

## ALGUNAS SUGERENCIAS PARA ESCAPAR DEL SILENCIO DEL AULA\*

Martín F. Böhmer\*\*

### Introducción

En 1983 nuestro país inició un nuevo período. La década más sangrienta de este siglo (y tal vez de toda la historia argentina) había concluido con el acto electoral de octubre de aquel año. La sociedad saludaba la llegada de la democracia y del Estado de Derecho. El Presidente Alfonsín lograba ser elegido con un discurso basado en el Preámbulo de la Constitución de 1853, la Argentina entendía que se encontraba en un momento fundacional.<sup>1</sup> La Constitución que se había violado sistemáticamente por más de cincuenta años volvía para quedarse. Esta vez sí, esta vez nunca más.

En 1989 el proyecto de continuidad democrática se coronó con el traspaso del mando de un presidente civil a otro, pero la situación económica lo tiñó de dudas y temores. En efecto, una larga historia de inflación e inestabilidad había estallado en un estado de hiperinflación aparentemente incontrolable. El gobierno del Presidente Menem recibía una difícil herencia. Las medidas que lograron la estabilidad económica y pusie-

\* Mención Especial Dr. Sixto F. Ricci, Concurso Jurídico "Hacia el octavo congreso provincial de abogacía", organizado por el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, La Plata, octubre de 1997.

\*\* Profesor de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su primera conformación de este período democrático entendió que estábamos en un momento fundacional e intentó proveer de una nueva concepción del derecho. Así en *re Aramayo* CSJN, Fallos, 306-1:73 y *Dufourq* CSJN, Fallos, 306-1:174, la Corte se negó a equiparar normas *de facto* y normas *de jure*, manifestando de esta forma el quiebre normativo ocurrido en 1983, y en *re Bazterrica* CSJN, Fallos, 308:1392, introduce el contenido valorativo de esta nueva fundación. En decisiones paralelas, la Corte posterior a 1990 niega esta nueva fundación en *re Godoy* *el/Universidad Nacional de La Plata* del 27 de diciembre de 1990, donde desestima la distinción entre normas creadas democráticamente y normas que no surgen del diálogo legislativo, y en *re Montalvo* del 11 de diciembre de 1990, donde, además de volver sin distingos a precedentes del gobierno militar para otorgarles la misma fuerza normativa que *Bazterrica*, modifica el contenido valorativo (liberal) anterior por otro diferente (perfeccionista). Lo que es aún peor, la nueva Corte negó, en democracia, estar atada a una práctica constitucional que había fundado la misma Corte (en otra conformación) un breve tiempo antes. La cuestión entre la discreción arbitraria o la autorrestricción de nuestro Tribunal Supremo continúa, aún, abierta.

ron la inflación bajo control consiguieron el apoyo de la gran mayoría de la población, un apoyo que llevó al Presidente Menem a ser reelecto en 1995. La Argentina había tomado dos decisiones fundamentales: la democracia y el estado de derecho como andamiajes institucionales y el liberalismo y la estabilidad como las reglas del juego económico.

Estas decisiones, una vez tomadas, se convierten en exigencias de cambios en las actitudes, prácticas y creencias de la sociedad que las ha asumido. Así, el sistema democrático exige actitudes de respeto y tolerancia hacia los otros, el fortalecimiento de la práctica del diálogo racional, no discriminatorio, incluyente y amplio, y la firme creencia en la posibilidad de llegar a acuerdos y en la bondad de los compromisos entre puntos de vista diversos. El sistema económico del liberalismo capitalista, por su parte, exige el conocimiento de las leyes y de las fallas del mercado. Requiere la disminución de los costos de información, de control y de transacción, así como la disminución de los problemas de coordinación.

En el presente trabajo me propongo mostrar cómo estos nuevos desafíos sociales (que enfrentan la sociedad en general, la profesión, la Universidad) repercuten en las Facultades de Derecho y en sus aulas. Mi itinerario será el siguiente: comenzaré con la sociedad en general identificando los dos rasgos sobresalientes que en ella han surgido a partir de 1984 y mostraré cómo estos cambios obligan a modificar la concepción de la profesión. Luego, identificaré las exigencias que desde la profesión y la sociedad en general se hacen sobre el rol de las Universidades, y desde éstas sobre la estructura de las Facultades de Derecho, para terminar identificando los desafíos que deberán asumir los docentes dentro de las cuatro paredes de las aulas de derecho. El primer movimiento es, entonces, desde afuera hacia adentro.

Una vez finalizado ese trayecto ofreceré una concepción diferente de la enseñanza del derecho compatible con los desafíos y exigencias identificados, esta vez con un recorrido desde adentro hacia afuera. Mostraré qué cambios demanda esta concepción de los profesores en el aula, de la estructura de las facultades de derecho y del rol de la Universidad. Señalaré, por último, cómo responde a los nuevos requerimientos de la profesión y de qué forma ayuda a consolidar los cambios que se han producido en la Argentina desde 1984.

## Un nuevo comienzo

La sociedad argentina, en dos gestos electorales diferentes y separados por casi seis años, decidió comenzar dos difíciles tareas: la construcción de una democracia constitucional y de un sistema económico estable dentro del marco del liberalismo capitalista. El gobierno del Presidente Alfonsín asumió la primer tarea en circunstancias difíciles pero sentó las bases que permitieron el primer traspaso de poder constitucional luego de casi setenta años. El gobierno del Presidente Menem, con dificultades no menores, inició la tarea de construcción de un capitalismo moderno, que permita la democratización de la economía y el crecimiento en estabilidad. Esta caracterización de los dos gobiernos deja obviamente de lado gran cantidad de críticas y reservas que se puedan hacer respecto de ambos. Lo que me interesa aquí, sin embargo, es mostrar que las consecuencias de estas apuestas de la sociedad impactan en forma esencial en la práctica del derecho: en la forma en que se concibe el rol de los jueces y de los abogados, en el concepto mismo de derecho, y en la forma en que se lo enseña en las aulas.

La democracia es un sistema de consenso, de compromiso mutuo, de confianza, de diálogo. El crecimiento y triunfo de una idea en democracia están sustentados en la capacidad para persuadir a los demás, en la posibilidad de llegar a entendimientos, en la habilidad para negociar. Estas son las habilidades de un ciudadano de la República, y no es de sorprender que nuestras frustraciones históricas hayan tenido que ver con nuestro desprecio por estas capacidades y la glorificación del poder desnudo. Nuestros conflictos fueron casi siempre decididos en el campo de batalla. Forma parte de nuestras tradiciones políticas que quien gana gana todo, y quien pierde pierde todo y queda a la espera o busca activamente el colapso del triunfador para tomar su lugar.<sup>2</sup> La palabra "compromiso" o aun "pacto" son palabras con carga emotiva negativa entre nosotros. Esenciales como son en democracia, los com-

<sup>2</sup> Ver Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1990.

promisos y los pactos son entendidos como claudicaciones, como traiciones a principios fundamentales, en sí mismos irrenunciables (la palabra "intransigencia" tan ajena a las virtudes democráticas tiene, en cambio, entre nosotros, carga emotiva positiva).

El capitalismo moderno por su parte, requiere un gran esfuerzo de organización y regulación. El mercado libre quiere decir en realidad competencia regulada. Las externalidades y deficiencias de los mercados reales tales como los monopolios, los problemas de coordinación y el costo de la información, cuando no pueden ser solucionados por el mismo mercado demandan la intervención externa, en general estatal, para ser corregidos. Esta intervención no puede ser desmedida y requiere información, investigación y correcta ejecución. La sociedad en la que se desarrolla este sistema económico debería apreciar el valor de la confianza mutua, de los compromisos cumplidos. En términos económicos una sociedad en la que no existe la confianza asume mayores costos económicos al precisar de mayores controles y reaseguros.

### **Quiénes deben recoger el guante: la Universidad**

Este doble mandato expresado por la sociedad argentina impacta necesariamente sobre los egresados universitarios. Su destino de líderes no puede serles otorgado sin la correspondiente responsabilidad social, sin algún tipo de sentido de *noblesse oblige*. Para asumir ese liderazgo en una sociedad compleja, los universitarios no pueden pretender que lo que les brinda su Facultad les es suficiente. El economista no puede olvidar que vive en una democracia con un mandato de libertad y de igualdad para todos, el médico no puede olvidar que democracia significa el respeto a la autonomía personal de sus pacientes y el igual derecho a la salud de todos, el ingeniero debe recordar que sus obras impactan en el bienestar de los demás, hoy más que nunca. La Universidad debería carecer de compartimientos estancos respecto de los requerimientos de una democracia moderna. Sin embargo, nuestras Universidades en general están organizadas alrededor de estos compartimientos estancos. En algunas, las distintas Facultades poseen hasta edificios diferentes.

## Quiénes deben recoger el guante: la Profesión

Si los universitarios no pueden refugiarse en sus Facultades para escapar del exigente desafío que la sociedad argentina les ha lanzado, los abogados son tal vez los que menos justificación tienen para evadir esta responsabilidad. Los abogados son quienes redactan las leyes que estructuran el sistema de regulaciones, las que distribuyen la riqueza a través del sistema impositivo, las que definen los presupuestos nacional y provinciales, las leyes que otorgan derechos y las que crean obligaciones, así como las que ordenan la forma en la que estos derechos y obligaciones se garantizan y se imponen. En su calidad de magistrados los egresados de las Facultades de Derecho deciden la forma en que aquellas leyes se interpretan y aplican y aún, en su carácter de guardianes de la Constitución, deciden si aquellas están en contradicción con ésta para ejercer en ese caso el poder de ignorarlas y fallar en contra de la voluntad del legislativo. Tienen a su cargo la grave tarea de decidir litigios de forma tal que sus decisiones actúen como incentivos para disminuir los conflictos sociales, y crear confianza en el sistema. Sobre los hombros de nuestros jueces descansa la difícil obligación de honrar la doble y a veces conflictiva aspiración a la seguridad jurídica y a la justicia. Como consejeros legales de ciudadanos individuales o de sociedades comerciales o civiles, los abogados deben comprender desde las dificultades psicológicas de sus clientes para ayudarlos a decidir correctamente sobre cuestiones esenciales de su vida, hasta complicadas cuestiones económicas, estratégicas o de gerenciamiento para no ser un obstáculo en el desarrollo de las sociedades, sean estas comerciales o civiles. Al contrario, los abogados deben manejar el derecho de manera tal de ponerlo al servicio del crecimiento de sus clientes. Pero esta tarea se presenta con el deber paralelo de poner su profesión al servicio del bien público, lo que requiere del abogado un nivel de deliberación y de sabiduría práctica inexistente en otras profesiones universitarias.

Esta larga lista de tareas fundamentales para la consolidación de una sociedad democrática y de un sistema económico eficiente y justo debería tener como paralelo un ejercicio profesional calificado por destrezas, habilidades y hábitos de conducta y de pensamiento compatibles con esas tareas. Sabemos, sin embargo que ello no es así.

La enseñanza tradicional ha formado al abogado para el litigio, y lo ha hecho mal. La idea de que el derecho consiste en un sistema completo, no redundante y consistente de normas que dan siempre la respuesta justa ha malformado al abogado en sus varias capacidades de litigante, consejero, juez, o legislador. El litigio se convierte en la búsqueda de la verdad, y por lo tanto no se estructura como un diálogo en el que triunfan los mejores argumentos. El abogado en su rol de consejero es un mero instrumento de la voluntad no razonada de su cliente. El juez no da razones, sólo señala normas que dice aplicar neutralmente, disfrazando la creación discrecional del derecho y, por añadidura, de políticas públicas. Como legislador, el abogado carece de las capacidades de diálogo porque ha sido entrenado en la dogmática creencia de que existe una verdad que se encuentra en la soledad del escritorio, lo que agrava la tradición argentina de intolerancia y hace difícil las soluciones consensuadas a los problemas sociales. La imaginación y la creatividad para resolver problemas, virtudes ajenas a la formación del abogado son, en cambio, pilares fundamentales de la sociedad democrática. Sin ellas, es imposible llegar a acuerdos en los que se logre acomodar intereses diversos.

Si esta forma de concebir el rol de la profesión conspira contra la afirmación del sistema democrático, no es menos enemiga del desarrollo de una economía liberal moderna. La democracia económica y el sistema capitalista desafían la diferenciación entre derecho público y derecho privado, distinción fundamental en la formación del abogado en la medida en que son los dos compartimientos estancos originadores de todos los demás. Sin embargo, gran parte de las cuestiones económicas que se plantean en la sociedad argentina actual resultan ininteligibles si se tiene en cuenta esta distinción. El proceso privatizador y de regulación de los servicios públicos son apenas dos ejemplos de este problema.

En un sistema capitalista moderno el abogado no sólo ejercita su rol como legislador redactando leyes en la legislatura o decretos o resoluciones en el ejecutivo, aunque en esta capacidad tampoco le sirve de mucho la formación recibida en la medida en que necesita comprender las consecuencias económicas de sus decisiones, y su formación se basa en la falta de relevancia de las consecuencias. Además, su capacidad de redactar contratos entre operadores económicos privados sobre cuestiones

económicas altamente complejas y de insospechadas y vastas consecuencias sociales lo convierte en un virtual legislador y rompe los moldes de la profesión tradicional. En efecto, la responsabilidad respecto de su cliente se enfrenta con la responsabilidad a veces contraria respecto de la sociedad en general. Si la capacidad que el nuevo sistema valora es la imaginación y la creatividad para resolver problemas, una formación dogmática y dirigida al litigio que se decide por el principio de autoridad (y no por los mejores argumentos) es impotente para crear profesionales valiosos para ese sistema. Si el derecho es incapaz de disminuir (o peor aún, aumenta) el costo de transacción que implican los conflictos sociales no resueltos, o no previstos, entonces conspira contra la eficiencia económica drenando recursos que deberían ser destinados a actividades más valiosas.

Si la sociedad ha pasado de un sistema basado en la confrontación y el litigio (tanto en lo económico como en lo político) a otro en el que se privilegia el diálogo que tiende al consenso y al acuerdo, o al gesto simbólico del ganador hacia el perdedor para no destruir el tejido social, la profesión de abogado debe cambiar sus hábitos y prácticas para no quedar alienada de esa transformación.

### **Quiénes deben recoger el guante: las Facultades de Derecho**

Si los nuevos desafíos de la sociedad argentina cuestionan las prácticas y hábitos de las distintas profesiones que ejercen los egresados de las Facultades de Derecho, resulta evidente la necesidad de analizar el entrenamiento que nuestras Facultades brindan.

Las Facultades de Derecho han sido tradicionalmente, y aún hoy continúan siendo, divididas en departamentos, cátedras y materias. Los departamentos agrupan una cierta "rama" del derecho. Así existen los departamentos de Derecho Privado, Público, Penal, Empresarial o Comercial, Procesal, de Filosofía del Derecho, de Ciencias Sociales, etc. Estas divisiones aparecen ante la mirada de un observador externo como divisiones caprichosas, con temas que se superponen y repiten. Cada departamento se hace cargo de una serie de materias, que a su vez están a cargo de diversas cátedras. Toda materia que se precie comienza su derrotero académico afir-

mando —teórica e institucionalmente— su autonomía. La autonomía de una materia significa su independencia epistemológica respecto de las demás. En efecto su status científico es tal que su métodos, contenidos y herramientas conceptuales son, si se me permite el término, esencialmente diversos de las demás. Cada materia, haciendo gala de su autonomía, es enseñada por profesores que sólo son profesores de, por ejemplo, Civil I, con libros y criterios propios. La cátedra divide aún más este esquema y ya no sólo la materia se independiza del resto de la Facultad, sino que incluso dentro de cada materia asistimos a las divisiones por cátedras que suponen orientaciones sustantivas, libros y criterios propios, ahora, de cada titular.

De esta manera el conocimiento se convierte en un juego de cajas chinas: la universidad traiciona su vocación universal dividiéndose en facultades que no interactúan (y que se concentran aún ediliciamente en espacios separados), las facultades se dividen en departamentos, los departamentos en materias y las materias en cátedras (y las cátedras en cursos a cargo de adjuntos con diferentes niveles de autonomía y aún cada curso en grupos a cargo de ayudantes o jefes de trabajos prácticos que en la ausencia del adjunto ejercen diversos grados de discreción).

Resulta difícil pensar en la posibilidad de que este esquema de compartimientos estancos pueda dar respuesta a los desafíos de un democracia constitucional con aspiraciones de sostener un sistema económico complejo. Los problemas no se presentan divididos en materias, y las respuestas no se encuentran en los índices de los manuales de la cátedra. La pretensión de autonomía de las diferentes ramas del derecho conspira en contra de la posibilidad de concebirlas como herramientas para la solución de problemas sociales complejos que requieren una perspectiva múltiple. Por poner sólo un ejemplo, la mera creación de una sociedad comercial requiere obviamente de conocimientos de Derecho Comercial, pero también de contratos, obligaciones, penal, administrativo, tributario, del mecanismo de los mercados de capital, de las normas bancarias, de propiedad intelectual e industrial, de finanzas, cuando no de una especial sensibilidad respecto de la imagen de la sociedad, su posición a ojos del público, la definición de su rol en la sociedad civil, etc. Y no sólo conocimientos: la creación de una sociedad comercial requiere la habilidad para escuchar y entender las aspiraciones del cliente, balancearlas con otras aspiraciones sociales, imaginar



los conflictos que se puedan presentar, ponerse en el lugar de los posibles proveedores, aliados o competidores y prever sus estrategias, imaginar respuestas a esas estrategias y también poder ponerse en el lugar de un juez hipotético y crear instrumentos lo suficientemente sólidos como para capear el vendaval del litigio tribunalicio. Un mero experto en el Derecho Comercial conforme lo dicta un cierto titular en una materia autónoma de las otras, en un departamento separado de los demás, de una facultad aislada de las otras que componen la Universidad, es un profesional incompetente para asumir semejante tarea.

### Quiénes deben recoger el guante: los Profesores de Derecho

Llegamos así a la zona más íntima y decisiva de nuestro recorrido: el aula. En el aula de nuestras Facultades de Derecho se congregan por única vez todos los futuros operadores jurídicos. Los compañeros de estudios serán los colegas, jueces, legisladores, funcionarios, ministros, presidentes. Tan diversos destinos comparten, sin embargo, un mismo entrenamiento y una experiencia común que será guiño de camaradería, punto de referencia y, sobre todo, la fuente de un mismo lenguaje en el que se expresarán sus diálogos, disidencias, argumentaciones y acuerdos. El entrenamiento del aula crea la trama simbólica de la cofradía jurídica. Y en la medida en que esta cofradía genera el sistema jurídico, el aula de derecho es el vientre donde se gesta la cultura que luego fructificará en normas, interpretaciones, soluciones de conflictos y acuerdos.

La democracia constitucional y el liberalismo económico moderno demandan, como vimos, sofisticados hábitos de pensamiento, destrezas conceptuales y la creatividad que supone la sabiduría práctica. Nada más alejado de estas necesidades que el tipo de entrenamiento que reciben los alumnos de derecho en nuestras aulas.

Dos son las preguntas que se deben responder cuando se pretende describir lo que sucede en una clase: qué se enseña y de qué manera se lo enseña.<sup>3</sup> Voy a comenzar por el qué, y voy a describir una concepción del

<sup>3</sup> El por qué y el para qué se enseña lo que se enseña, de la manera en la que se lo hace es objeto del resto del presente trabajo.

derecho que coexiste cómodamente (y tal vez se podría decir que de alguna forma explica) los contenidos de nuestra práctica docente.

La tradición jurídica argentina ha abrevado, a lo largo de casi dos siglos de historia en varias concepciones del derecho, tanto en su acepción de ciencia del derecho como en la de objeto de dicha ciencia. Hemos pasado momentos de iusnaturalismo teológico y racionalista, por el historicismo y el positivismo, hemos recibido influencias krausistas y eclecticistas, del liberalismo anticlerical y el positivismo analítico, y hasta del materialismo dialéctico.<sup>4</sup> Voy a sostener aquí, sin embargo, que a pesar de las grandes diferencias que existen entre las diversas escuelas mencionadas, la enseñanza del derecho que prevalece hoy en nuestras Facultades se caracteriza por algunos rasgos definitorios y que, si bien reconoce excepciones, éstas no resultan suficientes para cuestionar la monolítica presencia de una concepción prevaleciente.

La concepción a la que me refiero se puede caracterizar como la concepción napoleónica del derecho.<sup>5</sup> Ella se basa en una particular concepción de lo jurídico dentro del esquema de poderes y afirma lo siguiente: la legitimidad de todo ejercicio del poder proviene del consentimiento popular. La democracia así entendida es un sistema de autogobierno. El pueblo debate y decide las leyes que van a atar su voluntad en el futuro. En la separación de poderes iluminista, conforme la concepción napoleónica, el Poder Legislativo goza de una posición privilegiada respecto de los otros dos.

En efecto, el Ejecutivo es el encargado de ejercer el monopolio de la fuerza pública para hacer efectiva la voluntad popular, sin alterarla. El Poder Judicial es a su vez el encargado de aplicar la ley en caso de conflictos. Es la voz de la ley, pero carece de voluntad autónoma de la del legislador. Aplica la norma como razonando silogísticamente. Su tarea es valorativamente neutra. Si el juez interpreta las normas jurídicas, la democracia se convierte en una tiranía de jueces.

<sup>4</sup> Ver PESTALARDO, Agustín, *Historia de la Enseñanza de las Ciencias jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Tesis presentada en Julio de 1913, en la Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 1914.

<sup>5</sup> Ver NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, 1980; *La dogmática jurídica*, México, 1974; *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980; *Introducción al Análisis del derecho*, Buenos Aires, 1984.

Esta concepción se corona con la creación de los Códigos. La idea es admirable por lo elegante, simple y seductora que parece a primera vista. Los Códigos son manuales cívicos. Con ellos y la sola capacidad de leer el ciudadano de una república democrática conoce todos sus derechos y deberes. El rol de los jueces es aplicar el Código sin alterarlo, los intérpretes no deben existir. El abogado es simplemente un expositor del derecho que asiste a su cliente.

Dentro de esta concepción está claro el rol que les cabe a las Facultades de Derecho y a los docentes en la medida en que el mandato consiste en exponer —y que los alumnos aprendan— el derecho, es decir, las normas del Código. Las Facultades se dividen por materias (civiles para exponer el Código Civil, penales para el Código Penal, etc.). Las materias como es el caso del Derecho Civil, se dividen en submaterias I, II, III, etc. Los cursos siguen al Código. El apartamiento de la exposición ordenada por el número de los artículos y títulos de los Códigos dio lugar a largos debates a comienzos de siglo en nuestro país,<sup>6</sup> y aún hoy se encuentran resistencias cuando se propone dejar de lado la exposición de todas las normas, aun de las caídas en desuso.

Si esta es la caracterización de lo que es el derecho (una ciencia que tiene por objeto la descripción de las normas positivas), entonces saber derecho es equivalente a conocer las normas. Y ¿qué mejor forma de hacerlas conocer que exponiéndolas? ¿Qué otra manera de demostrar que se sabe derecho que repitiéndolas?

Según esta visión es razonable el poco uso y la carencia de bibliotecas en nuestras Facultades. Si el derecho son las normas, las bibliotecas deberían consistir en ejemplares de la Constitución y de los Códigos, una colección de anales de legislación y una suscripción al Boletín Oficial. Parafraseando a Borges, cuando decía parafrasear al incendiario de Alejandría: lo que contradice al Código es incorrecto, por lo tanto no se lo debe tener en la biblioteca, y lo que no lo contradice, es superfluo, por lo que no debe estar en la biblioteca; ergo, la biblioteca sólo debe contener al Código.

<sup>6</sup> Ver PRAYONES, Eduardo, *Las Reformas en la Facultad de Derecho. Método de Estudio y Enseñanza del Derecho Civil*, Buenos Aires, 1911. Para una historia de la enseñanza del derecho en nuestro país hasta los comienzos del siglo, ver también COLMO, Alfredo, *La Cultura Jurídica y la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, 1915, y PESTALARDO, Agustín, *op. cit.*

En nuestras aulas, los profesores dictan los manuales de la cátedra, manuales que repiten con un orden determinado las normas del Código.<sup>7</sup> Toda discusión está ausente de la clase y es entendida como irrelevante. Lo que resulta comprensible si se cree que el derecho es la repetición exacta de normas. El método de casos se convierte entre nosotros en la exposición de hechos y de la solución correcta de una supuesta dificultad normativa. Los exámenes son instancias en las que se comprueban si los conocimientos transmitidos han sido retenidos y pueden ser transmitidos lo más exactamente posible en el momento de la evaluación. La habilidad que se califica es la mera memoria. La cuestión es, en general, demostrar que se puede repetir lo que dijo el docente en clase que es a su vez la repetición de lo que dice el manual, que repite lo que dice el Código.

Es posible que esta concepción haya sido alguna vez útil. La formación de nuestro país fue acompañada por incipientes cursos de derecho que se organizaron dentro de estos parámetros. Tal vez la necesidad de homogeneización de la República reclamaba un silenciamiento de voces antagónicas. El sistema federal de justicia y la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución, entre otros mecanismos legales de concentración de poder, permitieron al gobierno central lograr esa homogeneidad en el ámbito de lo jurídico. A ese proyecto una enseñanza del derecho dogmática practicada desde las Facultades de Derecho de las Universidades nacionales y especialmente las de Buenos Aires, Córdoba y La Plata, no le opuso obstáculo alguno. La forma tradicional de enseñanza del derecho pudo haber estado, tal vez, justificada en otro momento histórico de nuestro país, ya no.

<sup>7</sup> "Nada más indicativo de lo manifestado en cuanto a la capacitación generalista y profesionalista (no especializada) que el material de estudio propio (y casi excluyente) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: el manual de la cátedra... Allí está toda la "materia", la que se da y la que se exige", AGULLA, Juan Carlos, con la colaboración de KUNZ, ANA E., *El Profesor de Derecho. Entre la vocación y la profesión*, Buenos Aires, Ed. Cristal, 1990, p. 56. "Aquí aparece la idea de "programa". Lo que está en el programa es lo que hay que saber (a criterio del profesor). No hay mejor prueba de ello que las evaluaciones (y la concepción del aprendizaje que se tiene) del así llamado "alumno libre", para quien los programas son fundamentales porque allí está resumido lo que "hay que saber". El correlato del programa es el "manual de cátedra"; es la respuesta perfecta. El profesor de dedicación simple siempre reclama atenerse al programa y al programa íntegro. Por eso se suele resistir a la enseñanza del derecho (las materias) por temas (específicos) o por cursos (especiales y parciales), como lo intenta el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. El argumento es siempre la "deficiencia" en la formación, faltan contenidos importantes para el futuro abogado", AGULLA, *op. cit.*, nota 29, p. 60.

## El Derecho como Práctica

He llegado así al punto más íntimo de mi relato, al punto de quiebre de la bisagra, al momento en que nuestro itinerario deja de replegarse de afuera hacia adentro para desplegarse de adentro hacia afuera. De ahora en adelante dejaré el tono crítico y comenzaré a proponer modificaciones. Pero quizás sea también un buen momento para permitirme un breve respiro que tendrá la ambigüedad de ser a la vez un suspiro por lo ya realizado y una bocanada de aire para lo que falta recorrer.

Quisiera entonces enfatizar lo obvio, y que ello sirva aquí como transición de la crítica a la propuesta: la práctica institucional que es el objeto del entrenamiento que deben brindar las Facultades de Derecho no es mero conocimiento de las normas jurídicas, sino justamente una práctica, una suma de destrezas<sup>8</sup> vinculadas no sólo con el conocimiento de ciertas porciones del saber humano, sino además con la capacidad de combinar esos diferentes tipos de saber, de sopesar alternativas, de crear estrategias, de transmitir conocimientos en forma clara, concisa y precisa, de persuadir a otros, de convencer, de crear nuevos argumentos, de escuchar con empatía y también de poner distancia para juzgar.

## Recoger el guante: los Profesores de Derecho

Iniciemos entonces nuestro andar desde el aula. Dije más arriba que en ella se gesta una cierta cultura jurídica, una forma de ver el derecho y el rol de los egresados en la sociedad. Y también que las demandas de una democracia constitucional y de un sistema capitalista moderno son múltiples y claramente no se agotan en el conocimiento dogmático de las normas.

Una formación jurídica que honre las nuevas demandas de nuestra sociedad debe contener el entrenamiento de la capacidad de leer con inteligencia un sistema de normas, y ello implica la inteligencia en la selección del material normativo, la creatividad para encontrar múltiples in-

<sup>8</sup> Ver *The 1944 report of the Committee on Curriculum of the Association of American Law Schools* redactado por su presidente, el profesor Karl Llewellyn, 45 *Columbia Law Review* (1945), 345.

interpretaciones, ambigüedades, vaguedades, lagunas, para crear y diluir contradicciones, para jugar con las redundancias, la capacidad para hallar la mejor interpretación, la sofisticación para entender que "mejor interpretación" puede querer decir muchas cosas; entre ellas, la que favorezca al cliente, la más eficiente, la más justa (y entender a su vez la dificultad para definir cada uno de estos conceptos).

Ese tipo de formación debe entrenar, en el caso del abogado litigante, la sensibilidad para ponerse en el lugar de un juez hipotético y del adversario y predecir sus argumentaciones y la creatividad para inventar contra-argumentos, y también en el caso del abogado consultor, la sabiduría práctica de escuchar con empatía pero también con distancia crítica al cliente. Todo ello sin descuidar la capacidad para advertir las demandas de la sociedad y del bien general como distintas a las del cliente, y para balancear estas dos demandas a veces conflictivas.<sup>9</sup>

La enseñanza del derecho debe formar el sutil espíritu del Juez. Esta formación debe prepararlo para comprender que su poder consiste en la capacidad para autorrestringirse. En una democracia constitucional con control judicial de constitucionalidad, el ejercicio inevitable de la interpretación normativa enfrenta el cargo del argumento contramayoritario.<sup>10</sup> El magistrado debe tener en cuenta que está creando, con cada decisión, una práctica que genera expectativas en la sociedad, expectativas que no pueden ser defraudadas caprichosamente. Esta aspiración de continuidad se traduce en la pretensión de que los jueces den razones que expliquen por qué se soluciona cada caso de la forma en la que se lo hace y cómo se distingue un caso de otro en los que las decisiones resultaron diversas.<sup>11</sup> Desde el punto de vista económico es im-

<sup>9</sup> Ver sobre este aspecto, y en general sobre todo el tema de este trabajo el fascinante libro de KRONMAN, Anthony, *The Lost Lawyer*, Cambridge, Massachusetts, 1995.

<sup>10</sup> Este argumento afirma que, dentro de la separación de poderes, el judicial es el que se encuentra más alejado de la legitimación popular por su forma de elección, el término de permanencia en los cargos, la forma de remoción, la inamovilidad de sus salarios, etc. Este alejamiento, sumado al control de constitucionalidad en particular y a la capacidad de interpretación de las normas en general, cuestiona la legitimidad del ejercicio de poder que ejerce la judicatura en la medida en que contradiga las decisiones de la mayoría. Ver BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

<sup>11</sup> Carlos Nino propone dos metáforas para ilustrar esta aspiración: luego de analizar un sistema y decidir que su contenido no es tan malo como para descartarlo *in totum*, se debe proceder como un arquitecto que

portante también que los operadores conozcan y entiendan el contenido y las razones por las que se deciden los casos y puedan prever cómo se solucionarán sus conflictos en el futuro. Además de esta preocupación por la preservación de una práctica se requiere de los jueces una sensibilidad especial para mejorarla, es decir, para entender las consecuencias normativas de sus decisiones, tanto respecto de la justicia como con respecto de la eficiencia económica de la sociedad.

En democracia un legislador precisa la capacidad de escuchar a sus mandantes, de traducir esas demandas en propuestas concretas de normas jurídicas, prever cómo estas normas se relacionarán con las ya existentes para evitar redundancias, lagunas o contradicciones, necesita tener poder de persuasión, saber negociar, discutir, debe entender el valor del disenso y de la posibilidad de llegar a acuerdos. Un legislador en democracia debe, además, ser un incansable productor de fraternidad política, la virtud de entender que existen situaciones trágicas en las que algunos deben ganar y otros perder y que no existe un principio superior a ambas posiciones que permita saber cuál debe ganar y cuál perder, y una vez entendido esto, trabajar para que la decisión final no desgare el tejido social de forma tal que el perdedor se convierta en un permanente conspirador.

Esta larga lista de demandas parece a primera vista demasiado exigente. Pero no debemos desesperar. Vayamos por partes.

Resulta ahora claro que estoy proponiendo la modificación de la concepción de lo jurídico al estar ofreciendo otro contenido para la enseñanza del derecho. Esta concepción que propongo no es, sin embargo, novedosa. La idea de que el derecho es una práctica normativa fue com-

recibe el encargo de continuar la construcción de una catedral que él no ha iniciado ni terminará. Frente a tal propuesta el arquitecto en cuestión no puede imponer sus preferencias modernistas si, por ejemplo, la catedral venía siendo construida dentro del estilo gótico. Deberá, en cambio, reducir algo del ornamento, simplificar el trabajo en las agujas o en los vitreaux, con la esperanza de que quien lo siga comparta sus mismas preferencias. Otra metáfora consiste en comparar a la interpretación judicial con la construcción de un tejado: si se pretende modificar la dirección en la que venían colocándose las tejas se lo debe hacer muy gradualmente para no correr el riesgo de dejar a la intemperie retazos de cielorraso, NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, 1992. DWORKIN, Ronald, en un sentido parecido, y defendiendo la idea del principio de integridad, propone la metáfora de la escritura de una narración, de una novela. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachussettes, 1986.

prendida por Kelsen<sup>12</sup> cuando afirmaba que la ciencia del derecho es una ciencia del "deber ser", entendiendo por ello que no se puede comprender el derecho sin comprender la categoría de lo normativo. Que el derecho busca operar sobre la realidad y no describirla, que es una forma de control social. De la misma forma, Hart<sup>13</sup> explicaba esta faceta de lo jurídico al proponer el punto de vista interno del derecho. Los operadores utilizan las normas para fundamentar sus acciones, y es a esta práctica compleja de identificar normas y usarlas para justificar acciones y para criticar los actos de los demás a la que hago referencia cuando digo que estoy proponiendo una concepción del derecho distinta a la que prevalece en nuestras Facultades de Derecho.

Esta concepción nos obliga, pues, a volver a pensar la forma de enseñar el derecho. Las demandas de la democracia y del liberalismo económico cuyo listado repasé más arriba, no son tan exigentes como para obligarnos a crear de la nada nuevos métodos de enseñanza. La Argentina no es la única nación del mundo en donde estas demandas han sido objeto de preocupación.<sup>14</sup> Ya en otros países existen métodos probados, y sus límites han sido evaluados por varias décadas. Veamos algunos de ellos.

El método de casos que había nacido en Harvard a fines del siglo pasado, y que fuera creado por el Profesor Langdell<sup>15</sup> para imponer el formalismo jurídico ha evolucionado como un método apropiado para desarrollar varias de las capacidades mencionadas.

El método consiste en la discusión en clase de casos previamente conocidos por los alumnos. Se une a él el método socrático por el cual se interroga a los alumnos sobre los hechos del caso y la decisión de los magistrados y luego se avanza sobre hipótesis diversas. ¿Qué hubiera pasado si un hecho determinado hubiera sido diferente, qué si el juez hubiera conocido una consecuencia ulterior? A partir de la tranquilidad de una

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, 1979.

<sup>13</sup> Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, 1963.

<sup>14</sup> Fuller, Ver Lon L. et. al., *Preliminary Statement of the Committee on Legal Education of the Harvard Law School. Unpublished typescript*, Harvard Law Library, 1947.

<sup>15</sup> Sobre el método de casos hay una enorme bibliografía, aunque un buen panorama de la enseñanza del derecho en los Estados Unidos es el libro de Robert Stevens, *Law School. Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill and London, The University of North Carolina Press, 1983.



conclusión aparentemente clara se van introduciendo cuestiones que muestran lo difícil de dar soluciones finales.

Este método permite la participación en clase, entrena la capacidad retórica, otorga la oportunidad de hablar en público, ayuda a distinguir los buenos de los malos argumentos, sensibiliza en la dificultad de la interpretación normativa y muestra el peso de la responsabilidad de quienes operan con el derecho respecto de la vida de sus semejantes, para nombrar sólo algunos de los beneficios que otorgan el método de casos y el interrogatorio socrático.

Otra posibilidad consiste en la coordinación de los cursos "teóricos" con una práctica sustantiva del derecho. Digo "práctica sustantiva" para distinguirla del mero práctico que conocemos y que no aspira más a que los alumnos sepan confeccionar una cédula o un oficio o encabezar los principales escritos judiciales. Lo que propongo es lo que los norteamericanos llaman clínicas de derecho de interés público: defensorías gratuitas de casos de impacto público, casos que sean testigos de prácticas inconstitucionales, o de la falta de aplicación de alguna norma. En estas clínicas los alumnos defienden casos en los que resulta patente el rol del derecho como instrumento de cambio social, asumiendo la defensa de causas reales.

La India ha decidido hace treinta años que la enseñanza del derecho debía ser "socialmente relevante".<sup>16</sup> Como consecuencia de esta caracterización, las Facultades de Derecho se han lanzado a crear diversas herramientas para hacer honor a tan alto ideal. Han creado así, por ejemplo, concursos de reforma legislativa. En ellos los equipos que participan se instalan en una comunidad por tres meses para conocer sus problemas. Sin preconceptos deben elegir algún problema que surja de la comunidad en cuestión y luego de transcurridos los tres meses volver a la Facultad a investigar cómo lo trata el derecho vigente. La propuesta de modificación legislativa ganadora tiene como premio ser tratada en la Legislatura de la

<sup>16</sup> Ver ISHAR, Iqbal y MENON, *Working Paper on Socially Relevant Legal Education* presentado en la American Association of Law Schools Annual Meeting, International Conference on Clinical Legal Education, Miami, USA, mayo de 1996.

nación. Resulta claro las capacidades que se ponen aquí en juego: la sensibilidad para escuchar e identificar problemas, la capacidad de crítica normativa, la creatividad y la imaginación renovadora, la sensibilidad social, la sabiduría práctica.

En la India se organizan también concursos para premiar la mejor propuesta de alfabetización jurídica de la comunidad realizada por alumnos de derecho, es decir la confección de materiales didácticos que expliquen a la gente lego cuáles son sus derechos y de qué forma pueden defenderlos. En esta tarea varias de las capacidades ya mencionadas se hacen obviamente necesarias.

Estos son algunos de los instrumentos disponibles y a nuestro alcance en la medida en que estemos dispuestos a cambiar. Pero estos instrumentos son inservibles si las estructuras de nuestras Facultades permanecen inalteradas.

### **Recoger el guante: las Facultades de Derecho**

Para hacer honor a las demandas mencionadas resulta indispensable dejar de lado las "materias" y reemplazarlas por cursos que se ocupen de "problemas". Cursos como Monopolios, Regulación de Servicios Públicos, Distribución de la Riqueza, y Sistema Impositivo, Libertad de Expresión y la Propiedad de los Medios Masivos de Comunicación, son algunos ejemplos de problemas que rompen el molde de las materias. Problemas que se presentan a los egresados sin distinciones nítidas entre materias supuestamente "autónomas". Tal vez un muy pequeño grupo de cursos (no más de cinco o seis) sea necesario para dar una introducción al pensamiento jurídico (y estoy pensando en cursos de problemas y casos de derecho constitucional, responsabilidad contractual y extracontractual, procesal y tal vez propiedad). Luego la propuesta de cursos debería quedar a cargo del cuerpo docente.

Esta forma de entender los cursos de una Facultad de Derecho rompe necesariamente el molde de materias, departamentos y aún facultades que, como cajas chinas segmentan lo jurídico. La interdisciplina se convierte así no ya en una moda pedagógica sino en una necesidad epistemológica. Para

entender un problema se deben buscar las soluciones donde se las puedan encontrar, sin límites disciplinarios impuestos *a priori*.

Los profesores a cargo de estos cursos son ahora profesores de derecho, a secas. Profesores que deberán tener una ilimitada sed de conocimientos y una gran humildad para comprender que esa sed jamás podrá ser extinguida. Así, propondrán cursos a los que convocarán a economistas, sociólogos, médicos, psicólogos, para que los ayuden a mostrar las diversas perspectivas del problema en cuestión, para abrir nuevos interrogantes, para caracterizarlo con precisión. Exigirá, lo que también resulta fundamental, la existencia de una biblioteca sustancial, actualizada y accesible.

Un paréntesis. Esta visión desde el problema, y no por materias, desde la interdisciplina, y no desde las divisiones rígidas, con profesores de derecho y no de Derecho Civil I, por ejemplo, no reniega de la especialización. La especialización desde este punto de vista no significa que los docentes sólo enseñen una porción del derecho objetivo. Especialización significa el conocimiento de un problema o de un conjunto de problemas sin dejar de lado la conciencia de su complejidad y de su interrelación con otros. La especialización se traslada así al alumno y al egresado pero no se concibe como la estrecha mirada sobre un tema en particular. Fin del paréntesis.

La casi totalidad de los docentes en la estructura propuesta deben tener una dedicación rigurosamente exclusiva.<sup>17</sup> Esta exigencia no se basa

<sup>17</sup> "La situación de provisoriedad repercute sensiblemente en la manera de ejercer el rol de profesor universitario en la medida que rutiniza la enseñanza, abandona la creatividad a través de la investigación, dogmatiza los contenidos en manuales de cátedra, no busca una realización académica, niega la profesionalización del profesorado universitario y no adquiere compromiso con la Facultad, con la Universidad, con el alumnado y con la sociedad en general". AGULLA, *op. cit.*, p. 31.

"Una facultad con una base estructural prevaleciente de profesores de dedicación simple tiene que ser una facultad cuyos contenidos educativos tienen que ser "dependientes" socialmente (rol real); en ningún caso puede ser una facultad "creativa" porque el ejercicio del profesorado con una dedicación simple excluye de sus obligaciones (de hecho) a la investigación creativa y al compromiso de la facultad con una sociedad futura.

En resumen: se trata de un docente que es fundamentalmente un profesional (abogado), razón por la cual orienta su enseñanza del Derecho y de las Ciencias Sociales, al sólo efecto de capacitar profesionales conocedores de la ley y de sus interpretaciones; es decir una enseñanza dogmática, enciclopédica, generalista, memorística y, por cierto, no especializada para las distintas áreas del ejercicio profesional". AGULLA, *op. cit.* p. 55.

de los caballos. Los métodos de enseñanza siempre dependerán de una particular concepción de lo normativo, de la profesión y del diagnóstico social.

La aspiración del presente trabajo consiste en afirmar que ésta o cualquier otra propuesta de modificación de los métodos de enseñanza de lo jurídico no puede ser ajena a cierto diagnóstico de lo que sucede en la sociedad, de sus fallas y de alguna sugerencia para solucionarlas. Nuestra profesión es única en su inmediata responsabilidad social, y la historia argentina lo relata de manera trágica a quien quiera oírlo. Las excusas que nos dábamos para eludir esa responsabilidad ya no sirven, y sólo queda el cinismo, o asumirla sin beneficio de inventario.

Cada marzo miles de argentinos ponen su formación en nuestras manos, cada marzo tenemos la posibilidad de formar una nueva generación de líderes de un sistema más democrático, eficiente y justo. El próximo marzo esta circunstancia se volverá a repetir, y tendremos la oportunidad de no desperdiciarla una vez más. ¿Estaremos dispuestos?