

LA DOCTRINA, ¿FUENTE “POCO CONFIABLE” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO?*

Alejandro Pérez Hualde

Catedrático de Derecho Administrativo II
Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza, Argentina)

Recepción: 16 de abril de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 5 de junio de 2015

RESUMEN: En este ensayo se analizan críticamente las distintas posiciones de los autores sobre la doctrina como fuente en el Derecho Administrativo. Se presta especial atención a la frecuente presencia de fuertes compromisos políticos y económicos de los autores en ese ámbito de las publicaciones científicas sobre el Derecho Público tanto como a la falta de pronunciamientos colectivos de la doctrina en los congresos de la ciencia que convoca a los autores.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo; Fuentes del Derecho; Doctrina.

ABSTRACT: This essay examines critically the different opinions of the scholars and authors about the doctrine as a source of administrative law. In doing that it takes into account the frequent presence of relevant political and economic interests or commitments in the field of scientific publications on public law, and the lack of collective pronouncements or conclusions of the doctrine in the congresses of this discipline.

KEYWORDS: Administrative Law; Law Sources; Doctrine.

* Esta es la ponencia expuesta en las XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (publicada en Revista RAP, Eduardo Merteihikián, director, n° 430, año XXXVI, Buenos Aires, 2014, pp. 271–290), en la que tomamos como base, y hemos actualizado y ampliado, nuestro ensayo *La doctrina como fuente del Derecho Administrativo*, que presentamos en el año 2010 ante el IX foro Iberoamericano de Derecho Administrativo realizado en Mendoza, que se encuentra publicada en IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA, Alejandro PÉREZ HUALDE, Ismael FARRANDO y Julio Pablo COMADIRA (coordinadores), *Fuentes del derecho administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*, Ediciones RAP, Mendoza, 2010, pp. 25–37.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE FUENTES. III. LA DOCTRINA. 1. Dictámenes, fallos y "recomendaciones" de organismos públicos nacionales y supranacionales. 1.1. Dictámenes. 1.2. Fallos de tribunales internacionales. 1.3. "Recomendaciones" de la Comisión de Derechos Humanos. 2. Rechazo de "la doctrina" como fuente en el Derecho Administrativo. 3. La admisión de "la doctrina" como fuente. IV. IMPORTANCIA DE "LA DOCTRINA" COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. V. LOS RIESGOS QUE PRESENTA "LA DOCTRINA" EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. Los intereses políticos e ideológicos: el pragmatismo, la "militancia" y las "dos bibliotecas". 2. La envergadura de los intereses económicos frecuentemente involucrados. 3. Las diferencias en los principios de Derecho Público de los distintos contextos normativos. 4. La carencia de pronunciamientos de doctrina en forma colectiva. VI. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

No hemos encontrado mejor tributo al profesor Agustín Gordillo, a quien hemos dedicado un merecido homenaje en estas XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo que renovar algunas reflexiones sobre la Doctrina –sí, con mayúscula– como fuente en nuestra disciplina, pues él es uno de sus protagonistas de autoridad y consulta indiscutible de los últimos cincuenta años en nuestro país. Y esto, no obstante su posición en contra de considerar a la doctrina como una fuente jurídica del Derecho Administrativo por no ser coherente con su concepto de esta rama del Derecho¹.

II. CONCEPTO DE FUENTES

Tradicionalmente se han considerado "fuentes" del derecho a la ley, la jurisprudencia y la costumbre; nosotros hemos agregado, siguiendo al mismo Agustín Gordillo², a las normas supranacionales de organismos a los que estamos ligados como país, a los que corresponden a los convenios y tratados de derechos humanos y de lucha contra la corrupción, a la jurisprudencia de los tribunales propios de esos tratados a cuya jurisdicción nuestro país se ha sometido expresamente, y también, en lo interno, aunque con el carácter expresamente excepcional que la Constitución les atribuye, a los decretos delegados (art. 76 CN), a los de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN), y a las promulgaciones parciales de leyes por el Poder Ejecutivo del Gobierno Federal (art. 80 CN).

Son variadas las acepciones del concepto de "fuente" del derecho; algunos autores las identifican con los fundamentos de validez de las normas jurídicas. Otros han sostenido que las fuentes del derecho son los criterios de objetividad de que disponen los jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a interrogantes de la vida social o a propuestas de conducta que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes de ese conjunto social.

1 Agustín A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, tomo 5, *Primeras obras*, 1ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012, p. IADA-V-2.

2 Agustín A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, Parte General, 10ª edición, prólogo de Jorge A. SÁENZ, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. V-10.

Para el maestro Julio Cueto Rúa constituyen "*fuentes*" del derecho aquellos criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativa en búsqueda de objetividad; que son susceptibles de examen científico –por constituir hechos o datos perceptibles mediante los cuales se podría verificar el fundamento objetivo del punto de vista adoptado–, asumidos para determinada decisión de conducta. Como fuente del derecho esa objetividad radica en comprobar que otras personas han adoptado ese mismo comportamiento en similares circunstancias; si esas personas son los legisladores y lo han volcado en una formulación normativa tenemos "*la ley*"; si es un grupo de ciudadanos, que son jueces, los que la indican como conducta debida al momento de juzgar estamos frente a "*la jurisprudencia*"; y si es el conjunto social el que la adopta como comportamiento habitual frente a determinadas circunstancias similares, será pues "*la costumbre*"³.

III. LA DOCTRINA

Ahora bien, cabe preguntarse, si ese proceder, en este caso diríamos "*ese interpretar*" de las fórmulas normativas, es compartido por un número determinado de juristas expertos, ¿constituye también una fuente del derecho?, ¿deberían ser muchos?, ¿podría ser sólo uno?

La doctrina, junto con la jurisprudencia, ha sido aceptada en general como fuente de carácter "*aclaratorio*" del derecho legislado en tanto y en cuanto contribuye a orientar sobre el verdadero sentido y alcance de las normas; aunque la doctrina también ilustra sobre la jurisprudencia y su posible fuerza como para constituir precedente digno de ser ponderado y tenido en cuenta a la hora de la interpretación. Por el contrario, en su jurisprudencia nuestros jueces suelen ser parcios en las citas doctrinarias, sobre todo si se trata de autores contemporáneos.

Como adelantamos, Gordillo sostiene, en su Introducción al Derecho⁴, que "*considerando pues al Derecho Administrativo como una rama de la ciencia del Derecho, las fuentes del mismo serán en sentido estricto únicamente aquellas normas y principios que tienen imperatividad, esto es, que integran el orden jurídico positivo; todo aquello que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido social o político, pero no fuente en sentido jurídico. Tomamos así posición en contra de la injustificada admisión de la doctrina como fuente del derecho administrativo*"; más adelante, en su Tratado⁵ el autor la admite en alguna medida, aunque siempre con la aclaración de que "*no tiene fuerza formal como fuente del Derecho Administrativo*", pues reconoce que "*hay veces que tiene poder de convicción para llevar a determinada decisión administrativa o judicial*".

3 Julio CUETO RUA, *Fuentes del Derecho*, reimpresión, prólogo de Juan Francisco Linares, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 25 a 33, y 177.

4 GORDILLO, *Tratado...*, tomo 5, ob. cit., p. IADA-V-2.

5 GORDILLO, *Tratado...*, tomo 1, ob. cit., tomo 1, p. VII-50.

Adquiere así particular significado la afirmación de que *"la doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir"*⁶.

Como adelantamos, la clasificación tradicional de las fuentes del Derecho Administrativo coloca a la doctrina entre las *"aclaratorias"*, que son distintas de las *"primarias"* y de las *"complementarias"*, pues sus aportaciones son importantes para aclarar el contenido de las normas⁷; también se ha señalado que *"no es sólo un medio de interpretar la legislación administrativa (...), sino que también provee de elementos para la construcción teórica de las instituciones administrativas"*⁸.

Marienhoff la ubica como una fuente *"indirecta"*, sin base normativa, y de aplicación *"subsidiaria"*⁹; por su parte Libardo Rodríguez advierte sobre su *"importancia relativa"*¹⁰ y Fernández Ruiz la admite *"en la medida en que el legislador se inspira en las opiniones doctrinarias para la elaboración de la ley"*¹¹. Delpiazzo¹² nos recuerda que la doctrina está mencionada expresamente en la constitución del Uruguay que dice en su art. 332 que *"Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas"*.

A la luz de otra clasificación de las *"fuentes"*, entre *"formales"* y *"materiales"*, solo se admite a la doctrina entre las primeras si nos remitimos a aquella jurisprudencia obligatoria de los jurisconsultos romanos cuya opinión era vinculante para quienes debían resolver. Esto era así porque solo se consideraba tradicionalmente que la fuente formal es aquella investida de esa mencionada obligatoriedad para el intérprete, tal como hoy lo sostiene Gordillo. Por el contrario, en la medida en que se ha considerado fuente material a *"todos aquellos factores reales que gravitan sobre el ánimo de los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, inclinando su voluntad en un sentido determinado"*¹³ la doctrina es, pues, una importante fuente material; aunque, criticando la clasificación, señala Cueto Rúa, deberíamos admitir numerosos factores más de gravitación.

6 Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, tomo I, 3ª edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 82.

7 Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, 15ª edición, Madrid, 1993, p. 106.

8 Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina*, 4ª edición, tomo I, Librería y editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 66; el autor acompaña una lista de los que, a su juicio, integran un conjunto ineludible de obras generales a compulsar en los diversos países.

9 Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, prólogo de Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 285. En sentido similar Gustavo Adolfo REVIDATTI, *Derecho Administrativo*, tomo I, fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, p. 213; también Manuel María DÍEZ, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo 1, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 127.

10 Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo general y colombiano*, 15ª edición revisada, ampliada y puesta al día, Editorial Temis, Bogotá, 2007, p. 42.

11 Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 204.

12 Carlos E. DELPIAZZO, *Derecho Administrativo General*, vol. 1, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 2011, p. 198.

13 CUETO RUA, ob. cit., p. 26.

1. Dictámenes, fallos y “*recomendaciones*” de organismos públicos nacionales y supranacionales

1.1 *Dictámenes*

Un ejemplo concreto es el constituido por la doctrina que se expresa en los Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuyo contenido es obligatorio para los asesores de la Administración Nacional en todas sus reparticiones. Algo similar ocurre en la provincia de Mendoza donde los dictámenes de la Asesoría de Gobierno tienen el mismo peso en los cuerpos de asesores de las distintas oficinas del estado provincial. Gordillo pone atención sobre estas fuentes como productoras de doctrina a tener presente a la hora de la interpretación del derecho.

Coincidimos en que fuera de la Administración, donde poseen un espacio prácticamente normativo para los asesores legales, los contenidos de los Dictámenes de la Procuración pueden ser considerados como una importante fuente doctrinaria. Ello dependerá también del prestigio que acompañe a quien guía coyunturalmente los destinos de ese cuerpo dependiente del Poder Ejecutivo del Gobierno Federal. Cabe recordar que por su conducción pasaron grandes profesores como Miguel Marienhoff, Santiago Fassi, y –más recientemente– Horacio Rosatti y Osvaldo Guglielmino.

1.2. *Fallos de tribunales internacionales*

Otro emergente doctrinario puede ser considerado el que surge de los organismos internacionales de Derechos Humanos, como –en nuestro caso– de la Convención de Derechos Humanos surgida del Pacto de San José de Costa Rica.

Sin duda debemos encuadrar dentro de la “*jurisprudencia*” como fuente a la que surge de los fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos (en adelante CIDH), pues son obligatorios, según la Convención, para los estados que son parte del litigio tramitado ante sus estrados.

En algún caso, igual carácter podría atribuirse también a su jurisprudencia, que, según un enfoque –y la propia CIDH¹⁴–, sería también obligatoria para los otros estados que no fueron parte. Claro que para otra posición su valor es sólo orientativo a la hora de interpretar los contenidos de la Convención. Estaríamos frente a un análisis del alcance preciso de su valor como fuente pero, en cualquier caso, al menos, en el más riguroso y restrictivo de los criterios aplicados, debemos considerarla como fuente doctrinaria de gran importancia en materia de derechos humanos por su prestigio y por su autoridad.

La posición de la CIDH parece haber sido aceptada por nuestra Corte Suprema de la Nación cuando considera que su jurisprudencia “*debía servir de guía*” para el cometido de interpretar el alcance de los derechos comprendidos en la Convención¹⁵.

14 Caso CIDH, “*Almonacid Arellano vs. Chile*”.

15 Caso “*Giroldi*”, en Fallos, 318:514, considerando 11.

1.3. “Recomendaciones” de la Comisión de Derechos Humanos

Fue motivo de análisis por el máximo Tribunal argentino el posible carácter vinculante de las “recomendaciones” que emite la Comisión de la misma organización cuando, a requerimiento de parte interesada o afectada, se dirigen directamente a nuestro país y no han sido debidamente recurridas ante la misma Corte¹⁶ por nuestras autoridades de la Cancillería según la posibilidad que brinda el contenido normativo de la Convención.

Ha afirmado la Corte Suprema¹⁷ que nuestro país, “sin dejar de reiterar que solo las decisiones jurisdiccionales emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son ejecutables en los términos del artículo 68 de la Convención Interamericana”,... “tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio”.

¿Podríamos decir que se le atribuye valor de “norma”? Así pareciera que lo interpreta la Corte Suprema cuando siguiendo esa “recomendación” ordenó la indemnización de un juez despedido por el proceso militar de 1976–83. Pero su pronunciamiento no llega a esa precisión que habilite una equiparación con la normativa.

Tampoco puede considerarse que las “recomendaciones” pudieran constituir “jurisprudencia” por cuanto no se trata de un tribunal sino de una Comisión cuya integración no es necesariamente de juristas. Quizás, atendiendo a los efectos que la misma Convención atribuye a sus “recomendaciones”, puesto que habilitan el reclamo por ella misma o por el país interesado, ante la CIDH, se podría afirmar que estamos frente a jurisprudencia administrativa internacional. Y de ella, sin duda, y para los terceros países, debe ser considerada, cuando menos, como doctrina calificada en razón de su autoridad indiscutible, más allá de compartir sus contenidos; al igual que como ocurre con la doctrina.

2. Rechazo de “la doctrina” como fuente en el Derecho Administrativo

Algunos autores no tratan, ni mencionan, a “la doctrina” entre las fuentes del derecho¹⁸ y otros la analizan y aclaran expresamente que “no es fuente del derecho, sin perjuicio de que sí puede influir sobre la construcción o interpretación de las otras fuentes jurídicas”¹⁹. En este sentido es interesante la posición de Juan Francisco Linares quien, bajo el título de “La doctrina no es fuente del derecho” desarrolla su tesis que se basa en la posibilidad que los autores tienen de contribuir a la formación de la opinión pública jurídica y las evaluaciones que ellos elaboran son tomadas por legisladores, administradores y jueces y, entonces sí, aclara el autor que “mientras esas opiniones doctrinarias no se

16 Corte Suprema de la Nación, caso “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional – Ministerio de Relaciones exteriores – Provincia del Chubut”, en exptes C.568.XLIV y C.594.XLIV.

17 Caso “Carranza”, cit. Es muy importante tener en cuenta la disidencia de la Dra. Carmen ARGIBAY.

18 Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 124.

19 Carlos F. BALBÍN, *Curso de Derecho Administrativo*, prólogo de Eduardo García de Enterría, tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 469.

erijan en opinión pública, no son fuente de derecho, sino meras propuestas para llegar a serlo"²⁰.

Agustín Gordillo integra el concepto de la "doctrina" como fuente con la "doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación", a la que Cassagne la considera "jurisprudencia administrativa"²¹, y la "doctrina de la Defensoría del Pueblo de la Nación"²²; a ellas cabría agregar, en el orden provincial, la "doctrina de la Asesoría de Gobierno" en el caso concreto de la provincia de Mendoza. Claro que en estos casos, como ya lo hemos aclarado, el carácter de fuente viene impuesto por la norma jurídica legal que impone la obligación ineludible a todo el cuerpo de abogados asesores de la Nación, y –en su caso– de la provincia, de seguir estrictamente los lineamientos de esos dictámenes; se convierten así en fuente formal cuasi normativa.

3. La admisión de "la doctrina" como fuente

En el punto anterior hemos procurado trazar un panorama de lo que la propia doctrina dice de "la doctrina" como fuente del derecho. En general, los que la aceptan como tal, son coincidentes en cuanto a su carácter indirecto. Se trata de ponderarla únicamente por su influencia en la legislación y en los fallos judiciales; a ellos podríamos sumar, en nuestro caso, a las decisiones, de efectos individuales o generales, de naturaleza administrativa.

En su hipótesis, Cueto Rúa no sólo incluye al legislador y al juez, como los necesitados de ese criterio o pauta de objetividad, asequible –precisamente– en las "fuentes", sino también al abogado que debe fundar su demanda o la contestación. Éste es el caso asimilable al que le toca, en nuestra rama del Derecho Administrativo, al asesor de la administración o al funcionario mismo que debe resolver un conflicto o que necesita proponer una conducta determinada como debida que sirva de guía al funcionario que, normalmente, no es abogado ni versado en Derecho, pero será el responsable de la decisión.

Pareciera haber coincidencia en que se hace necesaria la "fuente" del derecho toda vez que el legislador o el juez necesitan buscar una propuesta de conducta como debida para brindar una respuesta, ya sea normativa o de sentencia, frente a una situación general o individual –respectivamente–, y la encuentran en las que ya dieron en su momento otros legisladores, que pueden ser los convencionales constituyentes –si se recurre al nivel constitucional–, u otros jueces, frente a una situación similar. La doctrina expuesta por los juristas, que pueden ser los propios profesores de esos legisladores –si fueren abogados– o jueces en su formación jurídica, puede ser la fuente donde concurren en búsqueda de esas mismas propuestas de conducta debida. Alguna doctrina admite esta única hipótesis de llegada de "la doctrina" a tener carácter de verdadera "fuente" del derecho.

Ahora bien, no vemos la razón de excluir a "la doctrina" de ese carácter cuando también es un surgente de propuestas fundadas de conductas planteadas como debidas

20 Juan Francisco LINARES, *Derecho Administrativo*, 1ra reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 35.

21 Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, tomo I, Palestra, Lima, 2010, p. 232.

22 Gordillo, ob. cit., tomo 1, p. VII-48.

frente a determinados supuestos a la hora de buscar las respuestas en las normas o en la jurisprudencia, terrenos donde la interpretación de *"la doctrina"* se convierte en muy valiosa.

En el terreno del Derecho Internacional *"la doctrina"* está admitida como fuente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ya que la prevé expresamente en su art. 38 donde menciona a *"las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho"*²³.

Se constituye *"la doctrina"* en *"fuente"* en la medida de su capacidad de influir en las decisiones administrativas, en la medida en que es capaz de ser aquel manantial, o *"fuente"*, donde el administrador público o su asesor, concurren a buscar la conducta posible de ser propuesta como debida para una solución a un conflicto o para respaldar una decisión. Y esto ocurre más allá de que se admita en forma expresa dicha influencia en la decisión de que se trate. Porque podría ocurrir que la resolución no cite ni mencione la doctrina que ha seguido para guiar la decisión, como es frecuente –ya lo dijimos– en los fallos de nuestros tribunales.

Algo así es lo que ocurre con los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina donde no se menciona doctrina a menos que se trate de autores ya fallecidos; un ejemplo no lejano se da en el importante fallo *"Consumidores Argentinos"*²⁴, donde el máximo Tribunal se ha cuidado de mencionar únicamente a Germán Bidart Campos, a Miguel Ángel Ekmekdjian y a Alberto Antonio Spota, todos constitucionalistas de indiscutible prestigio que nos dejaron en el transcurso de los últimos años.

Consideramos que, más allá de su reconocimiento expreso en el texto de las decisiones, *"la doctrina"* considerada como lo hemos hecho en este ensayo, sí constituye una *"fuente"*, una *"fuente real"*²⁵, del Derecho Administrativo y ese carácter viene dado en estricta dependencia de su autoridad.

23 Dice el mencionado art. 38: *"1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1. a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio 'ex aequo et bono', si las partes así lo convinieren"*.

24 Caso n° C. 923. XLIII. *"Consumidores Argentinos c/ EN – PEN – Dto. 558/02–SS – ley 20.091 s/ amparo ley 16.986"*. En el fallo se da la paradoja de que se mencionan y citan conceptos de otros autores de Derecho Constitucional, como Alberto García Lema, Miguel Ángel Ortiz Pellegrini y Antonio María Hernández, pero no en tal carácter sino como partícipes en calidad de convencionales constituyentes de la Convención de la reforma de 1994.

25 Miguel Ángel CIURO CALDANI, *Las fuentes del derecho*, en *Investigación y Docencia*, n° 27, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1996, pp. 70 y ss., citado por Fernando RONCHETTI, *La doctrina como fuente real del derecho*, Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires, en la página web de dicha universidad, p. 8.

IV. IMPORTANCIA DE “LA DOCTRINA” COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En la medida en que el objeto del Derecho Administrativo está constituido por una amplia porción de toda la actuación de la administración, sea que fuera ella internacional o nacional; y –dentro de ésta–, siguiendo al concepto residual de Gordillo, por las conductas no gubernativas del poder ejecutivo, por la no legislativa del poder legislativo, por la no judicial del poder judicial, por toda la de los entes independientes como los organismos de control de los servicios públicos, de la auditoría general de la Nación, de la defensoría del pueblo, de los municipios, etc., la búsqueda de esa fuente que guíe al funcionario primero –a su asesor antes–, al juez administrativo luego, y, –a veces– antes que a todos, al legislador que elabora los marcos de referencia de conductas debidas y propuestas normativas que se espera ejecuten los poderes administradores en su persecución del bienestar general, lleva necesariamente a una visión amplia y rica de ese espectro.

El principio de legalidad que guía a la administración por imperativo, muchas veces, constitucional, impone la necesidad de contar con un amplio campo de posibilidades que le permita encontrar la conducta o la decisión o el procedimiento debidos ante una determinada situación concreta. De ahí que “la doctrina” como fuente adquiere especial importancia y presencia, en especial, por su fuerza aclaratoria de ese marco normativo imperativo.

Difícilmente encuentre el funcionario una ley, o un reglamento, que le determine expresa, precisa y concretamente el rumbo a seguir en su proceder frente a un desafío que le presenta la rica realidad. Y esto, que pareciera un contrasentido con el principio de legalidad que ata a la conducta de la Administración, se realiza y toma cuerpo precisamente en la riqueza y fecundidad que propone “la doctrina” como fuente de propuestas concretas de respuesta frente a esos desafíos que presenta la realidad política y social que el administrador debe desentrañar.

El principio de legalidad, ha sostenido la doctrina española, *“supone una específica traducción, en el plano de la organización de los poderes estatales constituidos (concretamente del poder ejecutivo), destinados a integrar sucesivamente el ordenamiento y a aplicarlo, de los principios más generales – igualmente constitucionalizados– de vinculación de dichos poderes públicos (todos ellos) a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico (...) y de legalidad y jerarquía normativa. Su objeto consiste en garantizar que la acción de tales poderes se produce y desarrolla conforme al sistema diseñado por la norma fundamental, muy particularmente el reparto de competencias que ésta establece entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo; de ahí su estrecha conexión con el principio de división de poderes”*²⁶.

El Estado, como institución o entidad moral, es un programa de acción futura, existe “para algo”. Ese “para algo”, que es el bienestar general definido en nuestro Preámbulo²⁷,

26 Luciano PAREJO ALFONSO, *Las bases constitucionales del Derecho Administrativo*, en Parejo Alfonso, Luciano (coordinador), Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Luis ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 51.

27 Se refiere expresamente a la “justificación teleológica inspirada en el bien común” la Sentencia del Tribunal Supremo de España del 10 de junio de 1965.

le determina las capacidades que la institución tendrá para perseguirlo y obtenerlo. Con orientación a ese fin general el ordenamiento jurídico del Estado determinará las competencias y los fines parciales y específicos dirigidos a la obtención de aquel genérico. Por ello *"la competencia de un órgano ha sido concedida con ciertos fines, que, cuando no son expresos, deben determinarse por interpretación, y los actos de este órgano tendrán una finalidad que 'entre en el género de la prevista por la norma general'. Sólo así tendrá fundamento la legalidad. Y para ello debe encuadrarse en la finalidad que señala dicha norma general"*²⁸.

Este fenómeno interpretativo, que necesariamente se alimenta en las fuentes del Derecho Administrativo –cuando se trata de encontrar lo debido desde el punto de vista jurídico– es el que hace que el ámbito de discrecionalidad de la administración vaya desde un riguroso *"papel limitado y sometido in totum a la expresa norma legal autoritativa (materia de reserva legal absoluta)"* –como una posibilidad– hasta un terreno donde la discrecionalidad se corresponde con la riqueza de su definición, según el aporte de Sesín, como *"modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho"*²⁹.

Por esta razón es que quien ejerce facultades estatales debe estar atento, especialmente en lo que hace a los elementos propios del acto administrativo, a cómo *"la competencia, la forma, el procedimiento, la causa y el fin se hallan reglados, mientras que es en el objeto y en las circunstancias de tiempo y lugar donde puede haber mayor discrecionalidad; esto no implica negar que puede haber porcentajes de discrecionalidad en cualquier elemento del acto"*³⁰.

Y es allí donde el conocimiento de las fuentes del derecho se convierte en una cantera necesaria para el buen funcionamiento de la administración; es allí donde el aporte de los autores, de *"la doctrina"*, son capaces de aportar toda su riqueza como soporte de la interpretación adecuada de los marcos normativos que regulan el supuesto de hecho. *"Son estos científicos quienes acometen la tarea sistemática de analizar los textos sancionados, las costumbres practicadas, y la jurisprudencia vigente, explicando sus posibilidades lógicas, desentrañando su sentido, anticipando imaginativamente situaciones para incluirlas o excluirlas en el contexto normativo, y adelantando esquemas de integración y coordinación con sus respectivos argumentos"*³¹.

Podemos afirmar, entonces, que gracias a *"la doctrina"*, siempre que ésta se sustente en un importante grado de autoridad académica, los actos de administración amplían sus posibilidades de sujeción a la necesaria juridicidad en forma total y plena. En forma total

28 Juan Francisco LINARES, *Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 109; esto es lo que el autor denomina *"teoría de la especialidad"*.

29 Domingo Juan SESÍN, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Análisis jurisprudencial*, prólogo de Pedro J. Frías, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 29 y 126.

30 SESÍN, cit., p. 289; en igual sentido, Carlos Alfredo BOTASSI, *Control judicial de la actividad administrativa discrecional*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXXVII, n° 59, p. 45.

31 CUETO RUA, ob. cit., p. 31.

porque está vinculada a la *"totalidad del ordenamiento jurídico, cualquiera sea el rango y la forma de producción de las normas del mismo"*; y además, esa vinculación es plena *"en el sentido de que ninguna actividad de la administración escapa al derecho o es insusceptible de valoración desde el punto de vista jurídico"*³².

En conclusión, *"la doctrina"*, sostenida en su autoridad académica, constituye una fuente imprescindible para el funcionario, el asesor legal, el controlador, el legislador, etc. en el terreno del Derecho Administrativo. Es allí donde encuentra la posibilidad de amplitud y riqueza en su campo de acción política que es aquél de su actividad discrecional, no siempre claramente determinado con precisión, pero que es donde puede demostrar las razones que fundan y dan contenido a sus capacidades como conductor y como responsable de la gestión del bien común.

V. LOS RIESGOS QUE PRESENTA *"LA DOCTRINA"* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cuanto más importante sea la presencia de la doctrina como fuente, mayor es el peligro que entrañan sus defectos propios. Pues, como ha señalado Fernando Ronchetti, *"no podemos omitir señalar que hay una creciente tendencia a utilizar la autoridad de prestigiosos juristas para apoyar interesadamente determinadas interpretaciones de normas que se pretenden imponer (y en esto juegan un papel significativo las revistas jurídicas)"*³³.

Ya lo había advertido Guillermo Borda, quien nos hace notar cómo *"el derecho moderno está siendo testigo de una evidente declinación del prestigio y autoridad de los maestros del derecho"*³⁴.

Así como el funcionario o el asesor pueden concurrir a la fuente constitucional o legislativa con una alta dosis de confianza y seguridad, sin otros temores que los que provengan de sus deficiencias personales en la formación o en la orientación de sus propias capacidades interpretativas, no ocurre lo mismo en el terreno de *"la doctrina"*.

La fuente doctrinaria presenta una serie de riesgos de importancia que pueden alterar notablemente su función de fuente aclaratoria confiable del Derecho en general y del Derecho Administrativo en especial, por lo tanto corresponde tomar precauciones en su búsqueda y en su análisis que deben ser rigurosos.

1. Los intereses políticos e ideológicos: el pragmatismo, la *"militancia"* y las *"dos bibliotecas"*

En la medida en que el Derecho Administrativo tiene por objeto las conductas propias del ejercicio del poder, de las facultades y competencias del Estado en tanto y en

32 PAREJO ALFONSO, *Lecciones...*, op. cit., p. 155; el autor se refiere a *"legalidad"* pero nosotros preferimos la precisión de SESÍN quien hace referencia a la *"juridicidad"* de todo el accionar administrativo.

33 Fernando RONCHETTI, ob. cit., p. 8.

34 Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, tomo I, 5ª edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 97.

cuanto responsable de brindar respuestas adecuadas a la realidad social que se las exige, inevitablemente se desenvuelve en el terreno de la política.

En la base de la decisión administrativa estará contenida, necesariamente, una particular visión filosófica y política que tiene sus raíces profundas en una particular concepción acerca de la naturaleza del hombre y del Estado; y del rol que toca a este último frente a lo que se perciba como finalidad natural del primero. En toda decisión existe una opción de valor que se inscribe en el marco de esa concepción.

En la respuesta del Estado jamás está –ni estará– ausente la política y su sustrato filosófico que la sostiene; y en la política no existe –en supuesto alguno– la asepsia, o la neutralidad. Rara vez el contenido de la decisión es exclusivamente técnico, sin compromiso de contenido político. Aun lo técnico puede ser ubicado en el espectro político por su oportunidad o por su intensidad o por su frecuencia.

En la doctrina del Derecho Público el panorama no es muy distinto. Quienes escribimos sobre temas propios de la realidad política procurando encontrar una orientación que nos permite abrir un abanico de posibilidades dentro de la riqueza que nos brindan los principios generales del Derecho, nos encontramos con que carecemos de la distancia y de la frialdad propia de aquellos que se dedican a las ciencias denominadas “duras”.

El tratamiento de los temas del Derecho Público exige siempre la oportuna advertencia acerca del compromiso personal que implica el hecho de estar involucrado inevitablemente en el terreno analizado. Son temas que no pueden ser abordados como si ocurrieran en otras comunidades lejanas o en el mundo de la biología o de la química.

Sus cuestionamientos nos comprenden, nos comprometen, frente a ellos no somos “neutrales” y, tal vez, con gran esfuerzo, logramos algún grado de imparcialidad en el análisis gracias al espacio que hayamos logrado de independencia de criterio, de metodología explícita y de objetividad en el tratamiento de las fuentes, sobre todo, de aquellas que difieren de nuestra percepción del mundo.

Tampoco contamos con la distancia aconsejable respecto de los hechos analizados. Estamos interactuando y convivimos, justamente, con los acontecimientos que pretendemos estudiar. En otras palabras, el análisis de la “doctrina” difícilmente será frío y desapasionado.

Esta realidad ya nos advierte sobre la precaución que el decisor debe tener cuando aborda los temas en la doctrina del derecho; esto es así en el mundo de los autores bien intencionados; en el de aquellos que buscamos las respuestas honestas que nos brinda la ciencia jurídica y que estamos dispuestos a asumirlas aunque no sean las que más nos gustan o que no coinciden con nuestras ideas filosófico políticas.

Como ha destacado Agustín Gordillo, ni jueces, ni profesores, ni abogados somos neutrales; los jueces, los profesores, podemos ser imparciales e independientes; el autor nos propone con acierto la opción: “neutralidad vs imparcialidad e independencia”³⁵.

A esta circunstancia que, seguramente, acompañó a la decisión de los organismos públicos desde que existe el Estado, hoy le agregamos un componente, desgraciadamente

35 Agustín GORDILLO; *Comentarios*, en Alejandro NIETO y Agustín GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 80.

muy generalizado entre nuestros gobiernos contemporáneos, consistente en una visión preponderantemente oportunista, pragmática y utilitaria –por ello sustancialmente relativista– de los comportamientos políticos y un sometimiento generalizado a los resultados efectistas e inmediatos como doctrina única justificadora de las actitudes gubernamentales. Reflexiona Maquiavelo, en el capítulo XV de *"El príncipe"*, que *"un hombre que quiera ser bueno en todo es inevitable que fracase entre tantos que no lo son. Por eso es necesario que un príncipe que quiera conservar el poder aprenda a no ser bueno, y serlo o no según la necesidad"*.

Qué decir cuando estamos frente a quienes el campo de la investigación jurídica es un sitio donde encontrar únicamente las respuestas que nos gustan, que coinciden con nuestra ideología –o con la de nuestro contratante–, o con nuestro objetivo de negocios personales –sean que fueran económicos o no–.

Por ello también debemos incorporar al escenario de nuestra intelectualidad del Derecho Público en general, y al Administrativo muy en especial, el moderno enfoque *"militante"* de la política. Pues en estos tiempos se hace *"militancia"* de los objetivos políticos e ideológicos desde todos los rincones y en todos los terrenos. El *"compromiso"* que se ve convocado por la disciplina partidaria y por una visión más o menos totalitaria de la política –a estos efectos no es imprescindible que lo sea–, explicitada en la frase *"vamos por todo"*, ha invadido todos los rincones donde sea posible la actividad o la visión política de la realidad. Se hace *"militancia"* desde la literatura, desde la televisión, teatro, cine, también desde el Derecho en general y desde el Público muy en especial.

El *"pragmatismo efectista"* y el *"compromiso militante"* han hecho que la recurrencia a *"la doctrina"* se vea alentada por la necesidad imperiosa de encontrar los vericuetos o atajos o desviaciones en la interpretación de las normas de tal modo de sostener la decisión estatal indebida o la oposición infundada. Es imposible dirigirse hacia ella sin un cúmulo mucho mayor que el normal de razonables prevenciones y precauciones; con una cuota importante de una muy necesaria desconfianza.

La sobrevaloración de los resultados prácticos y efectistas por encima de cualquier principio o norma de valor que se pretenda realizar en los comportamientos estatales nos ha traído la ya famosa y comprobada realidad relativista de las *"dos bibliotecas"*.

Realidad innegable que coloca al intérprete no ya frente a una fuente aclaratoria de los contenidos normativos –con mayor o menor margen de acierto y error– para desentrañar aquellas conductas debidas en función de los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, de aquellos *"principios"* que menciona expresamente nuestro art. 28 CN, que no deben ser desvirtuados por las leyes que reglamenten el ejercicio de los derechos y garantías, sino frente a un inagotable surgente de posibilidades de defender cualquier decisión de cualquier tipo y calidad, de cualquier orientación y –también– de cualquier valor normativo. Siempre habrá un autor que ponga su ciencia –o su habilidad y destreza– a disposición del capricho o de la arbitrariedad o del autoritarismo que el funcionario quiera poner en funcionamiento con su apreciable ayuda.

Si bien *"la doctrina"* en el campo del pensamiento del Derecho Público siempre exigió una sana precaución en su abordaje, la visión de las *"dos bibliotecas"* ha traído al Derecho

Administrativo un manto de desconfianza y de fundada sospecha sobre toda referencia a *"la doctrina"* como fuente. Se impone, ante cada decisión, la pregunta obligada y frecuente: ¿a cuál de las dos bibliotecas se ha recurrido? O también, ¿a cuál línea *"militante"* ha recurrido el decisor?

La base de acceso a la realidad política es la que tiene por definitivamente probada la realidad de que no existe opción que no suponga alguna actitud *"militante"* o de compromiso con las líneas políticas ideológicas involucradas; la de que no existe posición neutral, ni aséptica. Nos recuerda a las reflexiones de Sampay³⁶ cuando señala que la *"no intervención"* en la economía, es un modo de intervención en favor del más fuerte.

Y coincidimos, como ya dijimos, en que no hay pensamiento neutro. Siempre hay posicionamiento. Pero nuestro ordenamiento político fundamental republicano representativo federal y democrático (art. 1 CN) tiene eso ya resuelto: el compromiso es con la Constitución. Y no hay otro por encima de él en el terreno político e institucional. Es por eso que todos los juramentos de los funcionarios, de los militares, de los embajadores, de los jueces y de los abogados –cuando se incorporan a la matrícula para asumir su compromiso ético público–, juran obligadamente, en un marco de respeto a sus convicciones religiosas–, *"cumplir y hacer cumplir la constitución..."*. Allí están los valores básicos del compromiso de nuestro sistema político institucional.

El ordenamiento jurídico le impone al funcionario que *"jure no ser neutral"* frente a los valores compartidos que están en la Constitución.

Tanto es así, que se ha previsto en el art. 36 CN que *"Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático"*. Nótese el compromiso, de profundo contenido filosófico político, que implica la clara diferenciación entre *"orden institucional"*, por una parte, y *"sistema democrático"*, por el otro.

Pues, si bien son conceptos ambos inseparables, la diferenciación clara del texto implica el compromiso con la afirmación de que *"la democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno... es la única que propone como fundamento del orden político la dignidad del hombre libre"*³⁷ en los términos así formulados por Burdeau en el siglo pasado. Nosotros podríamos decir que somos democráticos plenamente pero nunca tanto como para decidir no serlo.

Nuestra Constitución Nacional contiene compromisos de valor, que constituyen *"principios"* en los términos del art. 28 CN, ya mencionado, que orientan la interpretación comprometida con ellos, y que se encuentran expresados en su texto, tales como la equidad, la solidaridad y la igualdad de oportunidades (art. 75 inc. 2 CN), la búsqueda del *"progreso económico con justicia social"*, y *"equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones"* (art. 75 inc. 19 CN), y el de *"promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato"* (art. 75 inc. 23 CN).

36 Arturo Enrique SAMPAY, *La reforma constitucional*, Ediciones Laboremus, La Plata, 1949, p. 37.

37 Georges BURDEAU, *La democracia. Ensayo sintético*, prólogo de Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, pp. 19 y 23.

Frente a estas metas no cabe al intérprete, sea que fuere legislador, juez, funcionario, asesor, controlador, una actitud *"neutral"*. Estos valores son los que deben orientar al decisor a la hora del desconcierto que puedan provocarle las *"dos bibliotecas"*, pues le abren un inmenso desafío y un amplio campo de posibilidades a su inteligencia en la decisión; siempre con un límite claro que es la Constitución misma.

La relatividad de valores que le presenta el argumento de las *"dos bibliotecas"* le ofrece al funcionario la posibilidad infinita de dotar a sus decisiones, cualesquiera que fueran, de una *"adecuada"* y *"suficiente"* motivación; y con ella, la falsa sensación de que su acto se aleja de lo caprichoso y arbitrario; a la vez le brinda la convicción de su poderío sin –o con pocos– límites. El funcionario que ha resuelto trasponer los límites que la ley marca a sus facultades, logra así una apariencia de cumplimiento del principio de *"racionalidad"* que, según la Carta del CLAD³⁸ *"se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales"*.

No hay, verdaderamente, *"dos bibliotecas"*.

Hay una sola; en ella está la Constitución. Es una que, ajustada a los valores constitucionales compartidos, propios de nuestro Estado social y democrático de derecho, brinda una gran amplitud de posibilidades de realización del bienestar general; y que, inspirada en la tolerancia, que es base del pluralismo –implícito necesariamente en la Constitución–, permite actuar al funcionario en el máximo despliegue de sus capacidades que lo llevaron al cargo, con la discrecionalidad propia de sus competencias constitucionales que implica necesariamente el *"rechazo a todo tipo de dogma y de toda verdad única"*, por lo tanto, en contra del *"multiculturalismo"* que impide la integración y aísla a los grupos de la sociedad y que impide la democracia³⁹.

Y la otra biblioteca, de existir, es la propia de los argumentos amañados, retorcidos, basados en sofismas, generalmente de fácil comprobación de su falsedad; que sirve de refugio a propuestas que eluden el compromiso constitucional; que atentan contra la Constitución, sobre todo que pone en evidencia que su único sentido es el de romper, a través de su relativización y de transformarlos en *"discutibles"*, los cauces y los límites que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de las competencias que él mismo habilita, para posibilitar el control del poder que es un requerimiento imprescindible en un orden democrático.

Por ello es que el corrupto necesita de esa *"otra biblioteca"* para sostenerse, pues, como se ha señalado con acierto, *"el problema práctico con el que se ve enfrentado el corrupto es el*

38 Nos referimos al art. 2 *"Principios"*, punto 4, de la *"Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública"*, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá, Panamá, 27 y 28 de junio de 2013, y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá en los días 18 y 19 de octubre de 2013.

39 Giovanni SARTORI, *La democracia en 30 lecciones*, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2009, p. 123.

*de cómo conciliar la existencia simultánea del sistema normativo relevante y del subsistema de corrupción, que tan provechoso le resulta*⁴⁰.

2. La envergadura de los intereses económicos frecuentemente involucrados

En el punto anterior nos hemos ocupado de las desviaciones que puede proponer la doctrina "*orientada*" política e ideológicamente. La peligrosidad que la sostiene es el hecho de que sus promotores no son sujetos sometidos a la obiedad de los negocios económicos sino que presentan un desinterés en ese plano que hace más atractivos sus argumentos. Pero cabe analizar el caso donde es el beneficio económico el que manda; el terreno donde reina el refrán argentino de "*por la plata baila el mono*", o mexicano de "*con dinero baila el perro*".

En nuestros días ha dejado de ser impensable que algún autor, más o menos conocido, no digamos prestigioso, podría brindarse a sostener, fundar, escribir y publicar en alguna editorial una determinada argumentación jurídica a favor de determinado interés que se ventila en un –también determinado– expediente administrativo que está sujeto a la decisión de la autoridad administrativa. Y ello a cambio de una contraprestación en carácter de remuneración no necesariamente admitida en forma pública u ostensible.

No hay norma en los códigos de ética de los abogados que sancione el dictamen "*por encargo*"; por el contrario, es uno de los rubros propios de la defensa de parte y del compromiso con el cliente al que debe el abogado en su lealtad. En ese ámbito se contrata –precisamente– la legítima búsqueda de la argumentación necesaria y adecuada para la defensa del interés particular del contratante.

Otra cosa es la contratación de un dictamen para su presentación como expresión del interés público con el objeto de ofrecerlo y difundirlo en ese carácter ocultando su condición de compromiso de interés particular comprometido en un entuerto político, administrativo o judicial. Es el caso en que se lo presenta como fruto de la reflexión académica del firmante; quien, generalmente, es un conocido profesor o frecuente suscriptor de trabajos y artículos confeccionados "*por encargo*" que se mantiene oculto.

Existen normas que guían la ética de los comportamientos académicos, sólo aplicables a quienes estuvieran sujetos a control por parte de alguna entidad universitaria o de investigación, pública o privada. Aunque también son escasamente aplicadas en forma efectiva, pues tampoco suele producirse una condena más allá de la ponderación de sus colegas ante quienes no es imposible, pero sí difícil de ocultar con facilidad, el verdadero carácter de la publicación.

No hay sistema efectivo que sancione a quien confunde sus dictámenes jurídicos, producidos a pedido y en defensa de algún interés concreto, y los publique en carácter de doctrina objetiva y con pretensión científica, ocultando su origen profesional y su destino de alegato a favor del cliente coyuntural.

40 Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Calamidades*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004, p. 208.

Cabe reiterar que consideramos que la defensa convencida y honesta que el doctrinario del Derecho Administrativo pueda hacer, aun en una publicación científica, comprometida con los intereses de su cliente es plenamente válida mientras no oculte su carácter de tal. Así como la estimable crítica de carácter doctrinario dirigida contra alguna decisión judicial no debe ocultar la circunstancia de haber tenido actuación profesional directa o indirecta a favor de alguna de las partes del proceso cuya sentencia se somete al análisis que, en estos casos, deja de ser "*científico*".

Tampoco comprendemos en esta censura a aquellos casos en que la parte que pretende una decisión en determinado sentido acompaña a su pretensión el dictamen legal elaborado especial y específicamente, obviamente contratado, por algún prestigioso autor doctrinario de la materia que lo suscribe.

Cuando nuestra administración toma decisiones sobre intereses de una envergadura económica que excede los parámetros normales, debe poner toda su desconfianza en "*la doctrina*" que le acercan las publicaciones concomitantes en ese mismo tiempo y lugar, aparentemente escritas para supuestos hipotéticos de un parecido asombroso y "*casual*" pero seguramente "*no ajeno*" a lo que se discute en esas actuaciones.

Esta opinión doctrinaria elaborada "*por encargo*", tanto cuando se presente en forma abierta, como cuando lo fuera solapadamente, no deja de ser un alegato que no debe ser tomado, en caso alguno, como fuente de interpretación sino como –lo que es en realidad– un argumento de parte interesada. Que podrá estar suscripto por algún doctrinario de mayor o menor prestigio y reconocimiento público y académico, que podrá contener algún grado de acierto en la solución jurídica, pero que carece del valor de fuente de derecho sea quien fuere quien lo respalde.

Y si se trata del juez administrativo que debe decidir un conflicto, cuanto mayor sea el prestigio de quien suscriba el dictamen mayor será el deber que recaerá en él de consultar otras opiniones de "*la doctrina*", ahí sí, como fuente, para verificar los asertos del argumento de parte acompañado como importante opinión –a no dudarlo–, pero nunca independiente, a las argumentaciones de parte en el diferendo. En este supuesto es muy útil la doctrina del derecho comparado.

Frente a esta realidad, reconocida también por los autores, no cabe sino profundizar el compromiso con los valores expresados por nuestro orden constitucional que nos permiten su empleo como puntos referenciales orientadores en la interpretación de "*la doctrina*" como fuente de las decisiones.

3. Las diferencias en los principios de Derecho Público de los distintos contextos normativos

Otro riesgo, sobre el que nos advierte –con razón– Agustín Gordillo⁴¹, es aquél de no considerar debidamente el entorno constitucional en el que se desenvuelve la doctrina consultada; sobre si ésta se refiere al derecho anglosajón o si al europeo. Agregamos: si a un orden federal, como el nuestro, o unitario, como el francés o el chileno.

41 GORDILLO, *Tratado...*, ob. cit., tomo 1, p. VII-50.

Fundamentalmente, debemos tener muy en cuenta si nos informamos sobre doctrina escrita en un medio donde existe el control difuso de constitucionalidad, donde la fuente tendrá un papel más decisivo por la envergadura de la decisión en que puede desembocar la resolución judicial, o si lo está en un sistema de control centralizado donde el juez no puede apartarse del texto de la ley.

Insistimos, en nuestro caso argentino merece especial precaución la que hay que poner en el caso de doctrina escrita en sistemas fuertemente unitarios y que son –y lo han sido en el siglo XX– muy influyentes en nuestro derecho, como es el caso del derecho público francés, con instituciones difícilmente asimilables a nuestro sistema federal.

Son numerosos los institutos propios de ese origen francés que han influido en nuestro Derecho Administrativo; ejemplo de ello es la doctrina sobre la naturaleza autárquica del municipio, o sobre el carácter pretendidamente centralizado nacional, y no provincial, de la competencia para determinar cuáles son los bienes del dominio público, como consecuencia de la herencia incorporada en ese sentido en nuestro Código Civil tomada del francés por Vélez Sarsfield.

En el Derecho Público argentino estas circunstancias, control difuso, sistema federal, autonomía del municipio, que nos acercan al sistema norteamericano, tienen importancia decisiva para llevarnos a poner el acento en el cuidado con que debe desempeñarse el intérprete.

4. La carencia de pronunciamientos de doctrina en forma colectiva

En el campo del Derecho Internacional revisten especial importancia los debates científicos seguidos de pronunciamientos expresos doctrinarios colectivos en el ámbito de asociaciones académicas; *"es frecuente en el caso de instituciones científicas como por ejemplo, el Institut de Droit International o la International Law Association"*⁴².

En nuestro país es frecuente, aunque no demasiado –pero siempre muy útil–, el pronunciamiento de nuestras dos Academias Nacionales de Derecho, que tienen sus respectivas sedes en Buenos Aires y en Córdoba, sobre temas específicos de interés relevante. También se han registrado opiniones comprometidas de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; sobre todo con oportunidad de la Reforma constitucional de 1994.

Pero esto, que sí ocurre en el Derecho Civil, no tiene su equivalente en el Derecho Administrativo. Es más, es posible encontrar opiniones doctrinarias con votaciones nominales de los destacados profesores asistentes, sobre temas del Derecho Administrativo, como es el caso de la responsabilidad del Estado, de los concesionarios de servicios públicos, del tratamiento de las normas de protección de usuarios y consumidores, en Jornadas Nacionales de Derecho Civil; pero jamás en las de Derecho Administrativo.

Si bien se realizan dos importantes reuniones nacionales al año, comprensivas de prácticamente la totalidad del espectro de la doctrina, que son las organizadas por la Universidad Austral, en Buenos Aires, y las que –como ésta en Formosa– realiza la Asociación

42 Ver Zlata DRNAS de CLÉMENT, *Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente*, en sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, p. 21.

Argentina de Derecho Administrativo (AADA), en distintos lugares de la geografía argentina, que generan en ambos casos sus respectivas publicaciones de ponencias muy relevantes, no ofrecen pronunciamientos colectivos consensuados sobre puntos doctrinarios. Hay algunos intentos del Foro de Profesores de Derecho Administrativo organizado por la misma AADA, creado como consecuencia de una iniciativa del profesor Julio Rodolfo Comadira, pero no revisten todavía la importancia que es de esperar.

Estos pronunciamientos de cuerpos de profesores, entre los cuales se encuentran jueces, abogados, funcionarios, asesores del sector público, podrían tener mayor fuerza que aquellos pronunciamientos individuales. Permitiría también asumir compromisos futuros de interpretación que colaborarían a una mejor previsibilidad de lo que es de esperar desde el mundo de *"la doctrina"* como fuente material y real del derecho.

VI. REFLEXIONES FINALES

"Los juristas son científicos que operan conforme a ciertos principios metódicos... sus razonamientos siguen cierto orden y obedecen a ciertos principios", nos señala Cueto Rúa⁴³ y coincidimos con él en la medida en que nos manejemos con un concepto de *"Jurista"* así, con mayúsculas. Esos *"principios metódicos"* constituyen una meta y un desafío para quienes tratamos de transitar con seriedad académica los caminos de la investigación jurídica.

Y también estamos de acuerdo en la comprobación fáctica de que, en los hechos, el juez y el asesor del funcionario recurren a *"la doctrina"* en búsqueda de orientación a la hora de definir con mayor precisión los contenidos normativos que guían esas conductas que corresponden como debidas para una situación concreta, siempre en un marco fáctico político determinante de esa búsqueda.

Más allá de los contenidos y de las advertencias que hemos hecho sobre los peligros de carecer –intencionadamente o no– de la independencia necesaria para servir de fuente aclaratoria real en la decisión jurídica, el razonamiento científico jurídico enseña a pensar, a pensar en derecho; lleva al decisor a analizar con criterio y con orden las distintas posibilidades de su decisión. Sobre todo en aquellos campos donde la norma jurídica aparece como demasiado general o sumamente apartada de la realidad cotidiana y palpable sobre la que el funcionario debe resolver.

Las actuales tendencias pedagógicas en el terreno de la enseñanza de posgrado en Derecho Administrativo, como en otras ramas del derecho en general –pero con especial impacto en la nuestra–, orientada a la dedicación de una considerable porción del esfuerzo al análisis de casos, con aplicación del denominado *"método del caso"*⁴⁴, plantea una proyección interesante en el terreno de los futuros doctrinarios del Derecho Público.

43 CUETO RUA, ob. cit., p. 202.

44 Cabe reconocer en este terreno un especial protagonismo a Julio Rodolfo COMADIRA quien desde la Maestría en Derecho Administrativo, que fundó y desarrolló desde la Universidad Austral, provocó un cambio metodológico que hoy es de aplicación generalizada en la totalidad de los posgrados de Derecho Público argentinos y de varios de nuestros vecinos hispanoamericanos.

Si bien ha chocado inicialmente con la tradicional tendencia al análisis estrictamente lógico formal deductivo de la normativa codificada que caracteriza a nuestro derecho local, ha enriquecido notoriamente la capacidad de respuesta concreta a los requerimientos de la realidad cotidiana. Ha sustraído el análisis de su natural tendencia a la discusión meramente especulativa que aparta al derecho de su ubicación esencial entre las ciencias prácticas del obrar.

Pero es imprescindible que, cuando se trate del Derecho Público, el "caso" analizado o "la doctrina" invocada sean debidamente contextualizados históricamente. Es de muy poco valor el análisis de la respuesta jurisprudencial o de la doctrinaria, si no se produce una descripción muy clara y precisa del momento histórico político que le sirvió de contexto al momento de su aparición en la realidad jurídica.

Cabe, una vez más, la reflexión de Cueto Rúa: *"La pregunta que debe formularse en esta materia no es tanto la de si los jueces se encuentran legalmente obligados a inspirarse en la doctrina, cuanto la de si, de hecho, se inspiran en ella y por qué razones"*⁴⁵. Y sabemos que así lo hacen.

Por ello "la doctrina", abordada con las debidas precauciones y desconfianzas, como fuente aclaratoria es de atención ineludible y por ello también inevitable nuestra responsabilidad como profesores y como autores de Derecho Administrativo. Esta realidad nos obliga, nos compromete, nos involucra decididamente como parte de una respuesta que la comunidad con todo derecho nos exige y espera de nosotros que estemos a la altura de sus necesidades y merecimientos.

Chacras de Coria, 9 de abril de 2015.

45 CUETO RUA, ob. cit., p. 204.