

Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval *por Juan Bautista Justo*¹

I. Introducción

En general, predomina entre nosotros la visión de la Edad Media como un período histórico oscuro, en el que no existía un orden jurídico formal y todo estaba librado a la arbitrariedad de los más poderosos.

Lo cierto es que esa descripción no es del todo veraz. Por el contrario, esta época estuvo caracterizada por el pluralismo jurídico, es decir, por un esquema de convivencia de diferentes sistemas y fuentes del derecho sobre un mismo territorio en el que ninguno de los órdenes particulares podía tener la pretensión de absorber o excluir a los demás. Esa interacción hacía que la función más importante del poder público fuera la jurisdiccional, pues solo a partir de ella era posible intentar coordinar la multiplicidad de regulaciones que componían el orden medieval.

Como vamos a ver, ese escenario se repite hoy, lo cual plantea desafíos inéditos y nos obliga a cambiar la mentalidad en la que fuimos formados como abogados.

II. El orden medieval

Con el término “Edad Media”, se suele describir el tramo de diez siglos de historia europea que va desde la caída del Imperio Romano en el siglo V hasta la aparición de la soberanía estatal moderna en el siglo XV renacentista.²

1 Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. justo.juanbautista@gmail.com

2 Tamahana, Brian, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, 375, 2008.

La trama central de esos diez siglos reside en la ausencia de un ejercicio unificado del poder. Aun cuando luego de la decadencia de Roma sobreviven estamentos orientados bajo cierta vocación universalista, como el imperial, esa pretensión carece de efectividad, por lo que predomina en los hechos una multiplicidad de poderes con capacidad de control sobre espacios bastante limitados, generalmente legitimados por la posesión de la tierra.³

Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos -cada uno con su propio régimen- y partir del siglo XI se suman los ordenamientos de las ciudades, que van dotándose de formas de gobierno cada vez más autónomas. Sin embargo, ninguno de esos liderazgos puede calificarse como soberano, en la medida en que ninguno de ellos monopoliza el control militar, económico y menos jurídico del territorio común. Por el contrario, en el mismo espacio convivían diferentes autoridades y, por lo tanto, las funciones gubernamentales eran provistas por uno o más sujetos -nobles, vasallos, gremios, Iglesia- de acuerdo a criterios funcionales o personales. Los habitantes se debatían entre diferentes mandatos y por eso se dice que el de la Edad Media era un sistema de autoridades superpuestas y lealtades múltiples.⁴

No existe, como vemos, un proyecto totalizador. La mayor parte de la vida de los ciudadanos, sobre todo aquella de relevancia económica y patrimonial, se desarrolla fuera de las escasas previsiones legales. La principal herramienta jurídica se residencia en la fuerza normativa autónoma y primaria de la costumbre, sedimentada en un entramado de miles de vínculos, que van des-

3 Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2011, p. 34; Bemont, Charles & Monod, Gabriel, *Medieval Europe. 395-1270*, Lecturable, New York, 1902; Strayer, Joseph, *On the medieval origins of the Modern State*, Princeton University Press, New Jersey, 2005.

4 Bull, Hedley, *The Anarchical Society. A study of order in world politics*, Palgrave, New York, 1977, p. 254.

de el terreno político al económico, del estamental al profesional, del religioso al familiar, y así.⁵

El orden medieval se caracteriza, al final de cuentas, por la intrínseca limitación de los poderes públicos.⁶ A diferencia del Estado de derecho constitucional –en el que esa limitación constituye la meta esencial de lo jurídico para la salvaguarda del individuo,⁷ no se trata aquí de una restricción conscientemente buscada y cristalizada en normas positivas generales –que ninguno de esos poderes tenía el poder ni el deseo de elaborar– sino de una limitación de hecho, que responde a la desaparición de la posibilidad misma de ordenar las relaciones civiles, económicas y políticas a partir de un núcleo, a la ausencia de una fuerza centrípeta que mantenga unido al todo y contrarreste las tendencias centrífugas provenientes de la individualidad y de las corporaciones.⁸

La sociedad feudal no contempla la intervención de un poder externo a ella. La idea de un sujeto con capacidad de titularizar la coacción en nombre de un interés general le resulta enteramente extraña. La caída del Imperio Romano, como arquetipo del poder de vocación totalizante, hace que el poder político se redistribuya en una poliarquía, una constelación de corporaciones

5 Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

6 Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 35.

7 “La lucha por la instauración y el progresivo perfeccionamiento del Estado de Derecho es la lucha para el establecimiento y la ampliación de los límites del uso de la fuerza” (Bobbio, Norberto, “La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos”, Bobbio, N., Pontara, G. y Veca, S., *Crisis de la Democracia*, Ariel, Barcelona, 1985).

8 Gamba, Ricardo, “Estado, Descentralización y Democracia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional del Comahue, 1997.

con sus propias reglas y foros que se reparten el poder con el monarca, quien –lejos todavía del status de soberano- ejerce un papel secundario y mediatizado, que no resultará cualitativamente distinto al de los señores sino hasta la recepción de las construcciones de Bodin.

En ese marco, en la forma de producción del derecho medieval sobresalían tres rasgos:⁹

a) Era *aluvional*, es decir, seguía el devenir de la sociedad sin intentar predeterminarla, haciendo que las prácticas y soluciones jurídicas fueran acumulándose en capas;

b) Era *pluralista*, pues estaba en conexión con la sociedad y con sus fuerzas plurales, expresándolas sin pretensión de sofocarlas bajo modelizaciones abstractas;

c) Era, en consecuencia, *extraestatal*. Salvo en aquellos ámbitos más directamente ligados a la esfera pública, la producción jurídica dependía de los sujetos titulares de los diferentes órdenes particulares –nobiliario, estamental, eclesiástico, etc.- y no de un único centro.

Ahora bien, esta dispersión de fuentes hacía que la labor de armonización de los intereses en conflicto que corresponde a la autoridad no pudiera lograrse a través de la uniformación de soluciones plasmada en normas generales e imperativas para todos. Por eso, en esta etapa la función esencial del poder público no es de carácter legislativo sino jurisdiccional.¹⁰

9 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 70.

10 Mannori, Luca & Sordi, Bernardo, “Justicia y Administración” en Fioravanti, Mauricio (ed.), *El Estado moderno en Europa*, Trotta, 2004, Madrid, p. 65 y ss.

El príncipe medieval es el gran juez de su pueblo, no su legislador,¹¹ porque la función de creación del derecho está en manos de la constelación de corporaciones medievales.

III. Modernidad y ley

El Estado Moderno surge como resultado de la firme voluntad de erradicar ese pluralismo jurídico tan propio del orden medieval. La meta común de los dos grandes enemigos del feudalismo -primero el príncipe devenido en monarca absoluto (siglos XIII a XVIII) y luego el burgués devenido en legislador (siglos XVIII a XX)- es la completa eliminación de esa red de ordenamientos particulares.¹²

El gran dispositivo para esa erradicación será la soberanía. En función de ella, todos los poderes que antes se encontraban dispersos y carecían de una voz de mando que los unificara, pasan a encontrarse nucleados bajo una autoridad superior común: el soberano. El rasgo distintivo del recorrido histórico que da lugar al Estado moderno reside en la consolidación de un único centro de poder, supremo frente a todas las entidades intermedias. Del pluralismo medieval se pasa a una estructura totalmente binaria: para el Derecho sólo están el Estado y el individuo.¹³

11 Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, Escuela Libre de Derecho, Michoacán, 2004, p. 24.

12 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., p. 32.

13 Probablemente, el desalojo del principio de fraternidad –que integraba junto con la libertad y la igualdad el tríptico fundacional del ideario democrático moderno- de la escena política posterior a la revolución francesa respondió a esa concepción binaria. El nuevo sistema social quedó cifrado en torno a la coordinación exclusivamente estatal de derechos titularizados por individuos independientes y racionales que persiguen su propio interés en competencia y todas las expresiones de lo común canalizadas por fuera del Estado fueron desterradas a los márgenes del sistema político (véase, Justo, Juan, “La tragedia ambiental y la pieza que falta”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de*

Es justamente gracias a ese dato de la supremacía que el Estado nacional pudo consolidarse frente a las demás instancias de poder que predominaban en la época de su surgimiento, como la Iglesia o los señores feudales. La configuración de los elementos esenciales del Estado sólo fue posible luego de asegurar al rey un mando no subordinado a ningún otro poder exterior o interior y ello se tradujo en: a) un territorio unificado; b) una población sometida a un único centro de poder, y; c) una única burocracia y un sólo ejército.¹⁴

El gran dispositivo de centralización fue la jerarquización de la función legislativa como herramienta principal del poder público. Las monarquías modernas son el resultado del fortalecimiento del poder regulador de los reyes, de la exigencia de expresarse como legisladores. En oposición al ideal anterior, que veía al príncipe sobre todo como juez supremo, ahora se toma la producción de normas autoritarias como emblema de la realeza y de la soberanía.¹⁵ La nueva idea de autoridad política ya no reside solo en el derecho a dictar decisiones finales en los conflictos sino que se funda sobre todo en la posesión del poder de legislar e imponer burocráticamente la aplicación de esas reglas.

Ya no se trata, entonces, de coordinar una multiplicidad de unidades políticas y sociales tendientes a la horizontalidad y en gran medida autorreguladas, sino de establecer un sistema unificado de decisiones públicas sobre los cada vez más variados aspectos de la vida cotidiana a los que la autoridad extendía su competencia.

A partir de la caída del absolutismo en el siglo XVIII, se entenderá que el ejercicio de ese poder único –que queda ahora

Palermo, Año 2, N° 1, mayo 2013).

14 Fayt, Carlos, *Derecho Político*, t.I, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 238.

15 Salgado, Juan Manuel, “La utopía burocrática. La racionalidad estatal en la física moderna”, (tesis doctoral inédita), p. 46.

residenciado en el Pueblo- debe conferirse a los órganos representativos de la voluntad general. La soberanía de origen divino que justificó el absolutismo se transformaría con la Revolución Francesa en soberanía popular y de esa forma pasaría a dar contenido a la democracia moderna. La voz del representante legislativo es la herramienta excluyente de organización social; al aparato burocrático sólo le cabe el rol de brazo ejecutor de esos mandatos generales aplicables a todo el territorio y al juez el de un simple emisario de la ley.

La ley pasa a ser el sol del nuevo régimen porque constituye la expresión más acabada del dispositivo central de legitimación, la autonomía individual. Persona y poder público, libertad y autoridad *se hacen uno en la ley*. Si el fundamento axiológico del Estado pasa a estar depositado en la idea de *autodisposición* de la sociedad sobre sí misma, si la dicotomía autoridad / libertad se resuelve en el predominio absoluto de la ley formal como expresión de la voluntad común de sus destinatarios,¹⁶ necesariamente ella no puede ser postergada por ninguna pretensión particular.¹⁷ La ley desplaza lo sectorial, porque lo absorbe.¹⁸

16 Resumida en el ideal rousseauiano por el que “cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes” (Rosseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 14) y plasmada en los arts. 4º, 6º y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

17 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 114.

18 “La Ley es el instrumento sine qua non de la igualdad; frente a las órdenes individuales y arbitrarias, frente a los privilegios y las derogaciones singulares, que definían el contenido típico del sistema jurídico medieval y absolutista, la Ley nueva, en su misma esencia, sólo contiene preceptos generales, universales, que alcanzan por igual a todos los ciudadanos, generalizando y unificando en un sólo régimen común... la pluralidad de status y de situaciones jurídicas singulariza-

El principio de legalidad constituye el punto culminante de la estrategia histórica de concentración de poder y el resultado de esta transición es la *reducción del Derecho a la ley*.¹⁹ Los órdenes particulares de base religiosa, gremial o estamental son sustituidos por una única fuente del derecho: la ley como expresión de la voluntad general. La costumbre, que antes tenía un rol principal, pierde dramáticamente su valor jurídico. La reducción del derecho consuetudinario a la condición de mero hecho es una de las expresiones más fuertes del plan de erradicación del pluralismo jurídico, en la medida en que expresa la negación de la vinculatoriedad de las prácticas espontáneas en el espacio social y su sustitución por el derecho emanado del Estado.²⁰

El cenit de esa nueva cosmovisión es el Código Civil, con su pretensión de ser fuente unitaria, completa y exclusiva del derecho por sobre todas las demás expresiones jurídicas²¹

doras precedentes” (García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, p. 43).

19 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., p. 36.

20 Grossi, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, cit., p. 21; Ross, Richard & Stern, Philip, “Reconstructing Early Modern Notions of Legal Pluralism”, en Benton, Lauren & Ross, Richard (eds.), *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, New York University Press, New York, 2013, p. 109-41.

21 El posicionamiento de los códigos como arquetipo del fenómeno jurídico fue el resultado de la estrategia radicalmente innovadora que demandaba la consolidación de la burguesía como clase dominante y que consecuentemente animó la experiencia revolucionaria francesa y continuó la codificación napoleónica. Esa finalidad abrogatoria del derecho (estamental) existente fomentó la creencia de que el nuevo complejo sistemático de normas expresaba la sustancia del ordenamiento, de ahí el tratamiento de “derecho de fondo” y “Código Civil” como sinónimos. En esa fabulosa empresa “El nuevo Derecho ya no es un añadido más (al) complejo normativo existente; es, primordialmente, totalmente abrogatorio del Derecho existente, opera un vaciado

Si antes se entendía al derecho como algo dado por la costumbre y el orden natural, pero no gestado exclusivamente por el poder público; en la modernidad sólo existirá el Estado y recién luego el derecho, como un producto exclusivamente estatal.²² Si el Estado no reconoce una regla, ella carece de relevancia jurídica, no es derecho. No es una casualidad que el art. 1197 del Código Civil velezano estableciera que el contrato es ley para las partes. La única causa vinculante puede ser la ley y por lo tanto es necesario asimilar la convención a ella para dotarla de imperatividad.

De modo vertiginoso, el nuevo sistema de fuentes quedó herméticamente cifrado en una organización jerárquica, el pluralismo jurídico murió y la principal función del poder público pasó a ser la legislativa. En ese esquema nos formamos como abogados y ejercemos la profesión.

IV. La globalización del derecho y la vuelta al orden medieval

La globalización del derecho, que encuentra en la protección de los derechos fundamentales una de sus puntas de lanza más potentes, se ha traducido en la decadencia de la ley como instrumento de regulación social, la reaparición del

total del

Derecho vigente en una sociedad determinada *para sustituirlo por otro enteramente nuevo, construido y articulado como un aparato racional sistemático completo*, que pretende encerrar en sus ordenadas cuadrículas la totalidad de la vida social, aunque remita una buena parte de ella a la libertad” (García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 92, 1996).

22 Clavero, Bartolomé, “La idea de código en la ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos*, Vol. 6, p. 49-88, 1979.

pluralismo jurídico²³ y la revalorización del juez como el gran gestor del caos de normas y mandatos en conflicto.²⁴ Este fenómeno responde a tres razones fundamentales:

1) Fragmentación normativa

El sometimiento a normas y tribunales internacionales, que penetran cada vez más en el funcionamiento doméstico, implica la sujeción a un orden donde —al igual que en la Edad Media— no existe un único centro de poder. Con salvedades muy puntuales, como el *ius cogens*, en el derecho internacional no rige el principio de jerarquía,²⁵ con lo cual los crecientes conflictos entre normas no pueden ser resueltos bajo los criterios modernos. Ello conduce a la fragmentación del orden jurídico.

Como en la Edad Media, hay pluralidad de fuentes y ellas no están ordenadas por un criterio sistémico. Más aún, dentro del nuevo modelo la ley desempeña un papel secundario, y así lo explicitan los incisos 22 y 24 del art. 75 de la Constitución argentina al consagrar la supralegalidad de la fuente jurídica internacional. La calidad superior de la ley, como invención máxima de la modernidad, está desterrada expresamente en el propio texto de la nuestra Constitución luego de 1994. Ese destierro no es una especulación teórica, sino una realidad jurídica dramática; y es difícil saber si los constituyentes conjeturaron sobre las implicancias de tal decisión.

23 Berman, Paul Schiff, “Global Legal Pluralism”, *Southern California Review*, Vol. 80, 2007; Zumbansen, Peer, “Transnational Legal Pluralism”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 10, N° 2, 2010.

24 Justo, Juan, “La estabilidad en el empleo público. Cincuenta años de reconfiguración de fuerzas en la división de poderes”, *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero 2013.

25 Justo, Juan, “La estabilidad en el empleo público. Cincuenta años de reconfiguración de fuerzas en la división de poderes”, *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero 2013.

2) Fragmentación interpretativa

El poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines

contradictorios.²⁶ Por caso, el Estado argentino debe acatar los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, los laudos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, etc. Podemos agregar varias decenas de órganos que terminan produciendo obligaciones más o menos vinculantes (*hard y soft law*) sobre el Estado.

Ese nuevo escenario de pluralidad de regímenes disociados entre sí hace que los diferentes actores acudan a los foros más favorables para condicionar las políticas que los afectan. Se elige el foro y al hacerlo se determina el enfoque y el marco jurídico bajo el que se será examinada la controversia.²⁷ Las tensiones interpretativas que existen entre los diferentes “tribunales” muestran que asistimos a una lucha por la hegemonía, en la cual cada subsistema aspira a que sus intereses sectoriales se identifiquen con el interés general del derecho internacional.

26 Romano, Cesare, “The Proliferation of international judicial bodies: The Pieces of the Puzzle”, *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 170, 1998; Shany, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 19.

27 Abramovich, Víctor, “Poderes Regulatorios en el pluralismo jurídico global”, *Revista Sur*, N° 21/2015.

Todos estos cuerpos se rigen por normas igualmente imperativas para el Estado argentino –porque no se admite jerarquía entre ellas- y sus resoluciones son igualmente vinculantes para nuestro país.

3) Naturaleza meramente fáctica del derecho interno

Por otra parte, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el art. 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales- las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples *hechos*,²⁸ que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.²⁹

Esa naturaleza meramente fáctica del plexo normativo del país, de sus sentencias, de sus actos administrativos y –en suma- del cúmulo de expresiones posibles del poder público frente a las normas convencionales se asimila perfectamente a la privación de valor jurídico a las prácticas consuetudinarias de los órdenes particulares medievales. Así como el Estado moderno despojó de valor jurídico a las prácticas culturales medievales, lo mismo hizo el proceso globalizador, que confirió a los cuerpos internacionales la capacidad de juzgar la validez de las decisiones de ese mismo Estado como carentes de toda imperatividad.

El derecho más imperativo –la Constitución- tiene para los cuerpos internacionales el mismo valor que la costumbre para el juez

²⁸ Corte IDH, OC-13/93, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), 16 de julio de 1993, párr. 34.

²⁹ Corte IDH, OC-14/94, *Responsabilidad Internacional por Explotación y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), 9° de diciembre de 1994, párr. 22.

del siglo XX. Irrelevancia jurídica y valor fáctico. Como en la Edad Media, el poder político doméstico no tiene la capacidad de creación del derecho. El derecho fiscal se crea en la OMC, el derecho administrativo y regulatorio se crea en el CIADI, y el derecho constitucional en la Corte Interamericana. A veces se crea formalmente y otras interpretativamente.

El ordenamiento interno ha perdido, así, su rol de elemento de cohesión. Los abogados debemos operar en un sistema de fuentes normativas e interpretativas fragmentadas, que no encuentra un anclaje único. El legislador ya no puede gestionar ese escenario mediante la uniformación de conductas y el único que puede intentar coordinar esos mandatos en conflicto es el juez, caso por caso y no de acuerdo a reglas, sino a principios.

Podemos verlo en los *leading cases* de la Corte. El fallo de mayor impacto –tanto en términos de comprensión de la dinámica republicana como en la complejidad del problema– en lo que va del siglo XXI, el caso *Mendoza*,³⁰ no hace prácticamente referencia a ninguna norma. No nombra al Código Civil, pero sí a un principio como es la gestión integrada de cuencas hídricas. En *Halabi* se produce la refundación de las categorías jurídicas subjetivas sin anclaje en una sola disposición legal. Influye más en esa construcción la categorización de Alexy sobre los bienes colectivos que el derecho positivo.³¹ Del mismo modo, el fallo

30 CSJN, *Mendoza*, 2006, *Fallos*, 326:2316; 2007, *Fallos*, 330:3663; 2008, *Fallos*, 331:1622.

31 CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332:111, cons. 11. Allí la Corte –siguiendo *Mendoza*– ratifica el recurso a la conceptualización de Alexy sobre el bien colectivo. Para ese autor, “Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos” (Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 187). De ese modo, la

Q no aplica leyes, pero sí recurre a los principios rawlsianos.³²
En *Kersich* se hace lo mismo con el derecho humano al agua.³³

Son todos fallos valiosos, pero evidencian que los jueces han soltado amarras de la ley hace tiempo. Es difícil decir si está bien o mal, pero seguir pensando que el santo grial del derecho administrativo está en el principio de legalidad no refleja la realidad en la que vivimos y nos conduce a la frustración.

El juez medieval resolvía las disputas recurriendo a principios del derecho natural y no a normas positivizadas, porque todo lo positivizado había sido arrasado junto con el Imperio Romano. Lo mismo pasa hoy; el juez resuelve de acuerdo a principios y no a disposiciones, porque ellas son meros hechos carentes de relevancia jurídica cuando se trata de verificar la sujeción del Estado al orden jurídico supranacional.

En definitiva, nuestro derecho es hoy fragmentado tanto normativa como interpretativamente, sin un centro único de poder, y el juez es el gran encargado de coordinarlo, para lo cual ya no puede echar mano a un orden racional y hermético, sino que tiene que recurrir a principios, con toda la ambigüedad que ello implica.

V. Desafíos para abogados

La pregunta es, entonces, ¿cómo hacemos para ejercer la profesión en el nuevo contexto?

imposibilidad real (o legal) de dividir el bien en partes y asignar porciones a los individuos es el elemento que resume la definición analizada.

32 CSJN, *Q.C., S.Y.*, 2012, *Fallos*, 335:452, cons. 12.

33 CSJN, *Kersich*, 2014, *Fallos*, 337:1361. Véase, Justo, Juan, “Bases jurídicas de la gestión del agua en Argentina: del dominio público a los bienes colectivos y del servicio público a los derechos humanos”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*. En prensa.

Nuestros mayores sabían que con disciplina y tesón podían aprender a administrar casi automáticamente un orden racional plasmado en los códigos. El razonamiento jurídico podía reposar en la lógica interna de esos cuerpos normativos, que iban a proveer siempre al operador de una solución. El juez no podía dejar de fallar y solo en un caso extremo podía acceder a un ámbito de ambigüedad como es el de los principios generales del derecho.

Los abogados se aproximaban al derecho cognoscitiva y no creativamente. El momento creativo estaba reservado al legislador. Luego sólo se trataba de subsumir los hechos del caso en la regla abstracta.

Nosotros ya no tenemos esa contención ni esa tranquilidad –que tenía mucho de espejismo-. La muestra más clara de ello está en las fuentes que reconoce el nuevo Código Civil y Comercial, que se abre a un derecho internacional marcado por la fragmentación.³⁴

34 De acuerdo al art. 1° del Código Civil y Comercial “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Por otra parte, según el art. 2°, “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. En ambas disposiciones, el legislador argentino ha decidido asignar primacía –normativa e interpretativa- a las convenciones de derechos humanos por sobre otros tratados, lo cual –pese a lo loable de la intención- no tiene incidencia al momento de evaluar la responsabilidad del Estado en ciertos foros, en especial los asociados al Derecho Económico Internacional.

La primera enseñanza es que hoy no tenemos previsibilidad. Todo depende de quién decide. Ya no podemos descansar en un pronóstico elaborado en base a un cuerpo consistente de normas que arroja la misma solución para todos los jueces. Todo depende del magistrado que nos toca. Según sea uno que simpatiza con el CIADI, los DESC o el Mercosur, la solución podrá ser radicalmente distinta.³⁵

Las fórmulas para enfrentar el nuevo escenario debemos construirlas entre todos y para ello lo primero es asumir que las cosas han cambiado y que la universidad no nos ha dado las herramientas para encarar los desafíos que vienen.

Por sólo aventurar algunas propuestas, en el nuevo marco del ejercicio profesional hay que formarse fuertemente en técnicas de argumentación, en principios, en criterios de ponderación y en realismo jurídico. Tenemos que tratar de lograr una relación menos formalista con la disciplina jurídica, empezando por asumir que el derecho es aplicación más que norma y que la aplicación es más preferencia que subsunción.³⁶ El juez tiene ahora un margen mucho mayor de arbitrio que antes.

35 Véase el caso *Chevron v. Ecuador* en Bohoslavsky, Juan Pablo & Justo, Juan, “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?”, en Tanzi, Attila & Lorenzo Gradoni (eds.), *Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras: Problemas y Perspectivas*, Brill, Leiden, 2016.

36 Véase, Kennedy, Duncan, “Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000” en Trubek, David & Santos, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 31; Del mismo autor, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *Revista Doxa-11* (1992); “La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7, N° 1, Julio, 2006; Miljiker, María E., “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, cit.

Otra herramienta interesante cuyo uso debemos intensificar es el principio de proporcionalidad.³⁷ Ese estándar es el gran articulador del derecho público para disciplinar la relación entre Estado e individuo, para tratar de dar algo de consistencia a la forma de resolver conflictos derivados de la limitación de derechos por parte de la autoridad pública. Aun con sus aristas complejas, en especial en términos de división de poderes, el recurso a este principio tiene un valor decisivo, pues contribuye a que *pasemos de una cultura de la autoridad hacia una de la justificación*.

En esencia, una cultura de la justificación requiere que los gobiernos ofrezcan un respaldo argumental sustantivo de todas sus acciones, es decir una explicación satisfactoria de la racionalidad de cada decisión, de los intereses en juego y de los intercambios de costos y beneficios que toda medida pública conlleva.³⁸ Con esa impronta, la proporcionalidad permite que las disputas sobre los límites de la actividad gubernamental se resuelvan sobre la base de la argumentación racional y no de los clichés. Permite comparar y evaluar los intereses, las ideas, los valores, los hechos, las estadísticas, y de ese modo conduce a formas más transparentes de resolución de los conflictos.

Eso es muy importante para Argentina, un país en el que el poder no está acostumbrado a dar explicaciones. Predomina entre nosotros una cultura formalista donde el legislador no debe motivar las leyes y donde tanto la Administración como los jueces recurren a muletillas —como la presunción de legitimidad o el interés público— que los dispensan de tener que fundar los actos y sentencias en hechos y valoraciones concretas.

37 Justo, Juan, “El procedimiento administrativo en Neuquén y el valor de las experiencias locales”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 383, 163-170, 2010.

38 Cohen-Eliya, Moshe & Porat, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, *American Journal of Comparative Law*, 2010.

Tenemos una fuerte construcción de discursos basados en derechos, pero con poco anclaje en la realidad de la resolución de conflictos cotidianos y —en suma— una muy baja demanda de razones a las autoridades. La proporcionalidad puede ayudar a revertir esta tendencia.

Por eso, el aporte más relevante del principio de proporcionalidad reside en reorientar el control hacia la exigencia y ponderación de razones públicas para el obrar estatal. Si promovemos su uso por los jueces, puede lograrse un cambio de la forma de trabajo de los cuerpos legislativos y los órganos administrativos. Como abogados debemos exigir esa transformación a través de nuestros planteos.

VI. Conclusiones

Para recapitular:

- 1)** El Estado moderno tuvo una meta clara: erradicar el pluralismo jurídico del orden medieval. La soberanía, primero del monarca absoluto y luego del legislador democrático logró el cometido y sustituyó Derecho por constitución y ley.
- 2)** La globalización nos ha devuelto a ese orden medieval, pues nos inserta en un sistema jurídico caracterizado por la inexistencia de un centro único de poder que deriva en:
 - a)** Fragmentación normativa, debido a la ausencia de jerarquía de las fuentes internacionales.
 - b)** Fragmentación interpretativa, habida cuenta de la proliferación de cuerpos internacionales con capacidad jurisdiccional que responden a sistemas y fines contradictorios.
 - c)** Condición meramente fáctica de todo el ordenamiento doméstico, en cualquiera de sus expresiones.

3) El gran articulador del nuevo escenario ya no es el legislador, sino el juez, que no resuelve conforme a normas porque el espejismo del sistema hermético se cayó. Resuelve conforme a principios y sólo la suerte dirá si coinciden con los del litigante. Un juez pro mercado prestará mayor atención a un laudo del CIADI y uno más pro justicia social a las recomendaciones del Comité DESC. Depende del azar. Ni hablar del problema contramayoritario que esto implica.

4) Para gestionar este nuevo escenario los abogados tenemos que desarrollar destrezas diferentes a las de nuestros mayores. El rigor lógico en la interpretación de un corpus cerrado de normas es reemplazado por la capacidad argumentativa, el diálogo y la capacidad de generar empatía con el juez, que en el fondo resuelve de acuerdo a su fuero íntimo y toma del menú del universo de ordenamientos lo que más le gusta.

Lo importante es no dejarse vencer por el desencanto y ver una gran oportunidad en todo esto. Ya no tenemos la contención de la autoridad de la ley y en cierto modo tenemos que hacernos responsables de esa libertad.