jurídicas. Con todo, destacamos en el cap. I que faltan procedimientos adecuados para evitar o reparar oportunamente eventuales infracciones al ordenamiento constitucional, aún dentro del propio sistema constitucional.

³ Este trabajo se integra y continúa con nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Cívitas, 1981, donde tratamos de analizar mecanismos aún no puestos en práctica, y a veces ni siquiera divulgados o conocidos en grado adecuado, para el

valores y principios constitucionales, y el fortalecimiento verdadero de un sistema jurídico internamente compatible y coherente.

Para ello es necesario asimismo libertad crítica suficiente (no sólo respecto del Estado sino también respecto de la sociedad misma) mediante la cual profundizar en los problemas *reales* y las soluciones *practicables* a tales problemas. Decía MARIANO MORENO en 1810 que “la verdad, como la virtud, tienen en sí mismas su más incontrastable apología; a fuerza de discutir las y ventilarlas aparecen en todo su esplendor y brillo; si se oponen restricciones al discurso, vegetará el espíritu como la materia; el error, la mentira, la preocupación, el fanatismo y el embrutecimiento, harán la divisa de los pueblos y causarán para siempre su abatimiento, su rutina y su miseria.”⁴ Es indispensable la “libertad para buscar la verdad” (*Pacem in Terris*, n° 11), pues “los hombres no pueden satisfacer esta obligación de forma adecuada a su propia naturaleza, si no gozan de libertad psicológica al mismo tiempo que de inmunidad de coacción externa” (*Dignitatis Humanae*, Concilio Vaticano II, n° 2); en otras palabras, “la verdad debe buscarse de un modo apropiado a la dignidad de la persona humana y a su naturaleza social, es decir, mediante una libre investigación, sirviéndose del magisterio o de la educación, de la comunicación y del diálogo, mediante los cuales unos exponen a otros la verdad que han encontrado o creen haber encontrado, o para ayudarse mutuamente en la investigación de la verdad.” (Idem, n° 3.) Sólo a través del diálogo crítico y participativo, a su vez, se retroalimenta la libertad: A menor diálogo, crítica, participación, libertad, menos posibilidad tendremos por fin de estar cerca de la verdad. No caigamos en el error histórico de creer que “todo lo que vale la pena saberlo está sabido, y todo lo que es inventable está inventado;”⁵ no pequemos de soberbia.

El camino del conocimiento y desarrollo científico se hace de hipótesis, conjeturas y refutaciones, y una teoría puede tener utilidad aún después de su refutación,⁶ o precisamente a raíz de ésta;⁷ a veces lo fundamental es formular la pregunta⁸ y entonces la contribución puede haber estado en plantear la hipótesis que luego se rebate. Es quizás más fácil rebatir que elaborar una tesis nueva,⁹ pero en ambos casos, hipótesis y refutación, las dos son parte

control de la administración. En el capítulo IV de esta obra resumimos algunos de ellos, para cuya explicación más detallada nos remitimos a la obra citada.

⁴ *Gaceta de Buenos Aires*, 21 de junio de 1810.

⁵ KOESTLER, ARTHUR, *The Act of Creation*, Londres, 1975, cap. X, p. 228.

⁶ POPPER, KARL R., *Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge*, Londres, 1974, p. 113 y ss.

⁷ POPPER, *op. loc. cit.*

⁸ FOX, ROBIN, *The Red Lamp of Incest*, Nueva York, 1980, p. 6; FOX, ROBIN y TIGER, LIONEL, *The Imperial Animal*, 1970.

⁹ Aunque como se verá la tesis de este trabajo no es tampoco excesivamente original, nos hemos limitado a presentar la hipótesis de que ciertos hechos aparentemente aislados sean en verdad coherentes.

indispensable del progreso científico.¹⁰ Ya señaló Santo Tomás que la moral no se elabora ni discute en base a juicios apodícticos, sino a la razón,¹¹ y lo mismo cabe expresar respecto de los valores del orden jurídico, pero nuevamente aquí sin la indispensable “libertad para buscar la verdad,”¹² nada útil, verdadero y profundo podrá construirse.

La hipótesis que aquí se formula, en suma, es que la generalizada violación del orden jurídico administrativo que todos advertimos puede deberse a la falta de suficiente integración coherente a valores constitucionales de rango superior, producida a su vez en alguna medida por la falta de adecuada y suficiente participación, libertad y control respecto de la formación del orden jurídico y del accionar administrativo, todo lo cual conspira contra su efectiva vigencia, al socavarle el indispensable soporte del consenso y la adhesión de la comunidad.

Debemos pues propender al respeto y vigencia efectivos del orden jurídico-administrativo, y para ello estimamos que el camino es el que aquí señalamos.

Buenos Aires, noviembre de 1981. A. G.

¹⁰ POPPER, *op. loc. cit.* Dice JUAN FRANCISCO LINARES que el saber es “un conocimiento polémico en que el error no es trasto arrumbado sino parte viva de lo que se conoce y debe conocerse.” (Prólogo al libro *El acto administrativo*, de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, 1963.)

¹¹ COPLESTON, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, 1960, cap. V. SEÑALA HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, que “los juicios morales son tan racionalmente defensibles como cualquier otra clase de juicios;” en palabras de BERTRAND RUSSEL, a su vez, existen “métodos a ser empleados y falacias a ser evitadas al considerar la bondad o maldad intrínseca.” Ver su artículo “The Elements of Ethics,” en el libro *Readings in Ethical Theory*, Nueva York, Sellars y Hospers, 1962, p. 28.

¹² *Pacem in Terris*, n° 11.

CAPÍTULO I

LOS VALORES DEL SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. La indefensión del administrado frente a la administración AP-I-1
2. Los valores constitucionales violados por normas inferiores AP-I-2
3. La irrealidad y el exceso como formas de irrazonabilidad AP-I-3
4. La fragilidad del sistema inconstitucional AP-I-3
5. El nacimiento del parasistema AP-I-4
6. La superación del parasistema AP-I-5

Capítulo I

LOS VALORES DEL SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO

1. *La indefensión del administrado frente a la administración*

La indefensión del administrado frente a la administración¹ asume a veces formas insospechadas en el plano teórico, pero dotadas de suficiente realidad en el plano práctico como para merecer algún comentario. Se trata de indefensión no sólo frente a las normas jurídicas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen en la práctica pero que no están establecidos en ninguna norma, o que incluso contrarían expresas normas vigentes: El particular que no esté habituado a tratar con la administración se desorienta en mayor medida aún, y no atina siempre a elegir el método adecuado de comportamiento a seguir frente a tales circunstancias. Existe así un procedimiento administrativo paralelo al formal, como también una organización administrativa informal que no siempre coincide con la que el organigrama indica.

Parecida situación encuentra el propio funcionario público, cuyo legajo generalmente no tiene constancias que le sean adversas, pero que sabe que existe un “legajo del aire,” un expediente que no está escrito pero que está muy presente en la mente de sus superiores y compañeros de trabajo; el medio social en que el funcionario se desempeña en su función tiene pues un concepto y antecedentes de él, aunque su legajo no los registre. Ese legajo del aire a menudo funciona y es la explicación y la causa de ascensos o promociones, sumarios y prescindibilidades. Tampoco el agente público tiene defensa fácil frente a tal tipo de legajo: Funcionario y administrado se encuentran así a veces hermanados en una común indefensión.

¹ Para una explicación de este principio cardinal del derecho constitucional y administrativo, tan frecuentemente desconocido en la práctica, nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, 1975, reimpresión 1978, cap. XVII, § 13.

2. Los valores constitucionales violados por normas inferiores

Lo expuesto anteriormente es sólo la punta del iceberg. En efecto, existen múltiples y fundamentales valores del sistema constitucional, tales como razonabilidad, proporcionalidad, buena fe,² etc., que por su rango normativo son superiores a todo el resto del ordenamiento jurídico y en una adecuada interpretación deben privar sobre las normas inferiores que se aparten de ellos.³ Una norma legislativa o reglamentaria irrazonable, disvaliosa, desviada, persecutoria, etc., es así inconstitucional y como tal debe ser anulada o inaplicada en los casos ocurrentes.

Interpretando el principio de razonabilidad con el alcance que corresponde⁴ resulta que muchas normas son irrazonables por desproporcionadas, excesivas, irreales, al margen de cuál haya sido la intención del legislador: La mejor intención también produce normas inconstitucionales, y a veces a mayor convicción mesiánica del emisor de la norma, surge menor debate y crítica y por ende mayor dosis eventual de irracionalidad inconstitucional.

Con todo, ocurre que conforme a la opinión dominante, cuando el órgano administrativo se encuentra frente a una ley inconstitucional —por ejemplo, por contrariar tales supremos valores constitucionales—, él no puede apartarse del precepto disvalioso, sino que debe en todo caso plantear o promover su derogación,⁵ y mientras tanto debe cumplirlo. Conviene advertir, por lo más, que tampoco existe en nuestro sistema constitucional un mecanismo para declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una ley con carácter general; que además los jueces entienden que no pueden pronunciarla de oficio, etc., y resulta de ello que en la práctica se pretende cumplir la ley inconstitucional con toda normalidad durante muchos años, hasta que eventualmente el Congreso la derogue. En la vida diaria se toma como formalmente vigente la norma de rango inferior, a despecho de los valores constitucionales que pueda estar lesionando, a pesar pues de ser inconstitucional y por lo tanto intrínsecamente antijurídica.

² Para una somera explicación nos remitimos a nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1974, reimpresión 1977, cap. VIII, § 15, y con mayor detalle en el t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979, cap. VIII, § 7 y 8; cap. IX, § 7, 8 y 9; cap. X, § 6.

³ Tal como lo explicamos en nuestro referido *Tratado*, t. 1, cap. V, § 2 a 5. Ver también da SILVA, JOSÉ ALFONSO, "Aplicabilidade das normas constitucionais," *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1968, p. 200 y ss.; HERNÁNDEZ, RUBEN, *El control de constitucionalidad de las leyes*, San José, Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1978.

⁴ Ver por ejemplo LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución nacional*, Buenos Aires, 1944; *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970; *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, "Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas," Separata de *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1966, p. 10 y ss, especialmente p. 24 y ss.

⁵ Explicamos la tesis dominante en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. V, § 11. Hemos criticado dicha tesis en *Introducción de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 64 y ss., y en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 70. Han compartido dicho criterio BIDART CAMPOS GERMÁN J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, p. 271; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, 1965, p. 297.

Algo parecido ocurre con los reglamentos: Difícilmente una autoridad administrativa inferior se considerará con competencia para apartarse en un caso concreto de un reglamento que reputé ilegal o inconstitucional, y la consecuencia será también que el reglamento se considerará formalmente vigente y se entenderá que debe ser cumplido no obstante su ilegalidad o inconstitucionalidad.

Resulta de ello que existe siempre un conjunto de normas formalmente vigentes, que *no* son en verdad cabal reflejo de un verdadero sistema jurídico internamente compatible, en cuanto les falta su compatibilidad primaria con los valores básicos del sistema constitucional.

3. *La irrealidad y el exceso como formas de irrazonabilidad*

Los apartamientos constitucionales pueden revestir múltiples formas, desde leyes que otorgan facultades judiciales a la administración,⁶ reglamentos que asumen potestades legislativas,⁷ actos que se pretende sean exentos de control judicial;⁸ pueden ser vacíos legislativos que implican inexistencia de medios adecuados de defensa del particular ante la administración,⁹ etc.

Sin embargo, pensamos que existe una preponderancia, dentro de los supuestos de normas existentes y formalmente vigentes que son inconstitucionales por irrazonablemente disvaliosas, en que tal inconstitucionalidad se presenta bajo la forma de *exceso* e *irrealidad* en la norma. En efecto, se abusa al crearla de lo que razonablemente puede ser el rol orientador y paradigmático o arquitectónico del derecho. Se plantea como norma de conducta no ya lo *deseable* y *posible*, sino meramente lo humanamente imposible e irrealizable, por tanto lo que sólo puede *quiméricamente* ser “deseable,” pero no el plano de las reales conductas humanas.

Relataba BIELSA que un constitucionalista brasileño, al ser consultado sobre qué reformas propondría a la Constitución, propuso la siguiente: “Artigo único: Tudo brasileiro fica obrigado a ter verghona.” Se resume allí, por una parte, la irrealidad de querer todo llevarlo a una norma escrita, y por la otra, que la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten, y que de nada vale, sin tales valores, cualquier esquema constitucional y cualquier aspiración que en él plasmemos.

4. *La fragilidad del sistema inconstitucional*

Resulta de ello una doble fragilidad: La fragilidad de una Constitución violada sin que los mecanismos del Estado puedan reaccionar a tiempo para corregir y

⁶ Para una crítica ver FERNANDO DE LA RÚA, *Jurisdicción y administración*, Buenos Aires, 1979, y sus referencias; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, cap. VII.

⁷ Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. V, § 15, y t. 2, cap. XII, § 15.1.

⁸ *Op. ult. cit.*, t. 2, cap. XIV.

⁹ Nos referimos a tales vacíos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. cit.*

menos aún impedir las infracciones a los valores constitucionales, y la fragilidad del sistema creado en infracción a tales normas superiores. Pues la sociedad percibe que el sistema así violatorio de la Constitución no es valioso y por lo tanto no siente frente al mismo el debido respeto y acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.

Ahora bien, de allí no nace una precisa y puntual reticencia a cumplir cabalmente las normas inconstitucionales, en sólo aquello que tengan de específicamente disvalioso y antijurídico, sino que surge una genérica actitud de falta de suficiente respeto intrínseco al orden jurídico, al derecho mismo. No se puede pedir al común de la gente que discierna claramente que lo que ve disvalioso no es en verdad derecho sino antijuricidad, una infracción al sistema jurídico constitucional; lo que ocurre entonces es que *todo* el sistema normativo pierde prestigio y consenso, por culpa de aquellas partes suyas que pueden nacer y subsistir en infracción constitucional sin que se produzca una específica reacción correctora oportuna del mecanismo institucional.

5. *El nacimiento del parasistema*

Dado que la sociedad en su conjunto no hace finos análisis jurídicos que discriminen qué normas vigentes son inconstitucionales por irreales e irrazonables, ni tampoco lo hacen a tiempo los órganos del Estado, el resultado es que la sociedad no cumple cabalmente el sistema disvalioso, pero no lo hace meramente rebelándose contra las normas disvaliosas, sino contra todo el conjunto, incluido a veces también lo valioso. De ese incumplimiento y desobediencia más o menos generalizada al orden jurídico formal surgen entonces pautas de conducta, principios de organización, normas de procedimiento, etc., que son todo un verdadero seudosistema normativo, paralelo al sistema normativo formalmente vigente. La gravedad de la situación debiera ser manifiesta para cualquiera, como también que es indispensable indagar más en profundidad acerca de los verdaderos alcances del problema, y también acerca de los posibles mecanismos para solucionarlo.

De eso se trata en esta obra, en la cual intentaremos describir clínica y descarnadamente cada parte del problema *según lo percibe el común del la gente*,¹⁰ no según lo percibimos y lo valoramos nosotros. Va de suyo que en cuanto juristas nuestra aspiración es lograr una legislación y administración elaborada y actuando pública y participativamente, permanentemente ajustadas al orden constitucional, en fiel acatamiento a los principios rectores de justicia, razonabilidad, etcétera, que provoquen entonces en los administrados el consenso, respeto y adhesión propios de la sociedad a la que debemos y podemos aspirar. Prescindiremos por ello de calificar punto por punto como valioso o disvalioso lo

¹⁰ Desde luego, no todo el mundo advierte necesariamente todos los casos en que el fenómeno se presenta; en particular, es posible que las referencias específicamente referidas a la organización y procedimiento administrativos sólo sean conocidas por quienes tienen contacto asiduo con la administración.

que vamos relatando y observando, no porque estemos de acuerdo con la escala de valores que *cada* hecho supone, sino porque pensamos que la corrección del problema no se consigue con una mera expresión de juicio valorativa parcial y puntual sobre cada caso: Este trabajo apunta a buscar causas más generales, y explicaciones también más generales, que puedan permitir una *superación* del actual estado de cosas, y no meramente su descripción crítica. ¿Se verá en las soluciones que apuntamos también una propuesta irreal e impracticable, o disvaliosa? En el segundo supuesto, ello implica considerar valiosa la realidad que aquí describiremos, lo cual nadie podrá verdaderamente hacer. Digámoslo en todo caso clara y enfáticamente: El frontal desconocimiento que describiremos del orden jurídico es gravemente disvalioso y debe ser corregido.

6. *La superación del parasistema*

La respuesta clásica frente a la violación del sistema jurídico es desde luego la aplicación de sanciones a quien ha cometido la transgresión; la solución obvia y tradicional es entonces mejorar los mecanismos de represión de los infractores, crear más juzgados donde hagan falta, aumentar las dotaciones de personal de los organismos de fiscalización, etc.

Sin embargo, la generalización de las violaciones pareciera estar demostrando que es algo *más* grave lo que está ocurriendo, y que la respuesta tradicional, que por cierto no debe en modo alguno ser abandonada ni disminuida, no es por sí sola suficiente.

Recordamos una anécdota atribuida a MIGUEL ANGEL, según la cual una persona que hacía la limpieza en su atelier le critica una estatua que se encontraba esculpiendo, diciéndole que la nariz le parecía demasiado grande. MIGUEL ANGEL procede a retocar el mentón en su estatua, sin que el observador viera lo que hacía, y le pregunta qué le parece ahora la nariz. “Ahora sí está perfecta,” fue la respuesta. La anécdota puede servir para indicar que a lo mejor el grave defecto que todos observamos en el incumplimiento y falta de respeto al orden jurídico, se encuentra en una corrección en el mentón y no en la nariz.

Trataremos de explicar aquí que ese mentón que hay que corregir para que el orden jurídico sea respetado y aplicado, es el proceso de elaboración de todas las normas jurídicas, que debe necesariamente ser público, debatido, participativo, en un ámbito de libertad y de crítica como el que supone la Constitución nacional.

CAPÍTULO II

LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA ADMINISTRATIVO PARALELO

SUMARIO

1. Introducción	AP-II-1
1.1. Planteamiento del problema	AP-II-1
1.2. El concepto de derecho.....	AP-II-2
2. Economía oficial y subterránea o paralela	AP-II-3
3. El procedimiento administrativo formal e informal	AP-II-7
3.1. El procedimiento en la teoría y en la práctica.....	AP-II-7
3.2. La organización y competencias formales e informales.....	AP-II-8
3.3. Publicidad y silencio	AP-II-9
3.4. Las reglas formales y reales del tránsito.....	AP-II-10
3.5. Los canales formales e informales para toda tramitación.....	AP-II-10
3.6. Conclusiones parciales.....	AP-II-12
4. La Constitución real	AP-II-12
4.1. El sistema paraconstitucional.....	AP-II-12
4.2. El gobierno paralelo.....	AP-II-14
5. Lenguaje y metalenguaje	AP-II-15
6. La moral paralela	AP-II-18
7. La doble personalidad	AP-II-19

Capítulo II

LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA ADMINISTRATIVO PARALELO

1. Introducción

1.1. Planteamiento del problema

En muchas comunidades se generan a veces formas sociales de un derecho no emanado del Estado: Los juristas las podrán llamar derecho consuetudinario, e integrarlo de tal modo al resto del aparato jurídico del Estado, y ese será siempre el enfoque válido de la cuestión; también los sociólogos podrán hablar de un derecho no estatal.¹

Hay comunidades en las cuales se percibe la existencia simultánea e incompatible de dos órdenes normativos: Uno, el mundo de las normas jurídicas escritas y formales, el derecho conocido y aplicado por los abogados; otro, el mundo de las normas no escritas, emanadas e impuestas por los grupos sociales, que son conocidas y explicadas por los sociólogos, cientistas políticos, etc. Son diferentes los métodos científicos empleados por unos y otros para el estudio de sus respectivas realidades. Esos dos mundos² no siempre coinciden; a veces van por vías paralelas, regulando distintos aspectos de un todo social; a veces se contraponen, cuando las normas sociales imperantes son contrarias o al menos diferentes de las normas jurídicas vigentes en un mismo tiempo y lugar; a veces incluso se complementan.

¹ Así la colección *African Law Studies*, Colorado, USA, nº 1 a 17, y *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Colorado, 1981, nº 19.

² Hemos hablado de distintos mundos para recordar de las creencias de una tribu primitiva argentina su idea de que existe un mundo de los vivos, un mundo de los muertos (en que los seres mantienen incólume su cuerpo y deambulan sin vida pero con cuerpo), y un mundo de los espíritus. (En el cual han perdido también su cuerpo.) Creemos que en materia de normas jurídicas y sociales más de un latino distingue también un mundo de los vivos (los seres humanos reales y lo que realmente hacen), un mundo de los muertos (las normas sociales) y un mundo de los espíritus. (Las normas jurídicas.) Intentaremos aquí referirnos a este particular fenómeno, y analizar cómo operan las normas jurídicas en ese contexto, partiendo de algunos hechos que son conocidos aisladamente pero que quizás no hayan sido suficientemente interrelacionados unos con otros.

Es difícil determinar si existe o no una percepción colectiva generalizada acerca de la coherencia y magnitud del fenómeno; pero existen sin duda percepciones sectoriales de situaciones de esta índole.

En el presente capítulo trataremos de reunir algunas de estas observaciones dispersas que han sido efectuadas desde distintos ángulos del análisis, para indicar cómo en verdad entre todas conforman un conjunto sistemático de observaciones.

En este capítulo trataremos pues de describir someramente cómo el fenómeno se presenta en todos los aspectos de la vida social, para llegar a la conclusión de que se trata de un conjunto posiblemente sistemático de normas, comportamientos y creencias de esa índole, que existe en forma paralela al sistema formalmente imperante. En el tercero trataremos de indagar acerca de las relaciones que existen entre ambos órdenes normativos y su funcionamiento recíproco, y apuntaremos algunas soluciones en el cuarto capítulo.

1.2. *El concepto de derecho*

No entramos en este trabajo al problema de filosofía del derecho, de definir o determinar qué es el derecho. Sin perjuicio de que no consideramos que quepa excluir del concepto de derecho el juicio de valor que las normas formalmente vigentes merezcan, y el grado de realidad que tengan, no puede menos que reconocerse que para el común de la gente y posiblemente la mayor parte de los abogados practicantes y funcionarios públicos (activos, consultivos, de control) el derecho básicamente no es en verdad otra cosa que ese conjunto de disposiciones emanadas del Estado y formalmente vigentes en determinada época y lugar, con prescindencia, salvo casos graves, de su grado de realismo y su valor o disvalor. Cierto es que muchos juristas con razón considerarán a esto una visión pobre y limitada, e incluso equivocada del derecho, pero también es cierto que muchísimos conflictos que pudieran plantearse en que quepa hacer jugar la realidad y la valoración además del texto positivo de una disposición estatal, serán resueltos por las partes intervinientes, funcionarios públicos y administrados, contadores públicos y abogados que desempeñan funciones de control, y posiblemente por más de un juez a cuyos estrados eventualmente llegue la cuestión, sobre la base o la hipótesis inexacta para nosotros, de que “derecho” es tan sólo el conjunto de normas de diverso rango formalmente vigente en determinado momento.³ Es

³ Señala CASSESE, SABINO, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 198, que los juristas no pueden pretender que el rol de interpretar y crear el derecho esté limitado, y que “los administradores, ... todos los ciudadanos, «ejecutan», «actúan», «aplican»,” (p. 200), sino que al contrario “se afirma más sólidamente el rol creativo de todos los órganos.” Los juristas podremos negar que tales actuaciones y operaciones sean verdadera interpretación y aún ni siquiera correcta aplicación del derecho, pero no podemos en cambio desconocer que a veces son estas actuaciones y operaciones las que en verdad ocurren, aunque ellas no sean las que el jurista cohonesto con su propia interpretación.

igualmente cierto que muchísimos conflictos en que pudiera discutirse que la mejor solución jurídica no es la que parece desprenderse del texto liso y llano de una disposición estatal, no llegan en verdad a ser resueltos por un jurista, sino que son resueltos por aquellas partes y actores del procedimiento administrativo, en base a la hipótesis antes señalada. A los efectos de este trabajo tomaremos en cuenta para el análisis, por una parte el conjunto o sistema de disposiciones de carácter normativo emanadas del Estado (Constitución, leyes, reglamentos, etc.), con prescindencia de si cabe o no considerarlo “derecho” en ausencia de un juicio de valor y de realidad; y por la otra parte lo contrapondremos o compararemos a un conjunto de normas sociales en su mayor parte no emanadas de los órganos del Estado encargados de la producción de normas generales o su interpretación, normas éstas que atienden precisamente en mayor medida a juicios de valor distintos que los consagrados en las normas antes citadas, y a distinta percepción de la realidad. A las normas emanadas formalmente del Estado por el procedimiento previsto al efecto, las llamaremos indistintamente en este trabajo normas jurídicas o positivas, sistema jurídico, etc. Adelantamos desde ya que si el resultado de nuestro análisis hubiera sido que en general son pocas las hipótesis en que existe conflicto grave entre una norma emanada del Estado y la percepción social de su valor y realidad, no lo hubiéramos escrito, pues ningún conflicto importante hubiéramos encontrado que no fuera susceptible de ser normalmente resuelto por las vías de interpretación que el sistema jurídico contiene. En cambio, encontramos lo que nos ha parecido demasiados supuestos, incluso coherentes, en que el sistema normativo formal no es acompañado por una percepción social coincidente acerca de su valor y realidad, y en que las conductas también siguen caminos diferentes de los marcados por el aparato normativo formal del Estado, sin que los organismos de interpretación y aplicación del derecho tengan la oportunidad, o la inclinación, de realizar en cada caso el esfuerzo de integración e interpretación de la norma, la realidad y la valoración. Al encontrar una diferencia o distancia apreciable que la interpretación y aplicación del derecho normalmente no supera ni acorta, pensamos que una consideración como la que aquí haremos puede quizás ofrecer una perspectiva distinta de discusión sobre algunos problemas jurídicos y administrativos.

2. *Economía oficial y subterránea o paralela*

En los países desarrollados existe generalmente, a más de toda la economía que funciona legalmente y en la superficie, tributa impuestos, está registrada, etc., una pequeña economía subterránea que no declara ni paga impuestos, no los retiene, no figura en ninguna estadística ni se vincula para nada con el sistema económico oficial. Por lo general se presenta en lugares bastante aislados y su efecto sobre la economía total del país es ínfima. En países menos desarrollados el fenómeno suele tener mayor importancia, aunque se carece de datos concretos que

permitan evaluar su exacta incidencia; se ha hablado y se habla de una economía subterránea también con referencia a los países socialista, donde posiblemente esta forma de operar transacciones es además una forma de parcial alzamiento contra un sistema opresivo. En épocas o países de prohibiciones rigurosas florece por fin el mercado “negro,” en pleno y abierto desafío al sistema, y al cual concurren también, desde luego, los funcionarios del sistema.

También en nuestras sociedades existe permanentemente una economía no oficial, que más que subterránea es *paralela*: No es que pequeños sectores de personas están ellas mismas integralmente al margen de la economía oficial y por lo tanto comercian fuera de ella; no son los habitantes de las villas miserias o los vendedores ambulantes los que hacen funcionar en principal medida esta economía, sino que actúan en ella los mismos sujetos económicos que también hacen funcionar la economía oficial. No hay una economía arriba y otra abajo, hay dos economías que operan la una al lado de la otra, simultáneamente y con los mismos actores.

Ello se ilustra claramente con el mercado de divisas. De todos los tiempos, haya libertad o no para la compraventa de divisas, o la haya parcialmente, siempre ha existido un mercado llamado “paralelo,” nombre éste que designa con exactitud su índole. A veces son hasta los mismos operadores autorizados y regulares, los que también hacen operaciones en dólar paralelo; incluso los mismos bancos en más de una ocasión se ha podido saber que lo hacen. Desde luego también las empresas, industriales, profesionales, empleados, etc., operan cada uno en su medida en la compra y venta de dólares en el mercado paralelo.

Cuando está prohibida la compraventa de dólares, la razón es poderosa: Se trata de hacer algo que está prohibido;⁴ cuando está permitida, es no dejar rastros detrás de los cuales pueda venir algún inspector de impuestos a preguntar mas de la cuenta. Y aún cuando no se tengan en verdad demasiadas o muy importantes cosas que ocultar, de todos modos una prudencia visceral y ancestral hace que se prefiera, siempre que ello sea posible, canalizar las operaciones por el mercado paralelo y no por el oficial. Siempre en último análisis se está más tranquilo, aún corriendo con la inseguridad que teóricamente debiera representar una operación al margen de la ley.

⁴ Esto ya ha sido observado en la época pre-constitucional. Señala así JUAN AGUSTÍN GARCÍA en *La Ciudad Indiana*, cap. VII, que “Por entre el tejido de prohibiciones, reglamentos y ordenanzas que sugieren una situación económica patriarcal, se desenvuelve otro tejido de argucias para violarlas, una vida de mala fe, de ocultaciones y mentiras, formidable lucha de avaricias que se agitan como hormigueos bajo la apacible y teocrática superficie.” Sobre el tema ver también FOX, ROBIN, *The Red Lamp of Incest*, New York, 1980, pp. 180, 19-21, 140-141, 171-173 y sus referencias sociobiológicas.

También JOSÉ LUIS ROMERO, *La experiencia argentina*, Buenos Aires, 1980, p. 18, expresa que la población campesina tenía una existencia que “transcurría al margen del orden social y jurídico; las leyes carecían para ella de toda eficacia, no sólo por el carácter general de la legislación colonial, harto desvinculada de la realidad...”

Ocurre que las represiones, cuando aparecen, son esporádicas y provocadas casi siempre por una ocasional presión oficial para tratar de reducir las operaciones en el mercado paralelo, seguramente por un alza del precio del dólar que el gobierno quiere limitar o controlar por unos días. Pasado el momento, todo retorna a la “normalidad” y ya pueden seguir haciéndose tranquilamente las operaciones en el mercado paralelo.

De manera análoga, cuando se trata de hacer una compraventa de bienes o servicios, en grandes o chicos negocios, es frecuente que se pregunte si será “con IVA” o “sin IVA.” En el primer caso la transacción queda registrada y el importe de la operación se incrementa con el porcentaje legal de impuesto; en el segundo caso, la operación no queda registrada, y se descuenta del precio el porcentaje de impuestos. En los negocios, por lo demás, no suele darse recibo si no se lo pide expresamente, y por cierto cuando no se da recibo no queda registrada la transacción ni se tributa impuesto alguno por ella.⁵

Estos dos ejemplos bastan para demostrar que existe, en medida imposible de apreciar con exactitud, una economía paralela a la oficial, que está desde luego desautorizada por el sistema jurídico formal, pero que el aparato del Estado no se esfuerza a fondo ni permanentemente por perseguir; dicho de otra manera, que el régimen realmente vigente o imperante en la práctica en verdad prácticamente tolera ambos sistemas, en el sentido de que carecen de vigencia en forma estable las normas prohibitivas.⁶

El tema no ha pasado inadvertido para el derecho económico, y así es como se formulan principios conforme a los cuales en la interpretación debe tener primacía la realidad por sobre eventuales ficciones normativas;⁷ pero ello sólo ocurrirá en los casos que lleguen a pronunciamiento jurisdiccional, que no serán necesariamente la mayoría.⁸ Salvo esos casos relativamente aislados, “El derecho público, por cuyo intermedio se produjo la irrupción de la avalancha reglamentaria generada por el intervencionismo estatal a partir de los años 30, presenta una

⁵ Estos hechos son perfectamente conocidos por los organismos de fiscalización, pero dado que sus fuerzas son con bastante frecuencia limitadas, prefieren concentrar sus esfuerzos en los evasores más importantes; aún en éstos, con todo, es frecuente que exista un grado de tolerancia oficial de la evasión tributaria. Con ello puede decirse que a la par del sistema tributario formalmente vigente, existe un segundo sistema tributario, perfectamente real, en el cual hay que tributar algo de impuesto, pero no lo que exactamente prescribe la norma.

⁶ Según la clásica distinción de KELSEN, al carecer de vigencia las normas pierden también su validez. Aquí no la pierden totalmente, pero sí en determinados ámbitos o sectores. Es como si hubiera un acomodamiento entre ambos sectores: El sector de lo establecido, formal, legal y oficial, y el sector de lo no formal, ilegal, no oficial: Se respetan mutuamente, y tienen al menos una tregua incierta, intranquila, pero tregua al fin. Las escaramuzas que de tanto en tanto la rompen no llegan jamás a una guerra total que pueda tener vencedores o derrotados definidos; más aún, veremos luego que están profundamente entrelazados.

⁷ Ver por ejemplo OLIVERA, JULIO H. G., *Derecho económico*, Buenos Aires, Macchi, 1981, 2ª ed., pp. 35-45.

⁸ Y puede así formularse para la economía la misma observación que registra CASSESE para la administración, *supra*, nota 3.

imagen caótica, falta de cualquier sistema. Hipertrofiado en algunos sectores, como la legislación impositiva y previsional, carece de normas indispensables en otros;⁹ “El desfase entre los hechos sociales y el Derecho adquiere mayor relieve al examinarse el conjunto de normas que inciden en los aspectos estructurales del desarrollo económico.”¹⁰

Así por ejemplo, en lo relativo a la legislación antimonopólica, se ha dicho que “De hecho, la incidencia de las mismas como instrumentos de control del poder económico ha sido prácticamente nula. Los casos de aplicación de sus mecanismos no superan en total la docena, y la mayoría de ellos se refiere a situaciones monopólicas de escasa importancia. Sin embargo, la ineficacia de la legislación antimonopólica no ha motivado esfuerzos de reforma significativos, lo que sugiere que, aún como letra muerta, estos instrumentos han cumplido alguna función útil en el sentido de brindar una cobertura legal al ejercicio del poder económico.”¹¹

También puede ser ilustrativo comparar esta situación con lo que en derecho fiscal se denomina parafiscalidad: La atribución que el Estado confiere a ciertas personas, públicas o privadas, para que perciban tributos en provecho propio;¹² esa es la parafiscalidad formal, la que el propio sistema introduce en forma expresa y como parte de sí mismo. Pero, ¿qué decir cuando la norma tributaria es “...pésima: Usualmente exorbitante, abusiva, confusa, tumultuaria e inestabilísima;” cuando “no se observa aquí ni el principio de legalidad, ni el de igualdad, ni el de proporcionalidad, ni el de las inmunidades... ni el de la armonía tributaria?”¹³ En tales casos “La práctica tributaria... pesa en exceso sobre unos pocos, libera escandalosamente a muchos otros, oprime a los buenos contribuyentes, deja libres a los... defraudadores... alimenta a los fiscales corruptos... obnubila a los administradores... engendrando, en fin, un panorama caótico, anárquico y tumultuoso.”¹⁴

Estas palabras de ATALIBA referidas a una enmienda efectuada hace ya algunos años en Brasil, aunque parezcan referirse a una situación extremadamente excepcional, apuntan sin duda al problema de cómo la colectividad percibe un sistema en cuya elaboración no participa ni influye, y cómo reaccionan muchos frente a él. En materia aduanera más de una vez se ha escuchado la pregunta de si tales o cuales trámites y procedimientos irrazonablemente complicados, tengan en verdad una sencilla explicación en la idea de la parafiscalidad, y se relata el caso en México de que la reforma aduanera encontró su principal resistencia precisamente en los titulares de la percepción extralegal de paratributos, que en

⁹ WHITE, EDUARDO, *El derecho económico en América Latina*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, p. 31.

¹⁰ WHITE, *op. cit.*, p. 32.

¹¹ WHITE, *op. cit.*, p. 33.

¹² ATALIBA, GERALDO, “Sistema constitucional tributario brasileiro,” *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 1968, pp. 178 y 179 y sus referencias.

¹³ ATALIBA, *op. cit.*, p. XXII.

¹⁴ ATALIBA, *op. cit.*, pp. XXII y XXIII.

la aduana tradicionalmente se había creado en cabeza de sus propios agentes.¹⁵ En uno u otro país, de una u otra forma, con una u otra legislación, siempre parece coexistir al lado del sistema un parasistema que no es el formal ni el legal, pero que alguna conexión puede tener con él.

Como se advierte, de distintas maneras se presenta siempre el fenómeno de una economía paralela que funciona con prescindencia de lo que las disposiciones formales del sistema indican: Sean sus actores grandes, medianos o pequeños, el hecho del desconocimiento real del sistema reaparece continuamente.

Ahora bien, todo este lamentable estado de cosas es obviamente censurable y peligroso: Ningún Estado puede funcionar fácilmente si demasiada gente se siente legitimada para transgredir la legislación económica o no pagar correctamente todos sus impuestos; hay en ello no sólo un alzamiento contra el sistema tributario, en este ejemplo, sino contra el Estado mismo, que *no puede ni debe ser admitido*, máxime que tiene efectos deletéreos secundarios y perpetra una creciente desigualdad social, ya que la evasión fiscal la realizan proporcionalmente en mayor medida quienes tienen más ingresos, y en menor medida quienes tienen menos, hasta llegar a los que por su condición socioeconómica no pueden realizar evasión alguna por estar por debajo de los mínimos imponibles. La injusticia que representa frente a quienes no deben tributar impuesto alguno, el que tributen menos impuesto los que deben hacerlo, es flagrante.

Sin embargo, no es sólo con la denuncia de esta situación por lo demás conocida, como se la corrige: Es necesario indagar más profundamente para determinar si es que existen causas más profundas que expliquen este fenómeno, a más del deseo de lucrar ilegalmente en perjuicio del Estado.

3. *El procedimiento administrativo formal e informal*

3.1. *El procedimiento en la teoría y en la práctica*

Hay países de América Latina que tienen regulaciones integrales del procedimiento ante la administración pública, como la Argentina, Costa Rica, Perú, Venezuela, Uruguay: Sin embargo, es fácil verificar que no hay muchas diferencias reales entre el procedimiento administrativo en dichos países y aquel que se sigue en Brasil, Ecuador, México, Paraguay, etc., países en que tal legislación no existe. Es que en verdad la ley de procedimiento administrativo, aún hecha con el mejor criterio jurídico, no se cumple eficazmente sin en aquello que tiene de limitativo para el particular y de atribución de potestades para la administración pública;¹⁶

¹⁵ CARRILLO CASTRO, ALEJANDRO, conferencia en el *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981, en prensa.

¹⁶ Así lo dice EDUARDO ORTIZ, de Costa Rica, en el seminario internacional comparado de la Universidad Central de Venezuela realizado en Caracas, noviembre de 1981, *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*. Igualmente los trabajos y conclusiones del *Seminario de Derecho Administrativo* realizado en San José, Costa Rica, en agosto y septiembre

en cuanto la ley introduce criterios de publicidad, razonabilidad, defensa del administrado, control de la actividad administrativa, etc., la realidad en general muy poco recoge de los nuevos preceptos. Resulta de ello que subsiste un procedimiento administrativo real, con reglas y principios que conocen y manejan los que se especializan por ejemplo en gestiones o trámites ante la administración pública, y un procedimiento administrativo legislado que en parte coincide con aquél y en parte no.¹⁷ Es como si fueran dos círculos parcialmente superpuestos; en cuanto ambos círculos se cortan, tenemos normas que son al propio tiempo legales y reales, en lo que ambos círculos no tienen contacto, cada uno tiene normas que son ajenas al otro. Hay así normas legales que no se cumplen, y normas reales que no están en la ley.

3.2. *La organización y competencias formales e informales*

Otro tanto ocurre con las competencias y organización que surgen de las diversas leyes de ministerios, o leyes o estatutos orgánicos de entes administrativos. La atribución formal y legal para adoptar decisiones las tienen determinados órganos, generalmente de alto rango administrativo, y son tales órganos los que finalmente aparecerán suscribiendo con su firma los actos que adopten las resoluciones que sean del caso. Pero toda persona familiarizada con la administración sabe que ello no es exactamente así, que la resolución en realidad resulta de un proceso mucho más complejo que no está escrito en ninguna ley y en el cual toman parte activa y decisoria diversos funcionarios, asesores, etc. Quien quiere arrimar argumentos útiles trata pues invariablemente de detectar quién o quiénes son las personas que en cada organismo efectivamente tienen peso para la toma de una decisión.

El fenómeno ha sido observado por muchos autores, y así en Francia ALFRED SAUVY ya señaló hace mucho que “La periferia de este poder también debe ser incluida en el dispositivo: Ujieres que reciben con altivez y desdén o desaparecen, dejándonos ante una puerta que lleva la inscripción «entrada prohibida» secretario o telefonistas que defienden el acceso al castillo de KAFKA. A veces, por el contrario, la acogida en el laberinto es generosa, pero surgen dificultades para encontrar, dentro de la inmensa máquina, la manecilla que ha de provocar el movimiento esperado.”¹⁸ Y las más de las veces ocurre, en la administración pública de los países de América Latina, que se debe salvar tanto la valla inicial que impide entrar al laberinto, como encontrar luego la manecilla que ha de provocar el movimiento esperado. La alusión de SAUVY al laberinto y al castillo

de 1981, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1981, en prensa, referido a la Ley General de la Administración Pública y su comparación con otros sistemas.

¹⁷ Hemos ya adelantado algunas reflexiones sobre el procedimiento informal en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, cap. XI, posteriormente reiteramos en la edición de 1971 y finalmente en el *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *Parte General*, Buenos Aires, 1975, cap. XVIII.

¹⁸ SAUVY, ALFRED, *La burocracia*, Buenos Aires, 1976, pp. 7-8.

de KAFKA muestra bien a las claras la percepción real para el administrado de una organización de competencias que la ley define en forma concreta y clara pero que así resulta totalmente irreal.

Cuando el interesado no logra encontrar cuáles son las particulares manecillas que mueven en cada caso el aparato administrativo, entonces para él la decisión administrativa resultará en definitiva anónima,¹⁹ no la decisión concreta del ministro tal o el presidente cual. En cualquier caso, siempre existe diferencia neta y profunda entre la organización formal e informal de la administración.

3.3. *Publicidad y silencio*

Mientras las leyes y hasta las Constituciones consagran enfáticamente el principio de la publicidad de los actos de gobierno,²⁰ y el más irrestricto acceso de los interesados a las actuaciones administrativas salvo que ellas sean calificadas por acto expreso y motivado como “confidenciales,” lo cierto es que en la práctica tales disposiciones jamás se cumplen fácilmente. La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita: Al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede “comprometerlo.”²¹ Si se le informa de la ley que dispone lo contrario, su incredulidad será genuina: Realmente él percibe a esa norma como ilegal,²² no se sabe cómo ni porqué, pero

¹⁹Ver, para el caso norteamericano, SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, 1976, p. 374 y ss., § 131, y el análisis de los cuatro casos *Morgan* fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, pp. 385-394. Para la situación argentina y latinoamericana, ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1., *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980, cap. VIII, § 1. SCHWARTZ recuerda las palabras del presidente del *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*: “La repartición es una gran organización oscura con la cual el ciudadano tiene que tratar. Es absolutamente amorfa. El la apreta en un lugar y ella aparece en otro. Nadie parece tener autoridad específica. Hay alguien llamado la comisión, la superioridad (*authority*); un ente metafísico que parece flotar en el aire y no es un ser humano. Eso es lo que es desconcertante...”

²⁰Nos remitimos, para la ley venezolana, a nuestro artículo “Algunos aspectos del procedimiento administrativo en Venezuela,” *Revista de Derecho Público*, n° 8, Caracas, 1982, en prensa, § 6. Para el derecho argentino, nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 4.1., *Procedimientos y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1980, cap. IV y sus referencias comparativas.

²¹Como dice WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20, “Su obligación es mantenerse a sí mismo y a su personal fuera de la luz.”

Es importante destacar que en los países desarrollados se ha generado en los últimos años una fuerte tendencia a la eliminación de los reductos de reserva y secreto. Ver por ejemplo ROWAT, DONAL C. (compilador), *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Nueva York, Columbia University Press, 1979; del mismo autor, *The Right to Know: Essays on Governmental Publicity and Public Access to information*, Ottawa, Carleton University, 1981; “Keeping it too Dark,” en *Policy Options*, vol. 2, n° 3, julio-agosto de 1981, p. 39 y ss.; “Freedom of Information Bill too Restrictive,” diario *Sunday Star*, 22-XI-1981. p. C-5.

²²No debe esto sorprender demasiado, si se tiene en cuenta que similares contraposiciones se han hecho, con una escala de valores irreprochable, desde el ángulo de la filosofía del derecho, por

tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la cual se encuentra, no es en absoluto la descrita en la ley sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo;²³ que por otra parte es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones.

No podemos aquí sino reiterar que tal tendencia al secreto y a la reserva es profundamente censurable, y que debería darse el más estricto cumplimiento al principio de la publicidad de las actuaciones que consagran las normas vigentes, tanto constitucionales como legales y reglamentarias.

3.4. *Las reglas formales y reales del tránsito*

Otro ejemplo nos servirá de subsiguiente aproximación: Las reglas administrativas de tránsito en la Argentina indican que para adelantarse a otro vehículo debe hacérselo por su izquierda; pero ocurre que los vehículos que circulan por calles y caminos a baja velocidad (y pueden requerir ser superados por otro que necesita pasarlos), lo hacen invariablemente por la izquierda de la calle o ruta. Si el que quiere pasarlos les hace señales con la luz o incluso les toca bocina, difícilmente le atenderán la señal y se desviarán a la derecha para dejarle paso por la izquierda. Y en cualquier caso tardarán bastante en darse cuenta de que se los quiere pasar, porque en primer lugar no tienen la costumbre de mirar por el espejo, ni consideran que sea incorrecto transitar por la izquierda. *Les gusta hacerlo.*

Ante esta situación, el que quiere pasar a un vehículo que tiene delante suyo, tiene la opción de hacerlo por la derecha, en forma práctica, rápida, sencilla, y casi sin problema alguno, o de tratar mediante señales y bocina de desviarlos a la derecha para hacerlo por la izquierda. La opción y su solución son claras: Todos se adelantan, entonces, por la derecha.

3.5. *Los canales formales e informales para toda tramitación*

Si utilizamos los términos en el sentido familiar de que hacer las cosas bien, como corresponde, es hacerlas por “la derecha,” y que hacerlas mal es hacerlas “por la izquierda,” ocurre que algo parecido pasa a diario con casi todo. El trámite que se quiere encarar “por derecha,” conforme a las normas formales preestableci-

ejemplo RADBRUCH, GUSTAV, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal.” Buenos Aires, 1962, traducción del artículo *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, cuyo juego de palabras y de conceptos es perfectamente de aplicación al caso, con la profunda diferencia de que los valores en juego estarían en el presente caso invertidos. No es que lo valioso se opone al derecho escrito para intentar superarlo, sino que al revés, lo disvalioso es erigido en “derecho” por encima del derecho escrito.

²³ Esto no es sólo propio de los países en desarrollo, aunque sí más grave. Señala WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 20, que “el agente público, desde el comienzo hasta el final de su carrera, respira una atmósfera de trastienda y, como la modesta violeta, escapa a la luz del día.” Hemos tratado el punto en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *Parte General*, cap. XVIII, § 7 y ss.

das, está destinado al fracaso o al menos a ser más engorroso y dificultoso que aquel que se hace “por izquierda,” por otras vías informales y mas personales. Hay ejemplos constantes, llegando hasta el código de faltas de la Provincia de Buenos Aires: El detenido por presuntas infracciones menores que apela, tarda mucho más en obtener su libertad que aquel que no lo hace, y ello surge así de la propia sumatoria de los plazos procesales establecidos en la ley: La ley ya nos sugiere que por su camino vamos mal.²⁴

¿Qué hace la persona que tiene que hacer un trámite en alguna oficina pública? Si quiere resultados, no trata de hacer el trámite tal como él está previsto, pues ello le implicará innúmeras visitas a la repartición, cada vez llenando el requisito adicional que se acuerdan de pedirle,²⁵ sino que trata de conseguir una “recomendación”²⁶ un “contacto,” un “enchufe,” uno que conozca a alguien adentro del tal repartición, el cual le pueda resolver el problema como “gauchada,” como “favor.”

Aparecen así los “*contact men*” o “abrepuestas,” lo que explica el por qué ocupan altos cargos empresarios personas de vinculaciones políticas pero aparentemente no necesaria formación empresaria. (Ex-Ministros y Secretarios, oficiales superiores retirados de las fuerzas armadas, etc.) A nivel más modesto, son los indispensables “gestores” a veces profesionalizados.²⁷

Conviene evitar en este punto generalizaciones de crítica, pues si bien es obvio que muchas de las prácticas que estamos describiendo son fuertemente censurables, no por ello ha de pasarse al extremo opuesto de alabar el puro procedimiento escrito. Siempre será conveniente al interesado en un expediente administrativo o judicial intentar acercarse personalmente a quienes tienen que informar, tramitar, dictaminar o decidir la cuestión, restituyendo al procedimiento algo de la intermediación que perdió, y siempre es conveniente al propio interés público que el funcionario tenga también una impresión directa de las personas cuyas

²⁴ XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. La Plata, 1981, comisión IV, Derecho procesal administrativo, punto c), ponencias presentadas y conclusiones aprobadas.

²⁵ Se trata de lo que también se llama la información por “cuentagotas,” como expresó para el caso de México ALEJANDRO CARRILLO en el *Seminario internacional sobre la ley orgánica de procedimientos administrativos*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, noviembre de 1981, en prensa.

²⁶ Está tan difundido el procedimiento, que no es a veces bien visto que una persona que esté en situación de dar una “recomendación,” no la dé: Ello lleva a que las recomendaciones se dan, pero con distintos grados de intensidad del mensaje, lo que hace que “El funcionario que recibe recomendaciones sabe distinguir muy bien las que realmente cuentan con apoyo de las que resultan meramente formales,” como dice SAUVY, ALFRED, *La burocracia, op. cit.*, p. 63, en palabras estrictamente aplicables a nuestros países.

²⁷ Esto, siempre que no se llegue a la corrupción extrema de que se deba tener una “atención,” o haya que “gastar” algo, hecho tan frecuente que en algunos casos llega a tener tarifas más o menos oficiales, que permiten saber cuánto “cuesta” tal o cual trámite. Todo esto va mostrando una violación *sistemática* al “sistema,” lo cual produce como es obvio *dos* sistemas aparentemente antagonicos que subsisten de algún modo simultáneamente.

peticiones considera. Lógicamente, pasar de allí a mayores, llegando a la venta de influencias, es notoriamente inconveniente y disvalioso.²⁸

3.6. Conclusiones parciales

Sería largo enumerar los múltiples supuestos en los cuales el procedimiento administrativo funciona en base a normas y principios reales y vigentes, que no son los que consagran las leyes igualmente “vigentes” de procedimiento administrativo. Basta con ello, pensamos, para mostrar cómo además del sistema legal de procedimiento administrativo se advierten además fuertes indicios de la existencia de todo un parasistema procedimental.

4. La Constitución real

4.1. El sistema paraconstitucional

Los autores de ciencia política han trabajado en similar sentido, al analizar las diferencias entre la Constitución formal y la Constitución “real,” entendiendo por tal la que efectivamente se cumple. Así por ejemplo, si se tiene en cuenta que la declaración de estado de sitio es claramente una medida de absoluta y total excepción dentro del régimen constitucional, y sólo para circunstancias excepcionales, es evidente que al implantárselo en la práctica con una frecuencia y duración significativas, importa de hecho una práctica constitucional diferente de la que surge del texto formal.²⁹

En el caso argentino, quizás un poco exagerado, el estado de sitio en los últimos cincuenta años tuvo los siguientes períodos de vigencia:

<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>
1) 7-IX-1930	2-II-1932
2) 19-XII-1932	6-V-1933

²⁸ Suponemos que es innecesario destacar que repugna a todo sentido ético, individual o social, la comisión de conductas de esta índole, v. gr. nota 27.

²⁹ Cabe cuestionarse aquí si no existen dos paralelismos: Uno, el que explicamos en el texto, en el sentido de que la norma constitucional está de hecho desconocida, y que en la práctica impera otra normativa que la dispuesta en la ley fundamental; otro, si la propia ley fundamental no incurre en un razonamiento paralelo al prever ella misma su virtual suspensión: “Con la figura del Estado de excepción, la ley pretende protegerse de toda posible eventualidad adversa. Quiere, así, ceñirse al imperio de la ley aún aquello que por su naturaleza es ilegal. Se aspira a la vigencia de las normas cuando no hay más que hechos en ostensible contraposición al orden estatuido,” como dice DIEGO VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 155. Esa duplicidad conceptual, que guarda analogía con el caso del Dr. K que plantea CARRIÓ en *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 28-33, tiene en América Latina muchos antecedentes, uno de los cuales, que recuerda VALADÉS, es el de ROSAS en la Argentina: “Por esa razón, resulta en extremo frecuente que en las instituciones de excepción encuentren su apoyo dictaduras inconfesas, que pretenden refugiarse en una aparente constitucionalidad,” p. 157. Como se ve, también aquí el doble sistema tiene antecedentes de larga data.

3) 30-XII-1933	6-VII-1934
4) 16-XII-1941	6-VII-1945
5) 26-IX-1945	23-V-1946
6) 28-IX-1951	27-VI-1957
7) 30-X-1957	30-XI-1957
8) 11-XI-1958	20-IX-1963
9) 30-VI-1969	22-V-1973
10) 6-XI-1974	hasta el presente

Surge de ello que en más de la mitad de ese tiempo lo “excepcional” ha sido la norma real.

Pero no se trata sólo de eso: También durante períodos harto prolongados el gobierno civil, electo por la población, es desplazado por un golpe militar que implanta un gobierno de facto de origen castrense. También aquí la experiencia argentina³⁰ y latinoamericana es frondosa, y valga la pena señalar que la culpa no la tiene principalmente la ambición de poder de los militares sino la falta de unión de los civiles en el mantenimiento del orden constitucional.³¹ Si en la Constitución el gobierno es representativo, republicano, y se elige periódicamente por la población, en la realidad el gobierno es alternativamente civil por breves períodos, y castrense por períodos intermedios cada vez más prolongados en los últimos años.

No se trata, por lo demás, sólo de un incumplimiento parcial de algunas o muchas normas constitucionales. En algunos países los gobiernos de facto llegan a producir normas “revolucionarias” que modifican o enmiendan la Constitución en determinados aspectos, y hasta se llega a emitir cuerpos normativos casi completos o integrales de rango constitucional que dejan de lado la Constitución. La cuestión llega hasta tal punto que algunas publicaciones especializadas, por ejemplo en Chile, indican que existe un “ordenamiento constitucional” en el cual el lugar primero y principal lo ocupan todas las “actas” pseudoconstitucionales y demás normas derivadas, y un lugar accesorio y secundario lo ocupa, al final de la publicación, la propia Constitución.³²

Resulta claro que existen así dos cuerpos de normas “constitucionales,” unas constitucionales y las otras inconstitucionales, pero que las que se aplican realmente son las segundas a despecho de las primeras. Al lado del sistema constitucional existe y funciona así un sistema *paraconstitucional*.

³⁰ POTASH, ROBERT A., *El ejército y la política en la Argentina, 1928-1945. De Yrigoyen a Perón*; ídem, 1945-1962. *De Perón a Frondizi*, dos volúmenes, Buenos Aires, 1981.

³¹ POTASH, *op. cit.*, vol. 2, p. 507.

³² SOTO KLOSS, EDUARDO, *Ordenamiento constitucional*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1980. Primero se publican las metas, principales, etc., gubernativos; luego las actas constitucionales; más adelante los textos complementarios; por fin la Constitución que todos los actos anteriores modifican, derogan, sustituyen o simplemente ignoran.

Este parasistema constitucional, ¿es disvalioso para la mayoría de la ciudadanía? Si tomamos como dato ilustrativo la cantidad de gobiernos militares que han aparecido y perdurado con indudable y apreciable apoyo civil inicial, si atendemos a la conclusión de POTASH antes citada, y si le sumamos la observación de que la participación —base de una democracia moderna— en verdad no es el sentimiento mayoritario en América Latina,³³ deberemos lamentablemente expresar que no, que la civilidad clama por la Constitución sólo cuando se ha agotado el respectivo gobierno militar de turno. A la inversa, cuando se agota o desgasta un gobierno civil, en lugar de procurar sustituirlo electivamente por otro gobierno civil, se opta por pedir a los militares que tomen el poder.³⁴ De nada vale que las personas digan que son democráticas y están al servicio de la Constitución, si sus acciones no respaldan tales afirmaciones. Con lo cual llegamos al pleonasma total de que la mejor prueba de que la ciudadanía no considera del todo valioso el sistema constitucional, es precisamente que no vive de conformidad a él.³⁵

Por nuestra parte, no podemos sino insistir una vez más en la necesidad de cumplir con el sistema constitucional, y de ajustarnos a sus resultados aunque los sucesivos gobiernos que resulten de él no sean precisamente aquellos por los cuales hayamos votado.

4.2. *El gobierno paralelo*

Cuando hay gobiernos civiles, por lo general las autoridades militares se hacen sentir y funcionan como grupo de poder: Cuando hay gobierno militar se produce una escisión entre los militares que ejercen el gobierno y los que están sólo al mando de tropas. Los primeros, aunque mantengan sus grados y su carrera militar, lo cierto es que no comandan tropa cuando ocupan un ministerio u otro cargo público; los segundos si bien son militares dentro de un gobierno militar, no tienen un cargo político o administrativo en el sistema.

Ello produce una situación en la cual los últimos están constantemente intentando ejercer poder político, legitimados como lógicamente se sienten dentro del

³³ *Infra*, cap. IV y sus referencias.

³⁴ Es que, como se ha observado, las fuerzas armadas desempeñan generalmente el rol de un partido conservador: NEILSON, JAMES, "The Missing Conservative," *Buenos Aires Herald*, 4-XII-1980; del mismo autor, *La vorágine argentina*, Buenos Aires, 1979, pp. 106-108.

³⁵ Para muchos el voto es una opción insuficiente o vacía, y al no quedar satisfechos con el resultado del voto ni encontrar tampoco oportunidad suficiente de ejercer otras influencias legales sobre el curso de los acontecimientos públicos, acuden nuevamente a golpear las puertas de los cuarteles en busca de la misma ayuda que hace apenas pocos años pareció repudiar. Las minorías que quedaron excluidas de participar en el gobierno mayoritario, consiguen entonces inconstitucionalmente más injerencia aún que la mayoría les retaceó, pero la obtienen ahora no ya como participación sino como parte del gobierno mismo. Esto, desde luego, lleva al círculo vicioso de que el siguiente gobierno constitucional no se sentirá inclinado a darles participación alguna sino antes bien al contrario a penalizarlos, neutralizarlos y excluirlos de toda forma del cogobierno; lo cual pone en movimiento el siguiente ciclo...

Nadie resigna en su turno la tentación de ejercer el poder de manera unilateral y excluyente, realimentando entonces el proceso.

sistema, por el hecho de tener mando de tropas. Al fin de cuentas, si otros militares ejercen poder civil por haber tenido comando de tropas, ¿por qué no ellos? Pues al fin y al cabo son todavía más militares, más puros, más profesionales, que los primeros y por tanto tienen lógicamente aún más legitimación —en ese razonamiento— para hacerlo. Ello produce lo que se ha llamado precisamente un gobierno paralelo: “Los comandantes de los cuerpos de ejército han actuado en sus respectivas áreas con fuerza de autoridad paralela.”³⁶

Desde luego, la cuestión del gobierno paralelo no se limita al tema de cuánto comparten el poder civiles y militares, sino también a diversos fenómenos, suficientemente conocidos, de grupos de presión que ejercen no sólo influencias sino también poder real. Así por ejemplo los sindicatos han ejercido durante mucho tiempo un poder político concreto e importante, y también diversos grupos empresarios tienen ocasional ejercicio trascendente de poder.

Más aún, existen instituciones estables y permanentes que funcionan bajo la hipótesis de constituir un gobierno o una administración paralela. Explicamos en otro trabajo cómo los órganos de asesoramiento y coordinación en la Presidencia de la Nación (Secretaría General, etc.) en todos los tiempos se constituyen en verdaderos ministerios paralelos, que compiten frontalmente con las atribuciones que los ministros están llamados constitucionalmente a ejercer, y esto tanto en gobiernos militares como civiles,³⁷ nacionales o extranjeros.

Pareciera en definitiva como si siempre existiera una tendencia a emerger fuentes de poder que difieren de las de la administración institucionalizada conforme a la Constitución y a las leyes, y que esas fuentes de poder también se organizan y ejercen un poder paralelo.

Va de suyo que esta duplicación de la administración no es en absoluto sana para el país, y que debe intentar corregírsela.

5. Lenguaje y metalenguaje³⁸

Existen también dos lenguajes paralelos, del mismo modo que dos economías, dos constituciones y dos derechos paralelos. Uno es el lenguaje de la palabra

³⁶SCHÖNFELD, MANFRED, “El enfrentamiento entre los grupos de poder,” *La Prensa*, 17-XI-1981. Así como hay a veces autoridad militar paralela, hay en algunas épocas partes de una administración paralela. Así también, por ejemplo, se ha podido hablar en diferentes épocas y países americanos de fuerzas parapoliciales y paramilitares, que no son sino otra manifestación de la existencia y funcionamiento de un parasistema.

³⁷Nuestro trabajo “L’organisation administrative du travail gouvernemental,” en el libro del mismo nombre del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, Bruselas, 1982. Véase también ROTH, ROBERTO, *Los años de Onganía*, Buenos Aires, 1981, para un testimonio directo del funcionamiento de este tipo de organismos; de IMAZ, JOSÉ LUIS, *Los que mandan*, Buenos Aires, 1965, pp. 38 y 39, 42 y 43.

³⁸GENARO R. CARRIÓ, en su magnífica obra *Sobre los límites del lenguaje normativo*, op. cit., p. 21 y ss., analiza varios casos de dislates y absurdos que se pueden cometer con el lenguaje normativo: El caso del Dr. K que relata, es particularmente ilustrativo. Dice CARRIÓ que se trata de “sin sentidos que origina el uso del lenguaje normativo cuando quien lo emplea quiere realizar la difícil pirueta

“oficial” que se hace para el consumo del público y la prensa no informados, o ingenuamente para el exterior.³⁹ Son los discursos declamados, altisonantes, en que todo está magníficamente bien, la moneda no será devaluada, el que compre dólares perderá, etc. Otro es el lenguaje real, reservado para los muy amigos, en el cual se aclara que lo que está magníficamente bien es el grupo gobernante y no el país, que el dólar será devaluado ese día en un tanto por ciento, y que ganará seguro el que compre y perderá el que crea.

Hay incluso ejemplos destacados de este doble lenguaje: Cuenta un empresario argentino que cuando se discutía si la Argentina se adheriría o no al embargo cerealero norteamericano a Rusia con motivo de la invasión a Afganistán, tanto el Ministro del Interior como el Ministro de Economía le decían en forma expresa, en círculo de amigos, que la Argentina se adheriría al embargo; pero un funcionario de rango intermedio, representante en el exterior de la Junta Nacional de Granos, aclaraba en cambio expresamente que tales declaraciones eran “puro verso,” que la Argentina en verdad no se iba a adherir al embargo:⁴⁰ El segundo estaba al parecer en lo cierto.

Lo mismo cuando los políticos anuncian el magnífico país que lograrán hacer realidad si los eligen para tales o cuales cargos, o los militares llamados y apoyados por civiles a tomar el poder, anuncian desde el cargo los planes y programas de acción que pondrán en marcha: Ya es sabido que en realidad hay que analizar por sus comportamientos pasados qué es probable que hagan en el futuro,⁴¹ pues no se deben tomar al pie de la letra tales planes y promesas. Cuando un gobernante civil o militar efectivamente incumple sus promesas electorales o sus enunciados principios, nadie se asombra demasiado ni menos lo censura fuertemente, pues sabido es que sus palabras no eran para ser creídas a pie juntillas. Sólo los muy jóvenes o los muy ingenuos quedarán decepcionados y se sentirán defraudados.

Se torna así especialmente sutil el mecanismo de manejo y comprensión de la vida pública local: Hay que saber por una parte entender el derecho y la constitución escrita, hay que saber por una parte entender el derecho y la constitución

de atravesar algunos de los límites o fronteras internos del mismo sin atravesarlos realmente,” p. 21. A partir de la observación de CARRIÓ nos preguntamos en este acápite si no hay también toda una técnica o mecánica de lenguaje irreal, cuyo significado no es el que textualmente surge de su lectura, y al cual —salvo que uno lo rechace como sugiere el autor en la p. 33 para su ejemplo central— se presta una importante cantidad de gente y de medios de comunicación social. Algo de eso adelantó también ORTEGA y GASSET en 1929, cuyas palabras recordamos *infra*, notas 43 y 44.

Ver también CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

³⁹ En el exterior, por supuesto, no se convence a casi nadie. En el interior, “están las masas latinoamericanas, que no hablan, pero que esperan que sus dirigentes hablen por ellas, y que demostradamente están dispuestas a dar un crédito excesivo a quien sepa formular de manera fluida y fácil hipótesis agradables a nuestra psicología colectiva. Eso puede dar lugar a la emergencia de grandes demagogos.” RANGEL, CARLOS, *Del buen salvaje al buen revolucionario*, Caracas, Monte Avila, 1981, 8ª ed., p. 205.

⁴⁰ PIÑERO PACHECO, RAÚL, *La degeneración del 80*, Buenos Aires, 1981, pp. 91 y 92.

⁴¹ Un claro ejemplo explica RANGEL, *op. cit.*, pp. 218-9, en el caso de Perú.

escrita, hay que conocer los discursos y proclamaciones oficiales, hay que analizar los planes y programas del gobierno y de los aspirantes a ser gobierno; pero al propio tiempo hay que aprender a percibir cuáles son las reglas jurídicas con las cuales la sociedad realmente se maneja, cuáles son los pensamientos que efectivamente guiarán las acciones y no los que se anuncia que las guiarán, hay que aprender a detectar cuáles serán las acciones que efectivamente serán puestas en ejecución a diferencia de las anunciadas, hay que encontrar contactos, relaciones, vinculaciones, amigos, en tantos lados como se pueda, pues sin ellos será mucho más difícil cualquier acción o decisión.

Naturalmente que este estado de cosas es poco menos que esquizofrénico, pues obliga permanentemente a un doble ejercicio mental, a pensar y callar, a leer y escribir siempre entre líneas, a adivinar⁴² a detectar el lenguaje no verbal, a ser cauteloso desde la lectura del diario a la mañana pasando por la audición radial o televisiva, a filtrar en la cabeza toda información, a ubicar y valorar la fuente de cada información para, según su autoridad intrínseca, jerarquizar consecuentemente la probabilidad de que sea cierta, etcétera; llegamos así a tener una mente paralela. De seguir por ese camino, terminaremos por no creer a quien nos dice la verdad, por ofendernos ante quien hable con claridad, por pedir en suma a través de nuestros comportamientos que no nos hablen claro,⁴³ que usen subterfugios y circunloquios, que nos mientan y disfracen la verdad pues ya nos encargamos nosotros, suficientes, de traducir su mensaje a pensamientos claros que nosotros tampoco explicitaremos a los demás. Como no aclaramos ni explicamos nuestra interpretación de los metamensajes, no sabemos tampoco si hemos entendido bien, ni saben los otros qué entendemos nosotros.

Es como si nos hubiéramos colectivamente prohibido hablarnos clara y sinceramente. “*Todos lo sabemos* (tal o cual cosa), *pero no podemos* (o no debemos, o no nos atrevemos a, o no nos conviene) *decirlo*,” es la clave del lenguaje público y privado. Estas pautas de lenguaje y expresión nos vienen impuestas, no por

⁴² Ya V. S. NAIPAUL* ha observado que no parece casual que BORGES sea argentino. Algo del alma colectiva está presente por ejemplo en sus *Ficciones, Obras Completas 1923-1972*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, p. 425 y ss. Leyendo los múltiples planos imaginarios de *Las ruinas circulares* (pp. 451-455), *El jardín de senderos que se bifurcan* (pp. 472-480), o *La biblioteca de Babel* (pp. 465-471), resulta obvio que mucho menos complicado es manejarse a diario con un doble sistema de todo: Al final de cuentas, son nada más que *dos* sistemas. Sin embargo, los planos de BORGES sólo pretenden ser imaginarios, literarios, y no aspiran a guiar las acciones de los hombres. De allí que lo que en BORGES es un hermoso ejercicio estético, sea en la sociedad un juego peligroso que puede resultar potencialmente autodestructivo.

* Ver NAIPAUL, *The Return of Eva Perón*, Londres, 1980.

⁴³ El hablar claro se ha transformado incluso en una falta de tacto social, en una descortesía hacia el interlocutor. Decía ORTEGA y GASSET que “como el argentino no suele ser lo que realmente es, sino que se ha trasladado a vivir dentro del personaje que imagina ser, el tacto no sirve para nada. No se palpa lo impalpable. Por eso en Buenos Aires todo movimiento que se haga hiere a alguien, viola alguna personalidad secreta, ofende a algún fantasma íntimo. Preocupado el argentino de que reconozcamos su fantasma personal, permanecerá artillado frente a nosotros.” Ver “El hombre a la defensiva,” en *El espectador, Obras completas, op. cit.*, p. 642 y ss., p. 651.

una censura o imposición sistemática, sino por una autocensura individual⁴⁴ y una censura social parasistemática. ¿Se quiere acaso una descripción mejor de una sociedad enferma?

Advertimos así la gravísima distorsión que se va produciendo en el alma colectiva, que en un círculo vicioso deforma a su vez no sólo toda comunicación verdadera entre las personas, entre gobernantes y gobernados, sino también todo el proceso de formación y aplicación del derecho.

6. *La moral paralela*

Hay finalmente un doble *standard* moral, doble moral o moral paralela: Personas que son esencialmente respetuosas de los valores comunitarios, pero que no tienen reparo moral alguno a cometer determinadas transgresiones. El honesto señor casado que considera inmoral el divorcio no ve para nada objetable tener una querida. No se trata tan sólo de una moral de Tartufo, de un puro cinismo: Se trata, peor aún, de la honesta convicción de que ambas actitudes no son incompatibles sino, bien al contrario, perfectamente coherentes.⁴⁵

No se trata entonces de *transgresiones* a la moral, sino estrictamente de la vivencia de una *doble* moral. Por esta vía de razonamiento y de sentimiento es como en absoluto se concibe como inmoral la vivencia del doble sistema que estamos exponiendo: Quienes se habitúan a él lo toman como un dato de la realidad al cual no cabe en modo alguno formular reparos de orden ético. Esta doble moral, o existencia de dos *standards* morales que conviven en el alma colectiva, aparece no sólo en materia sexual o política: Está en verdad presente en todos los órdenes de la vida, y así es como más de un profesor universitario, por ejemplo, no considera en absoluto inmoral plagiar a los demás autores. Si el autor plagiado quisiera hacer una querrela criminal al plagiario, encontraría quizás él mismo a la inversa que la comunidad le formula reparos “éticos,” por querer tal vez aprovechar de una sanción penal “formal” para en verdad librarse de un adversario o discípulo infiel. Lo mismo pasa con el comerciante que quiere

⁴⁴ Por ello ha dicho ORTEGA y GASSET en *El hombre a la defensiva*, *op. cit.*, p. 649, que en el caso del argentino, él es “un hombre a la defensiva;” “cuando el prójimo se acerca hermetiza más su alma y se dispone a la defensa;” “Que atacado se defiende es lo más congruente, pero vivir en estado de sitio cuando nadie nos asedia es una propensión superlativamente extraña.” Según ORTEGA, hay en esta actitud mucho de defensa de un *status* o rol; “a este tipo de hombre le preocupa en forma desproporcionada su figura o puesto social. Lo excesivo de semejante preocupación sólo se comprende si admitimos dos hipótesis: 1°) Que... el puesto o función social de un individuo se halla siempre en peligro por el apetito de otros hacia él y la audacia con que intentan arrebatarlo; 2°) que el individuo mismo no siente su conciencia tranquila respecto a la plenitud de títulos con que ocupa aquel puesto o rango,” pp. 650 y 651. Además, “el rango público de cualquier orden que un individuo posee está en constante peligro por la presión de apetitos en torno, que ningún otro imperativo modera. Donde la audacia es la forma cotidiana del trato, es forzoso vivir en perpetua alerta,” p. 651.

⁴⁵ Una segunda explicación del mismo fenómeno, algo más compleja, hemos efectuado en *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, 1973, cap. X. Volveremos sobre el tema, parcialmente, en el § 4 del cap. II.

denunciar al competidor desleal que no paga los impuestos, y así sucesivamente con el estudiante que se copia en los exámenes, el maestro que no enseña, y en general todos aquellos que ejercen una actividad cualquiera sin dedicación, sin responsabilidad, sin vocación, sin espíritu de servicio a la comunidad. Todo se hace entonces regular o mal, nada es indispensable por imperativo ético hacerlo bien. “Total, si todo anda igual, ¿a qué imponerse uno mismo limitaciones y restricciones que no vienen impuestas socialmente?”⁴⁶

Pareciera entonces como que si la doble moral reflejara claramente la existencia y funcionamiento de un doble sistema de todo: El sistema formal, con sus preceptos expresos o implícitos del deber, sea constitucional, político, tributario, administrativo, etc., y el parasistema. La doble moral implica la consigna de que el sistema no debe ser cumplido fiel ni íntegramente, que ello carece de sentido; es el parasistema el que da entonces realidad y sentido obligacional a las conductas individuales. Que esto es censurable, no haría falta decirlo. ¿Pero por qué se produce este fenómeno?

Dicho de otra manera, el problema es demasiado grave y generalizado, la falta de convicción moral que apoya al sistema demasiado extendida, la falta de consenso y adhesión demasiado profunda. Es indispensable superar este estado de cosas, y para ello resulta a su vez necesario y previo entender por qué se ha producido: Sin la previa comprensión de por qué se producen estos hechos y comportamientos, nada podremos hacer de útil para resolver el problema y evitar su repetición.

7. *La doble personalidad*

ORTEGA y GASSET ha hablado de “Esta dualidad del cuerpo colectivo” y ha dicho que “La estructura pública... fomenta ese dualismo del alma individual.”⁴⁷ Esa dicotomía de lo que se querría ser y lo que verdaderamente se es, y ese cultivar las formas del ideal pero no de su experiencia, hace que se sacrifique lo segundo

⁴⁶ Esto también lo señaló hace tiempo ORTEGA y GASSET, al expresar que “no se ha adscrito nunca a la actividad que ejerce, no la ha aceptado como su vital destino, no la considera jamás definitiva, sino a manera de etapa transitoria para lo único que le interesa: Su avance en fortuna y jerarquía social,” pp. 652 y 653. “Los oficios y puestos pueden ser... situaciones externas al sujeto, sin adherencia ni continuidad con su ser íntimo. Son posiciones, en el sentido bélico de la palabra, ventajas transitorias, que se defienden mientras facilitan el avance individual;” el individuo no ve su ocupación o profesión “irrevocablemente... como su destino vital, sino como algo que ahora le pasa, como una mera anécdota, como papel. De este modo la vida de la persona queda escindida en dos: Su persona auténtica y su figura social o papel,” p. 654. “No hay vida sin vocación, sin llamada íntima,” p. 656, y el individuo así escindido y fracturado dentro de sí mismo “no se entrega a nada, ...no ha sumergido irrevocablemente su existencia en el servicio de alguna cosa distinta de él,” p. 656. Adviértase la contradicción, que explica una vez más el “dualismo del alma individual” que es reflejo de “esta dualidad del cuerpo colectivo,” p. 657, que existe en suponerse un idealista, pero ser un *idealista* que no pone sus *acciones* detrás de sus ideales y que se contenta con tenerlos en su cabeza y declamarlos, sin intentar cumplirlos y hacerlos realidad.

⁴⁷ *El hombre a la defensiva, op. cit.*, p. 654.

a lo primero: “Por tomar en cada instante la postura que aquel personaje irreal tomaría, renuncia a la actitud sincera que la persona real querría adoptar.”⁴⁸

Entonces, “no suele ser lo que realmente es, sino que se ha trasladado a vivir dentro de la persona que imagina ser.”⁴⁹ “Notamos como si aquel hombre, presente entre nosotros, estuviese en verdad ausente y hubiese dejado de sí mismo sólo su persona exterior, a la periferia de su alma, lo que de ésta da el contorno social. En cambio, su intimidad no está allí. Lo que vemos es, pues, una máscara y sentimos el azoramiento acostumbrado al hablar con una careta;” “Detrás del gesto y la palabra no hay —parece— una realidad congruente y en continuidad con ellos”⁵⁰ La referencia a la máscara que está delante de la persona permite evocar precisamente el origen etimológico de la palabra persona, que no es otro que “máscara,” y descubre una vez más la clave de la doble personalidad del individuo, de la sociedad, del Estado. No es de extrañarse entonces que la teoría de la doble personalidad del Estado, hoy en día abandonada por la mayor parte de los juristas, haya tenido no obstante importantes seguidores hasta hace muy poco.⁵¹

Es necesario ahora afrontar el problema de superar esta doble personalidad, este sistema jurídico-administrativo paralelo, esta verdadera fractura en el alma colectiva que le hace vivir con dos ordenamientos como los expuestos en este capítulo.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 660.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 651.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 648.

⁵¹ Para una crítica de la teoría de la doble personalidad del Estado ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, § 8 a 11.

CAPÍTULO III

EL POR QUÉ DEL PARASISTEMA ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. El parasistema como insatisfacción frente al sistema disvalioso . AP-III-1
2. El nexo de la negación de la realidad en el derecho y para-
derecho AP-III-3
 - 2.1. El paraderecho de familia AP-III-3
 - 2.2. El paraderecho político AP-III-4
 - 2.3. Comparación provisional AP-III-5
3. Las sanciones sistemáticas y parasistemáticas AP-III-7
4. La creación del parasistema jurídico AP-III-8
 - 4.1. Derecho y lenguaje AP-III-8
 - 4.2. El parasistema y la exageración paradigmática del sistema . AP-III-8
 - 4.3. La irrealidad o exceso del sistema como fuente del para-
sistema AP-III-9
 - 4.4. Una perspectiva antropológica AP-III-12
 - 4.5. El círculo vicioso del control de legalidad y la progresiva auto-
generación de normas AP-III-14
5. Conclusiones AP-III-16

Capítulo III

EL POR QUÉ DEL PARASISTEMA ADMINISTRATIVO

1. *El parasistema como insatisfacción frente al sistema disvalioso*

Una de las causas que concurren a la generalizada violación del sistema, y a la creación de un sistema paralelo de normas de conducta, es la común insatisfacción que en muchos países existe respecto de las normas establecidas en el sistema. Puesto que se las percibe como injustas o irreales, se considera automáticamente que se tiene el derecho y hasta el deber de desconocerlas. Existen múltiples ejemplos de esta situación, desde el clásico lema recogido por el empleado público de Italia: “El Estado finge pagarme, yo finjo trabajar,” hasta las más simplistas autojustificaciones para la evasión tributaria: “Para que tiren (o más, según los grados de escepticismo existentes) el dinero que me cobran es preferible que lo gaste en mi familia,” pasando por explicaciones más elevadas que pueden llegar a tocar la moral o la política. En el plano moral más exaltado, bien vale la pena recordar la afirmación de HART, de que no cabe llegar “a una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: «¿Debo obedecer esta regla de derecho?»;¹ o la teoría política que justifica el tiranicidio o la revolución contra un régimen dictatorial opresivo.

Todo ello nos demuestra que uno al menos de los elementos integradores de la existencia de un parasistema (y que implica por definición un alzamiento y un desafío al sistema), ha de hallarse en las propias falencias del sistema, al menos falencias tal como las percibe la comunidad. Podrá sostenerse tal vez que no son falencias verdaderas, que por ejemplo los juristas consideran magnífico el orden allí establecido; pero si la comunidad como un todo no tiene la misma percepción y siente en cambio que el sistema es disvalioso, entonces está dada

¹HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, 1962, pp. 44 y 45. Para una indagación acerca de las relaciones entre moral y derecho a propósito del acto administrativo inmoral, ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1979, cap. VIII, § 9.

una de las primeras causas posibles de la aparición de un parasistema, ya que ningún sistema verdaderamente rige si no tiene el sustento participativo y activo de toda la comunidad: Los abogados y jueces, con auxilio de la administración y la policía, no bastan para transformar en real y efectivamente vigente a diario un sistema normativo al que en parte la comunidad entera no adhiere verdaderamente; más aún, salvo los catones que siempre existirán en tales ámbitos, muchos abogados, administradores o jueces serán también partícipes en más de un caso de la aplicación del parasistema, cuando las valoraciones jurídicas básicas de justicia, seguridad, buena fe, razonabilidad, etc., les impongan la conclusión de que tal o cual norma del sistema es en verdad disvaliosa. Cuando tengan el poder, por ejemplo en una sentencia, de anular la norma disvaliosa, lo harán; cuando no tengan el poder de hacerlo, o cuando por cualquier causa no consideren oportuno hacerlo, entences recurrirán a argucias, legales o no, que impliquen de hecho el desconocimiento de la norma sistemática disvaliosa, y por lo tanto la vigencia real del parasistema.

Si esto funcionara claramente no habría en verdad problemas, pues implicaría nada más y nada menos que la declaración de inconstitucionalidad por irrazonable de cualquier norma subconstitucional que de tal modo se aparte de los valores superiores. Sin embargo, toda vez que por una no muy bien entendida prudencia política los órganos de aplicación del derecho no hacen de manera frontal la declaración de inconstitucionalidad, están ellos mismos provocando la fractura colectiva que explicamos en el capítulo anterior: La norma sistemática en tal caso subsiste en la forma, pero ha cedido su lugar en la realidad a la norma parasistemática, que quizás en el caso sea más ajustada a la Constitución y por tanto más “verdaderamente” sistemática, pero que en cualquier caso introduce el caos y la confusión en el orden jurídico como conjunto de pautas claras de conducta.

No decimos con ello que todo el sistema es disvalioso, en modo alguno, sino que los elementos disvaliosos que el sistema contiene son tal vez el sustento ético del origen de la aparición del parasistema. Dado ese comienzo, admitido que el sistema puede contener y mantener normas o principios disvaliosos, se admite la necesidad de un parasistema. Y una vez admitida la aparición y hasta la necesidad del parasistema, ya no es posible luego controlarlo o mantenerlo dentro de límites “tolerables” o prudentes; simplemente, el parasistema se desborda y amenaza a todo el sistema.

Para decirlo de otro modo, la manera de fortalecer el sistema no es haciéndolo más rígido o más estricto, sino a la inversa, desbrozándolo de lo que tenga de excesivo, irreal, intolerante, disvalioso. Por el camino inverso, por el endurecimiento del sistema, se llega inexorablemente a su depreciación y descrédito generalizado, a su incumplimiento sistemático, a la ignorancia colectiva de sus disposiciones sanas y elementales.

No se trata tampoco de propiciar que tome el poder alguien “humanitario,” “considerado,” “blando,” etc., que elimine de un plumazo lo que el sistema pueda tener de demasiado riguroso, irrazonable por excesivo o irreal, etcétera, pues si esa flexibilización no cuenta tampoco con el consenso comunitario, nacerá entonces al revés un parasistema no más tolerante que el sistema, sino más riguroso que él. De eso también hay ejemplos en todo el mundo. En otras palabras, el sistema no debe ser ni más ni menos riguroso que lo que la mayoría de la ciudadanía estime que deba serlo, o de lo contrario nace sin el suficiente respaldo que le dé cohesión, realidad y vida.

La cuestión, entonces, reside en que las normas del sistema no deben ser elaboradas unilateralmente por nadie, en la oscuridad de una trastienda, sino que deben ser elaboradas a la luz del día, en la discusión y debate públicos, con la participación e intervención creadora y crítica de todos los ciudadanos, para que respondan fielmente al pensamiento de la sociedad y reflejen sus aspiraciones verdaderas y reales; de modo que cuenten entonces con el respaldo de la adhesión y el consenso comunitarios, que son los que luego asegurarán el efectivo cumplimiento del sistema y no la creación del parasistema.

2. *El nexo de la negación de la realidad en el derecho y paraderecho*

Hay entonces un derecho escrito y oficial, extenso, complejo, minucioso, que todo el mundo sabe que no todo se cumple y que *tampoco está todo concebido para ser cumplido*: Está, al contrario, para dar aquella imagen que todos deseamos imaginarnos, para conformar el espejo de nuestras aspiraciones o ideales, pero no de nuestra cara. Está luego el derecho real, no escrito pero no menos oficial, que es el que todos sabemos que realmente se cumple y conforme al cual debemos manejarnos: Éste también es sutil y complejo y más difícil de aprehender pues no está escrito en ninguna parte. Veamos dos ejemplos.

2.1. *El paraderecho de familia*

El divorcio aún no existe legalmente en varios países americanos, y mucho menos el nuevo casamiento de una persona separada. Sin embargo, igualmente sabemos que a nuestro alrededor alguna parte de las parejas están integradas por al menos una persona que efectivamente se ha separado de su primer cónyuge: Quien quiera negar esta realidad y por ejemplo negarse a recibir o a tratar con la pareja, o quiera no llamar “señora” o “marido” al respectivo cónyuge, estará cometiendo una falta socialmente reprochable. El derecho real o vigente lo admite, el derecho escrito oficialmente no lo admite.

Por supuesto que esto no funciona fácilmente, y por ejemplo cuando muere el marido, aparece infaliblemente la ex mujer a cobrar la pensión, en litigio con la mujer a la época del fallecimiento; según se entienda la moral oficial en la época

en que la cuestión llega a juzgamiento, se podrá según los casos resolver que es inmoral que pretenda cobrar la pensión quien no estuvo al lado del difunto en sus últimos años, ni le ayudó y cuidó en su enfermedad, ni pagó ni lloró el entierro; o que es inmoral que la pensión la perciba quien no es su esposa legal.

Ante la falta de solución legislativa acorde con los tiempos, la jurisprudencia según las épocas trata de aliviar el sistema o al contrario de aherrojarlo. Tiempos hay en que los jueces han buscado soluciones que tutelen la unión realmente existente y no la familia que se deshizo, tiempos hay, a la inversa, en que los jueces tutelan la familia histórica, la familia que ya no existe en el presente, y entonces por defensa de la moral y de la familia, en verdad atacan los lazos reales. En el segundo caso, los jueces están en verdad alimentando diligentemente el parasistema.²

2.2. *El paraderecho político*

También la Constitución nos dice que el sistema político es representativo, que vivimos en un Estado de Derecho, pero la Constitución real no escrita aunque no menos oficial, nos dice en cambio que a veces somos pasto seco para cuanto experiencia autoritaria o totalitaria se quiera intentar entre nosotros, que recibimos con aplausos y salvas a cada nuevo gobierno militar que desaloje al gobierno civil,³ que ansiamos a menudo un caudillo demagógico, que vivimos en un estado de sitio constante que se prolonga *durante años*, con una virtual suspensión *sine die* de garantías constitucionales básicas. Allí aparecen siempre aquellos que piensan que para conseguir una democracia fuerte, estable, real, etc., es indispensable eliminar a todos aquellos grupos políticos que han probado no ser en verdad particularmente democráticos. Y por esa vía no sólo se proscriben a aquellos partidos cuyos objetivos están formal y frontalmente opuestos al sistema democrático, lo cual dentro de todo es justificable, sino también se proscriben a aquellos partidos que por ser populistas, demagógicos, inmaduros, incultos, etc., no son el modelo de partido político que a un país vendría bien que tuviera como partido mayoritario. Claro está, ocurre que no hay a veces otro partido mayoritario que sea al propio tiempo mayoritario y maduro, al estilo de un gran partido

² Algo de esto hay también en los países desarrollados, y así por ejemplo en Escocia una comisión oficial recomienda que se limite a tres años la obligación alimentaria del ex marido a la ex mujer, sobre la base de que una perpetuación de dicha obligación no hace sino conspirar contra la familia realmente constituida con posterioridad: Ver Scottish Law Comisión, documento n° 67, "Aliment and Financial Provision," noviembre de 1981; *The Economist*, 1-13-XI-1981, p. 38.

Sobre el rol de los jueces en la aplicación del sistema jurídico es vivido el conflicto interpretativo que relata LORD DENNING. *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 13 y ss. Ver también *The Due process of Law*, 1980, p. 193.

³ POTASH, ROBERTO, *El ejército y la política en la Argentina, 1945-1962. De Perón a Frondizi*, Buenos Aires, 1981, p. 567: "La incapacidad del sector civil para permanecer unido en defensa de la forma de gobierno constitucional" es, más que "la ambición del poder de los militares" la causa preponderante de las sucesivas irrupciones militares en el poder civil; RANGEL, *op. cit.*, p. 209 y su referencia de la nota 1.

europeo o norteamericano. Y entonces los “defensores” del sistema democrático lo que hacen es proscribir también a los partidos mayoritarios, azuzar nuevamente a los militares para que los desalojen del poder si han accedido a él, para hacer, ahora sí, una democracia estable, fuerte, etc.

Por supuesto que con eso no sólo se persigue una quimera; no sólo se desconoce que ser democrático implica aceptar que ha de regir la mayoría aunque no se forme parte de ella, y que sólo se tiene derecho a exigir el respeto a sus derechos como minoría y a tener participación como minoría y como ciudadanía, en el gobierno de la mayoría.⁴ Implica también, y esto es lo peor, que al pretenderse fortalecer el sistema por la vía de una aplicación a ultranza de sus postulados y aspiraciones, se termina por desconocerlo. Se lo destruye para salvarlo. La cuestión, por cierto, es a la inversa: Para salvar y fortalecer el sistema hay que aprender que mejor es dejar que gobierne, una y otra vez, la mayoría, aunque esa mayoría sea ineficiente, poco sería, inmadura, populista, demagógica, etc.⁵ Como todo esto decididamente *no* es lo que piensan todos aquellos que hacen funcionar el sistema en lo político, entonces resulta que el paraderecho es “democrático” aún cuando está violando el sistema democrático: Quienes lo elaboran creen estar en verdad fortaleciendo el sistema.

2.3. *Comparación provisional*

Entre este caso y el anterior hay una aparente contradicción. En efecto, quienes quieran defender la familia del sistema formal, atacan la familia real pero en el plano normativo refuerzan la primera; en cambio, quienes quieren fortalecer la democracia por la vía indicada, atacan la democracia real, para crear un parasistema normativo. En el primer caso la respuesta es el fortalecimiento formal de las normas del sistema, en el segundo caso es el debilitamiento formal de las normas del sistema.

¿Existe alguna coherencia entre estos dos parasistemas, el uno de apoyo y el otro de rechazo formal al sistema? Desde luego, siempre estarán los que se satisfagan con ascender a generalizaciones ideológicas, culpando a los grupos de poder o lo que según la época resulte el culpable mitológico elegido. Pero a nivel de explicaciones más concretas, pensamos que el hilo conductor en ambos casos es el no querer admitir que a lo más que puede aspirarse es a una democracia, familia, etc., no tan fuerte y magnífica como se podría desear. *El hilo conductor*

⁴ En el amplio sentido que hemos dado al vocablo por ejemplo en “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, p. 126 y ss.

⁵ Una vez más hay que aprender a reconciliarse con el país que es, y no con el país que deseáramos que fuera. Al igual que en psicología o psiquiatría, sin *insight* y consecuente depresión, no hay curación. Quien primero, como individuo o como país, no se reconcilia antes consigo mismo tal cual es y no tal cual podría haber sido, no podrá nunca evolucionar ni progresar, quedará indefinidamente detenido en el mismo estadio primitivo y enfermo.

es la negación de la realidad, es el plasmar, sea en la exageración del sistema o en la creación del parasistema, y en ambos simultáneamente, un sistema idealizado de pautas de conducta que en verdad no es ni puede ser el sistema de pautas que se habrán de seguir en la realidad.⁶ Por ello es que el sistema y el parasistema están profundamente imbricados el uno en el otro.

Esto mismo ya lo dijo ORTEGA y GASSET cuando señaló que “entre la realidad social argentina y su idea del Estado hay un curioso desequilibrio y como anacronismo. Esta va muy por delante de aquélla;”⁷ “El anormal adelanto del Estado argentino revela la magnífica idea que el pueblo argentino tiene de sí mismo,”⁸ pero “esta idea... (es) más bien una voluntad y un proyecto;” “Cuanto más elevado sea el módulo de vida a que nos pongamos, mayor distancia habrá entre el proyecto —lo que queremos ser— y la situación real —lo que aún somos—. Mientras llevemos clara la partida doble que es toda vida —proyecto y situación— sólo ventajas rinde la magnanimidad. Pero si de puro mirar el proyecto de nosotros mismos olvidamos que aún no lo hemos cumplido acabaremos por creernos en la perfección. Y lo peor de esto no es el error que significa, sino que impide nuestro efectivo progreso, ya que no hay manera más cierta de no mejorar que creerse óptimo.”⁹ “Vive atento, no a lo que efectivamente constituye su vida, no a lo que de hecho es su persona, sino a una figura ideal que de sí mismo posee;”¹⁰ “Está de espaldas a la vida, fija la vista en su quimera personal.”¹¹

“Al cabo de él, percibimos que aparece una extrema coincidencia entre la sociedad argentina y el individuo. Como aquélla hieratiza en un Estado demasiado

⁶ Sobre esto volveremos en el § 4.2.

Señala MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR, *Teoría y técnica legislativas*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 82 y 83, que es así posible que “el fracaso se derive de un desconocimiento culpable de la realidad en la cual se pretende operar” (nota 336), que hace entonces que la ley no tenga en suma una “predicción razonable,” p. 82; “El dictado de disposiciones legales «a ciegas,» como fruto de actitudes meramente «impulsivas» o basadas en la creencia de que tienen una virtualidad «mágica,» no serán más que expresiones de arbitrariedad e irresponsabilidad legislativa que sólo importarán, en la mayoría de los casos, experiencias frustrantes, atentatorias, incluso, contra la dignidad de la legislación como instrumento de ordenamiento social,” p. 83 y que olvidan o ignoran “entre otras cosas, las implicancias del difundido dicho popular que advierte que «hecha la ley hecha la trampa.»” (Nota 338.)

⁷ ORTEGA y GASSET, *El hombre a la defensiva*, *op. cit.*, p. 643, quien agrega en la p. 646: “Ese curioso desequilibrio entre la realidad social de la república... y la idea de sí misma que su Estado expresa.”

⁸ *Op. cit.*, p. 644. “Al fabricarse esa sublime idea de sí misma, ¿no se ha dejado influir ... por esa valoración hipetrófica del Estado,” p. 646.

⁹ *Op. cit.*, p. 645.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 657. “Nace el individuo con una fe ciega en el destino glorioso de su pueblo, da por cumplido ya todas las grandezas de su futuro,” “Como es natural, está encantado con ese sí mismo que se ha encontrado, y ya no se preocupará en serio para hacer efectiva su posibilidad,” p. 658; “no tiene más vocación que la de ser ya el que imagina ser. Vive, pues, entregado, pero no a una realidad, sino a una imagen. Y una imagen no se puede vivir sino contemplándola,” p. 659; “no se contenta con ser una nación entre otras: quiere un destino peraltado, exige de sí mismo un futuro soberbio,” p. 644, pero se queda en la contemplación de ese ideal, sin hacer acciones conducentes en esa dirección.

¹¹ *Op. cit.*, p. 659.

sólido la idea que de su propia colectividad tiene, así el individuo paraliza su vida suplantándola por la imagen que de sí posee.”¹²

“Encontré un Estado rígido, ceñudo, con grave empaque, separado por completo de la espontaneidad social, vuelto frente a ella, con rebosante autoridad.”¹³

3. *Las sanciones sistemáticas y parasistemáticas*

Todo este lenguaje y metalenguaje, derecho y paraderecho, programa y paraprograma, debe ser aprendido y discernido mediante la intuición, la ayuda ocasional del lenguaje verbal, los trascendidos, los rumores, los datos que pasan los conocidos o los amigos, la lectura entre líneas. Y no puede ser explicitado, no puede ser escrito ni explicado, pues ello es poco menos que atentar contra uno de sus datos esenciales. Explicitar el mecanismo, escribir sus reglas, el luchar contra algo que por definición es ambiguo y oculto; querer definir lo indefinido, precisar lo imprecisado, es como querer llamarle coima a una coima, en lugar de negocio, transacción, etc. El parasistema no funciona así, y el sistema tampoco.

Levantarse contra todo esto no está permitido, por ese mismo parasistema de normas efectivamente imperantes. Se permite en todo caso hablar de ellas en círculos limitados de amigos, pero no en público y mucho menos por escrito. Y aquí vendría la pregunta lógica: ¿Qué normas lo prohíben, dónde están, qué pasa si se transgreden esas normas? ¿Y por qué hablar de normas parajurídicas o de un paraderecho, cuando es obvio que a lo sumo son normas sociales pero en ningún caso disposiciones jurídicas formales?

Es que las normas de cuyo cumplimiento se trata tienen sin ninguna duda un *deber ser* y una *sanción* para el transgresor. No se trata de la sanción puramente *social* de no ser bien recibido por los demás, de no ser invitado a sus casas o de no encontrar una afectuosa recepción y un amable y respetuoso saludo. Se trata de que quien transgrede tales normas se queda entonces inerte frente al derecho y a la administración del sistema, que sólo a él le serán aplicados: “Para mis amigos, la justicia; para mis enemigos, la ley.” Resulta entonces que el derecho parcialmente vigente y parcialmente mentido, ese derecho y sus sanciones son las que se aplican precisamente a todos aquellos que se animan a desafiar el derecho real y fáctico, aquel en que mucho se hace por la izquierda y poco por la derecha, si ha de concluir exitosamente: Es pues el parasistema de la economía

¹² *Op. cit.*, p. 660.

¹³ *Op. cit.*, p. 643: “¿El excesivo adelanto de su idea estatal, no coarta muchas iniciativas de perfil menos correcto jurídicamente, de aspecto más caótico, pero que aún necesita este pueblo novel para su íntimo crecimiento? Esto nos llevaría a hacer una pregunta que ha de entenderse *cum grano salis*: ¿No hay demasiado orden en la Argentina?” p. 645. Se refiere, desde luego, no al orden social real, sino al orden formal de las normas del Estado.

subterránea, el mercado negro y paralelo, el metalenguaje, las normas que se pueden incumplir, etc., el que recurre al sistema para sus sanciones.¹⁴

El parasistema no está entonces en guerra declarada contra el sistema, sino que es parasitario de él, lo usa y lo debilita. 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 transgrede el parasistema.

4. *La creación del parasistema jurídico*

4.1. *Derecho y lenguaje*

Si este paralenguaje o metalenguaje que comentamos (cap. II, nº 5) funciona a diario, entonces lógicamente afecta de manera constante la producción del paraderecho. Cuando se trata de dictar nuevas normas para regir cualquier aspecto de la vida comunitaria, no entenderá nada quien preste atención al lenguaje y no al metalenguaje: De nada valdrán las más lúcidas argumentaciones que tomando como base la realidad quieran cambiarla o recogerla en algún sentido. Quien obstinado hable con el lenguaje y proponga reformas al derecho, estará inevitablemente desencaminado en el mundo del paraderecho y del metalenguaje. Es que algunas de las normas, en este mundo de ideas y de pensamientos, no se hacen para ser cumplidas. Ellas cumplen ocasionalmente una función muy distinta, que es la de sostener al paraderecho y al metalenguaje, para ser aplicadas sólo cuando aparece un infractor a esas normas no escritas pero oficiales; dicho de otro modo, el sistema está presente como la amenaza de coacción para quien transgreda el parasistema, caso en el cual se le aplicarán sanciones no por la violación que importa (la del parasistema), sino por la violación que no importa. (La del sistema.)

4.2. *El parasistema y la exageración paradigmática del sistema*

Existe pues un parasistema normativo con reglas y normas de conducta diferentes del sistema jurídico, que recoge los principios que regulan fenómenos tales como la economía subterránea, el mercado paralelo o negro, las normas reales de convivencia política, familiar, y social, etc. Ese sistema opuesto y distinto al sistema jurídico formal, no es sin embargo y según estamos viendo, totalmente ajeno al mismo: Hay sutiles y directas vinculaciones entre sistema y parasistema que permiten verificar que el segundo vive parasitariamente del primero y se sirve de él. No se trata pues tan sólo de que el parasistema “viola” el sistema: Se trata de que lo utiliza, de que lo usa y lo desangra.

¹⁴ Es, como se advierte, una variante que alguna analogía guarda con *Crimen y castigo* de DOSTOYEVSKY.

¿Cómo se genera esta simbiosis? Muy simple: Por la vía generalmente inconsciente de pseudo catones, de los aparentemente más rigurosos y exigentes o severos miembros de la sociedad, de los inflexibles, de los incorruptos y perfectos, de los que no han sabido ni sabrán comprender ni perdonar, de los idealistas exacerbados y los ingenuos, introducéndose en el sistema infinita cantidad de normas irreales, excesivas, insensatas, cuyo único destino práctico es la violación y el desconocimiento por casi todo el mundo con la consecuencia de al menos estar al margen de la ley. El parasistema nace así del propio sistema, de su irrealidad, de su exceso rigorista y formalista. El parasistema es tributario o dependiente del sistema exagerado; sin un sistema rigorista, formalista, absurdo, no habría lugar alguno para un parasistema que lo desconoce.

Esto no es de ahora sino probablemente de siempre. Algunos antropólogos sugieren que incluso antes de la aparición de la raza humana como la conocemos a partir de los últimos dos millones de años, “Las reglas y las leyes a menudo tienen un origen y una persistencia que poco tienen que ver con que la gente realmente siente”¹⁵ y por lo tanto esa gente lo transgrede sin sentimiento de actuar incorrecta o ilegalmente. Al parecer el derecho irreal, aparece la noción de que el derecho no puede o no debe ser cumplido: Pero al precio de funcionar al margen del sistema, al precio de la seguridad jurídica que entonces cesa de existir, o no nace jamás.

4.3. *La irrealidad o exceso del sistema como fuente del parasistema*

Dado que este sistema escrito, por ejemplo visiblemente muchos extensos reglamentos administrativos, se formula no para ser cumplido y aplicado fielmente, sino sólo para establecer un punto de referencia ideal y teórico, alejado de la realidad del cumplimiento diario por la sociedad, se pueden incorporar a él pautas todavía más exigentes que aquellas que se introducirán si fueran a ser cumplidas. En el sistema se pueden entonces plasmar las aspiraciones idealistas, ya que no las proposiciones realistas. En lugar de concebirlo como un instrumento que puede intentar moldear la realidad dentro de la medida de lo posible y razonable, se lo percibe como el lugar donde plasmar tantos ideales como sea posible imaginar. En lugar de instrumento social se transforma en instrumento literario.¹⁶ Pero entonces ese sistema nace sin autoridad, pues al reconocerse que no se aplica ni es para ser aplicado en lo que tiene de irreal y exagerado, entonces se debilita

¹⁵ FOX, ROBIN, *The Red Lamp of Incest*, Nueva York, 1980, p. 21, quien sigue en esto afirmaciones bastantes generalizadas entre los antropólogos, biólogos, etc.

¹⁶ Y trae a la memoria la descripción de SARTRE respecto de sus actividades de creación literaria en su más tierna infancia: “Nuevas y totalmente escritas, las frases se reformaban en mi cabeza con la implacable seguridad que se le da a la imaginación. Yo las transcribía, ellas adoptaban bajo mis ojos la densidad de las cosas” (JEAN PAUL SARTRE, *Les mots*, París, Gallimard, 1964, p. 122); el universo se le antojaba así sometido a su “todopoderío: Yo me decía: Todo puede llegar! y eso quería decir: Todo puedo imaginarlo,” p. 126.

su fuerza como norma aplicable en el resto. Y con él trastabilla y renguea todo el orden jurídico y social.

Se altera con ello también el rol del derecho como instancia censora y represora.

Se ha dicho así que “Al resultarle imposible acatar totalmente las imposiciones legales y reglamentarias, ya sea porque se trata de exigencias alejadas de la realidad o porque de acatarlas queda descolocado frente a su competencia, el empresario vive a menudo sujeto al riesgo de graves sanciones y en una actitud de sumisión ante los funcionarios públicos que tienen en sus manos la supervivencia de la empresa a poco que extremen su celo investigador. El problema, si bien es particularmente grave dentro del sector empresario, se extiende a todos los habitantes ya que con mayor o menor frecuencia todos infringen normas que desconocen o que de todos modos no pueden cumplir por irreales;” todo ello implica que “existe un costo social y político pocas veces destacado” de tales excesivas e irreales reglamentaciones administrativas para las empresas.¹⁷

El argumento es exactamente el mismo en cuanto a la verificación empírica de la existencia de regulaciones o prohibiciones que en la práctica no se cumplen y que todos saben que no se cumplen, que a juicio de aquel observador desempeñan un rol social y político de que el individuo quede “en una actitud de sumisión ante los funcionarios públicos,” con el consiguiente “costo social y político.” La misma observación que este autor efectúa sobre el funcionamiento de la industria en la Argentina, es la que otros profesionales de las ciencias médicas en otros países del mundo y también en la Argentina verifican sobre el funcionamiento de las normas regulatorias de lo sexual.¹⁸

Cabe aclarar, desde luego, que esto no es una condena total del orden jurídico formal; no se trata en absoluto de suprimir todas las normas administrativas existentes, sino sólo de verificar cuáles y cuántas de ellas son irreales o excesivas para en su caso derogarlas o readecuarlas; la misma observación es aplicable para el tema de las normas regulatorias o prohibitivas de las diversas manifestaciones de lo sexual. Tales normas no habrán de cambiar por decisión unilateral de nadie, sino sólo por la evolución futura del pensamiento colectivo, a través de la discusión y la participación crítica: Pero no debe admitirse la introducción en el sistema formal de normas que se sabe no habrán de ser cumplidas por la mayoría de la sociedad, pues ello no constituye una mera ilusión ingenua, es la creación misma del parasistema.

Dice FREUD: “El desarrollo humano hasta el presente... puede comprenderse sin dificultad como consecuencia de la represión de los instintos, proceso al que se debe lo más valioso de la civilización humana”¹⁹ pero sobre esa base cabe

¹⁷ HÉCTOR A. MAIRAL, “La inseguridad jurídica en la Argentina,” *Revista de la Unión Industrial*, abril-junio de 1971, p. 9 y ss., p. 19.

¹⁸ Nuestro libro *Planificación, y participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires y México, 1973, cap. X.

¹⁹ FREUD, SIGMUND, *Obras completas*, t. II, p. 254.

preguntarse si no “hay más represión de la necesaria para sostener la civilización y el desarrollo;”²⁰ o dicho en otras palabras, tampoco hay civilización con un máximo de represión, y el máximo de represión lleva a la no aplicación del sistema excesivo.

Por ello y tal como se explica igualmente para la libertad política y económica,²¹ la cuestión está en hallar el término medio, “ese inasible equilibrio,” lo cual no es sino aplicación del principio aristotélico de la virtud como principio del justo medio²² “...el riesgo de ver comprometida su existencia a causa de todo exceso, sea en un sentido, sea en otro... Lo mismo absolutamente sucede con la templanza, el valor y todas las demás virtudes.” “En igual forma, el que goza de todos los placeres y no se priva de ninguno, es intemperante; y el que huye de todos sin excepción ... es en cierta manera un ser insensible;”²³ “Así todo hombre instruido y racional se esforzará por evitar los excesos de todo género, sean en más, sean en menos, sólo debe buscar el justo medio, y preferirle a los extremos,” “...en nuestros actos y en nuestras pasiones es donde se dan, ya el exceso, ya el defecto, ya el justo medio” y por ello “...según las circunstancias, según las cosas, según las personas, según la causa,... saber conservar en ellos la verdadera medida, este es el medio, ésta es la perfección que sólo se encuentra en la virtud.”

Esa virtud aristotélica del justo medio, que evite el exceso de represión (no toda limitación), esa es la que debe guiarnos, teniendo presente que la “libertad absoluta, en que la intervención ordenadora del Estado es también la excepción, no es sino una apariencia de libertad. Es que, en definitiva, una existencia humanamente valiosa no es posible ni en absoluta libertad ni en el absoluto orden.”²⁴

Es pues posible que exista en las sociedades, y en mayor medida en tanto son más subdesarrolladas, un plus o exceso de represión normativa en muchas materias, de las cuales las vinculadas a lo sexual y a lo político son las más visibles, entendiéndose por tales más prohibiciones de las que son socialmente necesarias. Es fácilmente verificable el hecho de que existen más prohibiciones en países menos desarrollados que en los países más desarrollados: Muchos lo explican por la decadencia que apuntan del mundo desarrollado, otros piensan que en verdad esas diferencias explican algo de los países menos desarrollados y no de los desarrollados. En todo caso, el planteamiento de muchos autores es discutir cuál es el grado de prohibición o regulación socialmente necesario o conveniente en un momento dado, ante la posibilidad así planteada de que puede existir en la actualidad un exceso respecto de lo recomendable. En cuanto al grado de par-

²⁰ Nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires y México, 1973, p. 249, nota 5, y referencias bibliográficas.

²¹ *Op. ult. cit.*, p. 243.

²² ARISTÓTELES, *Los tres tratados de la ética*, Buenos Aires, 1950, *Moral a Nicómano*, Libro II, “Teoría de la virtud,” p. 94.

²³ ARISTÓTELES, p. 95.

²⁴ *Planificación, participación y libertad*, p. 227.

ticipación y libertad política, todo lo que se pueda decir es obvio en los países en desarrollo: Su insuficiencia es manifiesta.

Dicha primera observación se complementa con la segunda verificación empírica de que muchas instituciones de regulación o prohibición de determinadas manifestaciones de lo sexual en verdad se encuentran en la práctica en virtual *desuetudo*, abandono o carencia de vigencia, pues nunca llegan a plantearse casos concretos de aplicación de la prohibición normativa: El adulterio y concubinato son dos ejemplos clásicos.²⁵

Otra vez y al igual que en el caso anterior, esta observación empírica puede explicarse como una falla del sistema que debe corregirse por vía de la más estricta y rigurosa aplicación del orden normativo, o como una muestra de algo diferente: En efecto, cabe preguntarse si es casual que existan tales instituciones de posible plus represión sexual que jamás se aplican ni han aplicado regularmente; la conclusión de algunos autores es que al contrario, ellas desempeñan otro rol represor, esta vez político, que sería su verdadera y oculta razón de ser profunda. Según este planteo, tales instituciones normativas aparentemente represoras en exceso, que se aplican y serían por lo tanto a la vez exageradas e inútiles, cumplen sin embargo una función de represión de la libertad política, y que ésta sí la cumplen eficazmente por vía de la creación de un ambiente social en el cual la libertad no es lo que se enfatiza, sino que al contrario lo es la prohibición.²⁶ En el presente caso, entonces, la exageración e irrealidad del sistema cumple la función de amenaza de coacción, no para quién transgrede el sistema, que todos lo hacen, sino para quien se aparta del parasistema.

4.4. *Una perspectiva antropológica*

Los más variados antropólogos de todos los tiempos debaten cuál es el contenido de esa relación entre el derecho, la política y las normas sexuales. Desde los clásicos de FRAZER y otros, que tomó como base FREUD a comienzos de siglo en su *Tótem y tabú*, hasta los más recientes libros de FOX y TIGER,²⁷ los antropólogos observan, tanto en las tribus aborígenes como en el hombre primitivo, lo que los zoólogos confirman en las demás especies animales y también en el hombre.²⁸

De todos los ángulos del pensamiento moderno se originan reflexiones parecidas. Recordemos la observación demográfica contemporánea de que el crecimiento de la humanidad se autoregula hoy en día en las grandes ciudades (incluso de los países no desarrollados) en dos hijos o menos promedio por pareja, con lo cual el auto-control de la natalidad viene incorporándose así genéticamente a la mente

²⁵ Ver al respecto BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Poder de policía de moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal*, Buenos Aires, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 1981, p. 65.

²⁶ Nos remitimos a lo aplicado en el cap. X de nuestro libro últimamente citado.

²⁷ *The Imperial Animal*, 1970; *The Red Lamp of Incest*, 1980.

²⁸ DESMOND MORRIS, *The Human Zoo*, Londres, 1969; *El mono desnudo*, Madrid, 1973.

humana por el mismo proceso de selección que DARWIN mostró hace ya mucho tiempo y sin intervención de las normas reguladoras que sobre el control de la natalidad, en pro o en contra, emiten los gobiernos en diversos países. Hasta desde la biología ASIMOV previene que o la sociedad humana autoregula su expansión o perece por explosión demográfica.²⁹

También un antropólogo moderno sostiene que algunas reglas de comportamiento están genéticamente impresas, por millones de años de evolución, en la mente humana (por ejemplo la exogamia, el tabú del incesto, etc.); en tanto que otras responden muchas veces a falacias formuladas por quienes emiten las reglas.³⁰ Va de suyo que las reglas que pueden estar genéticamente incorporadas a la mente humana, sólo podrán normalmente variar con algunos otros millones de años de evolución. Pero aún así ya se advierte por la rápida mutación que en este siglo se viene produciendo en materia de natalidad promedio en los países desarrollados, que la especie humana puede estar adoptando un código sexual diferente que luego opera sobre las normas vigentes. El cambio normativo que se está operando en tales países parece demostrarlo.

Westermarck, seguido por FOX, ha sugerido que “las reglas y las leyes a menudo tienen un origen y una persistencia que pocos tienen que ver con lo que la gente realmente siente. O aún que (los que hacen las reglas) pueden prohibirlo precisamente porque no quieren hacerlo y por ende no les gustan quienes lo hacen.”³¹ Y agrega Fox que en algunas materias “Las culturas que intentan prevenir... a menudo logran precisamente promover los sentimientos que procuran inhibir, haciendo así más difícil la prevención y sin embargo más necesaria, en un infinito círculo vicioso —una suerte de parodia de humanas buenas intenciones.”³²

Vamos viendo así cómo en las más dispares manifestaciones sociales se presenta el mismo fenómeno: Trátese de la constitución y la vida política, del derecho de familia o de la actividad administrativa, de las normas sexuales o del derecho tributario, de la economía o del trámite administrativo, del lenguaje o del derecho, en todas partes encontramos muestras de la existencia de un sistema paralelo que convive con el sistema oficial. En todos los casos encontramos que son los defectos, excesos e irrealidades del sistema los que dan nacimiento al parasistema, y que ésta es la percepción que la sociedad en general tiene de la cuestión en cada uno de los sectores de que se trata. Consideramos que se trata de una situación demasiado reiterada y repetida como para considerarla casual o

²⁹ ASIMOV, ISAAC, ponencia presentada al simposio “Trabajando para el siglo XXI” y reproducida en la revista *Mercado*, año XI, n° 518, Buenos Aires, agosto de 1979, pp. 224-234.

³⁰ FOX, *op. cit.*, pp. 140-1.

³¹ FOX, p. 21. Y está, desde luego, el clásico argumento freudiano que muchos autores recogen, de que tales prohibiciones severas indican más bien un fuerte deseo reprimido de quienes las formulan, más que una inclinación socialmente generalizada a realizar intensamente las conductas en cuestión. Se magnifica pues lo que no tiene tanta importancia para los demás, y con ello se alimenta nuevamente el círculo vicioso sistema-parasistema.

³² *Op. cit.*, p. 19.

aislada. Pensamos que existe, más bien, un conjunto parasistemático coherente, que busca recuperar la racionalidad y el realismo que el sistema no ofrece tal como la comunidad lo recibe o lo percibe.

Adviértase que no es suficiente con que muchos y muy distinguidos miembros de la sociedad consideren, a la inversa, que el sistema es enteramente razonable y valioso, pues el parasistema nace *de la percepción que de esa cuestión tengan la mayoría de los individuos*. A su vez, la mayoría de los habitantes sólo tendrá adhesión y consenso respecto de las normas sistemáticas que sean expresión de su sentir y que se hayan elaborado a través de la participación y el debate en libertad. Faltando todos estos requisitos, lo más probable es que las normas sistemáticas sean producto de las ideas, convicciones y valores de sólo una minoría, y que al no representar los de la ciudadanía en general, están en verdad creando de manera directa e inmediata el parasistema.

Ahora bien: Hasta aquí nos hemos referido principalmente a supuestos en los cuales la respuesta parasistemática ha sido el desconocimiento de alguna parte del sistema. Queremos mencionar ahora un caso en materia administrativa en que se puede apreciar mejor la tensión sistema-parasistema; se trata de todos los mecanismos existentes para controlar desde dentro y fuera de la administración pública el cumplimiento de ella hace de las normas del sistema.

4.5. El círculo vicioso del control de legalidad y la progresiva autogeneración de normas

La proliferación de normas irreales cuyo único destino posible es el incumplimiento y con ello la alimentación del parasistema, nunca es juzgada desde esta perspectiva por quienes tienen en sus manos emitir nuevas normas legales o administrativas. Antes bien y al contrario, la percepción de la diferencia existente entre el sistema y las prácticas administrativas, lleva por lo general a concluir en que se trata de una falla del sistema de control que debe corregirse por la vía de la implantación de nuevos y mejores controles de esa legalidad. Una rica literatura se ha producido al respecto, y ya hemos señalado en su lugar que el énfasis puesto hasta el presente en los controles de legalidad de la actividad administrativa, no sólo no logra producir una actividad verdaderamente conforme a derecho sino que tampoco y por sobre todo logra producir una actividad administrativa oportuna, conveniente, meritoria para el interés público comprometido.³³

El énfasis puesto habitualmente en los controles de legitimidad retroalimenta el sistema reglamentario que usualmente rige la actividad administrativa. Se produce un círculo vicioso en que los propios directivos de empresas públicas y

³³Nuestro artículo "El control de las empresas públicas en América Latina," en el Anuario Jurídico VIII-1981, Universidad Nacional Autónoma, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1981, pp. 305-340 y en el libro *Problemas de control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. III y IV.

funcionarios de la administración crean o proyectan y consiguen reglamentaciones para regir su propia conducta, y en que también esas reglamentaciones les son dadas exógenamente: Por temor a que se transgreda al orden jurídico, o a que se diga que se ha transgredido el orden jurídico, se emiten nuevas y más detalladas normas previendo todo posible detalle de la conducta futura.

Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y “más fácilmente controlable” la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: Se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque por lo general no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionario simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo a las circunstancias.

Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. Las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aún habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: Y la profecía autocumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasan por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario.

Con todo ello se produce, por fin, una “incapacidad disciplinada,” pues se obliga al directivo “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica, y se lo induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento, y todo lo demás es secundario;” el sistema administrativo ejerce así “múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma.”³⁴

Así se llega al desajuste del conjunto, pues no sólo se ignoran las normas irreales o excesivas del sistema, sino que a veces, peor aún, se las cumple!³⁵ Está bien probado que en América Latina con suma frecuencia se han dictado y dictan

³⁴ KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en el libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, 1973, pp. 162-3 y 158.

³⁵ El cumplimiento de una norma irrazonable constituye desde luego infracción constitucional, y es por lo tanto un acto o hecho antijurídico; pero con ello recaemos a la problemática explicada en el § 2 del cap. I.

reglamentaciones minuciosas para la actividad administrativa, cuya finalidad es preservar el interés público, pero cuyo cumplimiento no hace sino perjudicar al interés público. Los controles *formalistas* de legalidad, por ejemplo de Contralorías y Tribunales de Cuentas, y los procedimientos de licitación pública en los cuales se enfatiza la forma más que el contenido, porque así viene legislado o reglamentado el mecanismo y así además se escoge interpretarlo, no son sino una muestra más de disfuncionalidad. Nace con ello otra faceta del parasistema, en la cual el funcionario que para ser eficaz se atreve a desafiar mecanismos administrativos que resultan inoportunos o irreales, recurre en suma a subterfugios que constituyen una violación del sistema. Al igual que en materia de tránsito, si quiere seguir adelante con eficacia, debe adelantarse por la derecha; al igual que en materia de trámites de los particulares, el funcionario público también considera a menudo que debe hacer las cosas “por izquierda” y no “por derecha.”

Reiteramos, por supuesto, que no son éstas las valoraciones que por nuestra parte sustentamos, sino las que se encuentran detrás de tales comportamientos. Que nosotros y muchos más digamos que todo ello es disvalioso, no resulta suficiente si quienes tienen que aplicar las normas no las consideran valiosas sino a la inversa; en el apartamiento normativo considerarán por lo tanto que se encuentra el compartimiento axiológicamente encomiable. Y ello resulta posible pensarlo, de parte de algunos, precisamente porque existen otros sectores y aspectos del sistema normativo formalmente vigente, en los cuales las infracciones a los valores supremos de racionalidad, justicia, etc., no reciben la condigna sanción de oportuna invalidación. Las violaciones del sistema normativo a los valores superiores, si no son oportunamente corregidas, desvalorizan éticamente a ojos de buena parte de la comunidad al resto del sistema, aún cuando éste sea valioso: El problema es que no lo perciben así y se comportan en consecuencia. De donde resulta que para restablecer la autoridad ética del sistema frente a toda comunidad y no sólo algunos sectores de ella, es indispensable crear los mecanismos para que los apartamientos axiológicos que lo desmerecen y en suma lo destruyen puedan ser evitados o al menos prontamente corregidos.

5. Conclusiones

Concluimos así que existe en las sociedades subdesarrolladas o en vías de desarrollo latinoamericanas un importante parasistema económico, administrativo, social y jurídico que funciona imbricado e interrelacionado con el sistema económico, jurídico, etc. Si bien el parasistema aparentemente viola el sistema, en realidad aún violándolo lo completa e integra; a la inversa, el sistema se deforma progresivamente, conteniendo cada vez mayor número de normas irreales o excesivas, o irreales y excesivas a la vez, que se dictan sobre la hipótesis de que existe un parasistema en el cual tales normas irreales y/o excesivas no habrán

de ser cumplidas, por existir normas parasistemáticas que a su vez autorizan comportamientos puestos a las disposiciones sistemáticas irrazonables.

El parasistema no aparece explicitado casi nunca en textos normativos,³⁶ pero no por ello carece de realidad y vigencia. La violación de normas parasistemáticas recibe sanción no sólo por vía parasistemática, sino también y principalmente por vía de sistema, el cual, al estar rutinariamente desconocido por los actores del parasistema, contiene desde luego más que abundantes previsiones y supuestos en los cuales es posible sancionar el transgresor.

En las sociedades más desarrolladas existe también un parasistema, pero él es de menor importancia relativa y a su vez el sistema le brinda muchas menos posibilidades de aprovecharlo parasitariamente.

Entre las causas que contribuyen en las sociedades en desarrollo a dar exagerada importancia al parasistema y a debilitar progresivamente el sistema, se encuentra la falta de participación³⁷ y libertad política y el insuficiente control sobre la administración; la falta de control y de libertad debilita y disminuye las críticas que podrían formular los ciudadanos a las normas absurdas que se propugnan para el sistema, y dificulta poder evitar entonces su introducción en el mismo; la falta de participación implica que la población no puede influir decisoriamente en grado suficiente en la producción de las normas del sistema, con lo cual es, según los casos, o alguna ocasional mayoría (sin control ni influencia positiva de las minorías), o alguna ocasional minoría que ha tomado el poder (por lo tanto, sin control ni influencia de la mayoría *ni de las demás minorías*) la que unilateralmente, sin crítica creadora y modeladora, es la que “legisla”³⁸ con la misma actitud con que SARTRE escribía novelas en su infancia, con la ilusión de que porque puede escribir el texto (la ley o el reglamento del sistema), por ello es todopoderosa: Todo puede imaginarlo, todo puede hacerlo realidad, el papel que escribe adquiere delante de sus ojos la densidad de las cosas, ergo la ley o el reglamento que escribe *es la realidad que construye*.³⁹ Por esa ingenua ilusión

³⁶ Una excepción es la referida a las normas paraconstitucionales que explicamos *supra*, § 4 del cap. II.

³⁷ Nos remitimos a lo dicho en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Cívitas, 1981, cap. I; “Participation in State and Non-State Public Administration,” Coventry, Inglaterra, Universidad de Warwick, 1980, seminario sobre *Law in the Design and Administration of Strategies of Alternative Development*; anteriormente en el libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires y México, 1973; “Causas de participación ciudadana,” ponencia general en el V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios, Santiago de Chile, 1969, publicado en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, del Instituto de Estudios de Administración Local, t. I, pp. 1057-1085; reproducido en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios generales*, publicación del Instituto de Ciencias Sociales, Barcelona, 1971, pp. 37-63.

³⁸ Dice de IMÁZ, JOSÉ LUIS, *Los que mandan*, Buenos Aires, Eudeba, 1964, p. 186; “Como la Argentina no ha sido un país parlamentario, sino presidencialista, mandan los que están en el poder en ese momento, vale decir, las máximas autoridades del partido oficialista. Los otros no mandan, son opositores.”

³⁹ *Supra*, § 4.3, nota 16.

todopoderosa, alimentada y propiciada por la falta de participación de los demás y de la libertad en general, es como creyendo construir un gran sistema (para la percepción del que lo hace) se está en verdad fortaleciendo un sólido parasistema.

CAPÍTULO IV

LA PARTICIPACIÓN COMO CONTROL SOCIAL DEL SISTEMA Y PARASISTEMA

SUMARIO

1. Remisión.....	AP-IV-1
2. Medios semidirectos de participación.....	AP-IV-2
3. Participación de los usuarios en las empresas y servicios públicos	AP-IV-2
4. Participación en los cuerpos colegiados con facultad decisoria	AP-IV-4
5. Las audiencias públicas previas a la emisión de normas generales.....	AP-IV-5
6. El Ombudsman	AP-IV-6
7. La tutela de los intereses legítimos y difusos	AP-IV-7
8. Participación en televisión y educación.....	AP-IV-7

Capítulo IV
**LA PARTICIPACIÓN COMO CONTROL
SOCIAL DEL SISTEMA Y PARASISTEMA**

1. *Remisión*

Una de las principales causas que hemos señalado en el capítulo anterior para la progresiva deformación del sistema administrativo y la creciente importancia del parasistema, es la inexistencia de control social adecuado de la administración pública, o sea la insuficiencia o inexistencia de participación ciudadana.¹

No es éste el lugar de explicar *in extenso* el problema, sobre el que hemos insistido antes de ahora,² pero sí creemos oportuno recordar brevemente algunos supuestos participativos que *no* se dan entre nosotros. Va de suyo que no

¹Para un mayor desarrollo, nos remitimos a *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Cívitas, 1981, cap. I. Sobre la misma cuestión nuestro trabajo *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982. Antes de ahora véanse nuestros trabajos citados *infra*, nota 2. Insistimos sobre el tema porque lo consideramos fundamental y, además, porque en modo alguno parece existir consenso sobre su necesidad, conveniencia y oportunidad; lo cual a su vez explica, reiteramos, el por qué de todos los desfases sistemáticos que hemos expuesto en los capítulos anteriores.

Es de interés recordar que la participación ha sido consagrada como principio constitucional expreso en la constitución española, art. 9º, inc. 2: Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, Cívitas, 1981, p. 76 y ss.; ampliar en SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980. El texto constitucional español tiene como antecedente similar disposición en el art. 3, párr. 2, de la constitución italiana, como recuerda GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Cívitas, 1980, p. 108.

²GORDILLO, "Cauces de participación ciudadana," ponencia general presentada al V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios, Santiago de Chile, 1969, publicado en *Crónica del Vº Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, del Instituto de Estudios de Administración Local, t. I, pp. 1057-1085; también publicado en el libro *Planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios generales*, publicación del Instituto de Ciencias Sociales, Barcelona, 1971, pp. 37-63; posteriormente incluido en nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, 1973, pp. 165-216. Hemos vuelto sobre el tema también en *Participation in State and Non-State Administration in Latin America*, trabajo presentado al seminario *Law in the Design and Administration of Strategies of Alternative Development*, Coventry, University of Warwick, 1980.

nos referimos a los obvios que están previstos en el sistema constitucional, sino a aquellos menos obvios y que no cuentan con tradición. Hay al respecto una curiosa paradoja: No existe consenso acerca de la conveniencia de introducir mayores mecanismos de participación, y sin embargo tales mecanismos son a su vez indispensables para provocar consenso y adhesión en la ciudadanía sobre el sistema. Nos hallamos pues en un círculo vicioso de inexistencia de consenso aún sobre la necesidad de que haya mecanismos que generen consenso...

2. Medios semidirectos de participación

Existen en efecto medios de participación que podrían fortalecer la vida política democrática en América Latina pero que hasta ahora no han recibido mayor adhesión doctrinaria. Nos referimos en primer lugar a los medios semidirectos de participación, tales como plebiscito, referendium, derecho de iniciativa,³ derecho popular de veto,⁴ *recall*, etc.

En general, la tradición latinoamericana es adversa a estas formas de participación,⁵ e incluso en algún caso se interpretan las constituciones en el sentido de que las excluyen, lo que a nuestro juicio no es correcto. Nuestra opinión es que estos medios semidirectos de participación, si bien no pueden sustituir la democracia representativa, sí pueden en cambio perfeccionarla e integrarla: Son así los gobiernos democráticos los que debieran mejorar la participación política con estos canales semi-directos de participación.

3. Participación de los usuarios en las empresas y servicios públicos

Las diferentes formas de participación de los usuarios en los servicios y empresas públicos que se han intentado en Europa tampoco han suscitado adhesión en las corrientes dominantes de opinión en América Latina, ni originado experiencias o prácticas estables.

³ Desde luego, si el ejercicio del derecho de iniciativa popular es muy complejo o requiere demasiadas firmas para poder ser puesto en marcha (por ejemplo, cien mil firmas en el Distrito Federal de México), entonces no funcionará en la práctica, como apunta MIGUEL ACOSTA ROMERO, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1979, pp. 150-2.

⁴ Proponemos en efecto la idea de un veto de iniciativa ciudadana, a ser creado en forma similar al derecho de iniciativa o al *recall*, para ser aplicado eventualmente a proyectos grandiosos de determinados gobernantes que pueden no contar con respaldo de la ciudadanía. Puede ocurrir que algunos gobiernos pretendan emprender grandes proyectos más por razones de prestigio o vanidad política que por real utilidad comunitaria; es conveniente que la comunidad supuestamente beneficiaria de tales proyectos pueda jurídicamente impedirlos si no responden a la voluntad popular. Ver también VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho constitucional general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 94, refiriéndose al veto popular a una "ley votada por sus representantes al ser consultado sobre el particular y que impide la vigencia de la misma."

⁵ Ver por ejemplo SALVADOR M., DANA MONTAÑO, *La participación y sus garantías*, Buenos Aires, 1971, pp. 13-14. Tanto es esto así, que ni siquiera se *propone* someter a referendium temas tales como divorcio, adopción, cuestiones de límites, etc.

Sea que se hable de la participación del usuario en las empresas públicas, o de la gestión tripartita de los servicios públicos con representantes del gobierno, los usuarios y los funcionarios del servicio;⁶ o de la participación obrera en la dirección de las empresas públicas o privadas;⁷ o de cualquier otra forma importante de participación del administrado o individuo en la dirección de los asuntos públicos, la opinión dominante en los círculos académicos y de poder es poco propicia a estas diversas formas de participación.

Un ejemplo importante puede serlo en la Argentina lo que aspiró a ser el gobierno “tripartito” en las universidades nacionales, propiciado a partir de la Reforma nacida en Córdoba en 1918. En una de sus manifestaciones, comenzada en 1957 y terminada en 1966, las universidades nacionales estuvieron gobernadas por cuerpos colegiados electivos, integrados por una mayoría y minoría de profesores, mayoría y minoría de estudiantes, mayoría y minoría de graduados. La cantidad total de profesores era en este ejemplo de ocho, frente a cuatro graduados y otros tantos estudiantes, lo que permitía a veces que en determinadas votaciones se sumaran el voto de la mayoría estudiantil y de graduados con la minoría de los profesores, consagrando así a veces decisiones a las cuales la mayoría de los profesores era adversa. Esta sola circunstancia quizás sea suficiente para extrapolar a partir de ese ejemplo los juicios de valor que la idea de la participación puede suscitar en espíritus diferentes. Para quienes enfatizan la jerarquía y la autoridad, ese ejemplo será tal vez prueba suficiente de que la participación es una propuesta que cabe desechar de plano y no volver siquiera a intentarla con el alcance de coparticipación decisoria. Para quienes piensan que la jerarquía y la autoridad no son valores absolutos sino en tanto y cuanto sirven al cumplimiento de fines superiores para toda la sociedad; para quienes piensen que la democracia no es sólo una forma de llegar al poder sino también una forma de ejercerlo; para quienes creen que toda la sociedad debe participar de tantas formas como sea posible en las decisiones públicas que van a afectar su forma de vida; para todos ellos, puede ser que tales experiencias muestren un ejemplo interesante para analizar críticamente y eventualmente perfeccionar con miras a su experimentación.

A nivel de críticas que no sean pues rechazo total de tales ideas y experiencias, cabe destacar aquí aquella según la cual la gestión tripartita igualitaria (igual proporción de representantes de usuarios, personal y gobierno central) o

⁶ Para una crítica, ver ALLAN RANDOLPH BREWER CARIAS, “El control de las empresas públicas por grupos de intereses de la comunidad,” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 1967, vol. XXXIII, n° 1, p. 53.

⁷ Desde luego, en el caso de la empresa privada intervienen también otros factores. En algún caso ha existido consagración constitucional del principio (Argentina desde 1957 en adelante, art. 14 bis), pero ninguna concreción legislativa ni práctica consolidada. Sobre el tema en otros países en desarrollo ver YASH P. GHAI, *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, 1977, pp. 232-7. Algunas experiencias en América Latina están reseñadas en International Labour Office, *Participation of Workers in Decisions Within Undertakings*, Ginebra, 1969.

tetrapartita (según alguna propuesta universitaria no concretada en los hechos, profesores, graduados, estudiantes y personal administrativo) diluyen ya en exceso la autoridad. Formas de equilibrio de la participación, en las cuales el fiel de la balanza dé preeminencia a la jerarquía y a la autoridad formal (o sea, a los representantes del poder central o del poder constituido), y otorgue algún grado de influencia no igualitaria a los representantes de los administrados, usuarios del servicio o empresa pública, etc., pueden ser la tónica a buscar en futuras experiencias de esta índole.

En cualquier caso, y a fuer de reflejo fiel de la realidad de las ideas predominantes en América Latina, no cabe sino concluir en que esta forma de participación resolutoria, con voz y voto, en los cuerpos directivos de la administración pública, no cuenta con asentimiento ni consenso en América Latina, ni tampoco con experiencias generalizadas.

4. *Participación en los cuerpos colegiados con facultad decisoria*

Si hubiéramos de formular una aspiración general, ella sería que en todo cuerpo con facultades decisorias en la administración central o descentralizada (Directorios de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, Juntas, Comisiones, etc., que funcionen como cuerpos colegiados), haya siempre alguna participación no igualitaria, con voz y voto, de los representantes de los diversos intereses a ser afectados por las decisiones, en especial de los particulares o administrados.⁸

Ahora bien, preciso es reconocer que semejante propuesta general no cuenta con adhesión doctrinaria. Más aún, lo relativamente poco que ha propuesto la doctrina tampoco se ha visto respaldado por la experiencia y ha quedado como mera aspiración teórica. Así por ejemplo en doctrina se ha vinculado la participación no tanto con todo cuerpo colegiado decisorio de la administración, sino más limitadamente con la regionalización, la descentralización y la delegación: Pero el resultado es el mismo.

América Latina cuenta con importantes e interesantes ejemplos de entes regionales de desarrollo, y podemos a guisa de ejemplo recordar el caso de Venezuela, Colombia, México, Brasil, etc.;⁹ también la descentralización territorial e

⁸ Y también, en el modelo inglés, con participación de sectores ajenos a los intereses en juego, como pudiera ser un típico académico, una típica ama de casa, un típico empleado, etc., a fin de evitar puntos de vista y juegos de intereses demasiado sectoriales y alejados del criterio medio de la colectividad.

⁹ Ver ALLAN RANDOLPH BREWER CARÍAS, *Estudios sobre la reforma administrativa*, Caracas, 1980, p. 290 y ss.; GORDILLO, "La regionalización administrativa en Venezuela," documento de Naciones Unidas, Caracas, 1974; ANTONIO J. POSADAS y JEANNE DE POSADAS, *CVC, un reto al subdesarrollo y al tradicionalismo*, Bogotá, 1966, p. 46, donde analizan la regionalización como un medio de participación democrática en el caso de la corporación del Valle de Cauca (CVC); en cambio DANA MONTAÑO, *op. cit.*, pp. 13-4, considera críticamente la posibilidad de que la regionalización pueda operar como modo de la participación y recuerda en tal sentido a JACQUES KAHN, *La Participation —Ce que De Gaulle cache*, París, 1969.

institucional ha sido frecuentemente propuesta como una forma al menos cercana o próxima a la idea de participación.¹⁰

Tanto los entes de tipo regional como los demás entes descentralizados, en general no funcionan como mecanismos idóneos de participación, ni existe tampoco una concepción clara de que deban serlo, entre otras cosas porque suelen funcionar a imagen y semejanza de la administración central; padecen entonces del mismo vicio de excesiva centralización interna que caracteriza a la administración central, y no es frecuente encontrar dentro de tales entidades experiencias importantes de desconcentración o delegación, ni tampoco por ende de participación. Esto, al menos como regla o conclusión general y sin perjuicio de que puedan señalarse excepciones en las cuales la participación pueda haberse presentado.

5. *Las audiencias públicas previas a la emisión de normas generales*

En el caso de la audiencia pública¹¹ no encontramos una adecuada expresión de reconocimiento constitucional o legislativo y a veces ni siquiera doctrinal,¹² ni tampoco por ende experiencia concreta generalizada, en el sentido de que debe igualmente permitirse exponer razones y arrimar pruebas a los destinatarios de la medida, *antes* que la administración emita una norma general, o antes de que apruebe un proyecto que va afectar a un sector de la comunidad. (Típicamente, los proyectos que modifican el equilibrio ecológico, o los proyectos de reforma urbanística: Autopistas, aeropuertos, etc.) En el derecho inglés y norteamericano se encuentran de antaño consagradas las *public hearings* o audiencias públicas y en el derecho francés las *enquêtes publiques*, pero en América Latina ha habido hasta ahora un aparente desinterés por incorporar estas experiencias comparadas a la realidad local. Aquellas voces que en los países desarrollados señalan imperfecciones o defectos de tales experiencias son tomadas en los países en desarrollo no como expresiones de conciencia científica crítica, a partir de un fenómeno que puede ser valioso, sino como demostraciones de su imperfección y por lo tanto —en ilógico *ne sequitur*— de la inconveniencia de experimentarlos

¹⁰ Pero tampoco han sido los entes descentralizados una forma significativa de participación, ni siquiera tratándose de entes participativos por excelencia como los Municipios. Sobre estos últimos ver BREWER CARIAS, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, 1975, pp. 430-451.

¹¹ En el derecho norteamericano, por ejemplo, la ley federal de procedimiento administrativo consagra el derecho de los interesados a tener “oportunidad de participar en la elaboración de normas generales.” Ver BERNARD SCHWARTZ, *Administrative Law*, 1976, 3ª ed., p. 167; JORGE TRISTÁN BOSCH, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 29-33 y 73-76. Para el derecho inglés ver WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 728 y ss., WILSON, GEOFFREY, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, p. 483 y ss. La participación pública previa a la emisión de normas generales y adopción de proyectos públicos ha sido especialmente estudiada en relación a la planificación urbana: MC. AUSLAN, PATRICK, *Land, Law and Planning*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1975, p. 101 y ss.

¹² Entre quienes comentan favorablemente la experiencia comparada en este sentido, ver JORGE TRISTÁN BOSCH, *op. cit.*, p. 29 y ss.

en los países menos desarrollados. Consideramos que los países de América Latina mejorarían su grado y calidad de participación y por lo tanto de vida democrática si establecieran la norma de la necesaria información, consulta y debate público previo a la emisión de normas administrativas generales o a la adopción de grandes proyectos públicos.

6. *El Ombudsman*

Podemos mencionar también a la institución del Ombudsman, o comisionado parlamentario, en cuanto procurador o representante del ciudadano, gestor de los intereses de los administrados y en general de los no representados o insuficientemente representados frente a los poderes públicos.¹³ Conforme a esta propuesta se constituiría un órgano público independiente encargado de vigilar a la administración en los abusos que pueda cometer frente a los administrados y en general de controlar el inoportuno o mal ejercicio de la función administrativa. Con esta institución se otorga una cierta voz y una cierta potestad indirecta a quienes de otro modo, a través de los medios usuales de participación y control de y en la administración pública, podrían no tener quizá acceso eficaz al control del poder. Como dice ROWAT,¹⁴ “Puede ser cierto, como los críticos dicen, que esta oficina no esté muy bien equipada para cazar leones, pero puede ciertamente aplastar muchas moscas. Aún si funcionara en los países en desarrollo con la mitad de la efectividad del esquema original, su adopción valdría la pena,” es decir, aunque posiblemente no habrá de producir profundos cambios en la administración, de todos modos puede contribuir a mejorar cualitativamente la conducción de la administración y del gobierno en general, y puede dar complementariamente una no despreciable dosis adicional de participación indirecta a los administrados.

En el caso argentino, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas no suple la inexistencia de un *Ombudsman*, pues: a) Generalmente investiga hechos presuntamente delictivos, dejando de lado entonces las faltas de oportunidad o mérito que no constituyen delitos, b) investiga principalmente hechos del

¹³ Ver DONALD C. ROWAT, *The Ombudsman Plan*, Toronto, 1973, cap. 16 en referencia a países en desarrollo; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, “Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman,” en *Memoria de El Colegio Nacional*, vol. IX, n° 2, México, 1979, pp. 99-149; EDUARDO SOTO KLOSS, “El Ombudsman nórdico sajón,” en *Revista Argentina de derecho Administrativo*, n° 1, Buenos Aires, 1971, pp. 37-51; MIGUEL M. PADILLA, *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1976; CELSO BARROSO LEITE, *Ombudsman: Corregedor administrativo*, Río de Janeiro, 1976; *XI Congreso Nacional de Derecho procesal*, op. cit., conclusiones aprobadas sobre la Comisión VI, punto c), apartado 1-b). Interesa también comparar la mayor viabilidad que ha tenido en la práctica la institución en otros países en desarrollo, por ejemplo los africanos. Ver al respecto YASH P. GHAI, “Ombudsman and Others,” en el libro de R. MARTIN, *Law and Personal Freedom in Tanzania*, pp. 217-220; ROBERT MARTIN, “The Ombudsman in Zambia,” *Journal of Modern African Studies*, vol. 15, n° 2, pp. 239-259.

¹⁴ D. C. ROWAT, *The Ombudsman Plan*, p. 138.

pasado, sin poder habitualmente ejercer una acción oportunamente correctora sobre hechos del presente.¹⁵

7. *La tutela de los intereses legítimos y difusos*

Es tradicional en derecho administrativo la tesis de que debe admitirse la tutela judicial de los intereses legítimos, pero aún las legislaciones están bastante atrasadas en la materia.¹⁶ En los países desarrollados se ha avanzado con todo aún más, incorporándose a los ordenamientos jurídicos la tutela de los llamados intereses difusos o de clase, con el alcance de permitir a las asociaciones y entidades de bien público, con personalidad jurídica reconocida, interponer recursos y acciones administrativas o judiciales contra los actos, hechos u omisiones públicas que lesionan por ejemplo el medio ambiente en cualquiera de sus manifestaciones.¹⁷

Es otra forma de participación de la colectividad en los asuntos públicos que está ausente de la experiencia latinoamericana.

8. *Participación en televisión y educación*

De lo que hasta aquí se ha estado viendo, puede ya desprenderse la conclusión de que a nivel teórico sobran si acaso posibles medios de enriquecer la participación de los individuos en la administración, pero que escasean las experiencias y las convicciones. Si con todo ello podemos enunciar la conclusión tentativa de que no existe en América Latina consenso doctrinario ni tampoco convicción en la opinión pública, acerca de la bondad de intentar instaurar un sistema tan participativo como sea razonablemente posible, ¿qué propuesta puede tener sentido teórico y práctico?

Desde luego, quien sea partidario de un sistema tan participativo como sea razonablemente posible, apoyará todo intento de introducir unos y otros de los múltiples medios y cauces de participación conocidos, en tanto no sean presentados como supuestamente excluyentes de los restantes. Pero con sólo mirar la experiencia y la historia reciente se puede advertir que esos esfuerzos aislados no han sido suficientes para hacer realidad la participación en el múltiple sentido que estamos hablando.

¹⁵ Para un mayor desarrollo, ver el cap. V de nuestro citado libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*.

¹⁶ Y por dar sólo un ejemplo grueso, no existe tutela judicial del interés legítimo en el orden nacional en la Argentina, ni tampoco en su provincia más importante, la de Buenos Aires, ni tampoco en su ciudad capital.

¹⁷ Entre las voces que se han alzado en América Latina en pro de la tutela de los intereses difusos ver especialmente MORELLO, AUGUSTO MARIO, "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal," *JA*, 1978-III, p. 323; *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, comisión VI, punto c), ponencias de AUGUSTO MARIO MORELLO, ROBERTO OMAR BERIZONCE, MARIO EDGARDO BOLLA y otros.

Desde esta perspectiva, pensamos que puede ser de interés considerar un enfoque de la participación que tome en cuenta algunas de las posibles causas de aquella falta de convicción y consenso acerca de su conveniencia.

Nos referimos al hecho de que la educación por una parte, tanto pública como privada, y los medios masivos de comunicación por la otra, en especial la televisión por su enorme penetración en la vida diaria de la mayoría de los individuos, emiten a diario un mensaje no participativo, precisamente por su estructura de decisión no participativa. Un sistema administrativo de televisión y de educación en el cual la decisión es tomada en forma unilateral y excluyente, sin participación decisoria previa ni posterior de los destinatarios y afectados directos, sin audiencia pública ni privada, sin descentralización ni delegación, sin *Ombudsman* que controle y a veces aún sin un sistema político democrático del cual partir como esquema de poder, inevitablemente enseñará diariamente a todo su público, en los más mínimos actos y expresiones, en innumerables formas implícitas y explícitas, que la participación no es el sistema de valores del cual se parte ni al cual se aspira, sobre todo porque no es el sistema de valores que se practica.

Si en algún sector de la vida administrativa y pública ha de efectuarse un esfuerzo prioritario para atacar la falta de convicción existente en América Latina respecto a la participación, ha de ser entonces en materia de educación y de televisión, tanto si están a cargo de entes estatales como no estatales, públicos o privados.¹⁸ Ahora bien, para que la participación sea no un *slogan* vacío, carente de contenido empírico, sin reflejo en la realidad; para que no transmita un mensaje falso que por tanto a nadie convencerá y quedará como tantas otras ideas en el campo de las que se dice compartir pero que se prefiere no ejercitar “por ahora;” para todo ello, es necesario entonces que se intente estructurar en tales sectores de formación de opinión un mecanismo de participación, razonablemente equilibrado, que permita acercar a la toma de decisiones a los destinatarios de las mismas.

Por supuesto, no se trata de transferencia ni de abdicación del poder, ni de participación *igualitaria* de todos los interesados: Tal como señalamos en el § 3 para los usuarios de empresas y servicios públicos, ha de conferirse al menos alguna representación minoritaria a los interesados, que no elimine la preeminencia de los representantes de la administración pero que sí enriquezca la gama de puntos de vista tenidos en cuenta al resolver.

En cualquier caso, no es necesario adscribirse a tal o cual forma concreta de experiencia; basta sí con advertir que participación en educación o televisión no es tampoco estatización de ambas, como a veces se ha pregonado y en algún caso parcialmente practicado en América Latina. No se trata pues como se intentara con los diarios en Perú bajo el gobierno de Velazco Alvarado, de quitarlos a sus propietarios particulares para darlos a la “comunidad,” porque ello en la práctica

¹⁸Según la distinción que explicamos en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. IX, § 4 a 7.

significaría darlos sólo al funcionario del gobierno de turno, que actuará también en el estilo tradicional de la administración de la cual proviene. Se trata no de cambiar la titularidad formal del poder, asunto que viene resuelto por otros datos del sistema, sino de cambiar el modo de ejercicio del poder, de establecer la regla de que todas las decisiones a tomarse han de serlo con la participación integradora, en la decisión misma, de los afectados o destinatarios de la resolución de que se trata. En América Latina algunos países han ido concentrando en el gobierno, a través de los años, una proporción creciente de medios de comunicación de masas y en algunos casos la totalidad de los canales nacionales de televisión (la Argentina en 1974, en situación que se mantiene vigente sin perspectivas de modificarse) y una gran parte de las radios (de las cuales se ha vuelto a anunciar recientemente y comenzado a poner en práctica en la Argentina la intención de desmantelarlas como aparato del Estado y pasarlas a manos privadas) lo cual, en tanto y en cuanto la dirección de tales medios de comunicación se hace de modo no participativo, hace que el mensaje diario a la población sea el de la no-participación. Si se desea una democracia fuerte y estable, un pueblo no abúlico ni desinteresado de la vida pública, un pueblo que tome decisión responsable no sólo cuando vota sino también cuando a diario con su acción o inacción afecta la conducta pública; si se aspira a que vayan poco a poco disminuyendo las condiciones que dan pie al nacimiento del parasistema y a las experiencias de diverso orden ajenas al espíritu republicano constitucional, entonces se puede empezar por crear canales reales de participación de la comunidad en la toma de decisión diaria en materia de televisión y educación.¹⁹

¹⁹ Si el lector considera que *todas* estas propuestas son irreales e impracticables, y las desecha incluso en el plano teórico por anticiparlas inconvenientes aún en los casos en que no existen experiencias nacionales, entonces no cabe sino concluir como en el *Ensayo de Orquesta* de FELLINI, “*Da capo!*,” volvamos al punto de partida, no nos quejemos de la existencia del parasistema pues no introducimos en el sistema ningún elemento susceptible de romper el círculo vicioso que da origen al primero; sigamos, como a comienzos de siglo, con “Esta dualidad del cuerpo colectivo” que señaló ORTEGA y GASSET.

ANEXO I

DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINA DE FACTO Y EMERGENCIA ECONÓMICA

Por NICOLÁS DIANA

SUMARIO

1. Introducción	AP-AI-1
2. La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos	AP-AI-5
3. Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político.....	AP-AI-13
4. Legalidad y Legitimidad	AP-AI-16
5. La mitología de nuestras palabras	AP-AI-20
6. Los golpes de Estado (La ficción de la revolución).....	AP-AI-24
6.1. La asunción del General Mitre.....	AP-AI-27
6.2. El golpe del 6 de septiembre de 1930.....	AP-AI-28
6.3. El golpe del 4 de junio de 1943.....	AP-AI-29
6.4. Los actos derivados	AP-AI-29
6.5. Los golpes de 1955 y 1966	AP-AI-30
6.6. El golpe de 1962	AP-AI-31
6.7. Los decretos-leyes. Vigencia, validez y eficacia.....	AP-AI-33
6.8. La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso	AP-AI-33
6.9. El valor de las palabras	AP-AI-34
7. La doctrina de facto: Garantía de la pseudoinstitucionalidad	AP-AI-35
7.1. Fundamento inatinerente.....	AP-AI-36
7.2. La doctrina de facto (según CONSTANTINEAU)	AP-AI-36
7.3. La Acordada del 10 de septiembre de 1930	AP-AI-37
7.4. La fuerza por sobre el Derecho: ¿Sinceramiento de nuestras instituciones?.....	AP-AI-38

7.5. El acompañamiento judicial a la decadencia institucional....	AP-AI-39
7.6. Las normas de facto	AP-AI-43
8. Estado de Emergencia (¿o Emergencia del Estado?)	AP-AI-46
8.1. Introducción	AP-AI-46
8.2. El estado de sitio económico	AP-AI-52
8.3. Sin respuestas... ..	AP-AI-55
8.4. Colofón.....	AP-AI-58
9. Responsabilidades compartidas, pero no asumidas.....	AP-AI-61
10. El discurso meta-jurídico.....	AP-AI-64
11. El derecho: Continuación de la fuerza (de la guerra por otros medios).....	AP-AI-70

Anexo I

DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINA DE FACTO Y EMERGENCIA ECONÓMICA.¹

Por NICOLÁS DIANA

“La vida es una historia contada por un idiota, llena de estruendo
y furia, que nada significa.”

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*

1. Introducción

La primera aproximación a este tema fue en ocasión de retomar la discusión de la aplicación de la *doctrina de facto* por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y tolerada desde la doctrina nacional.² El segundo análisis de esta cuestión fue motivo de la edición argentina de *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*.³

Con el retorno a la democracia y luego de 1983, el debate sobre la *doctrina de facto* fue abandonado, en gran medida, como tema de interés académico y práctico.

¹Se reproduce en este capítulo, con nuevos agregados y modificaciones: DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: Doctrina de facto y emergencia económica,” en *RPA*, 2009-2 y 3, p. 73 y ss.

² Cfr. DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *RPA*, 2007-1, p. 93 y ss.

³BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 2009. El desarrollo que aquí se realiza reproduce, en gran medida, pero con algunos cambios, la tesina *Discurso jurídico y derecho (administrativo)*, cuyo director fue el Dr. MARIO REJTMAN FARAH, presentada como conclusión de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos a él su rol tutelar y consejo, como también a los Dres. AGUSTÍN GORDILLO, LAURA MONTI y MARÍA ROSA CILURZO quienes desde su rol como miembros del tribunal que tuvo que analizar el trabajo, han encaminado la profundización de conceptos e ideas inadvertidos por el autor al tiempo de escribirlo. Su objeto, ambicioso por cierto, es el de dejar planteados los aspectos generales que hacen al rol del discurso jurídico —académico y jurisprudencial— en particular desde el derecho público —administrativo, en especial— frente al poder político y a la historia argentina.

Su problemática posee la misma relevancia, desde el punto de vista institucional, que hace ochenta años atrás, especialmente por el carácter expansivo que la interpretación vernácula de la *doctrina de facto* tiene frente a otros institutos vinculados con el *estado de necesidad* o la emergencia.

Así como un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso,⁴ el destino de los próximos “se puede escudriñar a partir de los últimos pasos del siglo XX y los primeros que se avizoran del próximo milenio. No hablamos pues para el futuro, sino para el inquietante presente. La pregunta real no es dónde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos.”⁵

Nada de lo que se afirma aquí es novedoso ni original —nada lo es— solamente intentamos reflexionar sobre el poder del discurso en la realidad política y jurídica argentina, pero principalmente cuestionar(nos) la función del lenguaje en el armado del entramado que supo resguardar la *legalidad* de lo *ilegítimo*.⁶

La confusión permanente de lo político, lo jurídico y el valor conferido al discurso (judicial y académico) son aspectos que aquí serán tratados tangencialmente, e incluidos en el proceso histórico nacional vivido durante gran parte del siglo XX y que se inició formalmente en 1930.

La América Latina del siglo XX parecía destinada a las dictaduras. Hacia 1978, sólo Colombia, Venezuela y Costa Rica escaparon de regímenes dictatoriales o de hecho, aún cuando éstos sean, por naturaleza, efímeros,⁷ como todo producto de la fuerza y no del consenso.⁸

El fenómeno del autoritarismo-dictadura se replica y se ha replicado en el continente al sur del Río Bravo, a partir de experiencias comunes que encuentran su causa, en raíces históricas compartidas. El sueño de toda dictadura es institucionalizarse para asegurar su supervivencia y a la de los responsables. La *doctrina de facto* garantiza ese objetivo. Para salir de lo provisional del *estado de excepción*, es preciso adquirir una legitimidad aceptable. Ahora bien, la mayoría de las veces ésta no puede sino ser de *ejercicio* y descansar en el éxito económico,

⁴ Como lo recuerda GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. III-37.

⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. IV-17.

⁶ Sostenía JORGE LUIS BORGES que “[h]e intentado, no sé con qué fortuna, la redacción de cuentos directos. No me atrevo a afirmar que sean sencillos, no hay en la tierra una sola página, una sola palabra, que lo sea, ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad.” (Prólogo a “El informe de Brodie,” *Obras completas*, v. 2, 14ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 399.)

⁷ ROUQUIÉ, ALAIN (trad. VÍCTOR GOLDSTEIN), *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 113.

⁸ Un balance sobre los logros y falencias de las democracias en América Latina y el fenómeno actual de la concentración del poder político en los sistemas presidencialistas implementados como desafío a superar en la etapa de postransición de las dictaduras de los setenta, puede verse en el Informe OEA-PNUD, *Nuestra Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010. (En especial p. 57 y ss.) El desarrollo democrático continúa mientras sus dilemas e interrogantes se transforman. Cada vez es menos el pasado lo que inquieta nuestra democracia, cada vez más el futuro. (Versión electrónica gratuita disponible en: http://www.undp.org.ar/publi_coop_reg.htm.)

una victoria militar o el prestigio internacional.⁹ Esa legitimidad o legalidad en el ejercicio no sustituye el vicio originario que conlleva todo gobierno usurpador.

Desde 1930, Argentina fue el ejemplo latinoamericano de la república pretoriana. Aquí “la vida pública está caracterizada por la permanencia de una hegemonía marcial camuflada. Las intervenciones militares no son el último recurso en circunstancias excepcionales, sino que aparecen como formas «normalizadas» de resolución de los conflictos. Lejos de provocar la unión sagrada para defender las instituciones democráticas, toda sublevación militar recibe el apoyo público de los opositores a quienes se encuentran a cargo del poder. La mayoría de las veces, por otra parte, son ellos los que van a golpear a las puertas de los cuarteles. Por lo tanto, la intervención militar es, si no legítima, por lo menos legitimada por amplios sectores de la opinión, y sobre todo por los más influyentes.”¹⁰

Hacia finales de la década del '50, principios de la década del '60, la doctrina de la seguridad hemisférica mutó en doctrina de la seguridad nacional en todo el continente. La Argentina, sin embargo, “presenta la característica extrema de haber conocido un régimen dictatorial no sólo incapaz de institucionalizarse, sino desprovisto de los medios de imponer algunas condiciones a la vuelta del orden constitucional. En Uruguay, la dictadura saliente también va a tratar de establecer una seudodemocracia bajo tutela.”¹¹

La *doctrina de facto* posee valor histórico, jurídico y político en Latinoamérica. La Argentina de principios del siglo pasado, fue un ejemplo sobre el modo en el cual el binomio *legalidad-legitimidad* ha sido forzado hasta el límite. Por un lado, se ubica el origen legal mayoritario del poder, de conformidad con las reglas constitucionales. En segundo lugar, la existencia de una elite que no acepta ni reconoce el principio de las mayorías, sólo cuando responde a sus intereses. Por el contrario, “la ilegitimidad de los gobiernos de hecho, dictaduras innegables, raramente es objeto de un consenso. Frente a lo que los grupos dominantes presentan como una «crisis de autoridad» o un manifiesto «vacío de poder», habida cuenta de los «peligros» supuestos que planean sobre la sociedad, ¿cómo no pensar que un golpe, un pronunciamiento, venga a “derogar la legalidad para restablecer la legitimidad”? A la legitimidad de origen del nuevo poder, fundado en una «causa justa», se añade la legitimidad de ejercicio que aportan «el restablecimiento del orden natural» y la «búsqueda del bien común», éste sinónimo de «modernización del país» o de «crecimiento económico». Por supuesto, esta legitimidad es eminentemente provisional. Es otorgada bajo beneficio de inventario por los grupos dominantes. Que la confianza se desvanezca y la «revolución» tan esperada se convertirá en simple «dictadura» cuyos días estarán contados.”¹²

⁹ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁰ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 102.

¹¹ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, pp. 123-124.

¹² ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 107.

La institucionalización de la dictadura y sacralización del poder de facto (usurpador) es patrimonio de la nación latinoamericana, con sustento en nuestro pasado clasista y autoritario de la época de la colonia, luchas internas, presencia de caudillos e incumplimiento deliberado de la norma, cuestiones del pasado, todas ellas en común, que definen nuestras democracias contemporáneas.

La instauración de una dictadura, de un golpe de estado, lamentablemente, aparenta ser “un arte sencillo y de lisa y llana ejecución. Basta con seguir la inclinación «demasiado humana» del poder. Pero los regímenes constitucionales pluralistas, por lo que a ellos respecta, son el fruto de una tensión permanente, de una autocorrección voluntarista y de un largo y árido aprendizaje de la virtud. La democracia no está inscrita en la naturaleza. Es una construcción cultural compleja, azarosa, que avanza por ensayo y error. A menudo es gris y apagada. Engendra menos fervor que el poder absoluto de las autocracias.”¹³

Nuestro planteo es reflexionar sobre la distancia entre el sistema ideal pensado por nuestros constituyentes —plasmado en toda Ley Fundamental— y la realidad del sistema institucional tal como funcionó y funciona, como partes de una ficción en la que el derecho del más fuerte se impone por encima de las instituciones como una constante arraigada en la sociedad argentina.

La relación histórica y dogmática de la *doctrina de facto* y el *estado de emergencia económica* —ambos detrás del velo del poder— forman parte de nuestra hipótesis de trabajo. Esta relación se incrementó después de 2002 con una emergencia prorrogada *sine die*, los primeros años con mayor fuerza y fundamento fáctico, a la luz de la peor crisis política, económica y social padecida por la Argentina en el siglo XX.

Como ha indicado la Corte Suprema, con cita de IHERING,¹⁴ “la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho.”¹⁵ La realidad nos ha demostrado que el derecho argentino ha asumido teorías y prácticas, muchas veces foráneas, las que fueron tergiversadas y aplicadas forzosamente a situaciones de hecho para las cuales no habían sido pensadas. Esa construcción —o deformación vernácula— posee autonomía académica, lo que lo torna un fenómeno interesante y atrapante desde el punto de vista teórico pero principalmente histórico y práctico.

El fenómeno jurídico no se origina *per se* en las normas o en un sistema de reglas, sino en los hechos que le sirven de causa e intentan ser atrapados en un discurso unívoco en el que se expresan las formas normativas y las prácticas, como representación del poder (político y económico) pero no de los hombres. Cuestionamos el alcance que muchas veces el discurso jurídico se otorga a sí mismo, a través de la labor de la doctrina y de los jueces, quienes desde el plano

¹³ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 345.

¹⁴ CSJN, *Pérez de Smith y otros*, sentencia del 21-XII-78, *Fallos*, 300: 1282.

¹⁵ CSJN, *García Méndez, Emilio y Musa, Laura*, sentencia del 2-XII-08, cons. 8°; *Fallos*, 331: 2691.

formal intentan atrapar a la realidad, como si fuera un objeto a nuestro alcance, como si el tiempo y el espacio fueran parámetros cognoscibles y mensurables, como si el hombre y su entorno fueran cuestiones definidas por el derecho y no el derecho su consecuencia.

Seguimos la definición de derecho administrativo entendiéndolo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”¹⁶ Ello, dejando de lado las concepciones de esta rama como ciencia, como parte de un modelo autoritario o por vía de la teoría política de la sacralización del Estado.¹⁷

El derecho administrativo, cualquiera sea la definición que adoptemos de él, se vincula directamente con el poder, como toda rama del derecho. Las ficciones creadas desde y por el discurso han servido a formar y deformar el derecho administrativo, desde una simple función de organización del propio Estado y la Administración, hasta asumir y cuestionar la propia vigencia, en el caso argentino, de la propia Constitución nacional.

Allí subyace la relación directa entre la doctrina de facto y la doctrina de la emergencia económica, las que planteadas desde la abstracción y tergiversación de sus fuentes, en gran medida, han llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en determinados períodos históricos, a aceptar la sola fuerza brindada por las palabras para legitimar lo ilegal, por vía de un consenso aparente, justificado siempre en la vida de la Nación y del Estado, su existencia y la de sus instituciones.

He aquí el desafío de nuestra labor.

2. *La ilusión del lenguaje. La realidad de los hechos*

“No existe nada bueno ni malo; es el pensamiento humano el que lo hace aparecer así.”

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Hamlet*

Desde que el hombre ha podido controlar y dominar a la naturaleza, a las bestias y luego a otros hombres; desde los albores del surgimiento de las primeras comunidades organizadas, agotados los recursos brindados por la sola fuerza física, el poder de la palabra y del discurso (religioso, político y jurídico) han

¹⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V-19.

¹⁷ Como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, “La más simple y tradicional definición de derecho administrativo lo considera como el derecho de la administración pública, realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas, al menos desde el punto de vista jurídico, por más que, desde la perspectiva neutra de las técnicas de organización o de los métodos de trabajo, ambas clases de administraciones puedan considerarse bajo un prisma unitario (tampoco nunca totalmente abstracto e intercambiable) por la llamada Ciencia de la Administración.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. Argentina, p. 29.)

cumplido un deber de complementación y de seducción del cuerpo, del hombre y del ciudadano.

Desde el campo filosófico, se ha señalado que en toda sucesión histórica, la mente sigue a la vida, así como ésta no apareció en nuestro planeta hasta que la materia inorgánica hubo adoptado formas de gran complejidad, “así también la mente no surgió hasta que la materia orgánica hubo alcanzado un grado aún mayor de complejidad, con la aparición de órganos sensoriales, de nervios y de cerebros.”¹⁸ El discurso simula marcar el dominio de la materia inorgánica sobre la orgánica: El no ser sobre la realidad.

Existe un error lógico que está conectado “con la estrecha analogía entre el *significado* de las palabras, términos o conceptos y la *verdad* de los enunciados o proposiciones. Es fácil comprobar que el significado de las palabras tiene alguna conexión con su historia y origen. Lógicamente considerada, una palabra es un signo convencional; desde un punto de vista psicológico, es un signo cuyo significado es establecido por el uso, la costumbre o la asociación. Desde el punto de vista lógico, su significado, en efecto, queda establecido por una decisión inicial, semejante a una definición o convención primera, a una especie de contrato social original; psicológicamente, su significado quedó establecido cuando aprendimos a usarla, cuando se formaron nuestros hábitos y asociaciones lingüísticos.” Surge así “un sentido familiar y lógicamente defendible en el cual el significado «verdadero» o «propio» de un término es su significado original, de modo que si lo comprendemos, ello se debe a que lo hemos aprendido correctamente, de una verdadera autoridad, de alguien que conoce la lengua. Esto muestra que el problema del significado de una palabra está vinculado, en verdad, con el problema de la fuente autorizada, o el origen, del uso que hacemos de ella.”¹⁹

La fuerza de las palabras, no tiene más que el peso que cada uno de nosotros y la sociedad, en su conjunto, le confieren. La *verdad* no tiene más valor que el dado por la autoridad (política, académica, etc.) y aceptado o tolerado por la comunidad.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define *verdad*, como: a) conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente; b) conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa; c) propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna, y d) juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.²⁰

Ninguna de dichas acepciones se aplica a la ciencia o al derecho —como técnica. Nada hay de cierto o *verdadero* en el derecho. Los hechos moldean las normas y los casos definen su alcance. Lo *verdadero* y lo cierto no juegan sino en el plano de las ficciones y los hombres. Son los hombres, desde el propio poder, quienes

¹⁸ HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, t. II, Buenos Aires, Macchi, 1961, p. 317.

¹⁹ POPPER, KARL R. (trad. NÉSTOR MÍGUEZ-RAFAEL GRASA), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, edición ampliada y revisada, Barcelona, Paidós, 2008, p. 41.

²⁰ <http://www.rae.es>.

forman y amoldan el discurso y las formas jurídicas, a las necesidades del poder (o del grupo que lo controla.)

FOUCAULT ha explicado con claridad, que siempre hay dos historias de la *verdad*. “La primera es una especie de historia interna de la *verdad*, que corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la *verdad* tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la *verdad*, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la *verdad*.”²¹

La sola idea de que no sólo la *verdad* no existe. Es imposible conocer o tener acceso a los *hechos*, sino simplemente a sus interpretaciones, lo que nos coloca en una situación de crisis, miedo, impotencia e incertidumbre. Como consecuencia y “de inmediato nos sentimos como perdidos, sin suelo bajo nuestros pies, y reaccionamos por lo general en modos neuróticos, como afectados por un ataque de agorafobia, de miedo al espacio libre e incierto que se abre ante nosotros. Un miedo que se vuelve aun más intenso si dejamos al campo de la filosofía pura (en el fondo, los filósofos han dicho de todo y el mundo no ha cambiado en consecuencia...) y nos aventuramos en el terreno de la política. Es cierto que, una vez tomado en cuenta que no existen verdades absolutas sino sólo interpretaciones, muchos autoritarismos son desenmascarados por lo que son, es decir, pretensiones de imponernos comportamientos que no compartimos, en nombre de alguna ley de la naturaleza, esencia del hombre, tradición intocable, relación divina.”

²² La filosofía nos libera así de los ídolos y el derecho, las más de las veces, nos vuelve a ellos.

En la creciente velocidad en que desarrolla la vida, necesitamos saber a qué atenernos, “y es preciso hacer de esta urgencia el método de la *verdad*... *Verdad* es lo que ahora es *verdad* y no lo que se va a descubrir en un futuro indeterminado.”²³

Existen tantos significantes como significados, pero lo que convencionalmente aceptamos —especialmente en derecho— nos lleva hacia el campo de lo ficcional. Es allí donde la realidad intenta ser atrapada por el valor intrínseco conferido a las palabras (o por la ilusión que supone su existencia.)

La historia de estas dos *verdades* foucaultianas no implica la *verdad* de la historia, sino el grado de deformación y adaptación de las *verdades* implícita y explícitamente incorporadas en las palabras utilizadas y, por ende, en el lenguaje. Lenguaje científico, pero también lenguaje técnico jurídico de nuestros tribunales y de la doctrina. “Aunque a primera vista puedan parecer especulaciones mera-

²¹ FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, 4ª reimp., p. 17.

²² VATTIMO, GIANNI (trad. MARÍA TERESA D’MEZA), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 27.

²³ ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *Historia como sistema*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, p. 75.

mente teóricas y abstractas, es importante no perder de vista que el lenguaje no es inocuo y que no hay un solo término que no evoque, a la vez, todo el sistema de ideas, conceptos, representaciones e imágenes en el que él existe. Es decir, cada vez que articulamos una palabra estamos, también, adhiriendo y confirmando la totalidad del universo ideológico al que esa palabra pertenece.²⁴

Nos interesa referirnos al lenguaje común y propio del saber jurídico: El lenguaje judicial y la aplicación de remedios jurídicos a las *enfermedades políticas y sociales*.²⁵

¿Quién define la legitimidad y la legalidad de estos remedios? ¿Bajo qué consenso o autoridad?

Las situaciones extremas requieren soluciones prontas y efectivas; pero ello no justifica ni autoriza la violación de la institucionalidad y del principio de legalidad. Las mayores aberraciones jurídicas se cometen en épocas de emergencia institucional, sin que necesariamente, para el caso nacional, los períodos de *gobiernos usurpadores*, posean su monopolio.

En derecho existen términos y construcciones que se denominan principios o institutos, teorías o doctrinas, pero su poder de convicción no es otro que el otorgado especialmente por los tribunales —pero también por la doctrina— al momento de utilizarlos, aplicarlos, criticarlos y justificarlos (v.gr. *presunción de legitimidad, habilitación de instancia, actos institucionales, cuestiones políticas no justiciables, razón de Estado, zona de reserva de la administración, poder de policía, etc.*)

En el derecho administrativo —quizás más que en otras ramas del derecho— se ha construido un entramado principista en base al cual se ha intentado sostener un sistema procedimental y contencioso, que respondería a una cierta lógica vinculada directamente a la organización del poder (político) y a la ponderación de garantías institucionales contra sus abusos. Este sistema se queda en un estadio ficcional y en la apariencia de la mera legalidad, en el que la realización del hombre en sociedad —para el imaginario colectivo— no pueda concebirse sin la intervención de la justicia, ante las ausencias de los otros poderes del Estado.

A nadie escapa que quien tiene la mayor cantidad de recursos económicos tiene acceso al mejor abogado, al juez y a la doctrina que ampararán sus intereses. Todo podría resumirse en el acceso al poder, en su mantenimiento y construcción de las reglas del juego que lo sostienen y definen, en un lugar y tiempo determinados.

²⁴ YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” *RPA*, 2007-1, Buenos Aires, Ediciones Rap, p. 35.

²⁵ Ha destacado CILURZO que “[e]l Derecho no es mera dogmática jurídica y los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no pueden configurar interpretaciones literales de normas, desvinculadas de la realidad; pero tampoco so pretexto de contemporizar realidades podrán desligarse de la responsabilidad máxima que detentan como órgano rector e intérprete final de la Constitución Nacional.” (CILURZO, MARÍA ROSA, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables),” *LL, Suplemento Constitucional*, 22-VIII-06, p. 17.)

La sociedad en su conjunto es responsable de su aceptación o rechazo. Los abogados —especie común en los distintos poderes del Estado— no casualmente escribimos los guiones y actuamos en una escenografía donde se monta toda esta gama de vocablos tan interesantes, donde se equipara lo legítimo a lo ilegítimo, lo legal a lo ilegal, donde se idealizan los hombres y sus vicios:²⁶ El Gran Teatro Constitucional. Al decir de JAURETCHE, el derecho público es un artificio como los telones de teatro. Una decoración mientras la obra dura un cartel. La obra dura hasta que la presencia de la democracia efectiva —la de pueblo—, hace inconveniente su representación para la «empresa» que la ha montado.²⁷

Forma parte de nuestra práctica definir y explicar conceptos inherentes a nuestra incumbencia; aunque soslayamos en esa tarea que nuestra inmediatez con el soberano es mucho más cercana que la de otros profesionales. También lo es con la miseria de la humanidad.²⁸

El derecho es concebible como una técnica de gestión y control social, de casos concretos²⁹ que abarca el fenómeno humano como género; político, económico y social en la especie.

El derecho comparte con distintas ciencias sociales su objeto de estudio —al hombre y sus instituciones— pero la función que posee como técnica se vincula a la organización y control social, como una evolución de los lazos sociales primitivos en los cuales las instituciones y las normas venían dadas por la religión y la costumbre. Aún cuando podamos pensar en un sistema internacional de los derechos humanos, es difícil, aceptar que el derecho es un “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados.”³⁰

La historia nos demuestra que de él no se “deducen principios y leyes generales,” sino que cada sistema jurídico posee los suyos y que éstos varían según los tiempos y los hombres. Pueden quizás compartirse ciertos principios, pero cada

²⁶“Lo esencial de nuestra embriaguez [de la voluntad] es sentirnos en posesión de todas nuestras fuerzas y en un momento de intensificación de éstas. Este sentimiento lo proyectamos sobre las cosas, obligándolas a que reciban algo de nosotros, violentándolas; a este proceso se le denomina idealizar. Liberémonos de un prejuicio respecto a esto: en contra de lo que se suele creer, idealizar no consiste en quitar o dejar de lado lo pequeño y accesorio; lo decisivo es, más bien, extraer de una manera formidable los rasgos fundamentales, de forma que el resto queden eclipsados ante ellos.” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, “IncurSIONES de un intempestivo,” en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 885.)

²⁷ JAURETCHE, ARTURO, “Manual de zonceras argentinas,” *Obras completas*, v. 2, Buenos Aires, Corregidor, 2010, 1ª ed., 11ª reimp., p. 151.

²⁸ Cualquiera sea la rama del derecho que ejerzamos, a diario nos toca tratar con las miserias humanas en todo su esplendor, como expresión de nuestro fracaso, en muchos aspectos, como sociedad.

²⁹ Se ha postulado así que el derecho es una *ciencia de casos particulares* (GORDILLO, A., *Introducción...*, op. cit., cap. III-3; con cita de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEQ, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Cívitas, 1964, p.12: “La Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una Ciencia de problemas singulares.”) Aceptamos la singularidad del derecho como técnica, más no como ciencia.

³⁰ Cfr. <http://www.rae.es>.

organización política los hace jugar del modo más conveniente a los intereses de la Nación o de quiénes la controlan.

La conciencia histórica (la conciencia que se tiene de la historia, de la historia de la ciencia y de la historia del derecho y todo lo que la conforma) en principio, parece presentarse neutra, “desprovista de toda pasión, empeñada solamente en la verdad. Pero si se interroga a sí misma y, de una manera más general, interroga a toda conciencia científica en su historia, entonces descubre las formas y transformaciones de la voluntad de saber, que es instinto, pasión, empeño inquisidor, refinamiento cruel, maldad; descubre la violencia de los prejuicios; prejuicios contra la felicidad ignorante, contra las ilusiones vigorosas con las que la humanidad se protege, prejuicios contra todo lo que hay de peligroso en la búsqueda y de inquietante en el descubrimiento.”³¹

Por poner un punto de partida convencional,³² el conocimiento jurídico se podría sintetizar y simplificar en la recopilación y sistematización normativa, jurisprudencial y doctrinaria desde Roma en adelante vinculada a la organización social, política y económica de la sociedad humana en el tiempo y en el espacio. Este sólo conocimiento no reúne la tipicidad del conocimiento científico, pese a que pueda compartir métodos con otras ciencias sociales y se pretenda incluirla allí como una rama autónoma.

El conocimiento jurídico no puede limitar la función social del derecho, como técnica de organización, ordenación y realización del hombre en democracia.

¿Qué representa la democracia para el derecho argentino? ¿Qué valor tiene la democracia para el ciudadano argentino? ¿Quiénes asumen realmente el costo y la responsabilidad de vivir democráticamente?

La democracia, como tal, es un concepto nuevo para nosotros y nuestros juristas quienes han vivido, padecido y realizado su lucha por el derecho en un escenario plagado de rupturas sociales, económicas y políticas, donde el valor de nuestras institucionales y en particular de la Constitución misma han pasado a estar en un segundo plano, frente a administraciones de jure y usurpadoras que han destronado sin mayores inconvenientes la supremacía de la ley fundamental, por la supremacía del interés particular.

El pacto formal o ficcional de toda nación, en la República Argentina ha estado ausente durante muchos años; siendo que la mayoría que accedió al poder —sea por las vías institucionales o violándolas— ha optado por no pensar en consolidar la unión nacional ni afianzar la justicia, sino por caprichos efímeros de la

³¹ FOUCAULT, MICHEL, *Nietzsche: La genealogía de la historia*, Valencia, Pre-textos, 2004, 5ª ed., pp. 69-70.

³² Como ha indicado NIETZSCHE, “En un rincón del universo, donde brillan innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el cual unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue el minuto más soberbio y falaz de la «historia universal», pero sólo un minuto. Después de unos pocos respiros de 12 a naturaleza ese astro se heló, y los animales inteligentes debieron morir.” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral,” en *Sobre verdad y mentira*, Buenos Aires, 2009, 1ª reimp., p. 25.)

cultura al vacío político e institucional. El triunfo de la verdadera democracia, la política, económica y social, sólo es concebible en un espacio de consenso lo más mayoritario posible.³³

Las democracias latinoamericanas, restauradas durante las décadas del '80-'90, son herederas de las dictaduras pasadas, cuando no sus prisioneras. Los juegos de coerciones que los autoritarismos le imprimieron a la cultura política no las afectan menos que los arreglos institucionales que han instalado.³⁴ Hasta el rechazo de la herencia lleva la marca del régimen rechazado.³⁵

Latinoamérica debe enfrentar la imperfección democrática, la permanencia de los espacios autoritarios, el déficit de poder público y la precariedad institucional como rasgos recurrentes, “a menudo también la fuente de un malestar generalizado y de un desencanto político manifiesto.”³⁶ Desde hace doscientos años, Sudamérica, “régimenes en teoría representativos fueron desviados, extraviados, mutilados. Conocieron el fraude y los trucajes, las falsas apariencias y los simulacros. Y sin embargo, el fuego de la democracia nunca se apagó. Las decepciones estuvieron a la medida de una perseverancia que en ocasiones pareció patética o desesperada. No obstante, desde hace un cuarto de siglo, los Estados del continente tuvieron que enfrentar la herencia de las dictaduras, tentativas de golpe de Estado, tentaciones autoritarias, tempestades institucionales, intensos enfrentamientos sociales, debacles económicas, alternancias dramatizadas y presidencias trucas en el marco de sistemas representativos reputados como vulnerables y vacilantes. La democracia [latinoamericana] aguantó a pie firme, porque el tiempo trabaja para ella, incluso a la sombra de las dictaduras. Su permanencia por sí sola es fuente de ciudadanía. Sin lugar a dudas, ésta es la otra cara del misterio democrático.”³⁷

Se ha asociado la democracia a nuestra liberación de las cárceles de la ignorancia, la dependencia, la tradición y el derecho divino, gracias a la unión de la razón, el crecimiento económico y la soberanía popular.³⁸

La *deconstrucción* del derecho nos exige, como ciudadanos y abogados, un replanteo de la definición material que queremos de democracia y de un derecho que busquemos que asuma una función garantizadora en este *iter* formal que venimos transitando hacia su materialización.³⁹

³³ GABETTA, CARLOS, “Argentina Cromagnon,” *Le Monde diplomatique*, año X, número 114, Diciembre 2008, p. 3.

³⁴ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 15.

³⁵ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 115.

³⁶ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 16.

³⁷ ROUQUIÉ, A., *op. cit.*, p. 351.

³⁸ Gran parte del sentido y alcance dado al concepto democracia, la tomamos de ALAIN TOURAINE, *¿Qué es la democracia? (Qu'est-ce que la démocratie?)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

³⁹ Al respecto ver: COHEN SALAMA, CLAUDIO, “Bases epistemológicas y metodológicas para una teoría interpretativa del Derecho Administrativo,” *JA*, 2003-I-1375.

Podemos definir la democracia como un conjunto de garantías contra el ascenso o el mantenimiento en el poder de dirigentes contrarios a la voluntad de la mayoría. Empero, en este mundo globalizado donde los intereses políticos de la sociedad se discuten en el mercado y viajan a la velocidad de la información, la democracia parecería subsumirse en él, donde el ciudadano es un cliente o consumidor.

Hay dos aspectos que se distinguen en la modernidad política: Estado de derecho y la idea de soberanía popular. Y ambos, desde el campo de aplicación de la *doctrina de facto* (o del *gobierno usurpador*) han sido evidentemente mancillados.

La Revolución Francesa introdujo en el pensamiento político occidental dos principios capitales: el principio de la legalidad de la acción de los poderes públicos y, en segundo lugar, el principio de la libertad, ambos interrelacionados en el art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁴⁰ Ambos juegan un rol esencial en la democracia y en la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno.

La simple definición del gobierno representativo como gobierno por la discusión es así profundamente inadecuada. “Disimula el hecho de que, en esta forma de gobierno, la discusión persuasiva cumple una función específica que no es la de producir la decisión ni necesariamente la de engendrar las proposiciones de decisiones, sino solamente la de producir el consentimiento en una situación en la que ninguna voluntad tiene por sí misma derecho de imponerse a las demás. Aquí se ve reaparecer, una vez más, el papel central del juicio: las proposiciones no tienen necesariamente su origen en la instancia que discute, pero ninguna proposición es adoptada si no ha sido sometida al juicio de la instancia que discute.”⁴¹

El análisis de las prácticas y de las disposiciones institucionales concretas sobre las que se basa el gobierno representativo muestra que contrariamente a lo que afirman el sentido común y la ideología democrática, la democracia representativa no constituye la forma indirecta o mediatizada del gobierno por el pueblo. Este análisis hace también aparecer lo que caracteriza positivamente la democracia representativa: El papel central que desempeña en ella el juicio de la colectividad.

Ése es el punto central del debate: Todo lo que atañe al gobierno de la comunidad puede ser controlado por el pueblo, y es también su responsabilidad la ausencia de control o juzgamiento, sus excesos y abusos.

El derecho forma parte de estos aspectos controlables por el pueblo. Por lo tanto, no sólo corresponde analizar y desmembrar las teorías que conforman el derecho, sino que es un deber por parte de los jueces al tiempo de fallar, pero

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, Thomson-Cívitas, 2005, 9ª ed., p. 571.

⁴¹ MANIN, BERNARD, “La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo,” artículo desarrollado con ligeras modificaciones en el libro *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann Levy, París, 1995. (Publicado en: http://www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Nuevos%20Filopol/manin_democ_mod.html.)

también de los abogados cuando ejercen la profesión, y en ambos casos, cuando transmiten el conocimiento jurídico, en la academia, en revistas jurídicas, libros y en las aulas. Aunque parezca un análisis dogmático del fenómeno jurídico, es un análisis necesario con el objeto de desmembrar las bases del conocimiento y discurso jurídicos.

El desafío del derecho administrativo, “no es solamente crear los mecanismos que faltan o mejorar los existentes, y retrotraer todos los retrocesos que se han producido, sino integrar un eventual sistema interrelacionado y armónico; eliminar contradicciones, superposiciones innecesarias, conflictos y celos superfluos, controversias interpretativas y los intersticios del control, las «tierras de nadie» por donde puedan filtrarse y lo hacen efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder.”⁴²

Hay que evitar intoxicarse con las teorías del poder y lo que desde allí se puede hacer en detrimento de las libertades; se debe ser fiel a la premisa inicial de qué es y para qué debe servir el derecho administrativo y no consagrar en cambio un derecho administrativo al servicio de la autoridad y del poder.⁴³

3. *Las funciones del derecho: Organización, legitimación y limitación del poder político*

La realidad se muestra confundida, inabarcable e infinita, siendo el observador (el operador jurídico, por caso) quien discrimina qué y de qué modo observa y analiza aquella. Hay tantos derechos —o sistemas jurídicos, para ser técnicamente correctos— como comunidades humanas organizadas, tengan o hayan tenido mayor o menor desarrollo en la historia; sintéticamente apuntan todos al mismo fin: Garantizar la *pax social*. Según las épocas, podrá verse confundido el derecho con la moral, la ética y la religión, pero el derecho no es más que una técnica de cooptación y control comunitario, con un especial sistema conminatorio establecido para su cumplimiento.

Ese control, en términos de DUVERGER,⁴⁴ hace que el derecho posea una triple función frente al poder: Lo organiza, lo legitima y lo limita. Y es en el campo de la legitimidad donde el derecho adquiere un protagonismo indiscutible: Justifica el poder, a partir del cauce formal de lo político que brinda al sistema social.

En un principio, todo era caos y descontrol —la ficción del estado de naturaleza— hasta que los hombres se organizaron y conformaron la sociedad civil (Estado), a través de un contrato —otra ficción jurídica trasladada ahora al campo

⁴² GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. II-35.

⁴³ GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. V-4.

⁴⁴ DUVERGER, MAURICE, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, 5ª ed. Española, p. 40 y ss., donde sostiene que “[e]l derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Organiza el poder, institucionaliza el poder, contribuye a legitimarlo. Pero, no obstante, comporta también elementos de garantía contra el poder.”

político. Para poder “comprender perfectamente en qué consiste el poder político y conocer su verdadero origen, es preciso considerar el estado en que todos los hombres se hallan naturalmente. Éste es el estado de absoluta libertad, en el cual sin anuencia de nadie y sin ninguna dependencia de voluntad ajena, se puede hacer lo que se quiera, y disponer de personas y bienes según parezca, con la restricción de contenerse siempre en los límites de la ley natural. Éste es también un estado de igualdad: de modo que todo poder y jurisdicción son recíprocos por la razón de que ningún hombre puede tener más que otro, siendo evidentísimo que criaturas de una misma especie y orden, que han nacido sin distinción, que tienen igual parte en los beneficios de la naturaleza y que poseen las mismas facultades, deben ser asimismo iguales entre sí, sin ninguna subordinación ni sujeción, a menos que el Señor y Dueño de estos seres no haya, por alguna declaración manifiesta de su voluntad, establecido preferencia de unos respecto a los otros, y no haya conferido por un incontestable y claro ordenamiento un derecho irrefragable a la dominación y a la soberanía.”⁴⁵

¿Cuándo sucedió esto? Es poco exacta su cronología, aunque podemos afirmar que el Estado moderno surge luego del Tratado de Westfalia en 1648. Pero si el anterior estado de naturaleza era un estado de libertad pero no de licencia o libertinaje, menos aún puede serlo su síntesis, el estado civil (Estado de Derecho), en particular para el tercero creado en el proceso: El propio Estado.

Al tratar sobre la Constitución formal y material, el aumento de la normalidad por el aumento de la normatividad autoritaria y según un plan, en las modernas Constituciones, guarda la más estrecha conexión con la necesidad de producir, con arreglo a un plan y mediante una creación consciente de normas, una normalidad y previsibilidad cada vez más amplias en las relaciones sociales.

Ello porque “el desarrollo cultural está siempre condicionado por una creciente división del trabajo y, con ello, por un aumento de la dependencia recíproca de grupos sociales espacialmente separados que se ven forzados a entrar en relaciones estrechas unos con otros. La intensificación de la división del trabajo y del intercambio reclama una mayor seguridad del tráfico, que viene a ser lo que los juristas llaman seguridad jurídica. La seguridad del tráfico y la seguridad jurídica reclaman en alto grado una sujeción a plan y una previsibilidad de las relaciones sociales. A esta intensa y amplia racionalización sólo se puede llegar, en lo que no baste lo tradicional geográficamente limitado, haciendo que las relaciones sociales, singularmente las políticas, económicas y militares, se vean sometidas en medida creciente (tanto en su materia como respecto al territorio) a una ordenación unitaria, es decir, que sean normadas de modo planificado desde un centro y, por eso mismo, normalizadas. **El resultado final, por el**

⁴⁵ LOCKE, JOHN (trad. española de 1931 sobre la versión francesa de alferoces de caballería C.C. y L. C.), “Del estado de naturaleza,” en *Tratado del gobierno civil*, Buenos Aires, Claridad, 2005, 2ª ed., p. 11.

momento, de este proceso formal de racionalización social es el Estado actual, que ha organizado de manera unitaria la administración de justicia y la ejecución coactiva gracias a su cuerpo de funcionarios, y que ha centralizado la legislación especialmente por medio de las Constituciones escritas así como por las grandes codificaciones de los siglos XVII al XIX.”⁴⁶

¿Bajo qué pretexto los hombres cedieron parte de sus derechos y se lo confirieron a un tercero imparcial e idóneo?

Existen y existieron de hecho como de derecho (*de facto* o *de jure*) tantos sistemas políticos y jurídicos como se nos ocurran y si bien el dato no es menor, tampoco es lo más relevante.

Lo que realmente importa, en nuestra humilde concepción plagada de subjetividades, es tener en cuenta el modelo elegido por cada sociedad para aceptar que el poder conferido es legítimo, lo que no forma parte de la naturaleza humana, sino de la artificiosa construcción de las teorías del poder para cada sociedad en particular.

El hombre —y la sociedad por inferencia lógica— no tienen *naturaleza*, sino *que tienen... historia*. “O, lo que es igual: lo que la naturaleza es a las cosas, es la historia —como *res gestae*— al hombre. Una vez más tropezamos con la posible aplicación de conceptos teleológicos a la realidad humana. *Deus qui hoc est natura quod fecerit...*, dice San Agustín. Tampoco el hombre tiene otra «naturaleza» que lo que ha hecho.”⁴⁷ Somos, pues, el reflejo y la representación de los hechos del pasado y de los fantasmas de nuestro presente. Son ellos quienes demarcan y delimitan nuestro futuro.

El discurso jurídico, responde a la necesidad de un grupo de poder que se adapta a las circunstancias de tiempo y lugar de ese grupo de poder. Las *doctrinas de facto* y de *estado de emergencia* (o de necesidad) responden a esa necesidad superadora de una situación límite que tiene al grupo dominante (detentador directo o indirecto del poder) como principal afectado, bajo el argumento del interés público o de la existencia de la Nación en sí misma.

En la fuerza del discurso y frente a tales supuestos, el interés privado —el de cada ciudadano en particular— cede ante la defensa del interés público. Si el poder político de la comunidad protege un interés social por medio de la legislación este interés es “público.” El interés individual, en cambio, es denominado “privado.” Los intereses públicos son intereses sociales protegidos por “el Estado,” como expresión de los órganos políticamente organizados del poder de la comunidad.⁴⁸

El criterio de validez a estas concesiones de lo público a lo privado (o la preeminencia del segundo grupo de intereses sobre los primeros) sólo son válidas si

⁴⁶ HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, 6ª ed., p. 272. El destacado es propio.

⁴⁷ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia...*, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁸ ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994, 5ª ed., p. 351.

son creadas *legalmente* desde poder político elegido según las reglas constitucionales de organización establecidas en una comunidad determinada, es decir, si este poder es *legítimo*.

En todo estado de excepción, la suspensión o postergación de derechos (civiles, políticos y económicos) serán válidas desde el plano formal si se corresponden con los procedimientos preestablecidos al respecto. Desde el plano material, cuando cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Nuevamente aparece aquí la disyunción *legalidad-legitimidad*, y la autonomía que, desde el discurso jurídico y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha pretendido dársele a cada uno de ellas, pese a que, en el Estado de Derecho, ambas deben verificarse, como indicamos, coetáneamente en los planos formal y material.

4. *Legalidad y Legitimidad*

A los fines de no caer en equívocos, es necesario distinguir entre la *legalidad* y la *legitimidad* del poder.

La legalidad del poder se traduce “en su conformidad con el derecho positivo existente. La legitimidad del poder consiste en su conformidad con las teorías del poder aceptadas en la época, en el ciudadano, la legalidad es el signo de la legitimidad. La legalización del poder comporta, pues, su legitimación. Solamente en el caso de que la legalización sea imposible, el usurpador apela directamente a las teorías de la legitimidad.”⁴⁹

La importancia de los conceptos *legalidad* y *legitimidad* del poder (y del sistema político) se vincula directamente con la estabilidad de cualquier democracia, a lo que se aduna la idea de *eficacia*, entendida como *verdadera* actuación en el grado en que el sistema satisface las funciones básicas de gobierno tales como las consideran la mayoría de la población y grupos tan poderosos dentro de ella como lo son las altas finanzas y las fuerzas armadas.

La *legitimidad* implica la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad. Hasta qué punto los sistemas políticos democráticos contemporáneos son legítimos, depende, en gran medida de las formas en que se resolvieron los acontecimientos clave que dividieron históricamente a la sociedad. **Mientras la eficacia es fundamentalmente instrumental, la legitimidad es valorativa.**⁵⁰

La divergencia entre *legalidad* y *legitimidad* tuvo su origen en la Francia monárquica de la época de la Restauración, donde se estableció un antagonismo

⁴⁹ DUVERGER, *op. cit.*, p. 41, agregando que el usurpador afirma, “como el autor del golpe de Estado francés del 2 de diciembre de 1851: «Yo sólo he salido de la legalidad para entrar en el derecho,» tomando esta última voz en el sentido de «derecho natural» [...] y de «legitimidad.»

⁵⁰ LIPSET, SEYMOUR MARTIN, *El hombre político. Las bases sociales de la política*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 57.

sorprendente entre la legitimidad histórica de una dinastía restaurada y la legalidad del *Code napoléonico*, que seguía vigente.⁵¹

Para el caso argentino durante nuestra joven existencia como Estado, vale preguntarse:

*¿Qué valores sirvieron de base a la instalación de gobiernos usurpadores en nuestro país? ¿Fueron los mismos que formaron las bases para conformar la Constitución de 1853-60?*⁵²

¿Quién, sino la autoridad elegida por los procedimientos constitucionales, representa —en la teoría ficcional de la representación política— los intereses de la sociedad?

¿Dónde está plasmada la imagen ideal del poder constituido? En ningún otro lado que no sea la Constitución de cada país, pero en la construcción dogmático jurídica argentina la teoría de la legitimidad dejó de lado la Carta Fundamental, por intermedio de la *doctrina de facto*, instalando nuevos valores o priorizando otros intereses, so pretexto de la *salud de la Nación*.

Anotaba NICOLÁS MAQUIAVELO, que “no hay cosa más difícil de tratar, ni en la que el éxito sea más dudoso, ni más peligrosa de manejar, que convertirse en responsable de la introducción de un nuevo orden político; porque todo innovador tiene como enemigos a cuantos eran beneficiados por el viejo orden y como tibios defensores a aquellos a quienes las nuevas leyes favorecerían.”⁵³

La razón de Estado⁵⁴ fue aplicada en términos puros en nuestro país con sustento en evitar la desintegración nacional y la pérdida de los valores de la sociedad occidental y cristiana, asumir un rol tutelar las fuerzas armadas frente a la inmadurez política de la ciudadanía, preparar el camino hacia la democracia y cuanto argumento en clave autoritaria que se nos ocurra, ya que la justificación del uso de la fuerza en algunos casos, como en el golpe del '55, tuvo como eje el supuesto ejercicio del derecho de resistencia a la presión (*jus resistendi*.) Eso sí, con el detalle de que la ciudadanía con derecho a voto no los había elegido para asumir tan importante función, pero con el fin de subsanar la deficiencia de origen

⁵¹ SCHMITT, CARL, “Introducción,” *Legalidad y legitimidad*, Buenos Aires, Struhart, 2002, p. 17.

⁵² En otro trabajo, hicimos hincapié en que quizás el dilema moral pasa en gran medida, “por hacernos cargo de nuestra realidad constitucional y de los valores con los cuales pretendemos vivir esa realidad. Es hora de madurar. Es hora de decidirnos sin moralinas, prejuicios o pruritos, pero decidir, al fin y al cabo, nuestro destino...” (BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “Los superpoderes al jefe de gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1.)

⁵³ *El príncipe*, Buenos Aires, Distal, 2003, cap. VI, pp. 42-43.

⁵⁴ “Procure pues el príncipe ganar y conservar el estado: los medios serán siempre juzgados honorables y alabados por todos; ya que el vulgo se deja cautivar por la apariencia y el éxito, y en el mundo no hay más que el vulgo; y los pocos no tienen sitio cuando la mayoría tiene donde apoyarse.” (MAQUIAVELO, N., *op. cit.*, cap. XVIII, p. 97.)

bastó la jurisprudencia de la Corte Suprema,⁵⁵ criticada, seguida y desarrollada posteriormente por la doctrina nacional.⁵⁶

BIDART CAMPOS —llamativa y paradójicamente— señalaba que de los movimientos de fuerza que, “en las postrimerías del siglo pasado y al filo del actual, se llevaron a cabo invocando la pureza del sufragio y los vicios de «el régimen» y «el unicato», se pasa entre 1930 y la actualidad a los que, con más destreza y estrategia, alcanza el botín de la victoria desalojando a gobiernos constitucionales. Pero hay que hacer una salvedad: poniendo al margen del juicio la intención de cada golpe de estado y de sus participantes —porque la crítica histórica debe ser cauta cuando penetra en el ámbito de las motivaciones subjetivas y de las proclamas que sobre el triunfo emiten los que de él aprovechan— y haciendo lo más objetiva posible narración de las políticas tramposas o viciadas contra las cuales ha reaccionado la fuerza armada, la parábola de los motines militares registra una revolución plenamente justificada en el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión. Es la Revolución Libertadora del 16 de setiembre de 1955 que depone a Perón y sustituye su régimen totalitario por una democracia. Más allá de las discrepancias que pueda despertar la gestión del gobierno de esa revolución, el movimiento en sí mismo puso término a una etapa que infló al máximo la egolatría de los personalísimos criollos perfilados por el liderazgo de poder, y liquidó el sistema que un nutrido sector del pensamiento político ha denominado la «segunda tiranía».”⁵⁷

Sin intentar abrir debate ni juicio anacrónicos sobre opiniones y pensamientos pasados, resaltamos que no puede sostenerse, al mismo tiempo, la *legitimidad* de ciertos golpes de Estado y la *ilegitimidad* de otros. Ni dioses ni demonios: El solo apoyo y justificación *pseudocientífica* de un golpe, autoriza la realización y justificación, en los mismos términos, de otros. Es un viaje de idea hacia la de-

⁵⁵ Como muestra basta un botón, así es que recordamos que nuestra Corte Suprema también ha sostenido que “[e]n cuanto sea indispensable para el funcionamiento del Estado y llevando al mínimo la derogación del principio representativo, el gobierno de facto tiene facultades para adoptar disposiciones de carácter legislativo que, salvo su ratificación por el Congreso, dejan de regir para el futuro una vez que el país ha vuelto a la normalidad; ello sin perjuicio de la atribución de los tribunales de justicia para restablecer los principios constitucionales que tutelan la seguridad jurídica y el régimen de los derechos fundamentales de la vida civil si fueren desconocidos por dichas disposiciones. Mas dicho gobierno no puede válidamente crear penas ni agravar las existentes.” (CSJN, *Anders, Carlos y otros, Fallos*, 204: 345, 1946.)

⁵⁶ Hemos intentado destacar, en esta obra, parte de los autores nacionales, críticos y no tan críticos, a la *doctrina de facto*, sin buscar con ello reproches ni responsabilidades, sino tan sólo remarcar las notas del discurso jurídico y su construcción en distintos ámbitos. (Políticos, jurisprudenciales y académicos.)

⁵⁷ “Diagrama histórico-constitucional de las fuerzas armadas en Argentina,” *ED*, 47-843. Cabe preguntarse, con el respeto y la admiración ante quien fue en vida uno de los grandes constitucionalistas y juristas del siglo XX: ¿Cómo se puede justificar un golpe de Estado sin justificar al mismo tiempo a todos? ¿Cómo podemos defender el Estado de Derecho si aceptamos como un hecho normal al quiebre institucional? ¿Cuándo es legítimo golpear la puerta de los cuarteles y cuándo no, dónde está ello establecido?

bacle no sólo institucional, sino también social, por cuanto si la primera y más importante regla de acceso al poder por vía del consenso de la mayoría, puede violarse, todo el resto del andamiaje jurídico que sostiene la validez y eficacia del sistema jurídico se debilita, hasta desaparecer como prácticas reconocidas.

La mezcla de ideología y sentimiento que la historia vivida nos genera, hace que el jurista, pierda su supuesto carácter objetivo y vuelva a su simple condición de hombre y de ciudadano.

La historia institucional argentina ha demostrado ello durante el siglo XX. Tal afirmación no es una acusación, ni mucho menos. Es la expresión de la realidad de los hechos y la asunción del rol del jurista en la sociedad moderna. Como señalaba Ross, “[e]l papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político.”⁵⁸

El problema radica en establecer el límite a la función técnica del jurista cuando lo que se trata de sostener es un sistema jurídico cuya base fundamental —su Constitución— ha sido violada por aquellos que gobiernan con el único sustento de la fuerza como elemento de legitimación.

Para conocer un país, aunque parezca una banalidad, es necesario estudiarlo. “Sin embargo, observando lo que ocurre lo que ocurre todos los días debe convenir en que la mayoría de sus conciudadanos piensan exactamente lo contrario. Y si se les agrega que es preciso remontarse a los orígenes, seguir paso a paso la evolución interna, para opinar de una manera consciente sobre el fenómeno contemporáneo, no es imposible que una discreta sonrisa sea la única respuesta [...] **el libro de la vida permanece cerrado para el que no se afana en descifrarlo.**”⁵⁹

El derecho forma parte de la historia, del fenómeno social y es quizás la mejor representación de las patologías de los sistemas jurídicos en general, los latinoamericanos, en particular.

El rol del derecho, lamentablemente a lo largo de la historia, se ve superado por su tergiversación y aplicación con finalidades distintas, que so pretexto de un saber científico han equilibrado la balanza política para uno u otro lado. Balanza que se ve afectada no sólo por nuestras crisis políticas-institucionales-económicas, sino por nuestra recurrencia y persistencia a fracasar como colectivo social, en un consenso mínimo básico que para los hombres de derecho, se debería encontrar en nuestra Constitución nacional. Aunque, en situaciones límites, se pretenda encontrarlo en los cuarteles o en la calle, o en la obra del algún jurista o forma-

⁵⁸ ROSS, A., *op. cit.*, p. 364.

⁵⁹ GARCÍA, JUAN AGUSTÍN, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Emecé, 1954, p. 11.

dor de opinión, pretendiendo tergiversar la realidad y la elección popular con el poder del discurso o las palabras de la fuerza (del poder económico y del político.)

5. *La mitología*⁶⁰ *de nuestras palabras*

Mito o realidad, la Constitución pone coto a la situación primitiva de la sociedad (argentina) en la cual la Nación se encontraba desorganizada políticamente y establece un único sistema (electoral) que garantiza que aquello que consideramos el *poder*, sea ejercido por quién (o quiénes) respondan a la calidad exigida para estar sentados donde les corresponde, con el consenso que en apariencia brinda el sufragio, a través de la regla de la mayoría, donde esta gobierna y la minoría —**no elegida**— controla.⁶¹

Esto es así, por lo menos, en la mayoría de las democracias representativas actuales, siendo la forma de gobierno predominante en la era contemporánea.

El discurso jurídico se ha construido en torno a un pasado mítico poco claro y con ficciones pensadas en nuestros orígenes institucionales para conformar una moral colectiva y un futuro de prosperidad.⁶²

Para que este pacto (social), “no sea, pues, una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso, que sólo puede dar fuerza a los restantes, y que consiste en que quien se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo: lo que no significa sino que se le obligará a ser libre, pues ésta es la condición que garantiza de toda dependencia personal, al entregar a cada ciudadano a la patria; condición ésta que constituye el artificio y el juego de la máquina política, y que hace legítimos los compromisos civiles, los cuales sin ello serían absurdos, tiránicos, y estarían sujetos a los más grandes abusos.”⁶³

Tan sólo se requiere haber sido elegido del modo constitucional y legalmente preestablecido, para acceder a los cargos públicos (magistraturas) según los procedimientos del caso. Esto es tan simple, que quizás es demasiado complejo para que lo entendamos los argentinos como sociedad.

Hace casi doscientos años que nos seguimos preguntando y repreguntando cuál es el mejor sistema, pero no nos hacemos cargo del precio de la libertad y el valor que tienen el respeto y la tolerancia en la convivencia social y construcción democrática.⁶⁴

Desde los albores de nuestra patria, los argentinos hemos conocido no sólo la ausencia de respeto por nuestras instituciones y normas, sino también la adoración

⁶⁰ Definido, en su primera acepción, como conjunto de mitos de un pueblo o de una cultura, especialmente de la griega y romana. (<http://www.rae.es>)

⁶¹ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1997.

⁶² El Preámbulo de la Constitución nacional es un reflejo cabal de ello.

⁶³ ROUSSEAU, J.J., *El contrato...*, *cit.*, pp. 18-19.

⁶⁴ ALAIN TOURAINE ha desarrollado con profundidad esta idea y otras vinculadas a la democracia y su relación con el desarrollo y la restauración de los valores *libertad-igualdad-fraternidad*, en *Qué es la democracia?* (tít. orig.: *Qu'est-ce que la démocratie?*), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.

a falsos ídolos que permitieron eludir un vicio originario en el modo en el cual se accedió al cargo, transformándolos en verdaderos gigantes de pies de barro.⁶⁵

En 1861 la fuerza militar dirigida por Bartolomé Mitre, derrocó al gobierno del entonces presidente Derqui y se estableció como *autoridad usurpadora* del poder político, con todas las consecuencias que ello supone.⁶⁶

Por un decreto del 12 de abril de 1862, “el general Mitre, en su carácter de *encargado del poder ejecutivo nacional*, especificó las condiciones en que desempeñaría sus funciones, estableciendo que «es necesario y conveniente regularizar el ejercicio de esos poderes determinando el modo, forma, objeto y extensión en que las atribuciones del poder ejecutivo nacional interino deben ejercerse, mientras tanto que el mencionado Congreso nacional resuelva lo que corresponda». Por tales razones, «usando de las autorizaciones que han sido espontáneamente delegadas por los pueblos», resolvía que «por lo que respecta al régimen interno, las funciones del encargado del poder ejecutivo nacional se limitarán al mantenimiento del orden público; a hacer que se respete y observe por las provincias la Constitución nacional; a atender la seguridad de las fronteras de dichas provincias con las fuerzas militares puestas a sus inmediatas órdenes y cuya organización haya sido expresamente autorizada por él; a la fiel y regular percepción de las rentas nacionales que se hallen a su cargo, cuidando de su equitativa inversión, con cargo de remitir cuenta detallada al Congreso en su oportunidad, y a los demás asuntos de carácter urgente que puedan sobrevenir». Instalado el Congreso, el 25 de mayo de 1862, en virtud de lo establecido por la ley del 3 de junio de dicho año, determinó que el general Mitre ejerciera «las atribuciones anexas al poder ejecutivo nacional, hasta que el Congreso legislativo de la República resuelva lo que corresponda». El Congreso escrutó la elección presidencial el 5 de octubre y poco después el general Mitre asumía el poder ejecutivo constitucional, clausurando así la etapa de reconstrucción resultante de la batalla de Pavón.⁶⁷

La versión mitrista de la historia argentina seguramente ha minimizado este hecho, pero lamentablemente representa el puntapié inicial de la posibilidad cierta de acceder al poder sin necesidad de respetar los procedimientos establecidos para ello.

⁶⁵ AGUSTÍN GORDILLO ha señalado con certeza que nuestro sistema constitucional ostenta una doble fragilidad, “la fragilidad de una Constitución violada sin que los mecanismos del Estado puedan reaccionar a tiempo para corregir y menos aún impedir las infracciones a los valores constitucionales, y la fragilidad del sistema creado en infracción a tales normas superiores. **Pues la sociedad percibe que el sistema así violatorio de la Constitución no es valioso y por lo tanto no siente frente al mismo el debido respeto y acatamiento que son las bases mismas del funcionamiento del orden jurídico.**” (*La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Cívitas, 2001, 3ª reimp., pp. 27-28. El destacado no está en el original.)

⁶⁶ Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1943, p. 119 y ss.

⁶⁷ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pp. 520-521.

La historia y, de una manera general, “las disciplinas históricas han dejado de ser la constitución de los encadenamientos más allá de las sucesiones aparentes; ahora ponen en juego sistemáticamente a lo discontinuo. La gran mutación que las ha marcado en nuestra época no es la extensión de su dominio hacia mecanismos económicos que conocen desde tiempo atrás; tampoco es la integración de los fenómenos ideológicos, de las formas de pensamiento, de los tipos de mentalidad: el siglo XIX ya los había analizado. Es más bien la formación de lo discontinuo: su paso del obstáculo a la práctica; esta interiorización sobre el discurso del historiador que la ha permitido no ser ya la fatalidad exterior que era necesario reducir, sino el concepto operatorio que se utiliza; esta inversión de signos gracias a la cual ya no es negativo de la lectura histórica (su envés, su fracaso, el límite de su poder), sino el elemento positivo que determina su objeto y valida su análisis. Hay que comprender lo que ha llegado a ser la historia en el trabajo real de los historiadores: un cierto uso reglado de la discontinuidad para el análisis de las series temporales.”⁶⁸

En el análisis e internalización del derecho y de la historia, la interpretación causa una *historización de la norma*, al adaptar las fuentes a las circunstancias nuevas, descubriendo en ellas las posibilidades inéditas y dejando a un lado aquello que está sobrepasado o caduco. Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que llega incluso a la completa indeterminación o ambigüedad, la operación hermenéutica de *declaratio* dispone de una considerable libertad.⁶⁹

¿Cuál es el límite elástico de nuestras Constituciones y sus instituciones cuando el fundamento y soporte que determina la existencia del Estado de Derecho, es decir, cuándo el consenso de la mayoría, se quiebra por vía de la fuerza y se torna una práctica recurrente? Fenómeno que se replicó en toda América latina durante gran parte del siglo XX y que, al menos, una reflexión en torno a la responsabilidad cívica y a la teoría del poder.

Para el caso argentino, el primer acto de violencia cívico militar⁷⁰ se repetiría luego en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, cada cual con sus particularidades y modalidades, pero siempre con la nota común de que el poder ejercido fue conferido en cada supuesto en particular únicamente con fundamento en la fuerza ostentada.

Cuando un gobierno —y no un funcionario, aclaro— accede por la fuerza y no por las urnas, necesita de toda una ingeniería jurídica y también mediática para

⁶⁸ FOUCAULT, MICHEL, *El discurso del poder*, México, Folios, 1983, pp. 90-91.

⁶⁹ BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico,” en BOURDIEU, PIERRE y TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 178. Quien agrega que “[e]n términos hermenéuticos, nuestra interpretación está condicionada por la precomprensión que tengamos del mundo, por nuestros prejuicios en el sentido de ideas previas del mundo conocido.”

⁷⁰ Decimos cívico militar porque en cada uno de los actos de insurrección militar, existieron sectores civiles, académicos y partidarios que colaboraron en mayor o menor medida a su acaecimiento, sea por acción o por omisión.

legitimar el vicio originario y, de esa forma, brindarle un manto de legalidad al complejo de instituciones, funcionarios y actos derivados del ejercicio del poder. Se recuerda, pues, que todo lo que ES, “ha de tener, por fuerza, una naturaleza particular característica, gracias a la cual, es lo que es, y que se la comprueba en todos sus actos, cuyas manifestaciones, son provocadas, por causas exteriores, y la naturaleza no puede ser el resultado de causas que no la pueden modificar. Y todo esto es tan verdadero respecto del hombre y su voluntad, como lo es respecto a de todos los seres de la creación,”⁷¹ e igualmente aplicable a las instituciones creadas por ellos.

Si de algo no nos debemos enorgullecer los argentinos, entre tantas cosas, es por crear falsos saberes y teorías para justificarnos de todo y ante todos, pero por encima de ello, ante nosotros mismos. Nada peor que creernos nuestras propias mentiras. El intelecto, como medio para la conservación del individuo, despliega su mayor fuerza en el acto de fingir, porque éste es el recurso con el cual se mantienen los individuos y sociedades más débiles y menos robustos, ya que les está negado luchar por la existencia con cuernos o agudas mordidas de animales rapaces.⁷²

Somos presos de nuestras mentiras y fracasos, y de un parasistema jurídico, político y social que hoy, ya sin golpes de Estado ni dictaduras, ha dejado de serlo, para asumir la posición de dominación del nuevo sistema —de paradigma—, quedando en un segundo plano aquél plasmado en nuestra Constitución y las leyes de la Nación. Reconocer, por tanto, “el lugar de lo imaginario no significa de ningún modo abandonarle la totalidad del campo del análisis. La concentración de la atención en los fenómenos de orden mítico presenta, y en su movimiento mismo, una virtualidad de incitación reduccionista que sería erróneo no señalar. La constatación tiene valor de advertencia.” Lo irracional, lo inteligible como integrantes de la realidad mítica, siempre escapará al más original y riguroso de los análisis.⁷³

Esto no es original. Muchas voces se han alzado y se alzan para denunciar crisis de valores en la sociedad y un generalizado incumplimiento del orden jurídico, “la cuestión no es tan sólo de ahora sino de siempre, y que en verdad la magnitud del fenómeno no ha sido suficientemente percibida, ni tampoco se reconocen sus causas más profundas; los diagnósticos son entonces coyunturales y superficiales y a lo más sugieren que se aplique con más rigor la Constitución y la ley, lo cual por lo demás no parece ocurrir integralmente.”⁷⁴

No se trata de imponer valores a la sociedad con el presente trabajo. Sino sincerar los aspectos que hacen al discurso con nuestra realidad, con nosotros mismos.

⁷¹ SCHOPENHAUER, ARTHUR, *Ensayo sobre el libre albedrío. La libertad*, Buenos Aires, Gradifco, 2005, p. 73.

⁷² NIETZSCHE, F., “Sobre verdad...,” *op. cit.*, p. 27.

⁷³ GIRARDET, RAOUL, *Mitos y mitologías políticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1999, p. 23.

⁷⁴ GORDILLO, A., *La administración paralela...*, *op. cit.*, p. 13.

6. *Los golpes de Estado (La ficción de la revolución)*

“Si los hados quieren hacerme rey, lo harán sin que yo busque la corona.”

SHAKESPEARE, WILLIAM, *Macbeth*, Primer acto, escena III

Parte de la decadencia institucional argentina nace y reposa, a nuestro entender, en la mal llamada *doctrina de facto* utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 1930,⁷⁵ pero desarrollada por grandes juristas argentinos y defendida por parte de la prensa en cada ocasión que el quiebre institucional lo requiriese.⁷⁶

El discurso jurídico resulta aquí por demás relevante.

Frente a la ausencia de respeto a las formas y los procedimientos constitucionales para el acceso legítimo al poder, el discurso jurídico desde la doctrina y la jurisprudencia intentaron llenar el vacío institucional, con *parches* pseudo institucionales, como podríamos calificar, por ejemplo, a las “Acordadas” del Máximo Tribunal Federal.

Indicaba SÁNCHEZ VIAMONTE, que “no hay gobiernos de facto. El gobierno es una institución, y toda institución es de *jure* por su misma naturaleza. Un golpe de Estado no cambia el gobierno, sino los gobernantes o funcionarios, y si se desea hacer una revolución verdadera y legítima, ella puede obtenerse por los caminos que la Constitución ha trazado para su reforma, porque sólo hay revoluciones verdaderas y legítimas cuando son el fruto de la auténtica voluntad popular mayoritaria. Un pronunciamiento, motín o asonada militar, aunque tenga el asentimiento de la mayoría del pueblo o del orden jurídico fundamental, está obligado a respetar la Constitución y las leyes existentes. Como es imposible prescindir del Derecho, debe ajustar sus actos al que ya existía en materia organización institucional.”⁷⁷

⁷⁵ En la célebre Acordada del 10-IX-30, *Fallos*, 158: 290 (1930) y repetida en la Acordada del 7-VI-43, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

⁷⁶ Los quiebres institucionales no han sido patrimonio únicamente argentino, como tampoco la construcción de teorías políticas y jurídicas para sostener y encuadrar legalmente lo que nació antijurídico y sin consenso de la mayoría. En particular, “en 1923 en España, en 1924 en Chile y en 1930 en Brasil, un pronunciamiento armado disolvió al Congreso y puso fin a un largo período de normal funcionamiento del parlamento. Se produce así en todos estos países una crisis del Estado constitucional que, entre otras manifestaciones, afecta al parlamento en sus dos funciones primordiales: legislativa y fiscalizadora. Frente a la ley parlamentaria, contemplada en la Constitución, se desarrollan otras formas de legislación que recaen sobre las llamadas materias de ley, pero se dictan sin intervención del parlamento, el cual, por lo demás, muchas veces se halla disuelto. Es lo que puede llamarse ley extraparlamentaria [...] En este punto el caso de Argentina es sumamente ilustrativo. Entre 1930 y 1983 el Congreso fue seis veces disuelto y otras tantas restaurado. Hay, pues, una alternancia entre gobiernos constitucionales y extraconstitucionales y en la materia que nos interesa, un auge sostenido de los decretos-leyes frente a las leyes.” (BRAVO LIRA, BERNARDINO, “La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes,” *LL*, 1990-C, 1193.)

⁷⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Doctrina de la revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Claridad, 1943, p. 169. Más allá del problema de las palabras, lo cierto es que ninguno de los gobiernos usurpadores surgidos de los distintos golpes de estado durante el siglo XX en la Argentina, lograron generar una verdadera revolución, ya que en mayor o menor medida, pero siempre en forma parcial, mantuvieron la vigencia de la Constitución.

SÁNCHEZ SORONDO, explicaba que “hablamos de los gobiernos de facto por una doctrina fundada en el antiguo «common law» inglés, explorada en sus efectos administrativos por la jurisprudencia norteamericana y sistematizada en Francia con similares alcances por Gastón Jéze [...] se trata del derrocamiento de gobiernos *supuestamente* transgresores de las garantías y usurpadores de las instituciones de la Constitución. Los artífices del golpe habitualmente no procuran echar mano a una fundamentación ideológica distinta a la del orden constitucional. Aunque en los hechos vulneren su régimen no se proponen destruirlo. Por el contrario, su justificación consiste en achacar inconducta, ineptitud o despotismo a los titulares de la legalidad quienes en la terminología de los vencedores se vuelven únicos responsables del agravio a la Constitución en cuya defensa fue un mal necesario producir, por el acto de fuerza, la toma momentánea del poder.”⁷⁸

Desde la óptica del derecho constitucional, la diferencia entre el gobierno de derecho o *de jure* y el gobierno de hecho o *de facto* radica en el distinto título originario. El primero es el que ha llegado al poder por derecho, de acuerdo con el procedimiento reglado por la Constitución. El segundo, en cambio, es el que ejerce pacíficamente la función pública, no poder por derecho, sino como consecuencia de un hecho al margen del cauce señalado en la Constitución, con el asentimiento —al menos tácito— del pueblo.

El gobierno *de facto* no debe confundirse con el gobierno *usurpador*, “que es el que se ha apoderado del poder por la violencia, mediante la cual también se mantiene, sin título o derecho y violando el ordenamiento constitucional.”⁷⁹

Se insiste con el hecho de que esta confusión no es casual ni mucho menos: Es absolutamente causal. El *poder del discurso* —y de quien lo emite— hace que a menudo el significado de las palabras se tergiverse por quien las usa. La fuerza —*el detentador del poder*— determina al discurso y lo hace propio, envuelto

⁷⁸SÁNCHEZ SORONDO, MARCELO, “Gobiernos de facto y sistemas de suprallegalidad,” *LL*, 1982-B, 775.

⁷⁹LINARES QUINTANA, *op. cit.*, p. 517.

Como claramente indica GORDILLO, “Usurpador es el que asume la función sin título alguno regular o irregular y se caracteriza porque no tiene aquella apariencia de legitimidad que encontramos en el funcionario de hecho. Sus actos son en principio inexistentes; pero en esta materia hay toda una gama de variedades fácticas que pueden hacer variar correlativamente el régimen jurídico de sus actos. También puede variar la percepción social y la previsión normativa del fenómeno, como ocurre en el primer aspecto en la última década del siglo XX y en el segundo con el art. 36 de la Constitución de 1994 y las normas del código de ética al menos de los integrantes del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Durante muchas décadas y hasta recientemente, si se trataba de una revolución triunfante que se afirmaba en los hechos y ejercía las funciones del gobierno derrocado, su investidura llegaba a ser admitida y con ello era considerado gobierno o funcionario de facto, con lo que sus actos eran válidos. Más aún, la fuerza legitimadora de lo fáctico ha sido tan fuerte en esos tiempos que ni siquiera quienes cuestionan la semántica de vicios subjetivos u objetivos, que acabamos de explicar, ni el mismísimo Poder Judicial de la Nación, pueden sacudirse el yugo intelectual y siguen llamando, inclusive hoy, Ley a los decretos-leyes de los últimos gobiernos de facto.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., cap. IX-4/5.)

siempre en la ideología irremediabilmente unida a la palabra, pero como podemos apreciar, no así a la Constitución.

No casualmente se enfatizado que “todo gobierno de facto que desplaza a un gobierno de jure necesita superar su ostensible y notoria ilegalidad revistiéndose con el manto de legitimidad que le procura su acatamiento formal al régimen. Pues como la ocupación del poder por la violencia es un hecho escandaloso que provoca hondas grietas en la fábrica de la convivencia social erigida sobre el prestigio de las magistraturas y de las normas invioladas, los gobiernos de hecho soportan un «*capitis diminutio*» sometidos a un tratamiento restrictivo, a una suerte de cuarentena cercenante de su autoridad. Es un aislamiento bajo observación jurisdiccional que llena el intervalo fáctico hasta tanto se restablezca el curso de la legalidad alterada. Y si a pesar de su bastardía jurídica la autoridad insurgente se convalida es sólo porque no ha pretendido quebrantar la legitimidad. Lejos de ello, en su nombre y para defenderla de supuestos detentadores despóticos, se produce el traumatismo de la toma del poder.”⁸⁰

Hace poco más de veinte años atrás, EKMEKDJIAN señalaba que los argentinos estábamos transitando sendas constitucionales inéditas, cuyo recorrido requería un esfuerzo de imaginación de los protagonistas y de los intérpretes,⁸¹ senda que en apariencia no tenía regreso y que el artículo 36 de la Constitución nacional reformada en 1994, se ha encargado de delimitar aún más.⁸²

Utilizaba esas palabras para iniciar su comentario a la entonces recientemente sancionada ley 23.062, que en su artículo primero textualmente establecía que “[e]n defensa del orden Constitucional republicano basado en el principio de la soberanía popular, se establecen que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos, emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión, y los procesos judiciales y sus sentencias, que tengan por objeto el juzgamiento o la imposición de sanciones a los integrantes de los poderes constitucionales aún cuando quieran fundarse en pretendidos poderes revolucionarios. Mediante esta ley se ejerce en la instancia legislativa un acto de contralor

⁸⁰ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

⁸¹ EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto,” ADLA XLIV-B, 2513.

⁸² El que establece: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”

constitucional respecto de normas y actos de la especie señalada en el párrafo anterior, del poder de facto, que pueden y deben ser revisados por los poderes de «jure» y que alcanza inclusive a la declaración de invalidez constitucional actual de las actas institucionales dictadas por el gobierno anterior.”

Destacaba el constitucionalista que aquella norma había sido y probablemente sería cuestionada, “porque incorpora enfoques conflictivos e innovadores a la doctrina y jurisprudencia clásicas relativas a los gobiernos de facto.”⁸³

Relevaremos en las líneas que siguen distintos supuestos de quiebres institucionales, partiendo del primero de ellos desde la sanción de la Constitución nacional de 1853, cual fue el protagonizado por las fuerzas militares y políticas de la Provincia de Buenos Aires contra el Gobierno nacional hacia 1861, hasta el golpe de Estado de 1976.

6.1. *La asunción del General Mitre*

El primer golpe de Estado y probablemente más olvidado, es consecuencia necesaria de la batalla de Pavón, cuando Derqui, presidente electo de conformidad a la Constitución nacional de 1853, fue derrotado por Mitre⁸⁴ y obligado a renunciar el 5 de noviembre de 1861, asumiendo posteriormente el vicepresidente Pedernera, el que finalmente por decreto del 12 de diciembre de ese año declaró en receso el poder ejecutivo.

No muchos años después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que, en virtud de este acto de insurrección, Mitre poseía el poder suficiente para asumir la elevada función de gobernar un país.

Al decir de NINO, fue el hecho de armas que tuvo más impacto en la institucionalización del país, con “una secuela jurídica que sería el germen de una debilidad crucial en nuestras prácticas jurídicas: el reconocimiento de los gobiernos de facto, máxima expresión del sentido de ajuridicidad de nuestra vida pública. En efecto, a raíz de un asunto absolutamente nimio sobre el pago de una letra de cambio que había sido anulado por Mitre, la Corte Suprema sostuvo, en el caso «Martínez, Baldomero y otro» (*Fallos*, 2:127) de 1865 que «el gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército, fue autoridad competente para decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, después de la batalla de Pavón, **con el derecho de la revolución triunfante y**

⁸³ EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “Nuevos enfoques de un viejo tema: La doctrina de facto,” ADLA XLIV-B, 2513.

⁸⁴ En cuanto a la semblanza de Mitre, se ha expresado que “[l]a juventud porteña seguía al brioso «coronel» (el grado juvenil persistía después del generalato grado) como no lo habían seguido a Moreno o Rivadavia, también los ídolos porteños. Su flacidez romántica trajeada de gabardina, melena y barba al viento, despertaban la devoción de los estudiantes de la Universidad, muchachones de casa de familia y dependientes de comercio de la calle Florida. Un prestigio puramente del centro, exclusivamente decente, que no trasponía la calle de las Artes y que no llegaba al matanzeros de los corrales o los quinteros de los orillas, y menos a los gauchos de la campaña.” (ROSA, JOSÉ MARIA, *Historia Argentina*, t. 6, “El cisma,” Buenos Aires, 1974, p. 315.)

asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria imponía». Este crudo reconocimiento de derechos fundados en la fuerza tendría funestas consecuencias, que se manifestarían muchas décadas después, para la conformación de nuestra [mala] práctica constitucional.⁸⁵ El énfasis es propio.

La sola invocación de la revolución triunfante, asentida por el pueblo, sirvió de sustento para quebrar la joven Constitución nacional.

6.2. *El golpe del 6 de septiembre de 1930*

En 1930, producido el golpe de estado cívico militar del 6 de septiembre, nuestro más Alto Tribunal retoma el camino iniciado en 1862, ahora con la particularidad de sostener jurídicamente el gobierno usurpador de José Félix Uriburu a través de un acto de superintendencia, la *Acordada* —ya ni siquiera una sentencia— en el cual otorga un marco de *legalidad* al ejercicio del poder público de quienes habían arribado al gobierno por medio de la fuerza.

Es a partir de este hecho luctuoso de nuestra vida institucional, que “se iniciaría un segundo período de algo más de cincuenta años de enfrentamientos, anarquía y dictaduras, que, al igual que el que se dio después de la independencia, estuvo marcado por el desprecio absoluto a la legalidad y al estado de derecho.” Al igual que durante el primer medio siglo de vida independiente, “entre 1930 y 1983 se produjo una considerable contención del proceso de desarrollo económico y social alcanzado en los setenta años de institucionalización imperfecta, en contraste con países que gozaron de continuidad jurídica.”⁸⁶

El año 1930, acordada mediante, entendemos que dio origen el proceso de *apoderamiento* del Poder judicial por parte del Poder Ejecutivo *de facto*, por vía de la cooptación violenta de sus miembros, más no fuera por imperio de la *pseudo revolución triunfante que ostentaba el monopolio ilegítimo del uso de la fuerza*. Ello pese a la reciente opinión contraria de DI IORIO, para quien “en la época que se está considerando no se puede hablar de «apoderamiento» del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, ya que la uniformidad social, política e ideológica del primero se había formado a la par de la evolución de las fuerzas sociales mayoritarias que detentaron el poder desde la época de la consolidación institucional del país, que en términos generales se mantuvo de manera constante y homogénea durante casi la mitad del siglo.”⁸⁷ Fenómeno que el citado jurista sitúa su punto de partida en el juicio político a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1947.

⁸⁵ NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, 3ª ed., p. 60.

⁸⁶ NINO, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁷ DI IORIO, ALFREDO J., “Apuntes para el estudio del “apoderamiento” del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo,” SJA 5-VIII-2009.

6.3. *El golpe del 4 de junio de 1943*

En 1943, con la insurrección militar del Grupo de Oficiales Unidos (GOU) del 4 de junio,⁸⁸ el gobierno usurpador realiza un trámite similar al del '30 y la Corte Suprema vuelve a expedirse en términos similares a la *Acordada*, reconociendo —en palabras de EKMEKDJIAN— legitimidad a los gobiernos *de facto* surgidos de ambos movimientos militares, con el vicio originario del uso de la fuerza como medio de acceso al poder.

Más allá de todo lo escrito sobre la materia, una de sus cuestiones fundamentales consiste en el análisis de la validez (jurídica por supuesto) de los actos emanados de gobiernos erróneamente llamados *de facto*.⁸⁹

6.4. *Los actos derivados*

En 1868, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso recordado por GORDILLO, declaró que “cuando el gobierno legítimo no ha podido resistir la usurpación y los ciudadanos «quedan sometidos por consiguiente de hecho al poder de los enemigos,» no quedan vinculados al mismo tiempo por sus obligaciones frente al gobierno usurpado: o sea que los actos del usurpador tienen vigencia mientras el gobierno usurpante se mantiene en el poder; luego, el gobierno de jure no podrá más adelante considerarlos actos inexistentes.”⁹⁰

Hacia 1933, la Corte opinó que “[e]l funcionario *de facto* tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance

⁸⁸ Vinculados al nacionalismo, la logia se había constituido hacia 1942, conformada por “el teniente coronel González, Juan D. Perón, Mittelbach y otros, todos los cuales habían participado en uno u otro de los complots anteriores. El objetivo del grupo era impedir la intromisión política en los asuntos militares y prevenir el peligro comunista, pero en el plano concreto se proponían impedir la candidatura de Robustiano Patrón Costas y un vuelco hacia los aliados de la política exterior [...] El 3 de junio de 1943 el presidente encargó al ministro de Marina que preparara la destitución de Ramírez [futuro candidato radical a la presidencia] La revolución se decidió ese mismo día en una reunión a la que no asistió, precautoriamente, Perón. Al día siguiente 10.000 hombres fueron movilizados hacia la casa Rosada con la consigna de establecer un gobierno militar. El régimen conservador había terminado sus días. Privado del apoyo popular y habiéndose enajenado la opinión militar, había consumado su suicidio político. Por segunda vez en catorce años la tradición republicana había cedido la preeminencia a la tradición nacionalista.” (FLORIA, CARLOS A. y GARCÍA BELSUNCE, CÉSAR A., *Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983*, Buenos Aires, Alianza Universidad, 1988, p. 131.)

⁸⁹ Ha sostenido el tribunal que el estado de sitio importa la autorización de arrestar sin causa legal ordinaria o autorizada por juez competente para cuyo efecto la Constitución ha suspendido aquellas garantías de que sin el estado de sitio gozan las personas y las cosas, poder y facultad discrecionales limitadas sin embargo a arrestar o trasladar las personas si no prefieren salir del país y que no autorizan al Presidente de la República a condenar por sí, ni aplicar penas. No cambia tal situación la circunstancia de que el decreto de estado de sitio y las medidas emergentes del mismo deriven su procedencia del Gobierno *de facto* que ejerce el PEN; en virtud de los fundamentos y razones establecidos en la acordada de esta Corte Suprema de fecha 10 de septiembre de 1930 (CSJN, *Hipólito Yrigoyen s/ recurso, Fallos*, 158: 391, 1930.)

⁹⁰ CSJN, *El Fisco Nacional c. varios comerciantes de San Juan, Fallos*, 5: 155 (1868); citado en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-5.

de la autoridad oficial asumida, en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso, no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fuesen de los funcionarios *de jure*, y así el impuesto creado o aumentado por el Gobierno *de facto* obliga al contribuyente y la ley posterior que lo consagró con efecto retroactivo, no son tampoco inconstitucionales, por lo que aquél debe ser pagado pero sin multas, pues la aplicación retroactiva de la ley de impuestos no puede tener sino un efecto civil, pero no el de convertir en defraudador, a quien no lo fue bajo la vigencia de la ley anterior.”⁹¹

Un año después iría todavía más lejos, indicando que habiendo el gobierno revolucionario podido destituir a los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo, todos inamovibles durante el período de su mandato salvo el juicio político o el desafuero, pudo también destituir magistrados judiciales sea que se trate de los designados por la Constitución o de la ley especial como en ese caso, estando el juicio sobre la discreción y eficacia con que el gobierno *de facto* procedió en uno y otro caso, al margen de las facultades de la justicia.⁹²

En 1947, luego del cambio en la integración de la Corte Suprema a raíz del juicio político a que fueron sometidos sus miembros,⁹³ el nuevo tribunal modificó el criterio sosteniendo que los gobiernos *de facto* tienen facultades amplias para legislar, siendo la extensión y oportunidad de sus materias ajenas al control judicial.⁹⁴ Además establece que los decretos-leyes mantienen su vigencia, aun luego de asumido el nuevo gobierno *de jure*, si éste no los deroga expresamente.⁹⁵

6.5. Los golpes de 1955 y 1966

Los golpes 1955 y 1966 tendrían como aliciente su denominación de *revoluciones* (libertadora y argentina), aun cuando éstas se definan como cambios violentos en las *instituciones políticas*, económicas o sociales de una nación; inquietud, alboroto, sedición o cambio rápido y profundo en cualquier cosa;⁹⁶ y en cada caso en particular, las instituciones fueron mantenidas con mayor o menor regularidad, buscando generar un clima de normalidad más no de normatividad.

Según PABLO A. RAMELLA, “[l]a insurrección tiene por finalidad derrocar a las autoridades en función de gobierno para establecer el orden jurídico establecido y, en ese sentido, puede decirse que es esencialmente *conservadora*. Los insurrectos reprochan al gobernante que no cumple con la Constitución y las leyes vigentes y se lanzan a las armas para que aquéllas sean respetadas. [...] La revolución,

⁹¹ CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano, Fallos*, 169: 309 (1933.)

⁹² CSJN, *Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación, Fallos*, 172: 344 (1934); criterio reiterado en *Baeza González, Heriberto c/ Nación, Fallos*, 210: 1095. (1948.)

⁹³ Ver *La Nación*, 2 de mayo de 1947: “Fueron destituidos los ministros de la Corte y el Procurador General,” pp. 1 y 7; 4 de mayo de 1947: “Repercusión de un fallo,” nota editorial.

⁹⁴ CSJN, *Arlandini, Enrique, Fallos*, 208: 184. (1947.)

⁹⁵ CSJN, *Ziella, Egidio c/ Smiriglio Hnos., Fallos*, 209: 25. (1947.)

⁹⁶ <http://www.rae.es>.

en cambio, tiende a establecer un orden jurídico nuevo, por cuanto el pueblo ve constreñidos sus legítimos derechos, precisamente por el orden jurídico vigente. Una revolución, dice Burdeau, es la sustitución de una idea de derecho por otra, y así comprendida no es un puro hecho, sino un fenómeno jurídico.”⁹⁷

Aunque pueda afirmarse que la doctrina de la revolución pertenece, sin lugar a dudas, al derecho político y también al derecho constitucional y que la doctrina de facto pertenece, en realidad, al derecho administrativo, y sus conclusiones son inaplicables a los usurpadores,” remarcamos que la confusión del discurso jurídico llevó hasta el absurdo de invertir los conceptos y aceptar la idea que los golpes de Estado en nuestro país implicaron verdaderas revoluciones, pero la usurpación fue tolerada no como un quiebre institucional, sino como el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión.⁹⁸

Desde el plano jusfilosófico, COSSIO sintetizó la idea de *revolución* equiparándola a una cuestión fáctica: La ruptura lógica de sus antecedentes.⁹⁹ Para el caso de la constitución (formal y material) la ruptura de sus procedimientos y el sistema jurídico en sí mismo. Las *revoluciones* son rupturas de la *consistencia axiológica*.¹⁰⁰ En los golpes de estado sólo cambian los supremos repartidores del poder.¹⁰¹

Como otro contraste con los golpes del pasado, cabe destacar que “distintos sectores civiles participaron en el proceso que culminó en el desmoronamiento del gobierno electo. Algunos civiles participaron activamente en suministrar a los conspiradores militares ideas para reorganizar la estructura del gobierno o propuestas específicas de política interna y externa [...] Hubo aun otros, la gran mayoría, que desempeñaron un papel pasivo, observando con indiferencia el proceso, sin hacer nada para desalentarlo.”¹⁰²

6.6. *El golpe de 1962*

Aún cuando para la historia relatada en los libros de texto de la escuela secundaria, la renuncia del Dr. Arturo Frondizi y la posterior asunción del Dr. José María Guido se debieron a la *continuidad institucional* por supuesta aplicación

⁹⁷ RAMELLA, PABLO A., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 2ª ed., p. 18.

⁹⁸ SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *op. cit.*, p. 170.

⁹⁹ COSSIO, CARLOS, *El concepto puro de revolución*, Barcelona, Bosch, 1936.

¹⁰⁰ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas,” *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Universidad Nacional de Rosario, 2000, vol. 24, p. 79.

¹⁰¹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Comprensión trialista de la revolución*, Notas de la Cátedra I de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

¹⁰² POTASH, ROBERT, *El ejército y la política en la Argentina (1962-1973). Primera parte, 1962-1966*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994, p. 229. Quien observa también el rol de la prensa en este proceso, por ejemplo, a través de publicaciones tales como *Confirmado* y *Primera Plana*.

de la Ley de Acefalía (N° 252),¹⁰³ cierto es que tales hechos no fueron más que el triunfo de otro golpe militar al orden democrático.

Recuerda POTASH que cuando “el pueblo argentino leyó los matutinos del 29 de marzo de 1962, descubrió que su país ya no tenía Presidente constitucional. A las cuatro de la madrugada los Comandantes en Jefe de las tres Fuerzas Armadas habían depuesto formalmente al Presidente Arturo Frondizi y unas horas después lo trasladaron a la Isla Martín García, la base naval que había servido en otras ocasiones críticas de la historia argentina como un lugar de detención para prisioneros políticos destacados [Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón]. La crisis política que había estallado diez días antes, cuando se conocieron los primeros cómputos de las elecciones del 18 de marzo, había alcanzado por fin la culminación.”¹⁰⁴

La Constitución nacional en el entonces art. 75 (actual art. 88), disponía que “En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.” Era el Congreso nacional quien debía designar al nuevo presidente, ante la *renuncia forzada* —destitución— de Frondizi y la inexistencia de vicepresidente en funciones.

Sin perjuicio de las condiciones de asunción del Dr. Guido, quiebre institucional mediante, su juramento secreto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una vez más, el poder de decidir si la Argentina era gobernada por una Junta Militar o un Presidente civil estaba en las manos de la cabeza aparecete del Poder Judicial.¹⁰⁵

¹⁰³ La ley 252 (1868) disponía:

“Artículo 1° - En caso de acefalía de la República, por falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado en primer lugar por el Presidente del Senado, en segundo por el Presidente Provisorio de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema.”

“Artículo 2° - Treinta días antes de terminar el período de las sesiones ordinarias, cada Cámara nombrará su Presidente para los efectos de esta ley.”

“Artículo 3° - El funcionario llamado a ejercer el Poder Ejecutivo Nacional en los casos del artículo 1°, convocará al pueblo de la República a nueva elección de Presidente y Vicepresidente dentro de los treinta días siguientes a su instalación en el mando, siempre que la inhabilidad de aquellos sea perpetua.”

“Artículo 4° - El funcionario que haya de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1° de esta ley, al tomar posesión del cargo, ante el Congreso, y en su ausencia, ante la Corte Suprema de Justicia, prestará el juramento que prescribe el artículo 8° de la Constitución.”

¹⁰⁴ POTASH, R., *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁵ POTASH, R., *ob. cit.*, p. 34 y ss.

6.7. *Los decretos-leyes. Vigencia, validez y eficacia*

En 1973 la Procuración del Tesoro de la Nación, en una comunicación dirigida al entonces Presidente de la Nación, Héctor J. Cámpora, fechada en 13 de junio, luego de sostener que “los decretos-leyes constituyen una forma anómala de legislar mediante actos del Poder Ejecutivo sobre materias reservadas al Legislativo por el ordenamiento constitucional, a los que se ha recurrido como consecuencia de la instalación de gobiernos de facto [...] En todos los casos el reconocimiento [judicial] de valor a los decretos-leyes dictados por el Poder Ejecutivo sobre materias reservadas al Poder Legislativo se ha apoyado en la necesidad. De esta manera se han fijado también los límites con que pueden ejercer funciones de este tipo los gobiernos de facto.”¹⁰⁶

Para más adelante indicar que “[s]in duda que el argumento de la necesidad resulta deficiente para dar fundamento válido a los decretos en la medida en que ella sólo puede legitimar un acto cuando el que se encuentra en situación de necesidad es ajeno a la producción de tal estado.” Dicho supuesto que no se verificó en el caso de ninguno de los gobiernos *de facto*, por cuanto fueron las autoridades usurpadoras las que clausuraron el Congreso nacional y por tanto, la necesidad fue un hecho interno del proceso de sedición.

No obstante ello, “[l]a aplicación de la legislación del gobierno de facto, y más exactamente de los decretos-leyes, por parte del gobierno de jure subsiguiente no tiene su fundamento, por lo tanto, en la validez del orden anterior, sino en la necesidad del nuevo gobierno de jure de mantener la paz y la organización social de acuerdo con los principios del Estado de Derecho. Solo por esta necesidad se justifica que un gobierno de derecho haga uso de una legislación viciada en su origen insanablemente.”¹⁰⁷

6.8. *La seguridad jurídica y el poder legislativo nacional. La confusión del discurso*

El Congreso, en cada oportunidad ratificó los actos legislativos de los gobiernos de facto que lo precedieron, salvo en 1973 y en el período actual. Entendemos que esta ratificación —innecesaria a partir de 1947 por el fallo “*Ziella c/ Smiriglió*”— se hizo como una forma de demostrar el desacuerdo con tal jurisprudencia, reivindicando así para el Congreso, el monopolio de la función legislativa.

Todo acto dictado por alguien distinto a los órganos que la Constitución prevé o por un procedimiento distinto es nulo (artículo 27 del proyecto de Constitución de Alberdi); aún cuando dicho acto haya tenido eficacia —**no validez**— otorgada por la fuerza que dan las armas. Hacer coincidir la eficacia (concepto *de facto*) con

¹⁰⁶ PTN, *Dictámenes*, 125: 370.

¹⁰⁷ PTN, *Dictámenes*, 125: 370.

la validez (concepto *de jure*), sería tanto como pretender que el sistema jurídico contuviera al mismo tiempo postulados contradictorios.

Sin perjuicio de ello, no olvidamos que “[n]o hay duda que la doctrina del derecho del más fuerte pretende ser una justificación moral del Estado al sentar la afirmación de que, según un plan metafísico del mundo —aunque no ciertamente cristiano— resulta garantizado que sólo el goce de supremacía moral puede imponerse también en lo político. Esta tan infantil creencia que el existente es el mejor de los mundos, carente, a todas luces, de sostén histórico, no encierra otro sentido que el de una capitulación sin reservas de nuestra conciencia jurídica ante el éxito político momentáneo. Como tal creencia está reñida con la historia real, se la completa de ordinario con un historicismo cuya característica es la confusión entre acción política y valor moral, entre validez ideal y validez política. Al demostrar que, históricamente, ha prevalecido siempre el derecho del más fuerte, se cree haber demostrado también que siempre debe ser así.”¹⁰⁸

6.9. *El valor de las palabras*

Hacia fines del siglo XIX, “florece los estudios de filosofía del lenguaje, que en realidad habrían de demostrar, con el tiempo, la falacia de una dogmática jurídica construida sobre palabras: una *contradictio in terminis*. No se puede hacer dogmática utilizando palabras, uno de los instrumentos menos precisos que emplea la humanidad.”¹⁰⁹

Ese es el error, a nuestro criterio, en el que ha caído nuestra Corte Suprema y parte de la doctrina al hacer prevalecer el derecho conferido *únicamente* por la fuerza y las armas, por sobre el establecido en la Constitución.

El valor del discurso en todos los golpes de Estado, otorgado por la Corte Suprema en 1930 y 1943, ya no necesitó siquiera ser pronunciado posteriormente, tan sólo el silencio alcanzó para legitimar la ausencia de consenso de origen de los gobiernos usurpadores.¹¹⁰

La coherencia y la lógica “del delirio paranoico coinciden aquí con la coherencia y la lógica del discurso mitológico. El análisis sociológico y la observación psiquiátrica tienden a confundirse. Y poco importa a la sazón a cuál de los dos modos de interpretación sería más particularmente conveniente adherir. Con respecto a la historia, ambos concuerdan en hacer cumplir al mito el papel de un revelador. Tal vez sea mediante el examen de esos sueños que una sociedad

¹⁰⁸ HELLER, *op. cit.*, pp. 238-239.

¹⁰⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. X-4, §5; disponible gratuitamente en <http://www.gordillo.com>.

¹¹⁰ El debate en estos casos es necesario, por sobre todas las cosas, por la ideología que subyace en el discurso y en las palabras. (Ver: GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (octubre), p. 69; y, MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Suplemento Administrativo* 2006 (diciembre), quien sintetiza la postura de ambos y en especial, la posición de GORDILLO.)

revela con mayor seguridad algunos de sus desórdenes y sus padecimientos.”¹¹¹ El silencio, en el caso argentino, forma parte del mito, como aquiescencia a un fenómeno tristemente omnipresente.

7. *La doctrina de facto: Garantía de la pseudoinstitucionalidad*

En este apartado intentaremos desmitificar la mal denominada *doctrina de facto*, por lo que teórica y fácticamente se trató: *La doctrina del gobierno usurpador*. La asimilación desde el discurso jurídico de esa denominación, ha llevado a la confusión antes mencionada entre *legalidad-legitimidad*.

CONSTANTINEAU ha expresado que la regla general es que la existencia de un cargo de jure es condición indispensable para la existencia de un funcionario de facto y que sin tal cargo el pretendido funcionario no podrá ser legalmente reconocido.¹¹²

La historia argentina es la historia de la inestabilidad política y económica y del desconocimiento de las instituciones como base de los grupos que acceden al poder, sea por las vías constitucionales (o mejor dicho la única viable, el voto) o por la violencia. (Usurpadores.)

Merece el esfuerzo recordar que ningún golpe de Estado que se identifique institucionalmente con las Fuerzas Armadas, está en condiciones de abroquelarse y convertirse legítimamente en otro régimen. Será todavía más ilegítimo en la medida que se invoque poderes revolucionarios y efectúe alteraciones imprevisibles en el contenido de la Constitución.¹¹³

Vale la aclaración anterior para los casos de los golpes de Estado que se encargaron de desarrollar todo un sistema supraconstitucional, como aspecto inherente “al desarrollo dialéctico del proceso de supralegalidad. No ventila ya la admisión de un gobierno de facto en el campo de la legalidad anterior mediante el salvoconducto del reconocimiento de la Suprema Corte. Después de 1955 y mucho más acentuadamente desde 1966 y 1976 en vez de un gobierno de facto se despliega un sistema supralegal que dicta sus propios estatutos constitucionales y que lejos de hacerse reconocer del Poder Judicial obliga a los miembros de éste a jurar sobre las nuevas normas cuyas prioridades políticas pasan por encima de la Constitución. Gracias a su apelación revolucionaria y a la invocación del poder constituyente el sistema supralegal de facto adquiere una estructura potestativa, montada para asegurar su continuidad.”¹¹⁴

¹¹¹ GIRARDET, R., *op. cit.*, p 55.

¹¹² CONSTANTINEAU, ALBERT, *Tratado de la doctrina de facto*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 49.

¹¹³ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

¹¹⁴ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

7.1. *Fundamento inatinerente*¹¹⁵

Desde un inicio, el rol especial que le cupo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Poder Judicial en su conjunto, en la *legitimación* de las autoridades usurpadoras no puede ser desconocido por el lector, ya que bajo la pátina de la *Acordada*, como primer acto justificante del quiebre democrático, se dio pie a todas las aberraciones jurídicas posteriores, so pretexto de la *doctrina de facto* de CONSTANTINEAU.

Dicha teoría, tal como se expuso con anterioridad, encontró sustento en su momento, para otros países y otros sistemas jurídicos; así, su autor, destaca en la introducción que este libro no ha sido escrito para ninguna jurisdicción en particular, sino para todas las comunidades cuyos temas jurídicos se basan sobre el *common law* inglés.

7.2. *La doctrina de facto (según CONSTANTINEAU)*

Primer punto. En la República Argentina, no obstante la fuerza rectora que pueda tener la jurisprudencia de nuestros tribunales, no rige este sistema.

La *doctrina de facto* puede ser entendida como “una norma o un principio de derecho que, en primer lugar, justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo; en segundo lugar, que reconoce la existencia de entes públicos o privados corporativos, y los protege de impugnaciones colaterales, entes que, si bien organizados irregular o ilegalmente, sin embargo ejercen abiertamente, bajo la apariencia de legitimidad (*colour of law*), los poderes y funciones de entes regularmente creados; y, en tercer lugar, que confiere validez a los actos oficiales de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad (*colour of right or authority*) ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos o entes, o ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza, en los cuales están interesados el público o terceras personas, siempre que la realización de tales actos oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y no para su propia ventaja personal.”¹¹⁶

Existen al menos tres situaciones para la aplicación de la *doctrina de facto*, frente a:

¹¹⁵ Se analizarán aquí algunas de las particularidades de la *Acordada* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10-9-30, aunque dejamos la duda al lector respecto a la naturaleza de este acto de superintendencia, sobre su esencia administrativa y la existencia o no de vicios en su emisión. De ahí que “La fundamentación hace a los principios republicanos y al Estado de derecho; es precondition de la defensa del interesado y de su control judicial; el acto inmotivado es, para nosotros y en un Estado de Derecho, irremediabilmente nulo. Resultaría de lo que antecede que la ilegitimidad del acto en relación a este aspecto puede presentarse de cuatro maneras diferentes: a) falta de sustento fáctico, b) falta de sustento jurídico, c) falta de explicitación suficiente del sustento fáctico, d) falta de explicitación suficiente del sustento jurídico.” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, cap. IX-42.)

¹¹⁶ CONSTANTINEAU, *op. cit.*, p. 9.

- Autoridades usurpadoras del poder o del gobierno, mediante la fuerza y las armas;
- funcionarios (o entes) irregulares o ilegítimos que ejercen bajo apariencia de derecho un cargo creado legalmente;
- funcionarios que ocupan cargos dentro de los dos supuestos anteriores.

Segundo punto. La *doctrina de facto* no puede brindar legitimidad bajo ninguna forma para el primer caso de la autoridad usurpadora, “ya que los cargos que ocupan están afectados por la misma ilegalidad como el poder que les dio nacimiento o bajo el cual dichos cargos son ocupados; pero ello no obstante, si una persona se hace cargo de tal función sin, al menos, una apariencia de legitimidad de autoridad, será considerado como un mero usurpador y sus actos no podrían ser apoyados bajo ningún concepto.”¹¹⁷

La *doctrina de facto* se funda en *consideraciones de orden público, justicia y necesidad*, y su objeto, no es otro, que el de proteger y resguardar a la comunidad que reconoce o invoca la autoridad *asumida* de hecho.

Tercer punto. La *doctrina de facto* no es invocada por la autoridad no legítima sino por quienes a resultas del ejercicio de ese poder de facto han visto nacer algún derecho bajo su titularidad o la existencia de una relación jurídica surgida bajo su amparo.

Cuarto punto. Se debe recordar que el usurpador es aquél “que se arroga el derecho a gobernar por la fuerza en contra y con violación de la constitución del país.”¹¹⁸

Es aquí donde se aprecia la inconsistencia de aplicar esta doctrina a los gobiernos estatuidos como consecuencia de los quiebres institucionales, ya que habiendo accedido al poder violando nuestra Ley Fundamental, mal podrían lograr una legitimación ausente y menos aún purgar el vicio de origen de modo alguno.

Ello, sin perjuicio, que “los principios de la doctrina de facto son aplicables a toda clase de funcionarios públicos [...] Tampoco tiene importancia alguna la condición o rango del funcionario, ya sea el más alto de los cargos o el más insignificante en el país [...] Puede haber [...] un presidente de facto.”¹¹⁹ Pero, reiteramos que el vicio de origen en ese último caso cuando se accede violando la constitución de un país (gobernante usurpador), no es susceptible de purgarse.

7.3. La Acordada del 10 de septiembre de 1930¹²⁰

Según fuera expresado más arriba, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la *Acordada* emitida el 10 de septiembre de 1930 reconoció a José Félix

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 42-43.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 29-30.

¹²⁰ Cfr. CAYUSO, SUSANA G.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y MILLER, JONATHAN M., *Constitución y poder político*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 827 y ss..

Uriburu y a las nuevas autoridades por él designadas como un *gobierno de hecho* (*de facto*) y dio validez a sus actos “cualquiera pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección.” Esta actitud se repetiría en 1943.¹²¹

Producido el movimiento militar del 6 de septiembre de 1930, la *Acordada* de la Corte que reconoció al gobierno *de facto* y la visita que los jueces hicieron a Uriburu, jefe del movimiento, el día 12 de ese mes, creó una relación adecuada y suficiente como para que el ejecutivo *usurpador*. El 16 de septiembre, se envió una nota donde explicaba que consideraba que la designación del presidente del Tribunal estaba comprendida en la primera parte del entonces art. 99 de la Constitución y que por lo tanto prescindía de hacer tal designación.

Entre dos gobiernos *de facto* que debió reconocer (1930 y 1943), en el primer caso por identidad ideológica, en el segundo para mantener la doctrina anterior, la Corte Suprema se encontró con esta infidelidad jurídica frente a los principios constitucionales que no era posible armonizar.

El respeto por las instituciones no fue una virtud de los gobernantes argentinos, pero por lo menos hasta 1930 se había mantenido una apariencia de sujeción constitucional. Desaparecida esta apariencia con las rupturas de septiembre de 1930 y junio de 1943, adecuar las instituciones a la realidad política no fue tarea sencilla y de alguna manera esta situación caracterizó el rol político del tribunal durante más de cincuenta años.

Desde el plano jusfilosófico los jueces habían superado el positivismo jurídico y se encargaron de diagramar una interpretación dinámica de la Constitución y las leyes. Políticamente no sintieron la necesidad de cambios, por eso aceptaron con simpatía el desplazamiento radical (personalista) de 1930, apoyados desde el propio radicalismo (antipersonalista) y se plegaron al conservadorismo que siguió.

7.4. *La fuerza por sobre el Derecho: ¿Sinceramiento de nuestras instituciones?*

El derrocamiento de Yrigoyen por el golpe militar del 6 de septiembre de 1930, planteó un hecho institucional inédito en la vida de la Corte Suprema.

Hasta entonces, los intentos de sedición o rebelión se habían solucionado dentro del orden constitucional, sin afectar a los poderes políticos. Pero en este caso se depuso al presidente, se disolvió al Congreso y se intervinieron casi todas las provincias; tan sólo se respetó la estabilidad de los jueces de la Corte Suprema y con algunas excepciones la del resto Poder Judicial.

En la *Acordada* del año '30 los miembros del Máximo Tribunal aceptaban que el gobierno emanaba de la revolución triunfante, y que encontrándose en posesión de las fuerzas militares y policiales, aseguraría la paz y el orden y protegería la

¹²¹ Para profundizar ver: CAYUSO, SUSANA G. y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Acordada de la Corte Suprema de 1930. Legitimación del gobierno “de facto”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Rioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988; CIRI, RODOLFO LUIS, *1930, Proceso a la Corte Suprema*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.

libertad, la vida y la propiedad, todo lo cual coincidía con el reconocimiento que el jefe militar hizo de mantener la supremacía de la Constitución. Se trataba de un gobierno *de hecho* y sus funcionarios podían realizar los actos necesarios para cumplir sus fines por razones de policía y necesidad, con el fin de mantener protegida a la sociedad, puesto que esta no podría discutir su *legalidad*. Pero si se desconocieran las garantías individuales, los jueces serían los encargados de restablecerla como si estuviesen frente a un Poder Ejecutivo *de derecho*.

Los argumentos son políticos, pero no jurídicos. Ni la cita de CONSTANTINEAU (*Public officers and the facto doctrine*) cuya doctrina fue antes desarrollada, ni la de la sentencia que aparece en *Fallos*, 148:303,¹²² son fundamento para justificar jurídicamente al gobierno militar. CONSTANTINEAU había recopilado y publicado en 1910 la jurisprudencia de Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos sobre los funcionarios *de facto*, y la Corte lo había citado unas pocas veces, pero se refería a funcionarios con título viciado u observable, pero no a usurpadores del poder nacional. En cuanto al fallo citado, analizaba la validez de una sentencia dictada por un juez de San Juan, luego de dispuesta la intervención a esa provincia, que la Corte consideró válida pues el juez mantenía su competencia hasta que el interventor decidiera sobre su permanencia. Las citas, entonces, eran inadecuadas.

En definitiva, la *Acordada* legalizó un gobierno que nacía violando la Constitución que afirmaba contradictoriamente defender y a la Corte le sería difícil congeniar los principios constitucionales con un poder ilegítimo y fuera de la Constitución.

7.5. *El acompañamiento judicial a la decadencia institucional*

El primer gobierno *de facto* del siglo XX, legisló mediante decretos-leyes, actividad legislativa que no fue escasa, pues en un año y medio de gobierno se dictaron más de 1200.

Restablecido el gobierno constitucional en febrero de 1932, se aprobó la ley 11.582 para confirmar esta legislación material irregular y lo hizo con efecto retroactivo, por lo que de esta manera la legislación del gobierno militar quedaba aprobada por el Congreso nacional, dando pie al desarrollo posterior doctrinario y jurisprudencial sobre la validez y eficacia de las normas dictadas luego de retornada la *normalidad* institucional.

La jurisprudencia de la Corte convalidó esta legislación *de facto*. Un comerciante en tabacos, Martiniano Malmonge Nebreda,¹²³ impugnó judicialmente la multa aplicada por la administración de impuestos internos que encontró mercadería en infracción, multa liquidada según un decreto del 31 de marzo de 1931 del gobierno *de facto*, confirmado por la ley 11.582, razón por la cual el reclamo fue desestimado; llegado el caso a la Corte, se sostuvo que **tienen las mismas**

¹²² CSJN, *Cristóbal Moreno Postigo s/ remoción de tutela*, *Fallos*, 148: 303. (1927.)

¹²³ CSJN, *Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano*, *Fallos*, 169: 309. (1933.)

facultades que un gobierno legal, principio que se funda en la necesidad impuesta por los hechos y reconocido por la Corte en su *Acordada*. Se recordó aquí el caso de *Baldomero Martínez*, fallado en 1865¹²⁴ (no mencionado en la *Acordada* de 1930) y se reiteró la cita de CONSTANTINEAU, con el agregado de la obra de HENRICH HERRFAHRDT, *Revolución y ciencia del derecho (investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho)* —versión española de 1932.

Cuando la legislación de facto no era confirmada por el Congreso, su aplicación una vez instalado el gobierno *de jure*, en pura teoría debía ser rechazada. Así se decidió en causa “*Mattaldi, Simón S.A.*”, en la que se objetaron impuestos creados por decreto del gobierno *de facto* y que no habían sido ratificados.¹²⁵

El gobierno provisional se encontraba limitado en las supuestas facultades reglamentarias, sirviendo como ejemplo el caso de la ley 4363 que reguló los vinos genuinos y un decreto del 12 de marzo de 1930 reglamentó la ley, normas que posteriormente, con el fin de defender la higiene pública y evitar males derivados del uso de materia prima inaceptable, el gobierno *de facto* modificó por el decreto del 16 de marzo de 1931. Los empresarios Emilio Cahiza, Esteban Costa, Francisco Granata, Aurelio Podestá y Juan Andrés Toso, impugnaron por inconstitucionalidad esta última norma, y al tomar intervención la Corte, pese a reconocer nuevamente la facultad del gobierno *de facto* para reglamentar las leyes, entendió que el decreto impugnado modificó y violó la ley.¹²⁶

Este análisis de las facultades del gobierno *de facto*, no pudo impedir la existencia de actos arbitrarios, su inconstitucionalidad, y algunos lo fueron contra el mismo Poder Judicial. Así el recordado reclamo del juez Alfredo Avellaneda Huergo, quien se había excusado de intervenir en una causa que se le seguía al presidente depuesto Yrigoyen, lo que motivó que por decreto del gobierno *usurpador* del 16 de marzo de 1931 fuera separado del cargo. Restablecido el gobierno constitucional, formuló su reclamo ante el Senado, sin triunfo y, posteriormente demandó al Estado nacional por el cobro de los salarios caídos. En primera instancia fueron aceptados los reclamos, pues se entendió que el gobierno *de facto* no tuvo facultades para remover al juez. Era la interpretación adecuada según la *Acordada* de la Corte, aunque la Alzada revocó esta sentencia por entender que la cuestión era política y no revisable judicialmente y luego la Corte Suprema lo confirmó: Explicó que en la *Acordada* del 10 de septiembre de 1930 se había reconocido la validez de los actos políticos y administrativos del gobierno *de facto* para el desarrollo de su programa, tales como la cesantía de los miembros del Ejecutivo y del Legislativo en su totalidad, y de algunos

¹²⁴ CSJN, *Fallos*, 2: 127.

¹²⁵ CSJN, *Mattaldi Simón Ltda. S.A. v. La Nación*, *Fallos*, 183: 151 (1939); v. también *H. Bertone y Cía. v. Nación Argentina*, *Fallos*, 185: 36 (1938) y *Antonio Sassone v. Nación Argentina*, *Fallos*, 195: 539. (1942.)

¹²⁶ CSJN, *Fallos*, 177: 237. (1934.)

magistrados y funcionarios y de gobiernos de provincia. Si pudo destituir a éstos, no podía descalificar la de un juez. Por otra parte, la “discreción y eficacia con que el gobierno de facto procedió en uno y otro caso están al margen de las facultades de la justicia.”¹²⁷

De haber seguido la doctrina de los fallos anteriores, la Corte debió expedirse sobre la legitimidad de la medida y si estaba dentro de los fines del gobierno *de facto*, pero no lo hizo.

Toda esta interpretación se tornará aún más compleja con el gobierno *usurpador* surgido como consecuencia del movimiento militar que el 4 de junio de 1943 depuso al presidente Ramón S. Castillo.

El jefe militar del nuevo golpe fue el general de brigada Arturo Rawson, desplazado luego por un gobierno encabezado por el general de división Pedro P. Ramírez. Se volvió a comunicar a la Corte la formación del nuevo gobierno provisional, y el 7 de junio se elaboró una Acordada que reprodujo los términos de la de 1930.¹²⁸

La situación parecía análoga a la de 1930, pero el nuevo gobierno iría mucho más lejos en materia legislativa y administrativa, apreciándose después la separación ideológica entre los nuevos gobernantes *de facto* y los jueces de la Corte, que terminaría en enfrentamientos judiciales y políticos.

La nueva versión del gobierno militar, se extendió por un período que duplicó el anterior (tres años), dividió a sus dirigentes no sólo en temas de política interna, sino en criterios de política exterior, enfrentando a rupturistas y neutralistas, pues su gestión abarcó buena parte de la segunda guerra mundial. Las tensiones se advirtieron ya en su inicio, con la separación del general Rawson y su reemplazo por Ramírez y alcanzó el más alto enfrentamiento durante los meses de septiembre y octubre de 1945, momento en que sectores opositores al gobierno militar reclamaron la entrega del poder a la Corte Suprema; además, el 13 de octubre se le encargó al Procurador General Álvarez que formase un gobierno. Los nombres que propuso mostraron cuán alejado estaba de la realidad política. Pero la jornada del 17 de octubre que repuso a Perón en sus funciones, desplazó la lenta e ineficaz gestión del Procurador.

El 2 de abril de ese año, la Corte dictó un fallo y dos acordadas que pretendieron oponer una valla a los intentos legislativos del gobierno de facto.

En la causa *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Carlos M. Mayer*, se discutió si el gobierno *de facto* se encontraba facultado para modificar mediante un decreto la ley de expropiación 189 —sancionada por el Congreso de la Nación en 1866— y si aquella norma cercenaba el derecho de defensa al negar la prueba pericial para determinar el valor del inmueble por expropiar.¹²⁹ Hubo tres votos:

¹²⁷ CSJN, *Fallos*, 172: 344. (1935.)

¹²⁸ CSJN, *Fallos*, 196: 5. (1943.)

¹²⁹ CSJN, *Fallos*, 201: 249. (1944.)

los de la mayoría, integrada por Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía, el de Repetto y el de Casares.

La mayoría desarrolló los argumentos que vino exponiendo el tribunal sobre los límites de la facultad legislativa de los gobiernos de facto, aunque explicó con más detalles los alcances de la restricción. La Constitución estaba vigente y así lo había declarado el ejecutivo militar *usurpador*. También, supuestamente, se había respetado al Poder Judicial que mantenía facultades para definir estas cuestiones. Si bien se reconocían al gobierno de hecho los poderes otorgados por la Constitución al ejecutivo, éste no podía ejercer funciones judiciales. En cambio era compleja la cuestión del ejercicio de facultades legislativas; pero la necesidad de los hechos hacía ineludible su ejercicio, aunque limitadas para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución, pues reconocer a un hombre o a un grupo amplias facultades legislativas sería incompatible con la vigencia de la Constitución. Vuelto el país a la normalidad, las disposiciones de hecho dejaban de regir para el futuro, salvo que fueran ratificadas por el Congreso y en este caso su vigencia se retrotraía a los hechos cumplidos.

Concluyó la mayoría que el ejecutivo podía dictar el decreto cuya inconstitucionalidad se encontraba planteada —decreto-ley 17290/44— pues su finalidad estaba dentro de la posibilidad de hacer uso del poder legislativo; pero encontraban inconstitucional la exclusión de la prueba pericial por afectar el derecho de defensa.

En esta sentencia quedarán definidas tres tendencias dentro de la Corte:

a) La que intenta adecuar las facultades legislativas del gobierno usurpador señalando sus límites;

b) la que reconoce la existencia de facultades legislativas en el gobierno usurpador exclusivamente a los fines del movimiento, revolución o proceso, y

c) la que concede facultades legislativas amplias en el gobierno usurpador, sin perjuicio del control de constitucionalidad.

A sólo título enunciativo, en cuanto al ámbito de vigencia y eficacia de las *pseudo leyes de facto*, es útil recordar que en 1958, por ley 14.467 se dispuso que: “Declárase que continúan en vigencia los decretos-leyes dictados por el gobierno provisional entre el 23 de setiembre de 1955 y el 30 de abril de 1958, que no hayan sido derogados por el Honorable Congreso de la Nación.” Asimismo, en 1964, la ley 16.478 estableció que: “Continúan en vigor los decretos dictados con fuerza de ley por el gobierno de facto entre el 29 de marzo de 1962 y el 12 de octubre de 1963, que no hubieren sido expresamente derogados, o declarados sin efecto, o suspendidos en su vigencia. Los suspendidos continuarán en esa condición mientras no medie pronunciamiento posterior acerca de los mismos.”

Las distintas posturas normativas, teóricas y jurisprudenciales han sido resumidas y explicadas, entre otros, por CARLOS NINO,¹³⁰ indicando cinco posibles estrategias respecto del tratamiento que corresponde darle a las normas *de facto*, restablecido ya el régimen *de jure*:

a) Validez plena, como si hubieran sido dictadas por los órganos constitucionales a quienes les corresponde la regulación de la materia que se trate;

b) validez plena, pero excluyendo de ella a las normas penales;

c) invalidez de las normas *de facto*, pero acepta su vigencia como simples decretos del Poder Ejecutivo;

d) derogación de las leyes no ratificadas expresamente por el Congreso, o convalidación de las no expresamente derogadas (caducidad no automática), sin que los jueces puedan decidir sobre la validez o invalidez de las normas *de facto*; y

e) invalidez absoluta (caducidad automática) de todas las normas *de facto*, quedando autorizados los jueces a desconocer esas normas en sus decisiones.

Las particularidades de cada período de normalización institucional abonaron el desarrollo de cada una de estas variables, siendo función del Congreso nacional la definición de los alcances, vigencia y validez de las normas *de facto*.¹³¹

Una problemática similar puede considerarse desde el punto de vista de la validez de los actos jurisdiccionales de jueces designados por gobiernos *usurpadores* durante períodos de quiebre institucional, en particular en el período 1976-1983.

Esta cuestión ha sido resuelta por la Corte Suprema, señalando que “elementales razones de seguridad y continuidad jurídica, la implícita ratificación dada por las autoridades constitucionales a los actos de los jueces que se desempeñaron entre 1976 y 1983 y la preservación de la regularidad de la transición al normal funcionamiento de las instituciones republicanas,” conducen al rechazo de planteos de ilegitimidad de tales actos.¹³²

7.6. *Las normas de facto*

Tal como se viene explicando, no puede soslayarse, cualquiera sea la opinión doctrinaria que se siga, el problema que se ha presentado ante el restablecimiento de la vigencia de la Constitución nacional, más allá de la denominación con la

¹³⁰ NINO, CARLOS, “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas «de facto»,” *LL*, 1983-D, 935.

¹³¹ Para profundizar sobre el tema ver: BRAVO LIRA, BERNARDINO, “La ley extraparlamentaria en Argentina 1930-1983; leyes y decretos-leyes,” *LL*, 1990-C, 1193; y sus citas. También lo es en materia de control de los actos ejecutados en materia presupuestaria ejecutados en épocas de gobiernos *usurpadores*. (Cfr. ROSATTI, HORACIO DANIEL, “El control de la hacienda pública por los tribunales de cuentas durante los gobiernos «de facto»,” *ED*, 29-XII-82, p. 1 y ss.)

¹³² CSJN, *González Bellini, Guido Vicente c/ Río Negro, provincia de s/ daños y perjuicios*, 17-III-09, *Fallos*, 332: 552; con cita de *Fallos*, 311: 175; 312: 2352; 316: 2325.

cual se las ha querido ocultar, sobre el vicio originario de las normas emanadas de los gobiernos usurpadores.

Podrán llamarse *leyes o decretos-leyes*, pero no son más que meros ejemplos de definiciones *persuasivas*, como técnicas irracionales de convencimiento¹³³ del colectivo social, al amparo de juristas que las han sostenido como tales. Esto, porque “la supralegalidad de facto es un régimen híbrido, maltratado por su incoherencia interna cuyo andamiaje no encuentra un punto cierto de equilibrio. Como en la realidad no está concebida para el orden civil, no responde a ninguna forma conocida de gobierno porque no ha previsto canales de comunicación y mucho menos de participación representativa. No hay más ciudadanos sino sólo habitantes. Paradójicamente, es una estructura apolítica que ubica a la cúpula militar en la cumbre de la organización del poder. Vaciado de toda conexión con lo político y de toda relación espontánea con el universo de la ciudadanía el gobierno se torna puro mando. El orden no proviene del consenso de los ciudadanos, que no existe sino de la obediencia pasiva de los habitantes. El orden externo que así se logra registra simplemente la oquedad política del Estado militar. Sin representación, sin consenso, sin forma política, la supralegalidad de facto traduce tan sólo la organización del mando que desplaza las instituciones y ocupa funciones de gobierno. Ha desaparecido la legalidad y la legitimidad se ha vuelto inaccesible.”¹³⁴

No es posible la purga del vicio originario de legitimidad en el gobierno *usurpador*. Tampoco el olvido de nuestros juristas, abogados y jueces en cuanto a que las únicas leyes formales son aquellas que emanan de un cuerpo colegiado según el procedimiento constitucional establecido para su sanción.

Es llamativo el modo en que hemos habilitado que, para los procesos usurpadores de los años 1930-1932, 1943-1946, 1955-1958 y 1962-1963, los actos materialmente legislativos sean calificados como *decretos leyes* y que, luego, por el juego de ficciones y de instrumentos supraconstitucionales, los mismos actos han sido denominados sin prurito alguno como *leyes*.

Todavía nos cabe la duda, sobre “si es que es posible corregir, en el lenguaje de los abogados, algunos resabios autoritarios de los gobiernos de facto: la entonces terminología oficial de llamar «Ley» a lo que no eran sino decretos-leyes. Restaurada la democracia y condenada por el art. 36 de la Constitución la teoría de los gobiernos de facto, no es jurídica ni políticamente admisible seguir llamando «leyes» a lo que de ello tuvo solamente el nombre oficial. Es imprescindible pues, ya que de Derecho hablamos, denominar correctamente como decreto-ley a las así llamadas leyes emitidas en los períodos 1966-1973 y 1976-1983. Como se advierte, es mucho lo que resta por hacer para llegar a un derecho administrati-

¹³³ NINO, C., *Una nueva estrategia...*, *cit.*, con mención a STEVENSON, CH., *Ethics in Language*, New Haven, 1973, p. 206 y ss.

¹³⁴ SÁNCHEZ SORONDO, M., *op. cit.*

vo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales.”¹³⁵

Ello, aún cuando podamos aceptar el argumento formal expuesto por CAMPOLIETTI,¹³⁶ en cuanto a que el decreto 976/73 dispuso que “los actos del Poder Ejecutivo sancionados con carácter de leyes desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 serían denominados decretos-leyes, añadiéndoles el año en que fueron dictados a la numeración asignada a cada uno de ellos. Posteriormente fue emitido el decreto 1319/76 que derogó la norma precedentemente referida y estableció que «los actos legislativos sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional desde el 28 de junio de 1966 hasta el 25 de mayo de 1973 bajo los números 16.892 al 20.507, quedarán registrados y se citarán como leyes.» En los considerandos de la norma aludida se aclara que resultaba oportuno en ese momento uniformar el modo de citar, ya que esos actos eran citados bajo la denominación de decretos-leyes y también de leyes.”

Desde el plano meramente formal tampoco nos satisface la explicación de que, retomada la normalidad institucional luego de 1983, fue el Máximo Tribunal quien denominó y aceptó dentro de la categoría de *leyes*, a las normas *de facto*.¹³⁷ Aunque, revirtiendo tal situación, la Corte Suprema en una sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009, ha aludido en forma expresa a la ley 19.549 como decreto-ley 19.549/72, cuestión que no es menor, cuando al valor de las palabras nos referimos.¹³⁸

La influencia extraparlamentaria de los gobiernos *usurpadores*, han dado como resultado que desde 1930 a 1983:

- Hemos tenido poco más de 29 años de democracia;
- se dictaron 9396 normas *de facto* (leyes materiales emanadas del Poder Ejecutivo *usurpado*), y
- se sancionaron 6049 leyes por el Congreso de la Nación.¹³⁹

Todavía en el discurso jurídico (la fuerza de la palabra oral y escrita) existen resabios de las palabras de la fuerza; es imposible ver el grado de influencia e

¹³⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, “Parte general,” 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. I-13, §5.2.

¹³⁶ GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETTI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL*, 2006-F, 892.

¹³⁷ CAMPOLIETTI cita, a simple modo enunciativo, que la Corte federal “desde 1983 en adelante, también denomina Ley 19.549 a la LPA en las oportunidades en que se ha pronunciado respecto de normas contenidas en ella. Por citar algunos fallos clásicos de nuestra materia y de diferentes épocas, *Mevopal* de 1985 (considerandos 3º y 4º), *Mackentor* de 1989 (considerandos 3º, 5º y 6º), *Universidad de Buenos Aires* de 1991 (considerandos 8º y 10), *Serra* de 1993 (considerandos 2º, 6º, 7º, 12 y 15), *Gypobras* de 1995 (considerandos 6º, 7º y 10), *Tajes* de 1999 (considerandos 5º, 6º, 9º y 10) y *El Jacarandá* de 2005 (considerandos 6º y 7º).”

¹³⁸ CSJN, *Micheli, Julieta Ethel c/ EN - M1 Justicia y DD.HH. - Resol 313/00 - s/ empleo público*, *Fallos*, 332: 2741. (2009.)

¹³⁹ Cfr. BRAVO LIRA, BERNARDINO, *op. cit.*

inserción del peso relativo de las normas dictadas en períodos de quiebre institucional.

Según será tratado más abajo, entendemos que ello ha dado pie a un desarrollo, hasta quizás exacerbado, de la *doctrina de la emergencia económica (estado de necesidad)*, no sólo desde el derecho público argentino, sino principalmente desde el propio Estado.

El mito político de la *emergencia*, ya no la cuestión fáctica que la determina y justifica su declaración legislativa, “aparece como fundamentalmente polimorfo: hay que entender con ello que una misma serie de imágenes oníricas puede ser vehiculizada por mitos aparentemente muy diversos; también debe entenderse que un mismo mito es susceptible de ofrecer múltiples resonancias y no menos numerosas significaciones. Significaciones no sólo complementarias, sino también a menudo opuestas. Ni uno solo de los exploradores de lo imaginario deja de insistir en esta dialéctica de los contrarios que parece constituir otra de sus grandes especificidades: polimorfo, el mito es igualmente ambivalente.”¹⁴⁰

Más que ambivalente, la *doctrina de facto + la doctrina de la emergencia económica* (estado de sitio económico) ha significado la polivalencia del mito derivado en su implementación y recepción jurídica, desnaturalizando construcciones jurídicas, verdaderas ficciones, en desmedro del Estado de Derecho y de las instituciones que lo componen y en le dan sentido y límites al poder político.

8. *Estado de Emergencia (¿o Emergencia del Estado?)*¹⁴¹

“Según demuestran cuantos escritores se han ocupado de legislación y prueba la historia con multitud de ejemplos, quien funda un Estado y le da leyes debe suponer a todos los hombres malos y dispuestos a emplear su malignidad natural siempre que la ocasión lo permita. Si dicha propensión está oculta algún tiempo, es por razón desconocida y por falta de motivo para mostrarse; pero el tiempo, maestro de todas las verdades, la pone pronto de manifiesto”

NICOLÁS MAQUIAVELO, *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*, Cap. III I.

8.1. *Introducción*

La historia argentina, a partir de 1930, se caracterizó no sólo por la construcción y aplicación vernácula de la teoría de los gobiernos de facto (usurpadores), sino también por el nacimiento, desarrollo, crecimiento y mutación de la *doctrina de la emergencia económica*. Podemos establecer un vínculo y retroalimentación

¹⁴⁰ GIRARDET, R., *op. cit.*, p. 16.

¹⁴¹ Con algunas modificaciones se integra el presente capítulo con lo que se ha señalado en DIANA, NICOLÁS, “El estado de sitio económico: Estado de emergencia (¿o emergencia del Estado?)”, *LL*, 2009-D, 781.

entre las crisis políticas en Argentina y las crisis económicas, financieras y sociales. Empero, escapa al presente realizar la tarea descriptiva sobre si unas u otras crisis fueron causas, consecuencias o factores coadyuvantes en su formación, pero como nota irrefutable de nuestro pasado, presente y futuro, siempre la inestabilidad ha sido la regla, y la estabilidad, principalmente, la económica, su excepción.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, ha indicado que “a partir de 1930 se vive una prolongada etapa de inestabilidad política y social que ha dado lugar a crisis institucionales profundas, a la instauración de gobiernos irregulares o de facto, al implantamiento del estado de guerra interno, del estado de sitio y de la ley marcial, a tentativas de orientación totalitaria o corporativa, a alteraciones en los procedimientos de organización de los poderes del Estado, a la promulgación de legislaciones represivas y, especialmente en los últimos diez años, al creciente surgimiento de la violencia terrorista de extrema izquierda y de extrema derecha, con métodos de lucha armada, todo ello en detrimento de la vigencia del Estado de Derecho.”¹⁴²

El Estado de Derecho se ve igualmente afectado, restringido y amenazado en su sistema de derechos y garantías,¹⁴³ durante la vigencia de la emergencia económica, por cuanto el Poder Ejecutivo concentra el poder, aún más, dentro de nuestro presidencialismo, verdadera democracia deliberativa. CARLOS NINO ha puntualizado que el estado de sitio, ha sido lisa y llanamente el cementerio

¹⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, 11 de abril de 1980, <http://cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/Cap.1.htm>.

¹⁴³ Se ha puntualizado que: “En teoría, la verdadera fuerza normativa del orden constitucional depende centralmente de la planificación de sus «propias» garantías; a veces operan eficazmente, a veces no. Las garantías de la Constitución, es decir del propio orden constitucional, son previstas para defender el sistema jurídico que ella organiza; son garantías que la Constitución se confiere a sí misma para asegurar su jerarquía —lógica y axiológica— dentro del ordenamiento jurídico estatal, aún en casos de emergencia. Estas garantías, apreciadas en sentido amplio, evocan la idea de que la política debe ser constitucionalmente adecuada. Cabe consignar en el campo de dicha orientación los siguientes mecanismos institucionales: (i) la estricta separación/división, la razonable distribución y el prudente equilibrio de las funciones de los poderes del Estado; (ii) la rigidez constitucional; (iii) el plan de emergencias básico del derecho constitucional del poder: la declaración del estado de sitio, intervenciones del gobierno central en el manejo de los poderes constituidos de las entidades federadas, incluyendo las fórmulas normativas que regulan la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intente interrumpir su vigencia, como así también el derecho de resistencia de la ciudadanía contra la tiranía u opresión; (iv) los principios que estipulan un ejercicio racional del poder del Estado, exigiendo un mínimo estándar de razonabilidad en los actos u omisiones de funcionarios a cargo de los poderes del Estado.” (FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Estado Argentino modelo 2002: ¿Involución hacia la emergencia infinita?,” texto, ampliado y corregido, recoge la exposición realizada el día 19 de abril de 2002, en el seminario de estudio “Radici e caratteristiche della crisi argentina: profili costituzionali ed economici,” llevado a cabo en el Centro di Ricerca e Formazioni sul Diritto Costituzionale Comparato, Università Degli Studi di Siena, República de Italia. (<http://www.unisi.it>).

de nuestras libertades, remontándose en el orden nacional, hasta el decreto de seguridad individual de 1811.¹⁴⁴

Quizás el más riguroso intento por construir una teoría sobre el estado de excepción (todo estado excepcional de emergencia, en sí mismo, lo es) ha sido atribuido a CARL SCHMITT, a través de sus obras *Dictadura* (1921)¹⁴⁵ y *Teología política* (1922),¹⁴⁶ justamente por la especial vinculación que él hizo entre el primero y el orden jurídico, ello, porque en sentido jurídico y más allá de las suspensiones y restricciones de ciertos derechos y garantías, dicho orden sigue existiendo como tal.¹⁴⁷

La emergencia política ha sido motivo expreso de consideración constitucional, en el art. 23, en cuanto establece que: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.” Es importante “la experiencia argentina en materia de «emergencias políticas» y «estado de sitio», que se complementan con otros mecanismos constitucionales como la «intervención federal en el territorio de las provincias» o la «doctrina de facto», elaborada, ésta última, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que adquiere un valor emblemático y tristemente célebre a partir de la acordada del 10 de septiembre de 1930.”¹⁴⁸

Mucho se ha escrito sobre el estado de emergencia en la Argentina y, por razones de brevedad y también de honestidad intelectual, a las obras y artículos especializados nos remitimos.¹⁴⁹

¹⁴⁴ CARLOS NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 3^a reimp., p. 489.

¹⁴⁵ SCHMITT, CARL, *Die Diktatur*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.

¹⁴⁶ SCHMITT, CARL, *Politische Theologie*, Munich-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922.

¹⁴⁷ AGAMBEN, GIORGIO, *State of exception* (translated by Kevin Attell), The University of Chicago Press, 2005, pp. 32-33. Esto así, porque el estado de excepción va más allá de la situación creada frente a la guerra o una conmoción interior.

¹⁴⁸ CASAS, JOSÉ O., “La emergencia infinita en el ámbito del derecho tributario argentino (o el contribuyente bajo perpetuo estado de sitio fiscal),” *RDA*, 2002-499.

¹⁴⁹ BARCESAT, EDUARDO S., “El precedente «Massa». Tributo al dios Kronos,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 5, *LL*, 2007-A, 1103; BIANCHI, ALBERTO B., “Una calma perfecta,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 7, *LL*, 2007-A, 1105; CARNOTA, WALTER F., “La pesificación hoy (“Cronoterapia” y realismo),” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 13, *DJ* 2007-1, 53; *LL*, 2007-A, 1110; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El acto final de la pesificación: ¿el porvenir de una ilusión?,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 15, *DJ* 2007-1, 49, *LL*, 2007-A, 1112; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El caso «Massa»: fin de un capítulo en la pesificación de los depósitos bancarios,” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre),

En ese marco, el de la institucionalidad, ha apuntado VANOSI, es que existe una **regla de oro** en el Estado constitucional contemporáneo: “a todo acrecentamiento del poder, debe corresponder un mejoramiento o un vigorizamiento consiguiente de los mecanismos de control, como algo absolutamente necesario para que la limitación del poder sea efectiva; y ello, como paso previo inexcusable para que la instancia de la responsabilidad se pueda también efectivizar. Es decir, que sin control efectivo no hay limitación real del poder; y sin control real no hay posibilidad de efectivizar la responsabilidad de los gobernantes. Esto viene a indicar entonces, que ante el hecho notorio del crecimiento del Estado en todas sus fases, tanto en la faz del Estado social (por la aparición de las nuevas funciones y competencia que el Estado asume) como en la faz tradicionalmente política (por la necesidad frente a los fenómenos de violencia y de subversión que sacuden a las sociedades contemporáneas, de responder con el brazo de la ley, para poner fin a esa situación) resulta imperioso que esta regla se mantenga en pie y se aplique. Porque el abandono de un principio de tal índole significaría fatal e irremediamente un entronizamiento de la dictadura, aunque fuera de la dictadura constitucional. Por ende, la verdadera cuadratura del círculo, que plantea el problema frente a las nuevas dimensiones del Estado, como también

p. 23, *LL*, 2007-A, 1120; MANILI, PABLO L. “La propiedad privada es inviolable (art. 17 de la Constitución Nacional),” *La Ley Sup. Esp. Pesificación de los depósitos bancarios 2006* (diciembre), p. 35, *LL*, 2007-A, 1130; CILURZO, MARÍA ROSA, “Breves consideraciones referidas al fallo «Massa»,” *LL*, 2007-D, 143; KAMINKER, MARIO E., “Aspectos prácticos de la aplicación del fallo «Massa»,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 80; HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, “El caso «Massa» y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 70; SOLA, JUAN VICENTE, “El fin del nudo gordiano constitucional,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 101; CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, “El fin judicial de la emergencia desde el punto de vista jusfilosófico trialista. Posibilidades de debate que aclaran el sentido del derecho,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 35; MORELLO, AUGUSTO M., “La Corte Suprema, piloto de tormentas,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 91; DALLA VIA, ALBERTO RICARDO, “La doctrina constitucional de la emergencia y el derecho de propiedad,” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 48; ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, “¿Hay dos derechos, uno de la normalidad y otro de la emergencia?” *La Ley Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007* (febrero), p. 3; KIELMANOVICH, JORGE L., “Aspectos procesales del caso «Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros s/amparo»,” *LL*, 09-XI-2004, p. 4; BADENI, GREGORIO, “Reflexiones sobre el caso «Bustos»,” *LL*, 09-XI-2004, p. 1; ALANIS, SEBASTIÁN D., “Lo previsible. Las consecuencias,” *La Ley Sup. Adm. 2004* (noviembre), p. 9; MILJIKER MARÍA E. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE DAFNE S. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003; SCHEIBLER GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005; ZAYAT, VALERIA E. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, V*, Buenos Aires, FDA, 2006; BARRAGUIRRE, JORGE, “Derecho y Emergencia,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17; HUTCHINSON, TOMÁS, “La emergencia y el Estado de Derecho,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 27; BOTASSI, CARLOS, “Emergencia y derechos adquiridos,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 61; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los contratos públicos y la ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario,” *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 113; entre muchos otros.

frente a las nuevas proporciones de los sacudimientos sociales, está en la necesidad de buscar un nuevo punto de equilibrio (un difícil punto, de equilibrio) entre la necesidad de asegurar la permanencia del Estado, pero al mismo tiempo la necesidad de asegurar la permanencia de las libertades. O, dicho con otras palabras, la cuestión consiste en cómo poder responder a las situaciones de emergencia sin incurrir en este doble riesgo: ya sea de desarmar al Estado por un lado, o, por otro lado, el riesgo de transformar el Estado en un ente dictatorial.”¹⁵⁰

El respeto por esa **regla de oro**, en la búsqueda del equilibrio entre libertades individuales y existencia del Estado (y de la Nación en sí misma), debería ser el punto de inflexión en materia de emergencia económica. La sola invocación de dicho equilibrio, aún cuando esté plasmada en leyes, no puede significar ni justificar la vida permanente bajo el paraguas de la emergencia.

A mediados de 2001, GORDILLO anticipaba que la emergencia era y es perpetua porque “desde ahora vemos y seguiremos viendo la realidad. **Entró en emergencia final la fantasía de los argentinos. La realidad, está tan mala como siempre. Sólo que ahora se ve que no tiene salida inmediata, tanto que las leyes hoy constatan como inmodificables algunos de sus clásicos parámetros.** Es moneda corriente en nuestro medio criticar la duración de la emergencia inmediatamente precedente, tan larga y ahora ya casi perpetua, o al menos estable por una década como mínimo. Es otra manera de decir: a largo plazo. Parece obvio que nadie se alegrará de tal estado de cosas. Pero la realidad no cambia porque no la veamos o no la miremos, o porque no estemos de acuerdo en su etiología o sus alcances, o discrepemos acerca de cuáles son los medios razonables y proporcionados para encararla.”¹⁵¹ El destacado es propio.

La razonabilidad y proporción de los remedios elegidos por el Estado para solucionar y/o morigerar los efectos de nuestras recurrentes crisis, necesariamente deben analizarse a la luz de los hechos determinantes de cada emergencia en particular y el estado de necesidad justificante. Estados de emergencia y de necesidad que son recurrentes, desde 1853, inclusive, en los albores de nuestro proceso de institucionalización, caracterizado por el encarecimiento del acceso al crédito y a la financiación del nuevo Estado federal. En 1890, gracias a la crisis económica que repercutió directamente en la Argentina, en un mundo,¹⁵² en ese entonces, ya globalizado. Estado de excepción que, para el caso argentino, se transformó en el curso ordinario y normal de nuestra realidad política, económica y social

Cuando se alude al estado de excepción, es preciso diferenciar los sentidos que tiene esta denominación. “En sentido amplio, refiere a la contravención, total y absoluta, del Estado de Derecho usualmente por los gobiernos de facto. En sen-

¹⁵⁰ VANOSI, JORGE REINALDO, “Reflexiones en torno al estado de sitio: A propósito del caso Solari Yrigoyen,” *LL*, 1983-B, 1104.

¹⁵¹ GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

¹⁵² Cfr. CASÁS, J. O., *op. cit.*

tido restringido, son la modificación, de determinados mecanismos del Estado de Derecho para su defensa ante situaciones anormales.”¹⁵³

Existen dos posiciones doctrinarias para definir los estados de excepción:

a) Una que totaliza en estos términos todas las situaciones en las cuales se modifican algunos mecanismos del Estado de Derecho; y

b) otra que acota la definición a lo que se conoce como la suspensión de derechos o suspensión de garantías ante una emergencia que afecta el orden político o social.

La primera posición es exclusiva del derecho constitucional y la segunda es común del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual la protección y respeto a la persona adquiere mayor rigor. Los estados de excepción se pueden clasificar en aquellos que comportan la suspensión o desprotección de derechos fundamentales y aquellos que no.¹⁵⁴

El carácter nefasto del estado de sitio para la práctica constitucional argentina, ha sido destacado por VÍTOLO, indicando que en los últimos cincuenta años hasta 1983, el 43% del tiempo el país vivió bajo estado de sitio; de 1963 a 1983, el 65% del tiempo, y en de 1973 a 1983, el 80% de ese período.¹⁵⁵

La historia argentina, “desde el punto de vista de la inseguridad e intranquilidad públicas, no ha sido fácil pero tampoco ha transcurrido permanentemente en el *clima* de desorden y de peligro institucional que, como decían los antiguos textos, justifican remedio tan extraordinario y fatal, la conclusión simple es que se ha hecho un tremendo abuso de esta institución, del que el Poder Judicial fue, sin duda, corresponsable por su extrema complacencia con la arbitrariedad y ligereza con que el poder político, *de iure* o *de facto*, trataba las libertades públicas.”¹⁵⁶

Una solución garantista al respecto es aquella que sostiene que la creación de estados de excepción diferentes del *estado de sitio*, sólo puede ser formalizada por el Poder Constituyente. Es una modificación de las competencias constitucionales de los poderes del Estado, que afecta directamente a los derechos y garantías de los habitantes.¹⁵⁷

¹⁵³ VALLENAS GAONA, JESÚS RAFAEL, “Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano,” en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Universitat de València, N° 4 (enero-abril, 2000), <http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>. Ver un desarrollo aún más completo en AGAMBEN, G., *op. cit.*, chapter 1, “The State of Exception as a Paradigm of Government.”

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ NINO, C., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 490, con mención de VÍTOLO, ALFREDO, *Estado de sitio*, Consejo para la Consolidación de la Democracia, “Reforma Constitucional. Dictamen preliminar,” p. 305.

¹⁵⁶ NINO, C., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 491, quien toma como ejemplos del retroceso jurisprudencial de la Corte Suprema, los casos *Alvear* (1933), *Bertotto* (1931), *Sofía* (1959), entre otros.

¹⁵⁷ VANOSI, J. R., *op. cit.*, quien agrega que “Una innovación así fue la que introdujo la Constitución de 1949, en el art. 34, al agregar al viejo texto (el art. 23) la siguiente situación de emergencia: “Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que

Otra solución no excluyente de la anterior y con una visión más pragmática es que “en la emergencia el Estado de Derecho se preserva con la debida intervención judicial. Ese activismo judicial es la respuesta del Estado de Derecho a la emergencia, si el PL y el PE no hacen la aplicación más racional del principio del equilibrio fiscal, en ocasión de elegir quién cobra y quién no. Desde luego el activismo judicial deberá respetar el marco legal e internacional, que impone el respeto del equilibrio fiscal.”¹⁵⁸ Ello sólo no es suficiente. “El Poder Judicial, sólo, no puede arreglar el país. Tenemos que lograr que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tengan otras restricciones al abuso del poder, y aprendan a no excederse tanto, a no comprometer tanto nuestro destino colectivo. Este es el gran desafío de nuestro tiempo. Lo era desde antes, pero la profundidad de la crisis lo ha magnificado.”¹⁵⁹

El cambio va más allá de las instituciones; nuestro problema radia en el hombre, en el ciudadano argentino, y el lugar que como constructor de la realidad, le corresponde en esta Nación.

8.2. *El estado de sitio económico*

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, BIANCHI, en un trabajo titulado *El estado de sitio económico*,¹⁶⁰ analizó en especial los poderes del Estado frente al ejercicio del denominado poder de policía de emergencia, con referencia en particular al dictado de las leyes 23.696 y 23.697, las que —según su criterio— nos habían sumido en un “estado de sitio económico,” habida cuenta que, por razones de emergencia, habían restringido los derechos de contenido económico, de igual manera que el estado de sitio político, previsto en el art. 23 de la Constitución nacional, citado más arriba, lo hacía con los derechos de contenido personal.

Concluyendo que “sentencias tan clásicas como las de *Ercolano c. Lanteri de Renshaw, Avico c. De la Pesa, Angel Russo c. Delle Donne, Cine Callao o Fernández Orquín c. Ripoll*, todas ellas inspiradas en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos tales como *Munn vs. Illinois, Noble State Bank vs. Hankell, Block vs. Hirsh, Home Building and Loan Association vs. Blaisdell, Nebbia vs. New York y West Coast Hotel vs. Parrish*, contra cuyo credo político nadie ha levantado

limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del Presidente se reducirán a detenerlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días.” Por el art. 83, inc. 19 (2ª parte), resultaba que el Presidente tenía la facultad de declarar ese “estado de prevención y alarma”, aunque dando cuenta de ello al Congreso. Habiendo cesado la vigencia de esa reforma constitucional, cabe concluir que ningún “status” de excepción semejante o análogo puede ser establecido sin acudir nuevamente al ejercicio constituyente.”

¹⁵⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

¹⁵⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, “Una celebración sin gloria,” *La Ley Sup. Const. Esp.* 2003 (abril), 13; *LL*, 2003-C, 1091.

¹⁶⁰ BIANCHI, ALBERTO B., “El estado de sitio económico,” *Revista del Colegio de Abogados*, t. 50, Buenos Aires, mayo-1990, pp. 13-44.

—en más de cincuenta años— su crítica, hasta la «Revolución Conservadora» que parece volver al período del liberalismo individualista generalmente tan criticado, sentencias como éstas ...son las que habrían de dar argumento suficiente a la Corte Suprema actual, para poder justificar las restricciones provenientes del estado de sitio económico.”¹⁶¹

Nada más descriptivo para identificar la situación de hecho y de derecho durante nuestras recurrentes crisis que su denominación como *estado de sitio económico*, situación en la cual se suspenden o restringen las libertades económicas de los ciudadanos.

La analogía entre ambas situaciones de excepción resultan por demás atragantes e interesantes para su estudio y análisis, no tanto por su mayor o menor éxito, sino para destilar el alcohol que embriagó —y todavía hoy embriaga— el espíritu y los corazones de un pueblo acostumbrado a vivir de un pasado inexistente y en especial, de un presente signado por la memoria de lo que fuimos y hoy no somos.

Los últimos comentarios de BIANCHI citados párrafos más arriba, se referían al fallo *Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional*,¹⁶² y a la evolución de la construcción jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino, siguiendo la efectuada por su par norteamericano en materia de emergencia económica y delegación legislativa. Pasaron los años y la legislación de emergencia de la década del '90 mutó en nuevas y más profundas crisis, reconocida primero por la ley 25.344 (2000),¹⁶³ y luego, por la ley 25.561, vigente, gracias a sus distintas prórrogas, hasta el 31-12-11.¹⁶⁴ Cambiaron los hombres y los gobiernos, pero la emergencia siempre estuvo y estará con nosotros.¹⁶⁵

Si algo nos enseñó nuestra joven experiencia institucional como Estado, es que las fallas o ausencias de políticas no pueden suplirse con teorías o la recepción de conceptos foráneos, creados para otras realidades.

Cuando sobrevino la crisis en 1930,¹⁶⁶ la historia constitucional en los Estados Unidos no era la misma que en la Argentina y, por ende, el arraigo de los principios en uno y otro país era diferente también.

¹⁶¹ BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica,” *LL*, 1991-C, 141.

¹⁶² CSJN, *Fallos*, 313:1513, 27-XII-1990.

¹⁶³ Prorrogada por un año mediante decreto 1602/2001.

¹⁶⁴ Ley 26.563 prorroga la emergencia hasta el 31 de diciembre de 2011. Prórrogas anteriores: Leyes 26.339, 26.204, 26.077, 25.972, 25.820 y 26.456.

¹⁶⁵ Sobre la analogía entre la doctrina de la emergencia económica en Estados Unidos y la Argentina, a partir de los fallos *Blaisdell* y *Avico*, y el reconocimiento de tres etapas en materia de mutación y adaptación local de dichos precedentes, en particular, con los casos *Peralta* y *Bustos-Massa*, recomendamos SPECTOR, HORACIO, *Constitutional transplants and the mutation effect*, 83 *Chi.-Kent L. Rev.* 129.)

¹⁶⁶ Destacamos que “from 1860-1930, a period of seventy years, Argentina had an astonishing record of economic and demographic growth. This shows that constitutional transplantation can carry the day. Of course, one could argue that constitutional transplantation was responsible for the long period of military interventions and political instability that lasted from 1943 to 1983. But scientific rigor does not allow us to make this claim by pointing to military intervention and

Para ese entonces, Estados Unidos había recorrido tres etapas constitucionales continuas y consecuentes: la fundacional (1776-1800); la institucional y de fortalecimiento del estado federal (1800-1870) y la “de la contención constitucional del capitalismo emergente de la segunda revolución industrial (1870-1920), etapa esta en la cual, si bien con muchos vaivenes, los norteamericanos hicieron enormes esfuerzos por moderar y contener el avance del capitalismo y ello los preparó para profundizar, desde 1930 en adelante, lo que con pausa y moderación, idas y venidas, habían practicado desde 1870 [...] hacia 1930 la Argentina ya había dado muestras incipientes de tolerancia hacia el cambio cuando, en 1922, resolvió a favor de la constitucionalidad de la ley de congelamientos de los arrendamientos urbanos, una medida por entonces extraordinaria en un país no acostumbrado a ellas.”¹⁶⁷

En ese entonces, ello permitía suponer que la Argentina podía enfrentar la crisis con igual espíritu. No fue así. La crisis económica “nos encontró sumergidos en otro fenómeno político que ya habíamos experimentado con singular virulencia en la primera parte de nuestra historia, lo que prueba la recurrencia de los ciclos históricos. Me refiero a la incapacidad de encontrar soluciones para las crisis dentro del sistema constitucional establecido. Así como entre 1810 y 1827 las buenas intenciones constitucionales fueron derribadas, una a una, por la intolerancia política, esta misma intolerancia volvió a apoderarse de nosotros, ya bajo la forma del golpe de estado, ya bajo la política de exclusión sistemática de toda oposición al régimen vigente. Esta variable pasó a ser una constante de nuestra historia por los siguientes cincuenta años y marcó profundamente, como era inevitable, el derecho constitucional que va a la saga de la política y trata de revestirla de juridicidad.”¹⁶⁸

Este antecedente nacional de aceptación y consenso institucional plasmado en la Acordada de 1930, brindaba la posibilidad a *gobiernos usurpadores* de violar la Constitución invocando paradójicamente su nombre; pero, llamativamente también, aseguraba la impunidad y arbitrariedad en la actuación de *gobiernos de jure* que, so pretexto de la emergencia nacional, se encontraban legitimados a hacer y deshacer el derecho de propiedad en resguardo de la vida de los argentinos y la existencia misma de la nación.

political instability when there have already been transplanted constitutional texts and precedents. There are too many other relevant factors that stand on the way of this interference. The *ceteris paribus* clauses involved in historical causal propositions make it very difficult to isolate a single factor as the cause of stability or instability. For instance, what was the role of the Law of Universal Suffrage, passed in 1912, in threatening powerful interests groups? What was the role of the Great Depression? What ideological influence did European totalitarian movements have in Argentina? All these factors could have been relevant even in the presence of a wholly autochthonous constitution” (SPECTOR, *ob. cit.*)

¹⁶⁷ BIANCHI, ALBERTO B., “El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley),” *LL*, 2005-F, 1302.

¹⁶⁸ BIANCHI, ALBERTO B., *El Derecho Constitucional argentino...*, *op. cit.*

Existían y existen circunstancias especiales en que, “por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avidez o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados.”^{169, 170}

8.3. *Sin respuestas...*

Las preguntas que el operador jurídico debería realizarse frente al estado de sitio económico —y su constitucionalidad— son:

¿Quién, cuándo y con qué alcance define la existencia de categorías de *derechos* y *garantías* que pueden ser suspendidos *sine die*?

¿Qué bienes integran esa categoría de *derechos* susceptibles de ser afectados *temporalmente* en su ejercicio?

¿Cómo juega el factor *tiempo* en la postergación del ejercicio de estos derechos?

¿Qué rol le corresponde al Poder Judicial en el restablecimiento de los *derechos postergados, suspendidos o virtualmente expropiados*, y, eventualmente, en la profundización de la crisis llamada a ser sofocada?

¿Es la seguridad jurídica un valor susceptible de ser *expropiado temporalmente*?

Las preguntas planteadas no poseen una respuesta unívoca, menos todavía que atienda a un criterio lógico o científico, en tanto parecen amoldarse al devenir de nuestro tiempo y nuestras miserias políticas, sociales y económicas. Pueden

¹⁶⁹ BIANCHI, ALBERTO B., “El Derecho Constitucional argentino en la década de 1930 (A propósito del nacimiento de la Revista La Ley),” *LL*, 2005-F, 1302.

¹⁷⁰ Con cita de: CSJN, *Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta, Fallos*, 136: 161. (1922.)

haber algunos parámetros básicos (estándares mínimos) pero no hay cálculo probabilístico o lógico, cuando la regla, en la práctica argentina, es el ejercicio *pseudodiscrecional* de estas facultades de excepción.

Tal peligroso como la emergencia permanente, es el abuso en la utilización de los remedios creados a su amparo, por la sola invocación de los conceptos jurídicos indeterminados: *Interés público, bienestar general, bien común, etc.*

En el conocido caso de *Munn v. Illinois* (94 U.S. 113), después de recordarse la situación monopólica en el cual ejercían las empresas de elevadores de granos en la ciudad de Chicago y el gran interés del público por ese negocio, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América, declaró justificada la reglamentación de sus tarifas, estableciendo como un principio general: que “todo aquel que dedica su propiedad a un uso debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado” (*Granger Cases*, 94 U.S. 155 y ss.), a las empresas de suministro de agua. (*Spring Valley Water Works vs. Schottler*, 110, U.S., 347.)

¿Es similar la extensión del interés privado creado en servicios o actividades reguladas o monopólicas, que el de los particulares que depositan sus ahorros en el sistema bancario y financiero? Evidentemente no.

El art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “las restricciones permitidas, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Frente a esta dialéctica, una restricción sólo se entiende permitida, en la medida en que se encuentre expresamente autorizada por esta Convención y siempre encontrará como límite las condiciones particulares que ella establezca. En ese sentido, su previsión resulta una consecuencia lógica del principio expresamente receptado por su artículo 32, en cuanto dispone que los derechos no son absolutos. Pues, los derechos de una persona se encuentran limitados por los de las otras, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”¹⁷¹

Los derechos garantizados en los tratados internacionales y en los ordenamientos locales no son absolutos, aceptando su limitación en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad.

El art. 14 de la Constitución nacional enuncia “un catálogo abierto de derechos —completado con los derechos implícitos a los que alude el art. 33—, los que se reconocen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio [...] no cualquier reglamentación es constitucionalmente aceptable, sino sólo la que importa una razonable limitación que no destruye su sustancia. La pauta esencial para determinar el grado de regulación legal está dada por el art. 28, que dispone que

¹⁷¹ ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El principio de legalidad y las facultades legislativas del presidente a la luz de la CADH,” *LL*, 2008-C, 803.

las leyes reglamentarias deben cuidar de no alterar los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución. A su vez, el art. 99 inc. 2º, al enumerar las atribuciones del Ejecutivo, lo autoriza a expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” Ello, porque “la cuestión pasa, entonces, por el grado de afectación del derecho: si se degrada (altera) su sustancia, deja de ser una restricción (razonable) para ser una supresión (inconstitucional).”¹⁷²

En el ámbito internacional de los derechos humanos, las leyes que limitan los derechos de los particulares “no pueden imponer otras restricciones que las expresamente autorizadas en los pactos y por los fines taxativamente contemplados, siendo sumamente celosos los tribunales internacionales al juzgar su adecuación con los propósitos reales perseguidos por los gobiernos y con su necesidad y proporcionalidad a la luz del *standard* de la sociedad democrática.”¹⁷³

La clave en la respuesta a las preguntas planteadas viene dada en la realización del hombre y del ciudadano en el marco de una sociedad democrática.¹⁷⁴

La mala salud de nuestra democracia se trasluce en la enfermedad causada no sólo por las crisis, sino también por los remedios que son peores que aquella. De nada sirven los instrumentos formales de control, de frenos y contrapesos del poder político que nos brinda la Constitución nacional, si en la práctica abogados, jueces¹⁷⁵ y legisladores han avalado la violación del Estado de Derecho, desde sus raíces.

A la sacralización de la *doctrina de facto* como fuente de toda violación de la Constitución nacional, claramente le ha seguido la sacralización de la *doctrina de la emergencia económica*. Dioses y demonios de una realidad argentina atea de toda razón y justicia.

Realidad argentina que el derecho intenta perseguir y atrapa en un mundo de ficciones que solamente nosotros nos creemos. No son ficciones útiles, que favorecen a la *pax social*. Todo lo contrario. Estas ficciones llevan a un conflicto permanente entre grupos sociales supuestamente antagónicos: quienes han sido despojados de sus derechos patrimoniales y aquéllos que nada tuvieron ni tienen, por tanto, el todo, en el caso, es mucho más que la suma de las partes. En especial, cuando el todo (la sociedad argentina) no es una, sino muchas y con

¹⁷² GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Restricciones a los derechos humanos,” en AA.VV. GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Derechos Humanos*, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 1999, cap. VI-1/2.

¹⁷³ GONZÁLEZ CAMPAÑA, G., *op. cit.*, cap. VI-20.

¹⁷⁴ Cfr. BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, “La senda del Derecho Administrativo en la jurisprudencia de la CSJN,” *La Ley Sup. Adm.* 2010 (agosto), p. 40 y ss.

¹⁷⁵ Respecto a ello, con certeza se ha indicado que “El poder de los jueces no se mide a partir de la prosa de sus sentencias, sino de la posibilidad concreta de que ellas sean ejecutadas en el marco de la ley y la Constitución, plasmando en el caso concreto los valores que están llamados a resguardar. De no lograr ese pasaje del papel a la realidad, se compromete la noción misma de justicia que se busque transmitir y, con ella, la percepción de eficacia y credibilidad del sistema.” (GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “Los costos de la imprudencia en el sistema republicano,” *LL*, 2005-E, 1504.)

multiplicidad de intereses, que no coinciden siquiera en un consenso mínimo básico (otra ficción del Estado de Derecho) que en la Argentina no se vislumbra desde la generación del '80 y que integra los principios esbozados en el Preámbulo de la Constitución nacional.

8.4. Colofón

En apariencia, hemos vivido desde siempre bajo un *estado de sitio pleno* hasta 1983 (en los términos del art. 23 de la Constitución nacional); y desde 1989, con algunas interrupciones, ante un *estado de sitio económico*, del cual “conocemos su acta de nacimiento [pero] desconocemos sus límites.”¹⁷⁶ Todos hemos contribuido, en mayor o menor medida, como parte de la sociedad, a su existencia, desde la crítica o la aquiescencia a su vigencia eterna.

Al igual que con la *doctrina de facto*, los abusos en su declaración y en su puesta en práctica han llevado a la conciencia colectiva de su injusticia por sí misma, favorecida, en algunos casos, por el manejo mediático de la crisis, en otros, gracias a la extensión *sine die*, careciendo de un juicio político que avalara, en determinados supuestos, la suspensión de determinadas garantías sobre la propiedad.

La justificación pública de las medidas de emergencia, se dirige a quienes discrepan con ellas.

Justificar, por parte del Gobierno¹⁷⁷ —nótese que no aludimos al “Estado”— los juicios políticos adoptados, “significa convencerles [a los ciudadanos] mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencia apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales, y apelando a creencias, razones y valores políticos de los que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán. La justificación pública parte de algún consenso previo, esto es, de premisas que todas las partes en desacuerdo, supuestas libres e iguales y plenamente capaces de razón, pueden razonablemente compartir y libremente suscribir. No hay, pues, que confundir la justificación pública con el mero razonamiento válido a partir de premisas dadas (aunque también sea eso, por supuesto). El razonamiento válido es instructivo a la hora de establecer las relaciones entre enunciados: enlaza ideas fundamentales y enunciados generales, y éstos con otros juicios más particulares; exhibe la estructura general de cualquier tipo de concepción.”¹⁷⁸

¿Cualquier razonamiento es válido para sostener cualquier medida de emergencia que no es avalada por los hechos, por la realidad, ni por la Constitución?

¹⁷⁶ BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica,” *LL*, 1991-C, 141.

¹⁷⁷ En materia de defensa legal del Estado, un gran profesor y excelente abogado, cuyo nombre reservamos, ha destacado que el abogado del Estado no defiende al *gobierno*, defiende al Estado, que en prieta síntesis somos todos. Y en esa labor, ningún dilema moral puede aparecer. El dilema surge cuando los intereses que se dicen defender no son públicos, sino privados de los funcionarios políticos.

¹⁷⁸ RAWLS, JOHN, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 53.

La respuesta se circunscribe a un comentario efectuado por GORDILLO, donde indicó con su acostumbrado pragmatismo que el Máximo Tribunal argentino “no puede, sin alto costo político y de estimación social nacional e internacional, perpetuar el estado de total ausencia de fe en el derecho que atraganta a la ciudadanía, decir que todo eso estuvo entonces, o está mágicamente ahora, perfectamente de acuerdo a la Constitución. Como tampoco puede -políticamente- decir lo contrario le quedaba una sola opción, el silencio. No ha sabido utilizarlo, *Bustos* lo demuestra. Los cambios no han sido menores, no era hora de convalidar los avances sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos comunes, los que no tienen poder alguno para influir en las decisiones de los órganos de gobierno pero esperan verse tutelados por el Poder Judicial independiente, sea el de grado o —cada vez menos— el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si la Corte Suprema, en esta hora jurídicamente aciaga, no puede políticamente convalidar una decisión de grado que restablece el orden jurídico, absténgase al menos de decirlo expresamente, de reabrir la herida que la instancia de grado estaba tratando de restañar. Deje a la sentencia de grado en pie, rechace la queja. Dedíquese a su función judicial ordinaria, deje descansar la extraordinaria hasta que la fe en el derecho regrese, de a poco, como decía Mairal esperanzadamente.”¹⁷⁹

Lo que no debe hacerse es confundir la validez del posible razonamiento con su adecuación a la realidad y reflexión constitucionales. Si no se logra superar dicho estándar, la decisión (medida de emergencia) no es válida y, por ende, no susceptible de justificación pública alguna; ni por el discurso, ni por los medios, ni por las palabras impuestas por la fuerza o por el monopolio de ella.

Otro problema adicional son las consecuencias desde el plano normativo que generan las emergencias económicas, en tanto han servido y siguen sirviendo para modificar leyes so pretexto del estado de necesidad que la origina. En particular, desde el ámbito del derecho administrativo, no sólo resulta paradigmática la constitucionalidad¹⁸⁰ o no de las reformas introducidas en materia de procedimiento y proceso administrativo, en la revisión y renegociación de contratos administrativos, en las leyes 23.696, 23.697, 25.344 y 25.561,¹⁸¹ sino la vigencia temporal de estas reformas, luego de superada la emergencia.

Entendemos, por caso, que la situación desesperada en que nos han hundido nuestras crisis recurrentes durante gran parte del siglo XX, no puede autorizar

¹⁷⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO / MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

¹⁸⁰ Ver: REJTMAN FARAH, MARIO, “La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio: su inconstitucionalidad,” en *Derecho Procesal Administrativo*, t. 1, CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 917 y ss.

¹⁸¹ Al respecto ver: MABROMATA, ENRIQUE, “Sacrificio compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?,” *La Ley Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad 2004* (mayo), p. 136 y ss.

la desesperación desde el propio Estado y los gobiernos en la utilización de artilugios procesales que se traduzcan en abusos flagrantes ya no sólo del derecho de propiedad de las personas, sino también de las mínimas garantías del derecho de defensa.

Al analizarse la validez del art. 12 del decreto 214/02, en cuanto suspendía la ejecución de las medidas cautelares dictadas y a dictarse con relación al régimen de restricción que comenzó con el dictado del decreto 1570/01, la jurisprudencia sostuvo que dicha norma apuntaba “a interferir en el derecho de defensa que confiere una ley, sin el cual el administrado corre el riesgo de contar en el futuro con una sentencia estimatoria de su acción pero estéril en su significado material, por haberse dictado aquélla cuando ya no puede operar en la realidad por haber el tiempo consumido el interés que intentó preservar al iniciar su acción judicial.” Esto era así, porque no se trataba “de la modulación de un recorrido procesal al cual tanto el Estado como los particulares se sujetan para litigar (modificación de plazos, defensas, excepciones o legitimaciones específicas, por ejemplo) [sino] en la abrogación de una herramienta procesal defensiva de tipo sustancial, por cuanto tiene el sentido de proteger un derecho en su materialidad.”

Concluyéndose que “El derecho de defensa sólo puede suprimirse en dos supuestos: a) en el marco del estado de sitio, porque las disposiciones estatales quedan, en ese caso, al margen de las responsabilidades institucionales propias del Estado de Derecho —salvo las garantías que aun en este caso deben ser preservadas de conformidad con el art. 27 punto 2, del Pacto de San José de Costa Rica—, y b) dentro del Estado de Derecho, la única emergencia que alcanzo a imaginar como justificadora de aquella limitación, lo configuraría la judicial objetivamente verificada.”¹⁸²

La **regla de oro**, esbozada por VANOSI, había sido flagrantemente violada por el art. 12 del decreto 214/02, y era el Poder judicial quien tenía el deber de restablecerla, volviendo la situación a un equilibrio ajustado a la realidad y a la emergencia, pero que no soslayara el Estado de Derecho.

No se trataba en dicho caso, ni en otros miles de similar tenor, de acusar la inconstitucionalidad genérica de todas las normas y caer en la demonización de todo lo que emanara de los poderes del Estado durante el estado de emergencia, solución adoptada por muchos tribunales y gran parte de la doctrina, y que se traducía —y se traduce— en un menor compromiso con la realidad.

La tolerancia democrática debe colaborar en el mayor entendimiento y aceptación de la realidad que nos toca vivir —o padecer—, dentro y fuera del Estado que, en rigor de verdad, siempre seremos todos.

¹⁸² Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, *Florido, María C. c. P.E.N.*; Fecha: 19-IV-02; *LL*, 2002-D, 306 - IMP 2002-15, 151; con nota de REJTMAN FARAH, MARIO, “Emergencia: Conforme las circunstancias;” *Sup. Adm.* 2002 (junio); *LL*, 2002-D, 306.

Aprender a vivir y convivir con nuestras diferencias, a construir una sociedad que sea cada vez más abierta pero que posea también la mayor diversidad posible como caminos posibles de entendimiento frente al conflicto social que se vislumbra en todo caso judicial.

Esa diversidad no puede desconocerse en el plano político-jurídico-económico. La realidad siempre supera cualquier planteo teórico que podamos efectuar al respecto, frente a la actual situación económica global, en una crisis iniciada en 2008 y que parece no tener una solución definitiva en el mediano plazo.

9. Responsabilidades compartidas, pero no asumidas

En los albores del derecho constitucional argentino, tomando como eje la democracia norteamericana, FLORENTINO GONZÁLEZ indicaba que al someter al ciudadano su libertad a un determinado orden, los padres fundadores de Estados Unidos “han adoptado la medida más eficaz para formar una sociedad propia para el gobierno democrático representativo, porque facilitan el que el hombre se eduque en el *self government* individual, y así le hacen apto para tomar una parte útil e inteligente en el *self government* social. El sentimiento de libertad que de esta manera se inculca en el individuo, se propaga en la comunidad, y la hace apta para conservar la calidad de un pueblo libre y hábil para proporcionarse su felicidad, bajo un gobierno inspirado por la opinión, y contenido por la responsabilidad.”¹⁸³

En lo que a la *doctrina de facto* se refiere, sería muy inocente creer que cada gobierno (militar), apoyado en mayor o menor medida por grupos civiles, no poseía control sobre sectores académicos o mediáticos y en todo caso, ante su ausencia, lo primero que hacía al asumir era intervenirlos y controlarlos, principalmente, en sus contenidos.¹⁸⁴

Lo mismo sucede con la *doctrina de la emergencia económica*. Su aplicación parece justificada ante determinados supuestos de hecho, pero quién establece su límite temporal, sobre todo, cuando vivimos casi doce años seguidos en emergencia. Como Nación tenemos doscientos años de experiencia —casi ciento sesenta como Estado— por lo que caer en aquella argumentación nos haría sumirnos en una falacia formal.

Desde el punto de vista del ciudadano común las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen una importancia y una carga emotiva en sus

¹⁸³ GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Librería de Ch. Bouret, 1889, p. 21. Una de las causas argentinas a nuestra permeabilidad a aceptar la normalidad del quebrantamiento de la Constitución y de las leyes, encuentra base cierta en que el ciudadano argentino no fue educado en la libertad, sino en la intolerancia y desprecio por las instituciones. De este modo, jamás nadie va a asumir responsabilidad alguna por nada.

¹⁸⁴ En la actualidad, no puede desconocerse el poder que ostenta los medios de comunicación masiva en la formación y deformación de la opinión (v. CARPIZO, JORGE, “Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética,” en AA.VV. *Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles* (VÍCTOR BAZÁN, coord.), Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 441 y ss.)

palabras de autoridad o en la autoridad de sus palabras.¹⁸⁵ Quién sino el Máximo Tribunal de la Nación como medio idóneo para garantizar la aceptación social de un gobierno que se autoproclamó revolución triunfante, con el único poder que le da el monopolio de la fuerza.

En los golpes de 1955, 1962, 1966 y 1976, si bien no se utilizó más el sistema de la *Acordada* como purga del vicio originario en el modo de acceder al poder, se adoptaron otros instrumentos y/o institutos jurídicos, a saber: Proclama (del 1º de mayo de 1956); Ley de Acefalía (con la asunción de Guido, en 1962); Estatutos (de la Revolución Argentina, en 1966; Fundamental, en 1972 y para el Proceso de Reorganización Nacional, en 1976; con vigencia supraconstitucional) y decretos-leyes.¹⁸⁶

Igual criterio optimista repercute sobre su interpretación de la *doctrina de la emergencia económica*.

Memórense simplemente los años 2002 y 2003, con colas interminables en tribunales, manifestaciones permanentes ante el Palacio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, pedidos de juicio político a los jueces de la “mayoría automática”, jueces federales saludando al “pueblo” desde los balcones de la calle Tucumán en la misma ciudad, bancos exfoliados por ahorristas afectados por la incautación de fondos depositados en el sistema financiero, legisladores huyendo escondidos por temor a ser golpeados por la turba descontrolada, escándalos de corrupción judicial en algunos juzgados federales del interior del país como efecto del carralito, etc. El hambre recorrió, entonces, las calles solamente cuando la “sociedad argentina” decidió mirarla y aceptarla. Surgieron las asambleas barriales para solucionar —por vía de la ¿autogestión?— los grandes problemas de la humanidad, pero no los propios del barrio, de la gente y de la calle. Vio la luz la supuesta crisis de representación política que acabaría con la clase partidaria corrupta y causa y efecto de todos nuestros males endémicos, patéticos e incurables. Crisis de representación política que parece haberse extinguido, se olvidó, pero no la emergencia económica que la creó que permanece al tiempo que se escribe este trabajo todavía permanente e inmutable, perenne.

Todo ello es la sumaria expresión de las aristas de un mismo fenómeno político: **El poder**.

Las consecuencias de una doctrina mal aplicada (sea la de los *gobiernos de facto* o la de la *emergencia económica*) no hizo más que desprestigiar a la cabeza

¹⁸⁵ En el voto en disidencia, del presidente de la Corte, Dr. Roberto Repetto, en el caso *Municipalidad c/ Mayer, Fallos*, 201: 249 (1944), se expresó que: “La definición o enunciación de las facultades de los poderes del gobierno y su estricta observancia, sobre todo en presencia de un movimiento revolucionario, tiene más trascendencia para la suerte de las instituciones democráticas que los posibles males transitorios derivados de aceptar la conclusión de que el gobierno de hecho carece de facultades legislativas para reformar o sancionar los códigos generales o las normas de derecho público consignadas en leyes básicas [...] el gobierno de hecho no puede tener más facultades que el gobierno de derecho límite éste sellado con la fuerza de un juramento.”

¹⁸⁶ Ver, entre otros, el desarrollo realizado por RAMELLA, *op. cit.*, pp. 52-55.

del Poder Judicial y autorizar la utilización de la fuerza para derrocar gobiernos legítimamente establecidos o simplemente, la de la fuerza de un discurso demagógico para sostener la emergencia *sine die*.

Pero toda esta pureza teórica e ideal, en donde la abstracción de la Corte adquirió supremo interés cuando se refiere, por ejemplo, a la revolución triunfante, se vio acompañada por quienes colaboraron en la *patriótica* tarea de pulir lo que el tribunal había dibujado en forma desprolija, con el peso —principalmente— que da el poder y el monopolio de la fuerza. Llamativamente, en la actualidad, poco o nada se dice al respecto.¹⁸⁷

También debe resaltarse el rol de quienes criticaron antes, durante y después de cada gobierno *usurpador* esta pseudo doctrina, reivindicando el valor de las palabras y de lo que lleva, en sí mismo, cada denominación: La ideología oculta tras el lenguaje.¹⁸⁸ Ideología que es inherente al ser humano.

En el relato de FOUCAULT la *verdad* se vincula con las formas jurídicas y de cómo, a través de la historia, encapsulamos nuestra realidad en *corsés* muy distinguidos, en terminología que no hace sino condenarnos a la ficción que nos brinda el derecho. Lo peor sucede cuando estas estructuras se desvanecen y la podredumbre subyacente —el telón de fondo que no se hace cargo de la realidad— aparece ante nosotros:

¿Qué sucederá entonces dentro de cinco, diez, quince años tal vez, cuándo otros o los mismos hombres, revisen, revoquen, declaren inconstitucional lo que hoy sostienen como legítimo?

¿Quién asume el costo político, económico y social de las desventuras de un pueblo acostumbrado a que la única regla (material) sea que no hay ninguna regla (formal), y que todas las reglas (formales) son posibles de ser violadas, porque la regla fundamental (la Constitución) es susceptible de ser desinterpretada, mancillada, escupida, pisoteada, desconocida, olvidada, esquivada, soslayada, enterrada, dilapidada, tachada, corrompida y tergiversada a destajo y por voluntad de quienes asumieron la alta función de ser sus representantes?

Será el devenir del tiempo que nos demostrará nuestra madurez social o no, a los fenómenos políticos y sociales que nos superan en el día a día, por su trascendencia, pero también por la imposibilidad de internalizar los cambios que el propio sistema espera como respuestas a las demandas, cuya insatisfacción ha originado las crisis y la adopción de remedios extraordinarios.

El poder de la palabra sigue siendo fundamental en el discurso del poder y en las formas jurídicas que adopta la realidad en tiempo de crisis, pero también de normalidad institucional.

¹⁸⁷ Dejamos al lector la búsqueda e investigación al respecto, ya que no tenemos por objeto, en el presente, hacer una *caza de brujas*. Cada cual sabe qué responsabilidad le corresponde y que cuánto más alta es la función ejercida (académica, doctrinaria, política o judicial) mayor es el reproche social que les cabe.

¹⁸⁸ A veces no tan oculta.

10. *El discurso meta-jurídico*

“La verdadera garantía de un buen gobierno es el cumplimiento de las leyes; por tanto, debe impedirse toda transgresión, por pequeña que sea; las causas insensibles acaban por minar sordamente al Estado, así como los gastos pequeños, pero múltiples, destruyen las fortunas poderosas.”

ARISTÓTELES, *La Política*¹⁸⁹

El tiempo siempre nos ha demostrado que la historia se repite, que los argentinos no sabemos caminar sin saber ver el camino, que el ciudadano no se ha educado y cada vez es más fácil hacerlo complaciente del poder, con menos estratagemas: Unas palabras bastan para ello, aunque la contracara del discurso hoy es más cara que hace cincuenta años atrás y su financiamiento también más oneroso.

En la arena política —y en el campo de batalla del derecho— se ve a diario que la fuerza de las palabras es utilizada como fuga hacia el terreno de la irracionalidad, seduciendo por vía del discurso.

El estudio de la realidad se pierde en la confusión en que se presenta para el observador: Resulta tan compleja, que lo más simple es envolverla en el discurso (político, jurídico y económico.) Estamos, de esta forma, “en un ámbito en que el único verdadero conocimiento sería del orden de lo existencial: sólo quienes viven el mito en la adhesión de su fe, en el impulso de su corazón y el compromiso de su sensibilidad, estarían en condiciones de expresar su realidad profunda. Visto desde afuera, examinado únicamente con la mirada de la observación objetiva, el mito corre el riesgo de no ofrecer ya más que una imagen fosilizada, desecada, lámina de anatomía despojada de todos los misterios de la vida, cenizas frías de un hogar incandescente. Entre los datos de la experiencia interiormente vivida y los del distanciamiento crítico persiste el hiato, que acaso sea posible reducir pero es vano soñar con su total abolición. El mito sólo puede comprenderse si se lo vive íntimamente, pero vivirlo prohíbe explicarlo objetivamente. Objeto de estudio, tiende en cambio a coagularse en una sucesión de datos estadísticos e, igualmente, a vaciarse de su contenido emocional, es decir, de lo esencial de sí mismo.”¹⁹⁰

Con las *doctrinas de facto* y de la *emergencia económica* se ha dado un fenómeno interesante, inverso al discurso político actual, integrando en la estructura del poder no sólo la utilización de la fuerza y de la crisis, respectivamente, como únicos elementos legitimantes, sino del surgimiento del sector castrense como tutor de la Nación, en el primer caso, y de políticas mecenas e iluminados en el segundo.

Para la *doctrina de facto* existió “la convicción en las fuerzas armadas de que hay valores comunitarios que ellas deben vigilar y preservar, y que el juego político tiene un ámbito más allá de cuyos límites no puede ni debe excederse, origina un

¹⁸⁹ ARISTÓTELES, *La Política*, Madrid, Alba, 1987, p. 235.

¹⁹⁰ GIRARDET, R., *op. cit.*, p. 23.

condicionamiento del poder político en el ejercicio que de él hacen sus titulares legítimos. Ello significa que los gobernantes, aun cuando no acepten ese rol tutelar de los mandos militares, tienen que contar con él en el uso y la disposición de los resortes del poder [...] Nuestra fuerza armada integra, evidentemente, lo que con fórmula y sentido amplios podemos denominar como «clase política», porque aun cuando no siempre sus fideicomisarios sean detentadores reales del poder político, están en la periferia del poder formando parte del proceso político y haciendo estimativa permanente de su valiosidad o disvaliosidad.”¹⁹¹

Una cosa es reconocer que las fuerzas armadas asumieron un rol eminentemente político durante todo el siglo XX en la Argentina —a las consecuencias de su rol tutelar después del proceso de reorganización nacional,¹⁹² muy especialmente me remito—. Otra cosa supone *legitimar* una función gubernamental que el soberano —el pueblo— no le delegó a través del voto.¹⁹³

Para la *doctrina de la emergencia económica* los hechos insuperables, el límite de la existencia de la Nación y del Estado, han sido argumentos fáciles de identificar, porque responden a nuestra realidad recurrente y a los errores que nadie asume, y que cada gobierno de turno carga en su anterior. No hay programas ni continuidad políticas de proyectos, menos de *hombres*, por lo que las responsabilidades nunca aparecen y, si algún reproche penal o patrimonial cupiere, la

¹⁹¹ BIDART CAMPOS, “Diagrama histórico-constitucional...,” *ED*, 47-843.

¹⁹² Hemos sostenido al respecto que “no es sobre el olvido que se construye una sociedad sincera y que aquellas cuestiones que desgarran, cicatrizan mejor y más rápido si son puestas sobre la mesa, discutidas y resueltas. Así madura una sociedad, así se hace cargo de ella misma y puede internalizar un sentimiento de pertenencia. Las posturas favorables al olvido son propias de aquellos que desprecian el aporte de la sociedad civil. No puede haber un futuro mejor sin volver la vista hacia atrás. Sólo podremos dar vuelta la página cuando leamos y entendamos la página anterior. Sólo así podremos hablar de una sociedad democráticamente madura desarrollándose en un Estado de Derecho.” (DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., “Seguridad jurídica vs. Derechos humanos (o, en la sombra de la justicia),” *LL*, 2005-A, 824.) Ello, porque no es sobre el olvido y la impunidad que las sociedades se construyen. No es sobre la defensa lobbista o de cuerpo, irracional, sin sentido y sin cuestionamientos que se logra la aspiración máxima de cualquier sociedad: La Justicia. (DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., “Sinceridad y justicia: 18 años después,” *LL*, 2005-E, 320.)

¹⁹³ No en vano, en los albores del régimen republicano de gobierno, se ha expresado que como “el pueblo constituye la única fuente legítima del poder y de él procede la carta constitucional de que derivan las facultades de las distintas ramas del gobierno, parece estrictamente conforme a la teoría republicana volver a la misma autoridad originaria, no sólo cuando sea necesario ampliar, disminuir o reformar los poderes del gobierno, sino también cada vez que cualquiera de los departamentos invada los derechos constitucionales de los otros [...] No es discutible que este razonamiento posee gran valor y que debe concederse que prueba la necesidad de trazar y de mantener abierto un camino para que la decisión del pueblo se exprese en ciertas grandes y extraordinarias ocasiones. Pero se presentan inconvenientes insuperables que se oponen a ese recurso al pueblo como medio ordinario de mantener a los distintos departamentos del poder dentro de sus límites constitucionales.” (HAMILTON, ALEXANDER / MADISON, JAMES / JAY, JOHN, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, 2ª reimp., p. 214.)

Este obstáculo práctico en la ordinarización de una vía de consulta extraordinaria al pueblo, evidentemente, no justifica la autoproclamación de minorías o *elites* dentro del propio Estado (las fuerzas armadas) o fuera de él, representando supuestos intereses de la Nación o del pueblo.

prescripción —que en estos caso aplica por ser parte de la *seguridad jurídica*— jugará en contra de la realización del hombre y del ciudadano en democracia.

Se ha reconocido que “la utilización de argumentos que ocultan el debate valorativo ha obstaculizado y retrasado los cambios en los arreglos institucionales y sociales que, muchas veces, son considerados inconvenientes o injustos. En otras palabras, el discurso formalista, el argumento de que la defensa de la seguridad jurídica vale más que discutir la justicia de las posturas, es un instrumento disuasivo de la crítica, que ayuda a congelar el status quo. Por ese motivo, una visión crítica del derecho tiene como finalidad lograr un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.”¹⁹⁴

La sinceridad con nosotros mismos parece no ser un atributo que nos identifica y que abunde en la sociedad argentina, consecuencia en alguna forma de este *parasistema político-constitucional*. Tristemente parecemos vivir en la tribu *Aisat-naf*, en las islas *Noisuli*, dentro de la más oscura superstición, no respecto del “*Tû –Tû*,” sino sobre conceptos tales como *doctrina de facto* y *estado de emergencia*, que a pesar de su carencia de significado (o su aplicación inatinerante a situaciones de hecho no abarcadas en estos conceptos) tienen una función importante en el imaginario colectivo argentino y también en el selectivo de nuestra memoria reciente.¹⁹⁵

Nos permitimos parafrasear a ALBERT CAMUS, en cuanto a la necesidad de los abogados de tener un poco de autocrítica, porque el derecho “consiste en definir todos los días, ante la actualidad, las exigencias del sentido común y de la simple honestidad de espíritu,” lo que siempre “entraña cierto peligro.”¹⁹⁶

La fuerza de las palabras (como arma) ha servido de soporte a la fuerza de los hechos, a la violencia como camino al acceso y al ejercicio del poder.

Si la democracia fue el camino elegido por la sociedad argentina para “darle cabida al hombre como persona en una convivencia justa y libre”¹⁹⁷ no podemos aceptar que nadie se levante contra las autoridades constitucionales, so pretexto de que no responde a los supremos intereses de la Nación o de la justicia, eso no es ejercicio de derecho de resistencia a la opresión por más justificación doctrinaria o jurisprudencial que se le quiera dar, se trata de un delito establecido en

¹⁹⁴ MILJIKER, M.E., *op. cit.*

¹⁹⁵ Cfr. ROSS, ALF, “*Tû-Tû*,” traducción de GENARO CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 9 y ss. Confesamos, que como abogados, más de las veces, pero sobre todo como ciudadanos, nos sentimos más cercanos al misionero sueco de ROSS, tratando de desenmascarar ideas o conceptos que nada significan, o al menos, no tienen conexión con el significado que con la fuerza o su monopolio intenta ocultar la realidad, lo que es.

¹⁹⁶ CAMUS, ALBERT, “Autocrítica,” en *Moral y política*, Buenos Aires, Losada, 1978, p. 28.

¹⁹⁷ Cfr. BIDART CAMPOS, “La Constitución y la libertad (Para una reivindicación de Urquiza y de la Constitución de 1853),” *ED*, 45-914.

el artículo 22 de la Constitución como sedición,¹⁹⁸ y en el artículo 214 del Código Penal y siguientes como traición a la patria.¹⁹⁹

El solo hecho “de que el poder estatal sea legal debe conducir ante todo a la derogación y negación como Derecho de todo derecho de resistencia. Pero el viejo problema del «derecho de resistencia frente al tirano», es decir, frente a la injusticia y el abuso del poder estatal, conserva su actualidad, y esa carencia de contenido, de carácter formalista y funcionalista, del Estado legislativo parlamentario no es capaz de resolverlo. Solo conduce a un concepto de legalidad indiferente frente a todo contenido, neutral incluso frente a su propia validez, y que prescinde de toda justicia material. La falta de contenido de la mera estadística de las mayorías quita a la legalidad toda fuerza de convicción; la neutralidad es, ante todo, neutralidad ante lo justo y lo injusto. La posibilidad de lo injusto, la posibilidad del «tirano», es escamoteada mediante una predigitación formal que consiste concretamente en hacer a lo injusto no se lo llame ya injusto, ni al tirano se le llame ya tirano, del mismo modo que puede escamotearse la guerra mediante el truco de llamarla «medidas de paz acompañadas de batallas de mayor o menor envergadura» y haciendo pasar a esto como una «definición puramente jurídica de la guerra». De esta manera, el poder legal, por simple «necesidad conceptual», ya no puede cometer injusticias.”²⁰⁰

Debemos asumir que el discurso *metajurídico* invade y ha invadido la realidad intentando convertir los metales en oro.

Esto porque “demostrado que el poder soberano reside *natural y esencialmente* en la comunidad política —en el pueblo— y no siendo el gobierno otra cosa que el ejercicio del poder soberano, *natural* es que ese poder no se ejerza sino por delegación y en representación del dueño de él. **No hay razón para que nadie lo vincule en sus manos, como si le perteneciese de derecho, para que se constituya en soberano, y disponga a su agrado de la suerte de los demás miembros de la sociedad.**”²⁰¹ El destacado es propio.

Desconfiemos entonces de quiénes como Simón el Mago pretenden o han pretendido vender el poder de *imponer mediante las manos* el espíritu santo, convirtiendo *gobiernos usurpadores* en *gobiernos legítimos*, cualquiera sea la teoría

¹⁹⁸ “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

¹⁹⁹ “Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.”

²⁰⁰ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 47.

²⁰¹ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 10; quien continúa, diciendo que “[l]as formas de gobierno que no se arreglan a estos principios, pueden con razón llamarse artificiales, porque son únicamente fruto del arte, y no tiene base en la forma natural de la sociedad. Así se hace que la sociedad se amolde al gobierno, en vez que este se amolde a aquella.”

utilizada para justificar el acto de rebelión.²⁰² Menos aún cuando la emergencia y la crisis han transformado los remedios extraordinarios en ordinarios, y en situaciones excepcionales en normales y habituales.

El vicio que subyace, al decir de BIANCHI, es creer que “los decretos —y también las leyes— tienen valor demiúrgico, creador, y que el presidente, al igual que el rey Midas, puede trocar en oro lo que toca [...] La realidad —única y verdadera jueza de la situación— se impone siempre a estos intentos vanos por simplificarla, pero deja huellas que, en términos ciudadanos, se traduce en la desconfianza hacia los gobernantes. Si es cierto que vivimos en una democracia, y si es cierto también que quienes la administran tienen la intención de fortificarla, su deber como tales es lograr el máximo rendimiento de las instituciones existentes, cuyo respeto han invocado para llegar al poder. Es en esas instituciones donde está la clave de la solución de estos problemas. Por supuesto que el tratamiento será más lento; pero a la larga, mucho más eficaz.”²⁰³ El apuro desmedido en legislar en un sistema democrático republicado “es una falsa muestra de eficiencia. Los gobiernos democráticos son lentos, y así deben serlo, porque sus decisiones atienden a pisar sobre seguro, a consultas previas, a sondeos prudentes de la opinión pública.”²⁰⁴

La fuerza de las palabras, del *silencio* y del discurso, nos ha llevado hasta el olvido de nuestra historia del siglo XX signada por la tolerancia a seis golpes de Estado que se autoproclamaron revoluciones triunfantes,²⁰⁵ jurando defender a

²⁰² Como recuerda REJTMAN FARAH, sin duda la existencia del derecho administrativo parecería demostrar, como alguna vez se dijo, que “los milagros son posibles. Es casi un milagro que la administración se someta a las normas que ella misma ha dictado. Y que las respete. Los milagros no suelen ser, sin embargo, demasiado frecuentes. Y nuestro país puede ser un buen ejemplo de ello. En ese sentido resulta cuanto menos extraño que el Estado haya encontrado el fundamento para ejercitar facultades excepcionales por fuera del marco normativo que se comprometió a acatar, en una situación fáctica que él mismo ha creado y de la cual es responsable. Y que, además, lejos está de considerarse como una situación excepcional. De igual modo que, so pretexto de la emergencia, se abandone, modifique o desconozca el derecho vigente. Si bien casi nadie cuestiona ya la responsabilidad del propio Estado en la aplicación de políticas públicas que condujeron a un estado de emergencia, lo que con menos frecuencia se recuerda es que la emergencia invocada por nuestra legislación no es ni una situación excepcional ni transitoria.” (REJTMAN FARAH, MARIO, “Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia,” *LL, Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad*, 2004 (mayo), p. 103.)

²⁰³ BIANCHI, ALBERTO B., “De las leyes «de facto» en los gobiernos «de iure» (Reflexiones a propósito de los decretos de suspensión de juicios contra el Estado),” *RDA*, año 2- N° 5, septiembre-diciembre 1990, pp. 662-663.

²⁰⁴ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, “Prólogo,” Buenos Aires, Astrea, 1975.

²⁰⁵ Desde plano teórico, se ha dicho que “[c]uando se trata de un simple golpe de Estado, no de una revolución, se mantiene la *etapa de continuidad* con relación al poder constituyente. Todas las funciones son “*de jure*,” tal como las crea, organiza y reglamenta la Constitución que existía y que conserva su vigencia. Sólo los funcionarios son de facto, a condición de poseer título, por nombramiento o elección en su caso, de conformidad con las prescripciones constitucionales. Ese título debe ser legítimo en su origen y con apariencias o visos de legitimidad para que el funcionario sea de facto. En caso contrario se trata de un usurpador.” (SÁNCHEZ VIAMONTE, *op. cit.*, p. 170.) Bajar esta afirmación a la práctica constitucional, nos puede llevar al absurdo de desconocer que la intervención de funcionarios de facto, designados por un gobernante usurpador, es tan nula como la de aquél. Es

la Constitución que sin prurito ni vergüenza habían violado, desconocido y mancillado al irrumpir por la fuerza en los poderes constituidos.²⁰⁶

Tolerancia que se traslada al discurso demagógico de la emergencia sin soporte fáctico, pero también en la concepción del Estado por el imaginario colectivo. Como recordaba BORGES, “el argentino, a diferencia de los americanos del Norte y de casi todos los europeos, no se identifica con el Estado es una inconcebible abstracción; lo cierto es que el argentino es un individuo, no un ciudadano. Aforismos como el de Hegel «El Estado es la realidad de la idea moral», le parecen bromas siniestras.”²⁰⁷

La sociedad argentina es una comunidad de palabras en *silencio*, que se escriben pero no se pronuncian, donde la historia, la economía, las prácticas sociales, la lengua, la mitología de nuestros antepasados y las fábulas de nuestra infancia, obedecen a unas reglas que no han sido dadas todas ellas a nuestra conciencia; no deseamos en modo alguno que se nos desposea, además y por añadidura, de ese discurso en el que queremos poder decir inmediatamente, sin distancia, lo que pensamos, creemos o imaginamos,²⁰⁸ cuando no nos vemos siquiera en el espejo.²⁰⁹

La respuesta está en no perder nuestra memoria constitucional, por más fuerza que se le intente dar al discurso,²¹⁰ **“en la semilla está el bosque.”**²¹¹

decir, que el vicio originario de quien asume el control del Estado y de todos sus poderes, no puede purgarse por más que prometa cumplir una Constitución que ya violó con el acto de derrocamiento del poder ejecutivo y con la intervención de los otros poderes. (Legislativo y judicial.)

²⁰⁶ Cuadra aclarar que “[n]o es que hayamos abandonado del todo la Constitución de 1853; pero es que la incumplimos demasiado, en texto y en espíritu. Aunque cabe destacar que el hecho de que la mantengamos formalmente en vigencia implica al menos que tiene un ideario que compartimos, aunque no tengamos la fuerza ni la voluntad social suficiente para imponerla a nuestros gobernantes, para hacer que la cumplan.” (GORDILLO, AGUSTÍN, “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091.)

²⁰⁷ BORGES, JORGE LUIS, “Evaristo Carriego,” en *Obras Completas*, t. I, Buenos Aires, Emecé, 1996.

²⁰⁸ FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, 2ª reimp., p. 354.

²⁰⁹ No podemos dejar de recordar que “[t]odos los costos que asume el gobierno frente a la sociedad y a la justicia son deudas que adquiere y tendrá inevitablemente que pagar en otros asuntos públicos. Su crédito no es inagotable. Además de los casos en que la sociedad pone los límites al gobierno existen los casos en que los individuos lo hacen. No solamente Bielsa puede plantarse con su conciencia. Otros pueden seguir su ejemplo. Pero no nos acostumbremos a depender de ellos. Y no olvidemos que ellos reaccionan, a su vez, por lo que reciben y perciben de la sociedad. No seamos complacientes con nadie que tenga poder. Esa es la clave de vivir en libertad.” (GORDILLO, AGUSTÍN, “Racionalidad, política, economía, derecho,” en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1.)

²¹⁰ “El Estado de Derecho (*rule of law*) probablemente no puede funcionar —y ciertamente no puede funcionar bien— sin un sentido de las instituciones de la sociedad. Más aún, sin hacerse él mismo institucional en el más pleno sentido de la palabra. El Derecho protege y el Derecho capacita; las instituciones dan significado, sustancia y permanencia a sus poderes. Con independencia de la construcción de instituciones, el Derecho necesita ser desarrollado, a fin de hacer que su imperio sea fructífero para la libertad.” (DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, “Derechos políticos y garantías constitucionales,” en AA.VV. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, 1ª ed., p. 128, con cita de DAHRENDORF, RALF, *Ley y orden*.)

²¹¹ Como recuerda MARISCAL, “Las plantas nos enseñan que lo peor que le puede pasar a una persona no es morir, sino vivir muerto, sin estilo, sin perfume propio; no se preocupan por lo que hay antes, ahora. En el instante presente están el pasado y el futuro. El futuro es inventable, no inevitable, se construye con lo que hacemos hoy. Cada segundo determina simultáneamente el

Según NIETZSCHE la memoria “rememora estados anteriores de la misma especie, junto con las interpretaciones causales que van vinculadas a ellos, pero *no* su causalidad [...] Se produce de este modo una *habituación* a una interpretación causal determinada, que en realidad obstaculiza que se averigüe la causa y que incluso lo impide.”²¹²

En el discurso jurídico no hay casualidad alguna, todo es causal y dirigido hacia un objetivo determinado. El rol y responsabilidad del jurista transcurre en que dicho discurso no sea determinista y estático, sino dinámico en una realidad cambiante y que, como el universo, se expande.

Si aceptamos que la historia es un sistema —el sistema de las experiencias humanas, que forman una cadena inexorable y única— todos los términos, conceptos e institutos del derecho, para ser precisos, necesitan ser fijados en función de toda la historia, “ni más ni menos que la *Lógica* de Hegel cada concepto vale sólo por el hueco que le dejan los demás.”²¹³

11. *El derecho: Continuación de la fuerza (de la guerra por otros medios)*

“No se podrá repetir bastante que nada es más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad [...] La libertad [...] nace de ordinario en medio de las tormentas, se establece penosamente entre las discordias civiles y solamente cuando es ya vieja se pueden conocer sus beneficios.”

DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*²¹⁴

Podríamos resumir la conclusión del presente trabajo, haciendo propio el pensamiento de ORTEGA Y GASSET, en cuanto a que: “La razón histórica es, pues, *ratio*, *logos*, riguroso concepto. Conviene que sobre esto no se suscite la menor duda. Al oponerla a la razón físico-matemática no se trata de conceder permisos de irracionalismo. Al contrario, la razón histórica es aún más racional que la física, más rigurosa, más exigente que ésta. La física renuncia a entender aquello de ella habla. Es más: hace de esta ascética renuncia su método formal, y llega, por lo mismo, a dar el término entender un sentido paradójico de que protestaba ya Sócrates cuando, en el *Fedón*, nos refiere su educación intelectual, y tras Sócrates todos los filósofos hasta fines del siglo XVIII [...] La razón histórica, en cambio no acepta nada como mero hecho, sino que fluidifica todo hecho en el *fieri* de que proviene: *ve* cómo se hace el hecho. No cree aclarar los fenómenos humanos reduciéndolos a un repertorio de instintos y «facultades» —que serían, futuro y expresa el ayer. En la semilla está el bosque.” (MARISCAL, ENRIQUE, *Manual de jardinería humana*, Buenos Aires, Serendipidad, 2003, 10ª ed., pp. 15-16.)

²¹² “Los cuatro grandes errores” en *El ocaso de los ídolos*, Buenos Aires, Letras Universales, 2005, p. 55.

²¹³ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia...*, *op. cit.*, p. 95.

²¹⁴ DE TOCQUEVILLE, ALEXIS, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 248.

en efecto, hechos brutos, como el choque y la atracción—, sino que muestra lo que el hombre hace con esos instintos y facultades, e inclusive nos declara cómo han venido a ser esos «hechos» —los instintos y las facultades—, que no son, claro está, más que ideas —interpretaciones— que el hombre ha fabricado en una cierta coyuntura de su vivir.²¹⁵

Los reinos sin justicia no son más que grandes latrocinios,²¹⁶ y que peor cosa, que al pobre ciudadano tan sólo le quede —como último recurso— la apelación al cielo (o a la Corte Suprema de Justicia de la Nación) o simplemente, más no sea, *un día en la justicia*.²¹⁷

La justicia, definida por ULPIANO —y receptado luego por SANTO TOMÁS— es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo,²¹⁸ y resulta ser el último de los valores (principios) que parece *conservarse* en una sociedad en ruinas, donde el *pacta sunt servanda*, no es otra cosa que ese principio general que cayó en desuetudo, conjuntamente con la buena fe, hoy simplemente anécdotas de un sistema jurídico que el propio sistema político se encargó de destruir paulatinamente.

SAN AGUSTÍN ha dicho que: “La utilidad, la necesidad de una justicia, han sido comprendidos desde el origen de las sociedades. Si esta faltara, el gobierno y la sociedad serían imposibles. Si no podemos contar con la seguridad personal, con la de nuestra propiedad, no viviremos entre gente civilizada, sino en medio de salvajes y salteadores.”²¹⁹

La vinculación entre la *doctrina de facto* y la *doctrina de la emergencia económica*, como factores coadyuvantes y legitimadores mutuos, nacidos en un estado de excepción y en violación de la Constitución nacional,²²⁰ fueron tolerados y hasta sostenidos por la jurisprudencia y parte de la doctrina de los autores nacionales, requieren todavía un análisis más preciso y casuístico que el aquí efectuado.

Al mismo tiempo, y hasta como aspecto que contradice a lo señalado en el párrafo anterior, se reconoce que ha sido también la propia jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra parte de la doctrina, quien ha equilibrado los abusos y desquicios del poder político, siguiendo la fórmula clásica de MONTESQUIEU.

Un sempiterno Profesor ha señalado que “los derechos de los individuos, en lugar de sujetos de la ecuación individuo- Estado, pasan a ser mero objeto de la acción controladora y restrictiva del poder estatal. Se parte del poder, se lo

²¹⁵ ORTEGA Y GASSET, J., *Historia...*, op. cit., pp. 101-102.

²¹⁶ “Remota itaque iustitia, ¿qui sunt regna nisi magna latrocinia?” en BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de Historia Política*, Buenos Aires, Ediar, 1970, p. 66, con cita de SAN AGUSTÍN.

²¹⁷ Como memora GORDILLO, AGUSTÍN, “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional,” *LL*, 1995-E, 988.

²¹⁸ “Iustitia est constans et perpetua voluntas sius suum quique tribuendi.”

²¹⁹ GÓMEZ, FLORENTINO, op. cit., p. 368.

²²⁰ En cuanto a la doctrina de la emergencia económica la violación constitucional viene dada por el no respeto a su carácter extraordinario, transformando lo excepcional en ordinario y normal.

enuncia a nivel de principio, inconscientemente en algún caso se llega al punto máximo y se lo idolatra. Es un punto de partida demasiado grave en un país con tradición autoritaria como el nuestro, que ha vivido bajo gobiernos de facto y poderes de facto, teorías de facto, construcciones sobre el derecho de la necesidad del Estado, reglamentos estatales de necesidad y urgencia, decretos leyes que todos llaman y tratan como si fueran leyes, como si la diferencia ya se hubiera perdido en la memoria colectiva. Un país en el que la corrupción es endémica y se entremezcla con las prácticas paralelas que nacen del ejercicio del poder.”²²¹

La libertad se ve igualmente afectada por los abusos del Estado —para ser técnicamente correctos, de los gobiernos y con ellos, de los hombres— como por sus omisiones; pero, afortunadamente se ve resguardada por la intervención de nuestros jueces quienes son los guardianes finales de los derechos y garantías. Ello, “aún cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección [...] mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo.”²²²

Nada hay de casual en la fuerza de las palabras aplicadas en el discurso jurídico desde el Estado y fuera de él. Son los hechos que determinarán la justicia del contenido de los actos de los distintos poderes del Estado que, so pretexto de una situación límite y de excepción, afecten derechos y garantías constitucionales.

El rol de acompañamiento del Poder judicial no puede traducirse en el silencio de nuestros jueces.²²³

Tampoco la doctrina puede escapar de las consecuencias de sus propios actos, solapada y aceptada, las más de las veces, en la autoridad del discurso académico, menos neutral que el discurso judicial.

La libertad no puede ni debe tener nada que “temer de la administración de justicia por sí sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos.”²²⁴ Si bien, es de esperar que “los poderes políticos simplemente respeten el sistema constitucional y el Poder Judicial controle

²²¹ GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V-3/4.

²²² HAMILTON, MADISON y JAY, *op. cit.*, p. 331.

²²³ Como recuerda BIANCHI, “Es la Corte Suprema que con la justicia de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales o provinciales se mantengan en la esfera de sus facultades. Es ella la que tiene que mostrar a los pueblos, a la nación y al mundo la bondad del sistema que no tuvo ejemplo ni preparación en la historia del linaje humano y destruir los argumentos con que sus enemigos han querido combatirlo. Es ella la que está en gran parte encargada de traer la convicción en los espíritus de que, la democracia organizada bajo una fórmula tan completa, que es la más grande conquista del genio americano da según la feliz expresión del Dr. Rawson, la asociación de estos tres hechos: República, Libertad y Orden.” (BIANCHI, ALBERTO B., “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” *LL*, 1997B, 994.)

²²⁴ HAMILTON, MADISON y JAY, *op. cit.*, p. 331.

adecuadamente el ejercicio de las facultades reglamentarias de excepción,²²⁵ es forzoso incluir en esta suma de responsabilidades concurrentes, el compromiso del ciudadano en el mejoramiento institucional, como uno de los ejes fundamentales para lograr nuestra realización democrática, como Estado y como Nación.

Valga el presente capítulo, pues, como un renovado homenaje a quienes han sabido defender el derecho en nuestras jóvenes repúblicas latinoamericanas, desde la institucionalidad y no por fuera de ella y por encima de los hombres.

²²⁵ BALBÍN, CARLOS, *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 405.

Anexo II

LA ADMINISTRACIÓN PARALELA EN UN PAÍS AL MARGEN DE LA LEY

Por CINTHYA HUTCHINSON

Usted no puede crear prosperidad desalentando la iniciativa propia.

Usted no puede fortalecer al débil, debilitando al fuerte.

Usted no puede ayudar a los pequeños, aplastando a los grandes.

Usted no puede ayudar al pobre, destruyendo al rico.

Usted no puede elevar al asalariado, presionando a quien paga el salario.

Usted no puede resolver sus problemas mientras gaste más de lo que gana.

Usted no puede promover la fraternidad de la humanidad, admitiendo e incitando el odio de clases.

Usted no puede garantizar una adecuada seguridad con dinero prestado.

Usted no puede formar el carácter y el valor del hombre quitándole su independencia (libertad) e iniciativa.

Usted no puede ayudar a los hombres realizando por ellos permanentemente lo que ellos pueden y deben hacer por sí mismos.

Decálogo de WILLIAM J. H. BOETCKER

El presente artículo nos invita a reflexionar, de la mano de dos de los más reconocidos juristas, sobre lo que nos sucede como sociedad y entrelazar ambos pensamientos en uno con la aspiración de volvernos un poco mejores; o por lo menos, si no lo logramos, comprender por qué sería interesante intentarlo.

Al leer el libro *La administración paralela* de AGUSTÍN GORDILLO para una de sus materias de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, percibí una sensación familiar, reconfortante, de identificación. Ése hombre estaba poniendo en palabras lo que innumerables veces sentí, pensé, sufrí.

Recordé entonces, el libro *Un país al margen de la ley* de CARLOS NINO y comprendí que ambos abordaban la problemática argentina de una manera similar.

Ya no me sentía sola entonces, tenía a mi lado a dos referentes del derecho con los que podía identificar mi manera de *sufrir* por los constantes embates contrarios a la ley.

Es mi intención demostrar la correspondencia que existe entre ambas obras e intentar convencerlo, querido lector, sobre la importancia de cambiar nuestras conductas, para que nuestro cambio repercuta en una sociedad mejor.

Si bien ambos textos abordan la problemática desde puntos diversos —apuntan a distintos aspectos del mismo problema sin denominarlo del mismo modo—, vale la pena hacer un breve análisis con el fin de arribar a una conclusión común.

Las dos obras analizadas tienen una innegable y trágica correspondencia con la realidad en la que vivimos: Una sociedad caótica que se niega a someterse al cumplimiento de la normativa vigente. Todos los días, en todos lados, ciertos individuos no cumplen con las normas que rigen la sociedad en la que vivimos. Decir *ciertos* es poseer cierto rasgo de optimismo en relación al incumplimiento. Podríamos decir, en cambio, que gran parte de la población incumple a diario —de alguna u otra manera— con las normas impuestas. Estas conductas anómicas van desde el abuso de los DNU, la evasión y elusión impositiva, hasta la violación de las leyes de tránsito y el desprecio total por las normas mínimas de convivencia, como si dichas conductas quedaran libradas a discrecionalidad de parte.

La tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los grupos de poder, es a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales.

Este nivel casi avanzado de ilegalidad de nuestra sociedad, lleva en su interior una estrecha vinculación entre anomia e ineficiencia y entre ésta y el subdesarrollo descripto por NINO en su obra.

En efecto, dicho autor sostiene que hay razones para suponer que la tendencia a la anomia es en sí misma generadora de los bajos grados de eficiencia y productividad social.

El eje de *Un país al margen de la ley* está dado por lo que el autor denomina *la anomia boba*, definiendo una situación anómica como aquella en la cual un grupo de personas requiere del cumplimiento de una norma para satisfacer sus intereses, y sin embargo, un porcentaje significativo de ese grupo de personas no cumple con dicha norma. Esta situación se vuelve *boba* —en los términos del autor— cuando se traduce en una acción colectiva menos eficiente de la que se hubiera obtenido de haberse observado la norma.¹ Podemos concluir entonces que ésta anomia boba resulta una causal relevante para dar explicación a la involución del desarrollo argentino.

¹ NINO, CARLOS, *Un país al margen de la Ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Ariel, 2005, 3ª ed., p. 37-39.

NINO no habla de un parasistema, como sí lo hace GORDILLO en su obra al señalar que “la sociedad no cumple cabalmente el sistema disvalioso, pero no lo hace meramente rebelándose contra las normas disvaliosas, sino contra todo el conjunto, incluido también lo valioso. De ese incumplimiento y desobediencia más o menos generalizada al orden jurídico formal surgen entonces pautas de conducta, principios de organización, normas de procedimientos, etc., que son todo un verdadero pseudosistema normativo, paralelo al sistema normativo formalmente vigente.”² Ahora bien, el nacimiento de este parasistema se da por el poco respeto al conjunto de las normas y no sólo con aquella que se considera disvaliosa. Es decir, el incumplimiento se aplica a todo su conjunto, incluyendo a las normas valiosas.

Ahora bien, parece esencial a los fines de una mejor comprensión del problema, acudir a las propias palabras de NINO quien dice que “...no parece ser cierto que la observancia de la norma sea en interés de todos los miembros del grupo que debe observar la norma...”³ Este razonamiento es esencial, puesto que sólo el grupo que incumple con la norma se beneficia si el resto de la sociedad —aunque sean unos pocos— cumple con la reglamentación vigente. Volvemos a sentir esa “común indefensión” de la que habla GORDILLO, ¿verdad?

Para analizar el caso de la vida social de la Argentina, debe partirse de la afirmación sobre la existencia de una tendencia generalizada a la inobservancia de las normas.

NINO señala la importancia que tiene el comportamiento de quienes ejercen el poder, ya que posee un efecto demostrativo importante sobre la conducta del resto de la sociedad. He aquí nuestro primer acercamiento evidente con la obra de GORDILLO, quien refiere sobre esta problemática abordándola desde el ámbito de la administración.

Resulta imprescindible notar que el gran drama está dado por el consentimiento —tanto de parte de los funcionarios como de los ciudadanos comunes— frente a la ilegalidad.

Ninguno de nosotros se sorprende al escuchar que un amigo nuestro ha evitado la burocracia estatal ayudado por una persona que trabaja dentro de la administración a modo de favor, salteando de esta manera los trámites establecidos para su realización. Este tipo de comportamientos son los que han originado, tal como se menciona en *La administración paralela el nacimiento del parasistema*.

Pero, ¿cuáles son las causas que llevan a la formación de ese parasistema? La existencia de una doble moral. Y, ¿de qué se trata esta doble moral? El ciudadano deja de cumplir las normas simplemente porque considera que tiene el derecho y el poder de desconocerlas. Pero claro está, tal como lo advierten ambos auto-

²GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Cívitas, 2001, 3ª reimpresión, p. 29.

³NINO, CARLOS, *Un país al margen de la Ley...*, op. cit., p. 37.

res, el secreto del fino equilibrio que diariamente convierte nuestra sociedad en “intransitable” es que hay otra parte de la población que cumple con las normas —estando de acuerdo o no con ellas—. Resta analizar entonces las razones que llevan a esos ciudadanos que cumplen a hacerlo. Dicho análisis nos guía a la siguiente pregunta ¿la moralidad de cada sujeto es algo a construir?

DURKHEIM define a la moral como “un conjunto de reglas definidas; son como moldes, de contornos precisos en los que tenemos que verter nuestra acción. No tenemos que construir esas reglas en el momento en el que tengamos que actuar, deduciéndolas de unos principios más elevados; existen, están hechas, viven y funcionan a nuestro alrededor. Son la realidad moral en su forma concreta.”⁴

Desde este punto de vista, la idea de autoridad presupone la obediencia consentida —no por el deseo voluntario de hacerlo sino porque es la autoridad que nos lo dicta— Sin embargo, una sociedad ciega que sólo actúe mecánicamente ante cada acto imperativo de la autoridad —autoridad/administración, en cuanto a lo que a este artículo le compete— carecería de sentido. Resulta importante destacar la idea de participación que propone GORDILLO entendida desde la comprensión, no el sometimiento por el sometimiento mismo —como plantea DURKHEIM— a los mandatos imperativos de la administración, que encarna el gobierno de turno.

La falta de respeto a la ley es la generadora principal de ineficiencia en el desarrollo argentino, tanto en el ámbito económico y social, como en el institucional. La gran problemática es la convivencia entre el ordenamiento jurídico y este pseudosistema en el que se aplican las normas que individualmente parecen correctas, dejando de lado las otras.

He aquí, nuevamente inmerso en la obra de NINO, el parasistema que describe GORDILLO.

¿Es entonces el secreto para ponerle punto final a la anomia y al parasistema la participación popular en el proceso de elaboración de las normas jurídicas que nos rigen como sociedad? Parece ser ésta la única respuesta. Queda en nosotros el cambio, la participación.

Para finalizar querido lector, si es que aún no me ha abandonado, debemos reconocer que esta magnífica obra —hoy reeditada y más vigente que nunca— soluciona los problemas planteados en *Un país al margen de la ley*.

Se trata pues de dos libros entrelazados entre sí, como si estuvieran hechos el uno para el otro. Un libro que plantea los problemas que vivimos como sociedad y otro que los resuelve —a pesar de haber sido escrito éste con anterioridad a aquél.

Dos piezas exactas que encajan a la perfección. No se los pierda.

CINTHYA HUTCHINSON

⁴ DURKHEIM, EMILE, *La educación moral*, Madrid, Ediciones Morata, 2002, p. 54.