

ISSN 1667-4154

# Academia

Año 14 - número 28 - segundo semestre - 2016

Revista

sobre enseñanza  
del Derecho



DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES

## **DIRECCIÓN**

Mary Beloff (Departamento de Derecho Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA)

Laura Clérico (CONICET, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA)

Gonzalo Álvarez (Profesorado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, UBA)

Nancy Cardinaux (UNLP/ CONICET, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho, UBA)

## **CONSEJO EDITORIAL**

Martín Böhmer (Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UBA; UDESA)

Laurence Burgorgue Larsen (Facultad de Derecho, Universidad de la Sorbona, Paris I)

Ariel E. Dulitzky (Facultad de Derecho, Universidad de Texas)

Raúl Gustavo Ferreyra (Departamento de Derecho Público I, Facultad de Derecho, UBA)

Imer Flores (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México)

Carlos Lista (Facultad de Derecho, UNC)

Claudia Martín (Facultad de Derecho, American University)

Daniel Oliver Lalana (Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza)

Myrta Morales Cruz (Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico)

Mónica Pinto (Departamento de Derecho Público II, Facultad de Derecho, UBA)

Pamela Tolosa (Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur)

Guillermo Treacy (Departamento de Derecho Público I, Facultad de Derecho, UBA)

Jan R. Sieckmann (Facultad de Derecho, Universidad Erlangen/Nürnberg)

## **SECRETARÍA DE REDACCIÓN**

Sebastián Scioscioli (Departamento de Derecho Público I, Facultad de Derecho, UBA)

© Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2015

Av. Figueroa Alcorta 2263, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina

TEL.: (+54-11) 4809-5668

CORREO ELECTRÓNICO: [academia@derecho.uba.ar](mailto:academia@derecho.uba.ar)

**ISSN 1667-4154**

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

*All rights reserved. No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher.*

Impreso en la Argentina - Printed in Argentina

## COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Hugo Alejandro Acciarri (Departamento de Derecho, UNS)

Rebeca Anijovich (Profesorado en Ciencias Jurídicas, UBA)

Rodolfo Arango (Departamento de Filosofía, Universidad de los Andes)

Lucas Barreiros (Departamento de Derecho Público II, Facultad de Derecho, UBA)

María Emilia Barreyro (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA/CONICET)

Carlos Bernal Pulido (Facultad de Derecho, Universidad de Sydney)

Mylai Burgos Matamoros (Universidad Autónoma de la Ciudad de México)

Andrés Bouzatt (Departamento de Derecho, UNS)

Virgilio Afonso Da Silva (Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo)

Aníbal D'Auría (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA)

Claudio Díaz (Facultad de Derecho, UNR)

Diego Dolabjian (Departamento de Derecho Público I, Facultad de Derecho, UBA/Escuela de Abogados del Estado, ECAE/Procuración del Tesoro de la Nación Argentina)

Paula Gaido (Facultad de Derecho, UNC/CONICET)

Germán García Silva (Facultad de Derecho, Universidad del Rosario, Colombia)

Laura Giosa (Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Centro)

Verónica Fabiana Gómez (CIEP/ UNSAM)

Marisa Herrera (CONICET, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, UBA)

Carlos Lascano (Facultad de Derecho, UNC)

Abelardo Levaggi (CONICET, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA)

Nora Lloveras (Facultad de Derecho, UNC)

Pablo Eugenio Navarro (Departamento de Derecho, UNS/CONICET)

Sandra C. Negro (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA)

Agustín Parise (Facultad de Derecho, Universidad de Maastricht - Países Bajos)

María Victoria Pellegrini (Departamento de Derecho, UNS)

Gabriel Pérez Barberá (Facultad de Derecho, UNC)

Ronaldo Porto Macedo (Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo)

Guillermo Ruiz (Facultad de Psicología, UBA/CONICET)

Gustavo Schujman (Universidad de Buenos Aires)

Juan Seda (Departamento de Carrera Docente, Facultad de Derecho, UBA)

Jorge Valencia (Facultad de Derecho, Universidad de Lima)

Mario Villar (Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA)

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**DECANA**

Mónica Pinto

**VICEDECANO**

Alberto J. Bueres

**CONSEJO DIRECTIVO**

CLAUSTRO DE PROFESORES

*Consejeros Titulares*

Oscar Ameal / Beatriz S. Krom / Ernesto Marcer  
Gonzalo Álvarez / Marcelo Gebhardt / Adelina Loianno  
Enrique N. Zuleta Puceiro / Lily Flah

*Consejeros Suplentes*

Alberto J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi  
Martín Böhmer / Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff  
Marcelo E. Haissiner / Mario E. Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

*Consejeros Titulares*

Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda  
Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

*Consejeros Suplentes*

Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti  
Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

*Consejeros Titulares*

Carlos Rodríguez / Juan Alfonsín  
Nicolás Font Cotillo / Joaquín Santos

*Consejeros Suplentes*

Agustina Malandra / Santiago Fernández Storani  
Leandro J. González / Matías Virginillo

SECRETARIOS

**Secretaria Académica:** Silvia C. Nonna  
**Secretario de Administración:** Carlos A. Bedini  
**Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:** Oscar M. Zoppi  
**Secretario de Investigación:** Marcelo Alegre

SUBSECRETARIOS

**Subsecretario Académico:** Lucas Bettendorff  
**Subsecretario de Administración:** Rodrigo Masini  
**Subsecretario Técnico en Administración:** Daniel Díaz  
**Subsecretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:** Francisco Alfonsín

**DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

**Directora:** Mary Beloff  
**Subdirector:** Sebastián Picasso  
**Secretario:** Jonathan M. Brodsky

## Presentación

*Academia*, editada por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, apareció en el otoño de 2003. Es una de las primeras revistas jurídicas en español y portugués abocada exclusivamente a los asuntos concernientes a la enseñanza del Derecho. La periodicidad de la revista es semestral y sale en los meses de junio y diciembre.

Los objetivos de la publicación son promover estudios e investigaciones, provocar debates especializados, producir reflexiones teóricas, difundir informes derivados de investigaciones, de prácticas docentes, traducciones así como presentar reseñas bibliográficas referidas a temas relacionados con la enseñanza y aprendizaje del Derecho y temas afines.

*Academia* está dirigida a profesores, docentes, investigadores, estudiantes y a toda persona interesada en los saberes referidos a la formación jurídica.

La publicación conecta la tradición jurídica que le da el nombre, con las más modernas discusiones en la materia. La revista contiene trabajos inéditos o con escasa difusión en América Latina y el Caribe, Portugal y España, sobre teoría e investigación en la enseñanza de las ciencias jurídicas.

Profesores, docentes e investigadores representantes de las principales instituciones de enseñanza del Derecho de todo el mundo remiten sus trabajos para, una vez aceptados y evaluados, servir a la construcción de un proceso participativo de análisis crítico sobre los contenidos y los modos de enseñanza para la formación de juristas. Los trabajos deben ser inéditos o con escasa difusión, estar actualizados y significar un aporte empírico y teórico de relevancia para su publicación. Las contribuciones están sujetas a un sistema de referato ("*peer review*" bajo la modalidad de "doble ciego") por parte del **Comité Evaluador**, integrado por profesores de la UBA y de otras universidades nacionales y del exterior. La Revista se encuentra indexada en **DIALNET**, en **CLASE (Citas Latinoa-**

**americanas en Ciencias Sociales y Humanidades)** y catalogada en **LA-TINDEX** (evaluada en el Nivel 1). Además, forma parte de la base de datos bibliográfica CLASE de la Universidad Autónoma de México (UNAM).

La distribución es gratuita dentro de la Facultad de Derecho y es enviada a las distintas facultades de Derecho y bibliotecas de países hispano-parlantes.

# Academia: Law Teaching Journal

*Academia*, published biannually in June and December by the Publications Department of the University of Buenos Aires Law School, first appeared in 2003. It is one of the first law journals exclusively devoted to law teaching issues published in Spanish and Portuguese.

The goals of this publication are to promote studies and investigation, to generate specialized debate, to produce theoretical thinking and to disclose the results of investigations and of teaching practices. Further, it includes translations and reviews on texts related to law teaching and learning.

*Academia* is addressed at teachers, investigators, students and at any other person that may be interested in law teaching-related issues, and links tradition with modern discussion. It includes works from Latin-America, Caribe, Portugal and Spain that are unpublished or not widespread, concerning both theory and investigation.

Teachers and investigators from the most important law-teaching institutions submit their works; once evaluated and approved, these contributions help to build a participative process for the critical analysis on contents and teaching methods. In order to be considered for publication, works must be unpublished or not widespread, they must be updated and they must involve a relevant contribution on theoretical or empirical issues. They must be submitted to an Evaluation Committee composed of professors from the University of Buenos Aires and other foreign universities (double blind peer view).

*Academia* is indexed in Dialnet, CLASE (Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades) and has been catalogued in LATIN-DEX (rated as Level 1). Furthermore, it is part of the Biblioteca Jurídica Virtual (BJV) of the National Autonomous University of México (UNAM).

*Academia* is distributed free of charge within the University of Buenos Aires Law School and is sent to different law schools and libraries from Spanish-speaking countries.



# ÍNDICE

---

*Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*  
Año 14, número 28, 2016, Buenos Aires (ISSN 1667-4154)

---

## Artículos

La crisis del llamado “legal writing” y la  
renovación de la enseñanza de la escritura  
en las facultades de derecho argentinas 15-35  
Santiago LEGARRE y Mariano VITETTA

La enseñanza universitaria del Derecho en  
Cuba, sus dilemas ante la reforma que viene:  
¿cuánto se gana y cuánto se pierde? 37-75  
Rolando PAVÓ ACOSTA

Derechos y ritos: iniciación, lenguaje  
y performatividad en el derecho  
y la educación jurídica 77-123  
Jonathan YOVEL

## Estudios e investigaciones

¿Cómo escribimos los abogados?  
La enseñanza del lenguaje jurídico 127-144  
María Carmen DE CUCCO ALCONADA

El discurso pedagógico jurídico  
en la escuela secundaria 145-156  
Gabriela A. FAIRSTEIN

La participación en competencias internacionales  
como estrategia de enseñanza-aprendizaje  
del derecho y como un modo de iniciación  
en la investigación 157-170  
María Blanca NOODT TAQUELA

El estudio y la enseñanza de la participación  
política no institucionalizada en la carrera de  
Abogacía: una mirada desde el Derecho Político 171-181  
Sebastián SANCARI

## **Actualidad universitaria**

Gobernar es igualar. Isonomía, oportunidades  
y justicia social en la Argentina 185-227  
Raúl Gustavo FERREYRA

## **Bibliográficas**

Reseña bibliográfica: *Trayectorias del desarrollo de los  
sistemas educativos modernos. Entre lo nacional y lo global,*  
de Daniel Tröler y Thomas Lenz (comps.) 231-237  
Marina Aida MARIANI

Reseña bibliográfica: *Metodología de la Investigación  
Jurídica para la investigación y elaboración de tesis  
de licenciatura y posgrado,* de Jorge Olvera 239-243  
Gerardo TUNAL

# INDEX

---

*Academia. Law Teaching Journal*

Year 14, number 28, 2016, Buenos Aires (ISSN 1667-4154)

---

## Essays

The crisis of “legal writing” and the renewal  
of teaching writing in argentine law schools 15-35  
Santiago LEGARRE y Mariano VITETTA

The university teaching of law in Cuba, its  
dilemmas before the upcoming reform: how  
much is earned and how much is lost? 37-75  
Rolando PAVÓ ACOSTA

Rights and rites: initiation, language and  
performance in law and legal education 77-123  
Jonathan YOVEL

## Studies and investigations

How do lawyers write? The teaching of legal writing 127-144  
María Carmen DE CUCCO ALCONADA

Legal pedagogical discourse in high school 145-156  
Gabriela A. FAIRSTEIN

Participation in international competitions  
as a teaching-learning strategy of law and  
as a way of initiation in research 157-170  
María Blanca NOODT TAQUELA

The study and teaching of non-institutionalized  
political participation in Law degree studies:  
a look from the Political Law 171-181  
Sebastián SANCARI

## University news

To Rule is To Equalize. Isonomy, Opportunities  
and Social Justice in Argentina 185-227  
Raúl Gustavo FERREYRA

## **Book Review**

Book review: *Trayectorias del desarrollo de los sistemas educativos modernos. Entre lo nacional y lo global*, by Daniel Tröler y Thomas Lenz (comps.) 231-237  
Marina Aida MARIANI

Book review: *Metodología de la Investigación Jurídica para la investigación y elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*, by Jorge Olvera 239-243  
Gerardo TUNAL

# Artículos



## La crisis del llamado “legal writing” y la renovación de la enseñanza de la escritura en las facultades de derecho argentinas\*

SANTIAGO LEGARRE\*\* y MARIANO VITETTA\*\*\*

### RESUMEN

En este artículo, los autores analizan la actualidad del “legal writing” como materia universitaria en la formación de abogados en facultades angloamericanas, con especial énfasis en su crisis, y proponen un método alternativo de abordaje de la enseñanza de la escritura para alumnos de derecho. Este método novedoso se apoya en la lectura de novelas clásicas y el estudio de la ortografía española a partir de la obra de la Real Academia Española, con la adición de tutorías en grupos pequeños para seguir de cerca el avance de los estudiantes. También se mencionan los intentos de simplificación del lenguaje jurídico, especialmente el *Plain English*, y su incorporación en la enseñanza universitaria.

### PALABRAS CLAVE

Escritura - *Legal writing* - *Plain English* - Tutorías - Lenguaje jurídico.

\* Agradecemos a Mariana Bozetti, Ricardo Chiesa, Joanna Richardson y Andrés Sánchez Herrero por sus valiosos comentarios.

\*\* Abogado (UCA) y Doctor en Derecho (UBA). Investigador independiente del CONICET.

\*\*\* Abogado (UBA) y Traductor Público de Inglés (UBA).

## The crisis of “legal writing” and the renewal of teaching writing in Argentine law schools

### ABSTRACT

In this article, the authors analyze the current status of legal writing as a university course within the training program for lawyers in Anglo-American schools, with special focus on its crisis. They propose an alternative approach to teaching language to law students through classic literature works and the study of Spanish spelling rules based on the works of the Spanish Royal Academy. Tutorials in small groups to monitor the progress made by students are another important element of the proposal. Mention is also made of the efforts to simplify legal language, especially Plain English, and the incorporation thereof into university courses.

### KEYWORDS

Writing - Legal writing - Plain English - Tutorials - Legal language.

### I. INTRODUCCIÓN

A poco que uno analice la tarea de un abogado, puede llegar a una conclusión: nada de lo que hace puede llevarse a cabo sin utilizar la principal herramienta que tiene a disposición: la palabra. Sea en forma escrita, sea en forma oral, todo lo que hace el abogado se materializa por medio de la lengua. Esta conclusión, que podría parecer evidente, dado que la lengua es el principal recurso común a todas las personas, puede ser más patente todavía si se la contrasta con la tarea de otros profesionales para los que la lengua no es la única herramienta. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un médico cirujano. Su labor se realiza, principalmente, a través de medios físicos, como el escalpelo, la aguja o el endoscopio. Cuesta pensar en un arquitecto que no se valga de planos y cálculos matemáticos para realizar su tarea; o en un odontólogo que no domine un torno. En cambio, el abogado solo cuenta con la lengua. Si

aceptamos la idea de que es un profesional que ejerce su tarea a través de la palabra exclusivamente, cae de maduro que –como todo profesional que se precie– debe esforzarse por manejar esa herramienta de la manera más eficaz y útil a sus fines. En esto, el abogado no está solo, por supuesto. No son pocas las disciplinas que se valen única o mayormente de la palabra: a bote pronto, pensamos en los periodistas, los traductores, los correctores de textos y los locutores.

La consecuencia de esta concepción del abogado como usuario especializado de la lengua es que debe formarse de manera adecuada en el uso y dominio de su principal herramienta de trabajo. Esto, que parece obvio, no lo es tanto si miramos los planes de estudios de la mayoría de las facultades de derecho argentinas, en los que brillan por su ausencia las materias dedicadas a la lengua.<sup>1</sup> En general, el fundamento implícito de esa exclusión es la idea errónea de que la lengua, al ser algo natural e innato en el ser humano, no necesita estudio en sí misma y, si lo necesitara, bastaría con las horas dedicadas al tema durante los años escolares de formación primaria y secundaria.<sup>2</sup> Craso error. El perfeccionamiento continuo es la base del profesionalismo; desestimar este principio en relación con la lengua, inexorablemente trae consigo disposiciones legales ambiguas, artículos académicos en los que no se entiende el argumento principal, escritos presentados ante un juez en los que el magistrado debe hacer un esfuerzo sustancial para comprender qué es lo peticionado y –también, por supuesto– sentencias judiciales de oscuro significado cuyos efectos no son diáfanos para el justiciable.

Cabe recordar las elocuentes palabras de Couture:

Las palabras son al Derecho lo que el cuerpo humano es a la anatomía o a la fisiología. ¿Concebiríamos un cirujano que anduviera a tanteo

- <sup>1</sup> Unas pocas facultades de derecho argentinas constituyen honrosas excepciones; según surge de los planes de estudios que tienen publicados en Internet, imparten las siguientes materias: Expresión Jurídica y Argumentación (Universidad Austral), Escritura y Práctica Discursiva Universitarias (Universidad de San Andrés), Lógica y Redacción (Universidad Di Tella) y Taller de Escritura: Técnica Jurídica (Universidad de Palermo).
- <sup>2</sup> Por cierto, una de las experiencias recurrentes en el Taller de Escritura al que nos referiremos en la Sección III es que la gente no recuerda casi nada de lo que aprendió en la primaria. Unos pocos recibieron una base correcta, pero ni siquiera estos son capaces de razonar nada de lo que aplican bien.

entre los tejidos del organismo que opera, o a un fisiólogo que no actuara con absoluta precisión sobre el organismo que él debe examinar para acrecentar su ciencia? Y sin embargo, el jurista anda frecuentemente a tanteo con las palabras, que son la anatomía y la fisiología de la ley.<sup>3</sup>

En el medio anglosajón, en particular en el estadounidense, se ha decidido incluir una materia durante la etapa formativa universitaria de los estudiantes de derecho, como laboratorio de práctica para ayudar a que los futuros profesionales sepan manejar con destreza y corrección la lengua. Esta materia se conoce generalmente como “legal writing”.

En la primera parte de este ensayo, analizaremos el alcance de esta disciplina, su estado actual y su abordaje en las facultades de derecho de los Estados Unidos. En la segunda parte, presentaremos una propuesta de formación lingüística novedosa para estudiantes de derecho, que los autores venimos impartiendo desde hace unos años en la Argentina.

## II. EL LLAMADO “LEGAL WRITING” (Y SU CRISIS)

En el mundo anglosajón, el estudio del lenguaje jurídico se divide en dos: por un lado, está el “legal writing” (podríamos traducirlo por “escritura jurídica”), que abarca la escritura en los géneros textuales argumentativos del derecho, como los artículos académicos, las notas a fallo, las sentencias judiciales, los dictámenes jurídicos, entre otros; por otro lado, encontramos el “legal drafting” (una versión posible en nuestra lengua sería “redacción jurídica”) –que algunos autores incluso consideran parte del género más amplio que es el “legal writing”–, referido a “la legislación, los instrumentos jurídicos u otro tipo de documentos que deben ser interpretados por terceros. Las leyes, los reglamentos, los contratos y los testamentos son ejemplos [de este género]”.<sup>4</sup> Para pasar en limpio estas definiciones, podemos decir que el “legal drafting” se ocupa más bien de los documentos con alto contenido estándar y ritualista en

<sup>3</sup> COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, 3ª ed. act. y ampl. por Ángel Landoni Sosa, reimp., Buenos Aires, B de F, 2006, p. 41.

<sup>4</sup> “Drafting is a specific type of legal writing dealing with legislation, instruments, or other legal documents that are to be construed by others. Statutes, regulations, contracts, and wills are examples of legal drafting”. GARNER, Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2ª ed., Oxford University Press, 1995, *sub voce* “drafting”.

los que se determinan derechos y obligaciones, ya sea de carácter particular o general, y que surten efectos jurídicos. En cambio, los tipos textuales abarcados por el “legal writing” no tienen efectos en sí mismos y más bien se refieren a los textos de la categoría anterior, a modo de memorando, crítica o comentario, por ejemplo. En esta categoría, los textos son menos estandarizados, dejan más espacio a la creatividad literaria personal y hay un claro fin argumentativo, ya que el valor de lo escrito debe sostenerse en fundamentos que convencan al lector de la posición del autor.

Esta diferenciación teórica, que tiene importantes consecuencias a la hora de fijar criterios de expectativas respecto de los textos jurídicos, no suele reflejarse en dos materias diferentes en la etapa formativa de los abogados en los Estados Unidos. Por lo general, la materia “Legal Writing”, incluida –generalmente en primer año– en los planes de estudios de la carrera para obtener en ese país el título de *Juris Doctor* (más o menos equivalente al título de abogado en la Argentina)<sup>5</sup> suele referirse tanto a los textos pragmáticos como, sobre todo, a los argumentativos. Es decir, a los efectos didácticos, se suele enseñar tanto “legal writing” como “legal drafting” dentro de la materia “Legal Writing”.

Ahora bien, este modelo estadounidense, inclusivo de la escritura en la enseñanza del derecho –que, a primera vista, parece atractivo y entusiasmo a quienes bregamos por la profundización del estudio del idioma entre los futuros abogados–, no está exento de objeciones. Acto seguido, veremos las críticas al “legal writing”.

## II.a) *EL LASTRE DEL LENGUAJE JURÍDICO*

Como todo lenguaje de especialidad, el lenguaje jurídico trae consigo ciertas particularidades que lo diferencian del lenguaje ordinario. Sin

<sup>5</sup> Además del hecho de que el título de abogado, a diferencia del de *Juris Doctor*, habilita al ejercicio de la profesión, cabe recordar que, como lo explicó uno de nosotros, “la carrera de Derecho es, en los Estados Unidos, un posgrado: una especie de súper maestría profesional, que dura tres años, acometida por un porcentaje insignificante de quienes, antes, se recibieron de alguna otra cosa: ingeniería, economía, matemática, etc.: carreras que se estudian en aquel enorme segmento de toda universidad llamado *college*”. LEGARRE, Santiago, “Estudios de derecho en el extranjero: el gran dilema inadvertido”, en *El Derecho* 260-919 (2014).

dudas necesario y con un alto contenido técnico indisponible, también suele adolecer de errores y deformaciones recurrentes propias del medio en particular, especialmente a partir de la repetición de modelos y estructuras atávicas. Es pertinente traer a colación esta afirmación de David Crystal:

[El lenguaje jurídico] comparte con la ciencia la preocupación por la coherencia y la precisión; y comparte con la religión un respeto por la tradición ritual e histórica. También comparte las críticas que reciben estas otras variantes: como la ciencia, se advierte su impenetrabilidad; como la religión, se le endilga un halo de misterio.<sup>6</sup>

El lenguaje jurídico tiene una complejidad propia dada por el hecho de ser una variedad especializada que se refiere a una disciplina en particular –el derecho– con conceptos propios. Basta pensar en la enfiteusis, el recurso de apelación en relación o el pacto comisorio, conceptos jurídicos todos ellos que son ajenos al lenguaje ordinario y, por ende, al profano en la materia. Si bien los conceptos técnicos –como los ejemplos anteriores– no se pueden evitar y se vuelcan en parte del lenguaje de especialidad, el lenguaje jurídico está infectado de errores comunes que, una vez instalados, se asientan como costumbre (tal vez, debido al respeto por las formas y la estrecha relación que nuestra disciplina guarda con la tradición, tal como sostiene Crystal).

Pensemos en el uso incorrecto del gerundio (especialmente, el gerundio de posterioridad [ejemplo: “El tribunal condenó a uno de los demandados, absolviendo al resto”] y en el gerundio anglicado o adjetivado [ejemplo: “El organismo emitió un informe conteniendo los argumentos que fundamentan el rechazo”]); el uso de *mismo* y sus variantes en femenino y plural con valor referencial anafórico [ejemplo: “Las partes deben firmar un instrumento específico. El mismo contendrá obligaciones genéricas y específicas”]; el exceso de perífrasis verbales; el queísmo y

<sup>6</sup> “[Legal language] shares with science a concern for coherence and precision; and it shares with religion a respect for ritual and historical tradition. It also shares in the criticisms which these other varieties attract: like science, it is cautioned for its impenetrability; like religion, it is thought willful in its mystique”. CRYSTAL, David, *The Cambridge Encyclopedia of The English Language*, Cambridge, University Press, 2010, pp. 374-375.

el dequeísmo; el uso excesivo e innecesario de frases en latín; los errores de discordancia y la particular afición por las oraciones largas.<sup>7</sup>

En inglés, la identificación de estos problemas lingüísticos en el derecho es de larga data, tanto que el conjunto de estas particularidades que dominan el lenguaje jurídico ha dado lugar a una designación específica: “legalese”,<sup>8</sup> voz intraducible a nuestro idioma con el mismo tono del término original, que encierra una crítica jocosa en una sola palabra, pero que se podría volcar al español como “jerigonza jurídica”. Hace referencia al conjunto de características propias del discurso del derecho que complican la lectura desde el punto de vista sintáctico (oraciones largas, incisos dentro de incisos, fórmulas rituales poco difundidas y comprensibles en el lenguaje habitual) y léxico (abuso de la sinonimia referencial, uso de palabras y construcciones extrañas –en español, podemos pensar en ejemplos como “impetrar”, “encartado” o “tocamientos inverecundos”–), aunque no necesariamente constituyan errores.

Es evidente que, si percibimos un problema en la construcción del lenguaje jurídico, debemos planificar vías de acción para salir del círculo vicioso en el que se perpetúan las incorrecciones, los usos impropios y la redacción poco clara; porque quienes se inician en la práctica del derecho aprenden de quienes ya acarrean esos vicios y no se preocupan por desterrarlos ni contrastarlos con las reglas de la gramática y la ortografía del idioma en cuestión. En este sentido, es clara la sentencia de Garner: “Continuamente recurrimos a libros de derecho plagados de una escritura contaminada de infecciones estilísticas, y pocos lectores logran permanecer inmunes (...) Nuestras facultades de derecho generalmente relegan la escritura jurídica a la periferia de los planes de estudios, lo que transmite el mensaje de que los logros en la escritura tienen poca importancia”.<sup>9</sup> Si

<sup>7</sup> Para analizar más en detalle estos problemas, sugerimos la lectura de los trabajos de CABRERA CAMASCA, Mónica, “Aproximación al discurso escrito de los abogados”, en *Themis*, nro. 31, julio de 1995, pp. 143-151, y ZORRILLA, Alicia María, “La escritura jurídica: ¿tradición o modernidad?”, en *Revista CTPCBA*, nro. 123, septiembre-noviembre de 2014, pp. 19-27.

<sup>8</sup> Puede ampliarse este tema en MELLINKOFF, David, *The Language of the Law*, Resource Publications, 2004, y KIMBLEZ, Joseph, *Lifting the Fog of Legalese*, Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2006.

<sup>9</sup> “We continually resort to lawbooks that overflow with writing contaminated by stylistic infections—but few readers effectively inoculate themselves (...) Our law schools

esta es la situación en los Estados Unidos,<sup>10</sup> donde hay materias de escritura jurídica en todos los planes de estudios de abogacía, no es difícil darse cuenta de la crisis en la que estamos sumidos en nuestro país, donde escasean las materias obligatorias sobre escritura para futuros abogados.

## II.b) MODOS DE ABORDAJE DE LA COMPETENCIA LINGÜÍSTICA EN EL DERECHO

La preocupación por la oscuridad del lenguaje jurídico en el medio anglosajón ha dado lugar a un movimiento conocido como “Plain English”, que brega por la simplificación del lenguaje jurídico. Sus corifeos sostienen que el buen estilo consiste en escribir de la manera más simple posible y que permita que la mayor cantidad de gente pueda entender sin esfuerzo. Para Garner –un gurú del “Plain English” y de la escritura jurídica en general–, no es nada más que el “uso idiomático y gramático de la lengua, que presente las ideas al lector de la manera más eficaz posible”.<sup>11</sup> En verdad, para seguir las directivas de este movimiento, no basta con expresar las ideas solo de manera gramatical, sino que el uso del idioma debe ser eficaz, lo que implica –entre otras cosas– tender a evitar expresiones complejas que no añadan sentido y, en general, todo tipo de circunloquio.

No son pocos quienes se oponen a esta visión del lenguaje jurídico y argumentan que el derecho tiene una complejidad propia que exige, muchas veces, textos igual de complejos.<sup>12</sup> De todos modos, creemos que la complejidad propia de una disciplina –en nuestro caso, el derecho (que, como técnica que es (además de ciencia), tiene un lenguaje técnico)–

generally shunt legal writing off to the periphery of the curriculum, thereby signaling in effect that attainments in writing are of minimal importance”. GARNER, Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2ª ed., Oxford University Press, 1995, *sub voce* “legal writing style”.

<sup>10</sup> Acerca de la crisis del “legal writing” en Estados Unidos, véase también, RIDEOUT, J. Christopher y Jill J. RAMSFIELD, “Legal Writing: a Revised View”, en 69 *Washington L. R.* 35, 36-37 (1994).

<sup>11</sup> “[T]he idiomatic and grammatical use of language that most effectively presents ideas to the reader”. GARNER, Bryan A., *The Elements of Legal Style*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002, p. 5.

<sup>12</sup> Por ejemplo, CRUMP, David, “Against Plain English: The Case for a Functional Approach to Legal Document Preparation”, en 33 *Rutgers L. J.* 713 (2002).

no se opone a la noble meta de escribir bien y de manera llana para que entienda el público más amplio posible.

Para completar el panorama del “Plain English”,<sup>13</sup> veamos los diez principios rectores que menciona Garner para aplicar esta propuesta de simplificación en la redacción jurídica:

1. Escriba oraciones con una longitud promedio razonable.
2. Prefiera las palabras cortas frente a las largas y las simples frente a las complejas.
3. Evite los dobles y triples negativos.
4. Prefiera la voz activa.
5. Mantenga juntas las palabras relacionadas entre sí.
6. Utilice títulos para dividir las partes de un documento.
7. Use estructuras paralelas para las enumeraciones.
8. Evite el exceso de referencias internas.
9. Evite el exceso de definiciones.
10. Utilice cláusulas introductorias y de finalidad en los instrumentos jurídicos.<sup>14</sup>

Aunque, reiteramos, el “Plain English” todavía genera cierta resistencia en algunos sectores, el mundo anglosajón ha sido bastante permeable a la idea de simplificar el lenguaje jurídico siguiendo estos principios y otros de fundamentación similar. Pruebas de esta difusión son la amplia bibliografía existente sobre el tema, el surgimiento de asociaciones específicas formadas por abogados dedicadas a promover el “Plain English”<sup>15</sup> y las revistas especializadas de contenido afín, entre las que se destacan *The Clarity Journal* y *The Scribes Journal of Legal Writing*.

<sup>13</sup> Sobre este tema, se puede ampliar en CUTTS, Martin, *Oxford Guide to Plain English*, Oxford University Press, 2007.

<sup>14</sup> GARNER, Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2ª ed., Oxford University Press, 1995, sub voce “Plain Language”.

<sup>15</sup> Se destacan la Plain Language Association International (PLAIN), fundación dedicada a promover la comunicación clara en todo el mundo y con sede en Canadá (sitio web: <<http://plainlanguagenetwork.org>>); Scribes, The American Society of Legal Writers (sitio web: <<http://www.scribes.org>>), con sede en los Estados Unidos, y Clarity (sitio web: <<http://www.clarity-international.net>>), fundada en el Reino Unido. Todos los sitios web mencionados en esta nota al pie fueron visitados por última vez el 9-5-2016.

De a poco, estas ideas han ido llegando al mundo hispanohablante, y ya hay quienes hablan del movimiento del “lenguaje llano”, “español llano” o “lenguaje claro”. Creemos que todos los sistemas jurídicos del mundo hispanohablante encontrarían beneficios en seguir las directivas de estos movimientos, que aquí apenas insinuamos.

A pesar de la presencia del “Plain English” en el mundo jurídico anglosajón, todavía hay quienes sostienen que las materias dedicadas a la escritura jurídica en la universidad solo sirven, aún hoy, para terminar perpetuando los vicios que ya acarrearán quienes ejercen el derecho (el círculo vicioso del que hablamos antes). Poco se puede hacer desde la cátedra si no se toma distancia didácticamente de las mañas del lenguaje jurídico y no se advierte la crisis en la que está sumida la lengua del derecho.

Otro interesante punto de contacto entre la etapa formativa de los abogados y la escritura es el ámbito de las publicaciones jurídicas para estudiantes de derecho. En los países anglosajones, existen las “law reviews”, que generalmente son administradas de manera exclusiva por los mejores estudiantes de cada facultad. En las facultades de derecho de tradición continental-europea, no existe un equivalente exacto de este tipo de actividad, pero sí hay, en algunos casos, revistas en las que pueden participar los estudiantes de grado.<sup>16</sup> En ambos casos, los estudiantes que participan de la actividad editorial de hacer una revista reciben artículos y los analizan para decidir si se publican o no. Es habitual que, además de decidir a favor o en contra de su publicación, los estudiantes introduzcan cambios lingüísticos en los artículos. Esta actividad editorial, que es muy provechosa para quien quiere perfeccionar su escritura e insertarse en el mundo académico, ha llevado a Bielsa, en la Argentina, a hacer la siguiente recomendación: “Conviene también hacer las primeras armas en la literatura jurídica en forma de colaboración en revistas de estudiantes o en periódicos, y escribir con precisión, sobriedad y elegancia, y si es posible lograr luego un estilo propio con esas condiciones,

<sup>16</sup> Tal vez el ejemplo más conocido de revista jurídica argentina editada por estudiantes sea *Lecciones y Ensayos*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, creada por el profesor Ignacio Winizky en 1956. Existen otros intentos, pero su continuidad es incierta, por lo que no se justifica mencionarlos.

que son las esenciales del estilo forense".<sup>17</sup> De todos modos, en nuestro país, este consejo es de difícil seguimiento ya que las revistas de estudiantes son, mayormente, una rareza.

Necesariamente debemos valorar la tarea de este tipo de emprendimientos editoriales, pero con la salvedad de que los alumnos deben esforzarse para no adoptar los vicios y errores arraigados en el lenguaje jurídico. Maticemos pues la cita de Bielsa con esta de Rodell, referida a las "law reviews" editadas por estudiantes:

Sin un estilo que oculte todo el contenido y destruya la totalidad del significado (o la falta de él), bajo el manto de un galimatías ininteligible pero rimbombante, la mayoría de la basura que se imprime en las revistas jurídicas [editadas por estudiantes] nunca podría publicarse en ningún lado, ni siquiera en esas publicaciones. Si los doctrinarios tuvieran que escribir de manera simple, sus escritos tendrían que tener sentido; si no, se les reirían en la cara y serían forzados a regresar a sus cuevas, que son las bibliotecas. Sin embargo, la horrible realidad es que –según la última encuesta aleatoria llevada a cabo por quien esto escribe– el 90% de los académicos estadounidenses y al menos el 99,44% de los académicos estadounidenses que se dedican al derecho no solo no saben escribir de manera simple, sino que directamente no saben escribir.<sup>18</sup>

Con la convicción de que el buen español jurídico es, ante todo, buen español a secas, desde hace unos años experimentamos con un taller de

<sup>17</sup> BIELSA, Rafael, *La abogacía*, 2ª ed., Buenos Aires, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1945, p. 6.

<sup>18</sup> "Without a style that conceals all content and mangles all meaning, or lack of same, beneath impressive-sounding but unintelligible gibberish, most of the junk that reaches print in the law reviews and such scholarly journals could never get itself published anywhere-not even there. If scholars had to write simply, they would simply have to make sense-or else be laughed right back to their library mole-holes. Yet the awful fact is-according to the latest Rodell Random-Sample Poll-that 90 per cent of American scholars and at least 99.44 per cent of American legal scholars not only do not know how to write simply; they do not know how to write". RODELL, Fred, "Goodbye to Law Reviews", en 23 *Va. L. Rev.* 279-209 (1936). Disponible [en línea] <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2763](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2763)>, visitado por última vez el 9-5-2016.

escritura para estudiantes de abogacía que tiene por fin enseñar a escribir bien, con un método quizás novedoso y poco ortodoxo.

### III. LA EXPERIENCIA DE UN TALLER DE ESCRITURA PARA ESTUDIANTES DE DERECHO

#### III.a) *ENSEÑAR ESCRITURA EN EL AULA*

La crisis del llamado “legal writing” puede arrimar consigo una lección saludable a nuestras aguas argentinas. Si bien estas son mayormente ajenas al “legal writing” como tal, las mañas de la manera de escribir de la mayoría de los abogados son proverbiales también en nuestro medio. En cambio, de justificar esta sentencia, compartiremos aquí una experiencia que acaso pueda servir a la vez de tónico para ese mal proverbial y de antídoto para prevenir la invasión de un remedio que es igual o peor que la enfermedad.

Desde 2008 comenzó a dictarse en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina una nueva materia, una de esas que, en esa universidad, los estudiantes de la carrera de derecho pueden elegir para cumplir con el requisito de realizar dos optativas antes de recibirse de abogados. La materia, titulada “Taller de Escritura e Investigación Jurídica”, está a cargo de uno de nosotros (Santiago Legarre), mientras que el otro coautor de este trabajo (Mariano Vitetta) se desempeña como profesor asistente.<sup>19</sup>

El Taller –como se lo conoce coloquialmente– tiene dos partes: la primera se desarrolla en el aula; la segunda, en la oficina del profesor a cargo.

En el aula, unos veinte estudiantes de derecho se reúnen junto con los profesores los viernes por la tarde, durante una hora y media. En estas reuniones o clases, el funcionamiento es parecido al de un taller mecánico. La analogía que les planteamos es: “Así como cuando uno tiene su auto roto o en mal estado, lo lleva al taller mecánico para que se lo arreglen, así ustedes traen a este Taller de Escritura *su* escritura,

<sup>19</sup> Actualmente, el plan de estudios no incluye una materia de escritura, de modo que esta optativa viene (de un modo limitado) a llenar este vacío. Pero no siempre fue así. En el plan de estudios que rigió hasta comienzos de los años ochenta había una materia obligatoria destinada a enseñar a escribir a los estudiantes de derecho.

para que intentemos, entre todos los que trabajamos en él, arreglarla, mejorarla o potenciarla”.

Esta analogía tiene un presupuesto y una puesta en marcha. El presupuesto es el conocimiento de las reglas básicas de la ortografía y la gramática castellanas. Para aprenderlas (o reforzarlas o recordarlas) se pide a los participantes que consigan un ejemplar de la *Ortografía básica de la lengua española*.<sup>20</sup> Para cada clase deben leer el tema o sección de la *Ortografía* que se les señala, deben traer su ejemplar a cada clase y cualquiera de los presentes puede ser designado al azar para liderar una clase dada. Por ejemplo: “Gastón, ¿qué te llamó la atención en el capítulo de la *Ortografía* sobre acentuación?”. Y luego se hace rodar la pelota y otros van siendo interrogados, y todos van participando. Los profesores intercalan algunos comentarios teóricos y, sobre todo, comentan ellos también qué cosas les llamaron la atención, al tiempo que subrayan las que previsoramente y en retrospectiva sospechaban que podían ser de mayor utilidad para los estudiantes.

Con este presupuesto, en el aula funciona simultáneamente otra actividad:<sup>21</sup> la puesta a punto del motor necesitado de reparación. Los estudiantes traen a clase un “pen drive” con algún documento, un escrito cualquiera, de su autoría, para ser “editado”, públicamente, en el Taller. “Editar” es un verbo problemático pero, luego de alguna cavilación, lo hemos adoptado para designar la actividad que realizamos en el Taller. El verbo y el sustantivo derivado: “edición” hacen referencia aquí a la corrección de un texto, que va desde los errores materiales (las erratas) hasta el estilo, pasando por la ortografía y la gramática.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Real Academia Española, *Ortografía básica de la lengua española*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 2012.

<sup>21</sup> La parte del Taller que se desarrolla en el aula (a la que se refiere el texto) contiene, además de contenidos de escritura, otros –formación docente, *comme il faut*–, que uno de nosotros ha explicado en: LEGARRE, Santiago, “Taller de Escritura para estudiantes de Derecho: una experiencia docente en la UCA” (en *2010-Consonancias*, año 9, nro. 33, septiembre de 2010, p. 19).

<sup>22</sup> La tarea de “edición”, así entendida, incluye, por tanto, lo que Mariana Eguaras llama “corrección de estilo”, pero también lo que denomina “corrección ortotipográfica”. Véase su trabajo *Corrección de estilo y ortotipográfica: diferencias* [en línea] <<http://marianaeguaras.com/correccion-de-estilo-y-ortotipografica-diferencias/>>, visitado por última vez el 9-5-2016.

Pues bien, una vez que algún voluntario se acercó a la computadora y abrió su documento, este se proyecta a todos mediante cañón y pantalla gigante. Entonces, el voluntario se queda adelante, junto al teclado, mientras un párrafo elegido al azar, debidamente aumentado con *zoom*, comienza a ser editado por todos. Típicamente dirá el profesor que esté al frente de la clase: “A ver, ¿alguien encuentra algún error en este párrafo?”. Si hay silencio –lo que ocurre en las primeras clases, hasta que los estudiantes ven el sentido de corregirse los unos a los otros–, el profesor señala algún error, si lo hubiera. Luego añade: “Bien, concluimos con posibles errores. ¿Alguno encuentra algo que, sin ser un error, podría mejorarse? ¿Algo poco claro, poco conciso, poco elegante...?”. Nuevamente: primero responden los participantes del Taller y, en subsidio (o corrigiendo las correcciones, si hace falta), el profesor.

Sea que un estudiante edite, o que lo haga el profesor, la persona en cuestión se levanta, se acerca al teclado e introduce la corrección usando la herramienta del procesador de textos denominada “control de cambios” o “modo de revisión”. Esta herramienta es de gran utilidad, pues los cambios aparecen a la vista en rojo y, además, activan un sistema mediante el cual luego es muy fácil rastrear esos cambios en el documento. De paso, los estudiantes se familiarizan con ella y esto les resulta generalmente de gran utilidad, pues suele usársela hartos en el ambiente profesional jurídico.

A los estudiantes les fascina acercarse a la computadora y escribir cosas que van apareciendo en la pantalla, ante los ojos de todos. El sistema también permite al profesor observar mejor si el cambio propuesto constituye una verdadera contribución o, en realidad, un nuevo error; puesto que recién cuando una idea se plasma por escrito se pueden advertir cabalmente sus dimensiones reales.

Al terminar este verdadero juego –en el sentido de que es algo real, pero también divertido– llamado “edición”, el estudiante voluntario retira su “pen drive”, con su documento alterado y enrojado, y vuelve a su asiento. Luego pasa otro, y otro. Y así concluye la parte de aula del Taller.

### III.b) *ENSEÑAR ESCRITURA A TRAVÉS DE TUTORÍAS*

Pasemos ahora a la segunda parte del Taller, la que tiene lugar en la oficina del profesor. Este es el momento para explicar, antes de entrar en esa oficina, una premisa fundamental de este Taller.

Se escribe lo que se lee; se aprende a escribir leyendo a los que escriben bien; la escritura es un proceso de imitación inconsciente (y a veces, en etapas avanzadas, consciente); la lectura es un proceso de grabación de formas en la memoria. Por tanto, “dadle a leer a alguien algo bello y proporcionado, y esa persona comenzará a escribir con lindura y claridad”, tarde o temprano, y con un poco de fortuna: el método no es infalible.

Esta premisa requiere inexorablemente una elección: ¿qué darles a leer a estos estudiantes de tercero, cuarto y quinto año de derecho de comienzos del siglo XXI? Por descartes sucesivos, el profesor a cargo llegó a una respuesta relativamente simple, pero bastante sorprendente para el común de los mortales (argentinos). Los descartes –varios de ellos, lejos de ser obvios– fueron los siguientes: a) no conviene dar traducciones, aunque lo sean de historias atrapantes, pues la finalidad no es atrapar sino que aprendan a escribir bien, y las traducciones –salvo excepciones contadas– no sirven para eso; b) no conviene dar literatura chatarra “de la buena”, que tiene la innegable virtud de ser apasionante pero que, generalmente, está mal escrita; c) no conviene dar clásicos alejados en el tiempo pues, incluso cuando son una delicia, usan un vocabulario demasiado extraño para nuestros días: les quedan arcaicos a los estudiantes; d) no conviene dar contemporáneos valiosos pero sofisticados (por ej.: Cortázar o Borges), pues su escritura es demasiado complicada para la mayoría de estos estudiantes: les quedan grandes al Taller.

¿Qué queda? Obviamente, queda mucho, y mucho que el profesor ignora. Pero uno recurre a lo que conoce, a lo que recuerda, a lo que experimentó, a lo que tiene a mano, a lo que ve en su propia biblioteca, en su cuarto. Uno recurre, principalmente, a lo que cree que le funcionó a uno mismo. Es un axioma elemental, inevitable, acaso acertado en las cosas humanas de funcionamiento. El profesor a cargo del Taller

recurrió, entonces, a algunos autores que había leído, por recomendación de maestros sabios.

Se trata de cinco novelistas españoles de la segunda mitad del siglo XIX: Alarcón, Clarín, Galdós, Pereda y Valera.<sup>23</sup> Bastante podría decirse de estos escritores; de cómo casi todos se conocían entre sí y se apreciaban, de cómo integran una “generación”, de que forman parte del movimiento realista (unos más, otros menos), de la influencia de otros autores no hispanos en ellos, de aquello en que se parecen (mucho) y de aquello en que se distinguen (mucho). Pero diremos solo esto: que todos *se parecen mucho* en su escritura: escriben maravillosamente, con una prosa elegante, ejemplar, diáfana, simple: una prosa que no tiene ni el arcaísmo que llevó a descartar a otros más arcaicos –a pesar de lo cual los estudiantes no entienden algunos de sus términos decimonónicos y tienen que recurrir al diccionario– ni tiene tampoco la complejidad que llevó a descartar a otros más sofisticados, contemporáneos, a pesar de lo cual la prosa de Alarcón y compañía, y en especial su puntuación, es suficientemente sofisticada como para dejar sin aliento a un consumidor de literatura chatarra.

Metámonos de lleno, ahora sí, en la segunda parte del Taller. Los estudiantes deben leer cada mes una novela de alguno de estos autores. Para cada mes, se les da a elegir entre dos novelas, y cada uno escoge, de esas dos, la que prefiere. También se les da una consigna, sobre cuya base deben escribir un ensayo de entre tres y cinco páginas. Todas las consignas empiezan igual: “Sobre la base de la novela tal...” o “A partir de la novela cual...”. He aquí un ejemplo de la primera consigna del Taller de 2008: “Sobre la base de la lectura de *La Puchera*, de José María de Pereda, argumente en torno de la siguiente afirmación: *La historia de Inés demuestra que en la educación importa más la pasta del educado que la calidad del educador*”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Con el correr del tiempo se agregaron algunos autores más, como Armando Palacio Valdés. Aquí puede encontrarse un elenco completo de los autores y de las novelas escogidas: <<http://tallerdeescritura.com.ar/novelas.html>>, visitado por última vez el 9-5-2016.

<sup>24</sup> Este tipo de consignas son comunes en la Universidad de Oxford, donde desde tiempos inmemoriales reina el sistema tutorial.

Los estudiantes están distribuidos en grupos de tres para las tutorías, que ocurren dentro de la oficina. Cuando a un estudiante le toca el turno de la tutoría mensual, debe concurrir, junto con su grupo, provisto de cuatro copias de su ensayo: una para el profesor (devenido en tutor) y una para cada uno de los miembros de su grupo, incluido él mismo.

En la tutoría, uno de los estudiantes –que se ofrece como voluntario o que es escogido por el tutor, en ausencia de voluntario– lee en voz alta su ensayo, de punta a punta. Dicho sea al pasar, los estudiantes aprenden mucho leyendo en voz alta. En algunos casos, caen en la cuenta por primera vez de lo mal que lo hacen: se traban, leen cosas distintas de lo que dice su propio texto, se ponen nerviosos. No están acostumbrados a leer –acaso lo hicieron en el colegio y ya no más–, a pesar de que muchos deberán leer en el futuro por necesidad. Por eso, el profesor puede aprovechar este momento para hacerle al estudiante algunas observaciones acerca de su modo de leer. La observación más reiterada del profesor es: “¡Más lento, por favor, y en un tono más alto de voz!”, dos cosas que ellos suelen considerar incompatibles.

Esta versión del ensayo que el estudiante leyó en voz alta de punta a punta la denominamos “v1”: primera versión. Durante la lectura, sus compañeros de grupo se dedicaron a tratar de encontrar en el texto la mayor cantidad posible de errores y de cosas que se puedan mejorar, y marcan esos errores y sugerencias en el papel (así los instruyó antes el tutor). El tutor va haciendo otro tanto. Con estos aportes, sumados a los que los compañeros de grupo y el propio tutor hacen oralmente, una vez concluida la lectura, el autor del ensayo leído elaborará una segunda versión (v2) y se la enviará por correo electrónico al tutor. Este le introducirá, si falta hiciera (y casi siempre hace falta, porque cuando uno corrige suele introducir nuevos errores), nuevas correcciones o sugerencias, con el uso de la ya conocida herramienta “control de cambios” o “modo de revisión”, y le reenviará esta tercera versión del ensayo (v3) al autor, quien elaborará una última versión (v4). Luego la enviará al tutor, y así concluye este proceso de ida y vuelta. Aunque a veces, no huelga decirlo, el proceso finalizó con la publicación del trabajo en alguna revista.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Varios de estos trabajos fueron publicados en la sección “Leído y Recomendado” de la revista de cultura para jóvenes *Sed Contra*, disponible [en línea] <<http://www.secontra.com.ar>>, visitada por última vez el 9-5-2016.

Cuando a fines de 2008 concluyó el primer Taller de Escritura, tres cosas resultaron claras. Primero, que las tutorías (con la lectura y escritura previa que suponen) eran lo más rico del Taller. Segundo, que en las tutorías se consumía demasiado tiempo reparando minucias; lo decimos sin menospreciarlas en modo alguno, solo para señalar que la dedicación a las minucias impedía enfocarse en otros aspectos más interesantes de los ensayos, por aquello que enseñaba el maestro de Oxford, John Finnis: “If I get distracted by the small picture, I can’t focus on the big picture”.<sup>26</sup> Tercero, que en el primer grupo –los participantes del primer Taller– existía una cantera de la cual se podía, eventualmente, extraer ayudantes que dieran una mano con las minucias, de modo que los ensayos fueran pulidos antes de llegar a la tutoría definitiva.

Cuatro participantes de esa partida inicial, entonces estudiantes de quinto año de facultad, colaboraron, como tutores, en el siguiente Taller.<sup>27</sup> Los cuatro eran estudiantes de quinto año de derecho en la UCA. Cada ayudante-tutor estaría a cargo de un grupo de tres estudiantes apenas más jóvenes. En este segundo Taller, funcionamos de una manera que luego cambió: cada grupo veía algunas novelas y ensayos con su ayudante-tutor solamente, y otros, exclusivamente con el profesor-tutor. Esta manera de funcionar tuvo sus frutos: los ayudantes aprendieron y tuvieron responsabilidades significativas; a los estudiantes les divertía reunirse para la tutoría con sus ayudantes, tutoría que tenía lugar en una de las cafeterías de la facultad. Sin embargo, al concluir este segundo Taller, los ayudantes mismos propusieron, para el siguiente, una modalidad distinta de funcionamiento, que probó ser muy superior.

En el tercer Taller, el *modus operandi* (que se usa hasta el día de la fecha) fue, entonces, el siguiente: cada grupo de estudiantes tiene dos tutorías por cada novela/ensayo: la primera, con su ayudante-tutor; la segunda –sobre el mismo libro y ensayo–, con el profesor-tutor. Veamos un ejemplo.

<sup>26</sup> Véase al respecto LEGARRE, Santiago, “Un diálogo con John Finnis: tesis doctorales, escritura académica, clases y más”, en *El Derecho* 249-720 (2012).

<sup>27</sup> Se trata de Santiago González, Nicole Jaureguiberry, Justa Roca y Gastón Vilela. Con el correr del tiempo, desfilaron como ayudantes-tutores muchos otros. Aquí puede encontrarse un elenco completo de ayudantes: <<http://tallerdeescritura.com.ar/docentes.html>>, visitada por última vez el 9-5-2016.

Para la novela *Pepita Jiménez*, de Juan Valera, cada grupo tiene una primera tutoría con su ayudante designado. Ese viernes, todos los grupos sesionan, simultáneamente y por separado, en la cafetería. El profesor a cargo se pasea un rato por cada uno de los grupos, con la finalidad de tomarles el pulso a los estudiantes, y también de observar cómo se desempeñan los ayudantes, para poder hacerles al final del curso lo que ellos llaman una “devolución” y en inglés se denomina “feedback”.

En esa sesión inicial cada estudiante lee su v1 al ayudante-tutor. Luego, en casa, elabora una v2 con las observaciones de aquel y de sus compañeros de grupo; esa v2 la envía a continuación al ayudante, quien la revisa con control de cambios. Con estos cambios el estudiante fabrica una v3.

Con esta v3, cada estudiante viene a su segunda tutoría sobre ese mismo ensayo que había escrito a propósito de *Pepita Jiménez*, esta vez con el profesor-tutor. La experiencia al recibir la lectura de estas v3 fue excelente: los escritos de los estudiantes eran de una calidad muy superior a los de antes, pues venían “peinados” por los ayudantes. Esto permitía al profesor concentrarse más en lo que Finnis llamaba “the big picture”...

#### IV. CONCLUSIÓN Y BALANCE

Como hemos visto, el campo de la enseñanza de la escritura para futuros abogados se muestra como un terreno fértil en el que hay mucho por sembrar. La formación en escritura de los abogados oscila entre la ausencia total de materias específicas sobre el arte de escribir, por un lado, y el aprendizaje desordenado y espontáneo mediante la repetición de fórmulas atávicas y el excesivo apego a un estilo supuestamente propio de la disciplina jurídica, por el otro. Se olvida, así, que para escribir bien en derecho primero hay que saber escribir bien a secas y, para eso, se necesitan dos cosas: conocer las reglas básicas de la lengua materna (nunca hay que dar por supuesto que porque vinimos a este mundo con un idioma bajo el brazo lo conocemos en su totalidad) y tomar distancia de los textos estrictamente profesionales y leer (e intentar, dentro de lo posible, emular) a buenos autores que escriban muy bien en español, especialmente autores de novelas. La crisis del “legal writing” nos obliga a salir del corsé del lenguaje jurídico y buscar modelos dignos de imitar en otros ámbitos.

En este sentido, el balance general del Taller de Escritura es positivo. Copiamos un correo electrónico de uno de los participantes de la primera hora, aunque con esto no pretendamos adjudicar carácter conclusivo o determinante a este tipo de opiniones: “Les cuento algo que me enorgulleció mucho y me puso muy contento –tal vez les provoque lo mismo a ustedes ya que en parte contribuyeron–: el otro día mi jefa [en una empresa multinacional] me felicitó por mi redacción”.

Este tipo de repercusiones se ha reiterado, dentro de la escala limitada que todavía tiene el experimento. Como así también, dentro de esta misma escala, se ha dado varias veces el fenómeno de exparticipantes del Taller que son corregidos por sus jefes, en materia de escritura, de una manera equivocada. Un ejemplo clásico de esto ocurre cuando un jefe cree conocer la regla que gobierna la acentuación de la palabra “solo” y corrige –equivocadamente– a un subordinado que sigue correctamente la regla, tal como la aprendió en el Taller de la mano de la *Ortografía básica de la lengua española*. En este tipo de situaciones paradójicas, saber más conlleva para los chicos un pequeño problema existencial: pueden quedar a veces como pedantes y a veces como ignorantes sin ser necesariamente ni lo uno ni lo otro.

Para los profesores, la experiencia del Taller de Escritura constituyó y constituye un gran desafío profesional y una causa permanente de satisfacción. La preparación de las clases es un aprendizaje constante y una fuente de herramientas que serán utilizadas en los propios artículos académicos en materia jurídica (y en otras). Esos artículos, ya terminados, y, sobre todo, durante su elaboración, son a su vez un banco de prueba que en ocasiones desfila por la pantalla, ante los ojos de los participantes del Taller.

En suma: los estudiantes que participan en el Taller están contentos; los ayudantes, contentos; los profesores, contentos. Evidentemente el contento de unos y otros no alcanza por sí solo para probar nada. Pero con el correr del tiempo acaso lo podremos discernir como un indicio precoz de la bondad real de este experimento.

## BIBLIOGRAFÍA

BIELSA, Rafael, *La abogacía*, 2ª ed., Buenos Aires, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1945.

- CABRERA CAMASCA, Mónica, “Aproximación al discurso escrito de los abogados”, en *Themis*, nro. 31, julio de 1995.
- COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, 3ª ed. act. y ampl. por Ángel Landoni Sosa, reimpresión, Buenos Aires, B de F, 2006.
- CRUMP, David, “Against Plain English: The Case for a Functional Approach to Legal Document Preparation”, en 33 *Rutgers L. J.* 713 (2002).
- CRYSTAL, David, *The Cambridge Encyclopedia of The English Language*, Cambridge, University Press, 2010.
- CUTTS, Martin, *Oxford Guide to Plain English*, Oxford University Press, 2007.
- EGUARAS, Mariana, “Corrección de estilo y ortotipográfica: diferencias” [en línea] <<http://marianaeguaras.com/correccion-de-estilo-y-ortotipografica-diferencias/>>, visitado por última vez el 9-5-2016.
- GARNER, Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2ª ed., Oxford University Press, 1995.
- *The Elements of Legal Style*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002.
- KIMBLE, Joseph, *Lifting the Fog of Legalese*, Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2006.
- LEGARRE, Santiago, “Estudios de derecho en el extranjero: el gran dilema inadvertido”, en *El Derecho* 260-919 (2014).
- “Taller de Escritura para estudiantes de Derecho: una experiencia docente en la UCA”, en *Consonancias*, año 9, nro. 33, septiembre de 2010, p. 19 (2010).
- “Un diálogo con John Finnis: tesis doctorales, escritura académica, clases y más”, en *El Derecho* 249-720 (2012).
- MELLINKOFF, David, *The Language of the Law*, Resource Publications, 2004.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Ortografía básica de la lengua española*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 2012.
- RIDEOUT, J. Christopher y Jill J. RAMSFIELD, “Legal Writing: a Revised View”, en 69 *Washington L. R.* 35, 36-37 (1994).
- RODELL, Fred, “Goodbye to Law Reviews”, en 23 *Va. L. Rev.* 279-209 (1936). Disponible [en línea] <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2763](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2763)>, visitado por última vez el 9 de mayo de 2016.
- ZORRILLA, Alicia María, “La escritura jurídica: ¿tradición o modernidad?”, en *Revista CTPCBA*, nro. 123, septiembre-noviembre de 2014.

Fecha de recepción: 24-8-2016.

Fecha de aceptación: 3-12-2016.



## **La enseñanza universitaria del Derecho en Cuba, sus dilemas ante la reforma que viene: ¿cuánto se gana y cuánto se pierde?**

ROLANDO PAVÓ ACOSTA<sup>1</sup>

### RESUMEN

El debate sobre el contenido y métodos en la enseñanza del Derecho ha alcanzado renovada actualidad en el contexto internacional marcado por la Declaración de Bolonia de 1999. Este trabajo aporta un análisis sobre las tendencias y patologías existentes en la enseñanza universitaria del Derecho, los logros experimentados en Cuba, con énfasis en la labor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente con vistas a superar la enseñanza dogmática tradicional y lograr un equilibrio entre los diferentes componentes del proceso educativo. También se brinda un diagnóstico sobre los dilemas que derivan de la propuesta oficial de reforma a los planes de estudios, que parece inspirada en la Declaración de Bolonia, constatándose que habrían cambios positivos, otros sin grandes implicaciones, dados los avances alcanzados por Cuba en cuanto a métodos de enseñanza, pero también se generan desafíos como lo será garantizar lograr un nuevo diseño curricular bajo la reducción de la carrera de Derecho a cuatro años, con el cual no se afecten los niveles de calidad logrados en la formación de los juristas; otro desafío lo constituye satisfacer las necesidades de profesores y alumnos en cuanto a tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), y la ampliación de la oferta de posgrado académico.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho, Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

## PALABRAS CLAVE

Enseñanza universitaria del Derecho - Enseñanza dogmática - Reforma a planes de estudios - Declaración de Bolonia - Calidad en la formación de los juristas.

# **The university teaching of law in Cuba, its dilemmas before the upcoming reform: how much is earned and how much is lost?**

## ABSTRACT

The debate on the content and methods in the teaching of Law has reached renovated present time in the international context marked by the Declaration of Bologna 1999. This work contributes an analysis on the tendencies and existent pathologies in the university teaching of Law, the achievements experienced in Cuba, with emphasis in the work of the Law School of the University of East with views to overcome the traditional dogmatic teaching and to achieve a balance among the different components of the educational process.

This article also offers a diagnosis on the dilemmas that derive from the official proposal of reformation to the study plans that it is inspired by the Declaration of Bologna, being verified that there would be positive changes, others without big implications, according to the advances reached by Cuba as for teaching methods, but challenges are also generated like it will be it to guarantee to achieve a new curricular design under the reduction from the Law career to four years, with which the levels of quality are not affected achieved in the formation of the jurists, another challenge constitutes it to satisfy the necessities of professors and students as for NTIC, and the amplification of the offer of academic graduate degree.

## KEYWORDS

University teaching of Law - Dogmatic teaching - Reforms to study plans - Declaration of Bologna - Quality in the formation of the jurists.

## I. INTRODUCCIÓN

No se concurre a los establecimientos para aprender todo lo *aprendible* sino muy singularmente para aprender a estudiar y para aprender a enseñar.

JOSÉ DE LA LUZ Y CABALLERO, "Aforismo 568"

Los ecos de la Conferencia de Bolonia de 1999, entre otras múltiples repercusiones, han reavivado el debate sobre la formación de los estudiantes en carreras universitarias tradicionales como la de Derecho, tanto en lo que se refiere al contenido curricular de la carrera como a los métodos de su enseñanza y la duración de los estudios. En la Declaración de 19 de junio de 1999, los plenipotenciarios europeos se comprometieron a facilitar la movilidad y la capacidad de obtención de empleo por parte de los estudiantes y graduados universitarios y a elevar la competitividad de la educación superior europea. El documento dejaría poco espacio para su debate posterior y tendría una rápida implantación en el espacio europeo, y aunque destinado para regir en ese ámbito continental, ha irradiado hacia el amplio territorio de los países que fueron colonias europeas y que mantienen como expectativa la movilidad académica de sus estudiantes.

Uno de los impactos visibles de la asimilación de esa reforma para Cuba es la propuesta de que en el próximo plan de estudios la carrera universitaria de Derecho cubrirá solo cuatro años, lo que por supuesto tendría implicaciones en cuanto a contenido curricular, organización del proceso docente y métodos de enseñanza.

Todo indica que la anunciada reforma en el país sucederá inexorablemente y en plazo breve, y ante esa perspectiva, muchos dirían que ni valdría la pena empeñarse en el presente análisis, pues sería "cosa de nostálgicos", como "llorar sobre la leche derramada"; pero se puede pensar al contrario y proponerse, como se hace en el presente trabajo, aportar un diagnóstico en el que conste una evaluación acerca de lo logrado hasta este momento en el país en cuanto a la enseñanza jurídica universitaria y sobre sus retos y las perspectivas ante la reforma a los planes de estudios que se avecina, considerando que se implantaría sin una previa indagación sobre los logros del anterior plan en cuanto a ofrecer

respuestas a las demandas sociales que lo inspiraron, todo lo cual puede resultar de interés para pedagogos y juristas tanto de la Cuba de la posteridad como de otros contextos.

En la presente exposición,<sup>2</sup> primeramente se analizan las principales concepciones iusfilosóficas y sus impactos en las tendencias y patologías que han caracterizado a la enseñanza universitaria del Derecho en Latinoamérica, específicamente en cuanto a su contenido curricular, la organización del proceso docente y los métodos de enseñanza; a partir de tales premisas se destacan los avances experimentados en este sentido en las últimas décadas en Cuba, con énfasis en la Universidad de Oriente y, finalmente, se evalúan las implicaciones positivas y negativas, y los retos que tendrían las anunciadas reformas en el país.

## II. LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA DEL DERECHO A NIVEL INTERNACIONAL, FUNDAMENTALES TENDENCIAS Y PATOLOGÍAS

### A. LAS PRINCIPALES TENDENCIAS EN EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO Y SU TRASCENDENCIA METODOLÓGICA EN LA CONTEMPORANEIDAD

La existencia de una determinada carrera universitaria –y a menudo su supresión–, su contenido curricular y los métodos de su enseñanza han sido decisiones derivadas de una mixtura de aspectos, entre los cuales destacan los de orden político y económico, expresados mediante actos jurídicos y administrativos. En el caso de la enseñanza universitaria del Derecho en el contexto contemporáneo, también ha sido determinante la asunción de ciertos paradigmas erigidos a partir de las principales tendencias del pensamiento jurídico, especialmente en la esfera de la Teoría, la Metodología y la Filosofía del Derecho.<sup>3</sup> Iusnaturalismo,

<sup>2</sup> Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación “Didáctica del Derecho; enfoque general y particularidades en la enseñanza del Derecho Civil y de Familia en los diferentes modelos pedagógicos”, ejecutado por investigadores del área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, cuyo informe “Teoría y práctica del Derecho Civil, de Familia y Agrario; enfoque didáctico, técnico y de cultura jurídica” fue Premio Nacional de la Academia de Ciencias de Cuba en 2013 por el resultado científico de mayor aporte a las ciencias sociales.

<sup>3</sup> PAVÓ ACOSTA, Rolando, “Las principales tendencias en el pensamiento iusfilosófico y su impronta en el contenido de la enseñanza del Derecho”, en CD-ROM, *Memorias Científico-Metodológicas de Derecho Civil y Familia (Parte IV)*, Departamento de Información Científica, Universidad de Oriente, 2010, p. 1.

iuspositivismo formalista y realismo jurídico constituyen enfoques distintos sobre el Derecho, su objeto y sus métodos de investigación y de enseñanza. Históricamente, cada una de estas posiciones ha estimado estar en posesión de la verdad absoluta y ha significado un enfoque parcial, limitado y unilateral sobre qué es el Derecho, cómo conocerlo, aplicarlo y enseñarlo, y, por tanto, si lo que se pretende es arribar a una visión completa sobre el mismo, habría inexorablemente que apartarse de la ortodoxia y asumir de manera integradora los aportes de cada una de estas perspectivas.

### **B. EL IUSPOSITIVISMO FORMALISTA Y SU IMPRONTA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LATINOAMÉRICA**

La enseñanza del Derecho desde las coordenadas del iuspositivismo formalista o normativista va a asumir un conjunto de rasgos,<sup>4</sup> entre los cuales cabe subrayar los siguientes:

- La enseñanza del Derecho va a tener como forma de docencia predominante a la conferencia magistral y se preocupará únicamente por la instrucción sobre el Derecho positivo, conformando un modelo tradicional de enseñanza (cuyas notas son el verticalismo, autoritarismo, verbalismo e intelectualismo),<sup>5</sup> que se corresponde con lo que el pedagogo brasileño Paulo Freire identificara como “concepción bancaria de la educación”, o enseñanza alienada basada en el esquema opresor-oprimido, “donde el estudiante repite como un papagayo los poquitos conocimientos que de alguna manera le deposita (o trata de depositar) el profesor”.<sup>6</sup>
- La enseñanza del Derecho va a tener como soporte didáctico a los manuales, donde se comentan e interpretan las leyes y las sentencias que las aplican y se recogen las definiciones sobre los conceptos

<sup>4</sup> EISENMAN, Charles, “Los objetivos y la naturaleza de la enseñanza del Derecho”, en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, p. 21.

<sup>5</sup> WITKER, Jorge (comp.), “Docencia crítica y formación jurídica”, en *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, p. 222.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio, “La enseñanza del Derecho en los países de derecho escrito”, en *Dikaiosyne*, Mérida, Venezuela, año X, nro. 19, 2007, p. 115.

jurídicos más generales, necesarios para poder interpretar y aplicar dichas leyes, y las teorizaciones se van a desarrollar a partir del Derecho vigente, que se va a asumir acríticamente, como un Derecho válido.<sup>7</sup>

- Las habilidades profesionales que se desea formar en los juristas residen en la memorización de conceptos, la selección de la norma aplicable a cada situación, su interpretación concreta y su crítica solamente desde el punto de vista técnico-jurídico.

Tales rasgos configuran lo que se ha denominado como “enseñanza dogmática del Derecho”, la cual devino en el modelo tradicional, firmemente entronizado y enraizado en América Latina, aunque la crítica a este modelo ha sido cada vez más creciente, proyectándose sobre elementos como: el contenido de la enseñanza, los métodos de enseñanza, las carencias en la formación de habilidades en los alumnos, en el papel del profesor, las tecnologías educativas, los soportes didácticos de la enseñanza y en la eficiencia misma del proceso docente educativo.<sup>8</sup> A este mismo respecto opinaba Valenzuela Fuenzalida que

No ha de recurrirse pues al procedimiento de memorización como forma de aprendizaje del alumno sino en el grado mínimo indispensable para su preparación, para acentuar, por el contrario, su formación en el desarrollo de la capacidad para rastrear, valorar e interpretar por sí mismo las fuentes, donde se contienen los conocimientos de que habrá de necesitar posteriormente.<sup>9</sup>

Refiriéndose a este rol pasivo de los estudiantes, Rodríguez Kauth subraya que resulta ilustrativo cómo los alumnos toman apuntes con tal

<sup>7</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La enseñanza del Derecho”, en *Revista de la Universidad de Belgrano*, Buenos Aires, nro. 4, 1973, p. 187.

<sup>8</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en México y en Latinoamérica”, en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, pp. 82 y 83, y véase SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, “Algunas consideraciones sobre la docencia e investigación jurídica en México”, en VALENCIA CARMONA, Salvador (coord.), *Educación, ciencia y cultura*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 299-303.

<sup>9</sup> VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, “Metodología del aprendizaje del Derecho”, en WITKER, Jorge (comp.), *op. cit.*, pp. 115 y 116.

devoción que hasta copian los chistes con que el profesor pretende amenizar su clase, tomando apuntes de manera estricta sin hacer preguntas, siendo su presencia nominal, absolutamente pasiva, existiendo incluso profesores que dictan el conocimiento, y que al final del curso el alumno repite estilo coro todo lo que el profesor ha dictado.<sup>10</sup>

### C. *EL IUSPOSITIVISMO REALISTA Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO*

El desarrollo del realismo jurídico en los Estados Unidos vino aparejado de una importante reforma de la enseñanza universitaria del Derecho a fines del siglo XIX. Para Christopher Columbus Langdell, profesor y decano de la Facultad de Derecho de Harvard: el estudio científico del Derecho debía consistir en el dominio de un número relativamente pequeño de principios y doctrinas básicas y se estimaba que la manera más segura y rápida de lograrlo era mediante el análisis de casos y sentencias cuidadosamente seleccionados en los cuales esas doctrinas y principios toman cuerpo. Se funda así un nuevo método de enseñanza del Derecho conocido como *Case Method*. El método se estructura a través de las siguientes operaciones: 1) la selección y recopilación de casos y sentencias, es decir, la elaboración del *Case Books*, como soporte fundamental del proceso docente; 2) la discusión participativa de los casos en el aula, entre los alumnos y el profesor, va a ser la forma de docencia fundamental y 3) la formación metodológica en los alumnos de la capacidad de argumentación de la decisión sobre el caso presente, a partir de la *ratio decidendi*, basada en el caso precedente.

El *case method* durante más de un siglo ha ocupado un lugar predominante en la enseñanza del Derecho en Norteamérica, pero ha sido creciente la crítica al respecto, precisamente por el enfoque demasiado formalista y la carencia de fundamentación teórica.<sup>11</sup> La aludida limitación reside en el descuido de la formación del pensamiento abstracto en los alumnos y del pensamiento teórico y metodológico en el

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ KAUTH, Ángel, "Lectura psicosocial del aula universitaria hoy", en *Universidades*, México D. F., nro. 14, 1997, p. 56.

<sup>11</sup> SERNA DE LA GARZA, José María, "Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del Derecho en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVII, nro. 111, 2004, p. 1048.

razonamiento jurídico, conduciendo a la formación de un jurista con perfil práctico, que solo vive apegado al dominio del Derecho vigente, pues los casos se resuelven desde una perspectiva de la técnica jurídica, aislándose dentro de los conocimientos prácticos de la rama jurídica aplicable al caso y, por lo general, con un bajo nivel de integración de todo el contenido del ordenamiento jurídico y aislando al Derecho de la Sociología, la Ciencia Política, la Economía, la Historia y el resto de las disciplinas sociales.<sup>12</sup>

#### D. LAS FUNDAMENTALES PATOLOGÍAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

El destacado jurista Charles Eisenman realizó uno de los estudios más trascendentes acerca del comportamiento de la enseñanza del Derecho en el mundo, en el cual identificó como tendencias y patologías de esta actividad la exageración del contenido normativo, teórico o práctico en la enseñanza,<sup>13</sup> problema que con mayor o menor intensidad ha estado presente en los diferentes países. Tales patologías tienen relación con el hecho de asumir de manera ortodoxa y unilateral alguna de las posiciones iusfilosóficas ya aludidas; entre esos problemas subrayados por Eisenman cabe señalar:

- El dogmatismo, que deriva del iuspositivismo formalista, en el cual la única preocupación en la formación de los juristas es dotarlos de conocimientos sobre las leyes, con la consiguiente omisión de otros aspectos teóricos o prácticos.

El análisis histórico y comparativo de esta cuestión no dejaría dudas acerca del predominio del dogmatismo como problema mayor que ha afectado a la enseñanza del Derecho en Iberoamérica, donde no obstante las acertadas críticas que se han formulado, la conferencia magistral, la lección oral o verbalista ha continuado reinando.<sup>14</sup>

Para superar tal estado de cosas se ha propuesto asumir una concepción dinámica del aprendizaje del Derecho, lo que supone, entre otras cuestiones, imprimir a la enseñanza del Derecho un carácter problemático

<sup>12</sup> PÉREZ LLEDÓ, J. A., *Metodología Jurídica II. Pensamiento jurídico contemporáneo*, Alicante, Universidad de Alicante, 1997, p. 35.

<sup>13</sup> EISENMAN, Charles, "Los objetivos y la naturaleza de la enseñanza del Derecho", en WITKER, Jorge (comp.), *op. cit.*, pp. 12 y 13.

<sup>14</sup> SERNA DE LA GARZA, José María, *op. cit.*, p. 1047.

y un aprendizaje activo, vincular los estudios jurídicos a la realidad social de nuestros países, unir el aprendizaje jurídico con el del resto de las ciencias sociales y concebir al Derecho como un instrumento necesario del progreso y el desarrollo.<sup>15</sup>

- El practicismo, que conduce al estudio casuístico del Derecho, ausente de generalizaciones y de conceptos y teorías generales sobre los fenómenos y procesos jurídicos, donde el interés se limita a producir juristas técnicos, solo dotados de la preparación práctica para la aplicación del Derecho, para la solución de casos concretos de una determinada realidad.

Todo indica que en algunas universidades de América Latina, sobre todo en los años 70 del siglo XX, avanza la tendencia a favor del practicismo, lo que deriva de la influencia del iuspositivismo realista norteamericano y de la reacción contra la enseñanza dogmática.

En relación con el practicismo o la enseñanza práctica, Eisenman señalaba que ella se caracteriza por que: 1) la enseñanza se centra en la solución de casos amparados en el Derecho nacional de un país y 2) las cualidades intelectuales que principalmente se pretenden desarrollar consisten en el razonamiento deductivo, es decir, se solucionan los casos partiendo de premisas generales contenidas en las normas legales escritas o en el Derecho precedente o la jurisprudencia, lo que incluye las habilidades prácticas para determinar el precepto general aplicable al caso, su interpretación y la inferencia lógica de la solución concreta al caso.<sup>16</sup>

La insistencia en la formación de un jurista práctico resulta una exigencia que ordinariamente deriva de demandas del mercado laboral, el sector empresarial, los bufetes de abogados y otros empleadores, lo que a menudo suele ser apoyado por los estudiantes, de ello deriva al final una paradoja, pues el jurista así formado puede resultar de limitado valor para el ejercicio de un derecho, acotado en un plazo indefinido, regido por la vigencia de determinadas normas jurídicas. En este sentido, apuntaba Eisenman, críticamente, que en este caso:

<sup>15</sup> WITKER, Jorge, *Técnicas de la enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 76 y 77.

<sup>16</sup> EISENMAN, Charles, *op. cit.*, p. 15.

Se limita el conocimiento al Derecho nacional y, sin embargo, el Derecho de otros países puede ser de verdadero valor profesional o práctico para ciertos grupos de personas, y hay situaciones en las que se producen conflictos de leyes y que requieren para resolverse de la aplicación de normas sacadas del Derecho Privado de otros países. A lo que se agrega el hecho de que hay abogados que se desempeñan en el ámbito del Derecho Comercial y deben necesariamente conocer sobre el Derecho sustantivo y procesal de países extranjeros.<sup>17</sup>

Se le ha imputado también al practicismo el hecho de que conduce a la formación de un jurista que solo sabe elaborar demandas, resoluciones, contratos y otros escritos de mediana complejidad, sobre todo auxiliándose de formularios y proformas.

– El teoricismo o academicismo donde, como una oposición extrema al practicismo, solo se presta atención al aprendizaje de conocimientos generales y abstractos sobre el Derecho (conceptos y teorías).

Se le critica a esta tendencia el hecho de que los estudios sobre las instituciones jurídicas aparecen divorciados de un contenido concreto y de la vida social, que se minimiza el interés por problemas relevantes como la eficacia social de las normas y que se descuida la formación de las habilidades profesionales prácticas.

#### **E. HACIA UNA ENSEÑANZA JURÍDICA EQUILIBRADA**

El profesor ecuatoriano Muñoz Llerena enfatizaba que “nuestras casas de estudios no podían limitarse en el área jurídica a impartir conocimientos acerca de las normas sustantivas o adjetivas que integran el Derecho Positivo, de esta manera podría darse un profesional estereotipado, difuso y mecánico”.<sup>18</sup> Ubicado en estas mismas líneas del debate afirmaba con pleno fundamento el profesor Fix Zamudio que

En realidad, una inclinación excesiva por la enseñanza teórica, como ha ocurrido tradicionalmente, o bien por la práctica, como bien se ha pretendido en época más reciente, resulta perjudicial para la formación

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>18</sup> MUÑOZ LLERENA, César, “El papel del jurista en su interrelación con otros profesionales”, en *Memorias de la VI Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho*, Bogotá, Universidad de Externado, 1976, p. 92.

armónica de los estudiantes de Derecho, los cuales deben recibir una enseñanza equilibrada, ya que la teoría sin la práctica se transforma en una simple especulación, y la última sin la doctrina se traduce en una serie de datos pragmáticos carentes de sistematización.<sup>19</sup>

Eugenio María de Hostos hablaba de la plenitud de la enseñanza como meta de excelencia en el proceso formativo del hombre y de la importancia de incorporar los valores como elemento central de ese proceso.<sup>20</sup> Por tanto, la solución adecuada estaría en el equilibrio, en una enseñanza integradora del aprendizaje teórico, la investigación científica<sup>21</sup> y la práctica formativa.

Pero resultaría subjetivo e inexacto atribuirle los aludidos males -dogmatismo, practicismo o teoricismo- a toda la enseñanza universitaria actual o reciente del Derecho que se realiza en todos los países, en cada asignatura, por parte de cada profesor; sería negar las lógicas diferencias, las innovaciones, los avances y sobre todo el carácter histórico concreto del proceso educativo, y sería negar los impactos, en la enseñanza universitaria del Derecho, del movimiento producido en los años 80 del siglo XX en los ámbitos de la didáctica, que fuera denominado como el constructivismo o aprendizaje por descubrimiento o de los métodos activos de enseñanza, o de la horizontalidad de la enseñanza, planteada por el reconocido pedagogo brasileño Paulo Freire, sobre todo en su obra *Pedagogía del oprimido* en 1969, todo lo cual ha significado una revuelta contra el aprendizaje tradicional, del cual ha derivado la introducción de métodos alternativos y de cambios en el papel del profesor y de los alumnos y sobre todo en las formas y métodos de docencia, que se desplaza desde la clase magistral hacia el debate en el aula, la realización de investigaciones, la solución de problemas teóricos y prácticos, todo lo cual ofrece mayores posibilidades de educar en vez de instruir, de formar los valores y el pensamiento creador y crítico.

<sup>19</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 152.

<sup>20</sup> LÓPEZ, Julio César, "Hostos: ¿la plenitud de la enseñanza o la enseñanza de la plenitud", en *Barco de Papel*, Mayagüez, vol. V, nro. 2, 1997, p. 80.

<sup>21</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, "En torno a los problemas de la Metodología del Derecho", en *Metodología, docencia e investigación jurídica*, México D. F., Porrúa, 1999, p. 88.

En tal respecto, J. Witker ha sostenido con acierto que ante lo ilimitado del espectro del conocimiento científico y el vertiginoso avance de la tecnología, la educación discursiva periclita y se vuelve obsoleta, el centro de gravedad de la docencia se sitúa en el aprendizaje, en donde el maestro pasa a ser un limitado coordinador, nuevas categorías pedagógicas van a expresar mejor los fines del proceso educativo; aprender a hacer, aprender a aprender, aprender a ser.<sup>22</sup> Estas innovaciones han gozado del consenso en buena parte de los pedagogos; sin embargo, el avance en los ámbitos de la enseñanza jurídica ha sido tortuoso y naturalmente desigual debido al arraigo entre los juristas de los paradigmas del pensamiento jurídico anteriormente comentados, particularmente el iuspositivismo normativista.

### III. LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA DEL DERECHO EN CUBA; SUS LOGROS EN LA DIFÍCIL BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO

Cuba tuvo su primera universidad a inicios del siglo XVIII, cuando el 5 de enero de 1728 fue fundada la Real y Pontificia Universidad de San Gerónimo de La Habana, al cuidado de los padres dominicos radicados en el Convento de San Juan de Letrán. En ese contexto, los estudios universitarios de Derecho estaban muy limitados en sus alcances, pues la metrópoli española trasladó a estas tierras, en un proceso de transculturación, junto con el Derecho Positivo y la doctrina jurídica, las concepciones escolásticas de la enseñanza tradicional predominante en la península.<sup>23</sup> Como sostiene mi colega del claustro, justamente en virtud del método escolástico aplicado, durante un largo tiempo, los catedráticos se llamaron lectores, pues sus lecciones se limitaban a un ejercicio de lectura de los textos, con una exégesis de los mismos.<sup>24</sup> Contra esas posiciones del escolasticismo medieval se erigió el pensamiento y

<sup>22</sup> WITKER, Jorge, "Los problemas de la enseñanza del Derecho", en KAPLAN, Marcos (comp.), *Estado, Derecho y sociedad*, México D. F., UNAM, 1981, p. 189.

<sup>23</sup> OCHOA DEL RÍO, José Augusto, *El proceso de desarrollo de competencias profesionales básicas en la carrera de Derecho a través del ejercicio jurídico de la disciplina Civil y Familia*, tesis doctoral, Holguín, 2013, p. 11.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ QUINTANA, Léster, *El Derecho Civil Romano y su difusión en Cuba durante los siglos XVIII y XIX, antes de la promulgación del Código Civil en 1889*, tesis doctoral, Santiago de Cuba, 2007, pp. 50-52.

la obra del Obispo Hechavarría y, sobre todo, del Padre Félix Varela, el cual se proclamó defensor del racionalismo, al expresar: “Tomé la escoba y empecé a barrer, determinado a no dejar el más mínimo polvo del escolasticismo”.<sup>25</sup> José de la Luz y Caballero –continuador de la obra de Félix Varela y al cual se considera como uno de los padres de la Pedagogía cubana– insistió en la necesidad de que la universidad eduque en vez de limitarse a instruir a los alumnos, y en este sentido sentenciaría en uno de sus célebres aforismos: “Para todo se necesita ciencia y conciencia”.<sup>26</sup> Siguiendo esa secuencia de magisterios, José Martí, jurista, literato y uno de los más ilustres pensadores del siglo XIX latinoamericano, afirmarí en 1883: “Que se trueque de escolasticismo en científico el espíritu de la educación”,<sup>27</sup> y también legaría a la Pedagogía cubana el principio acerca de la necesidad de la vinculación del estudio con el trabajo.<sup>28</sup>

Es sobre la base de estas premisas teóricas que se ha erigido la concepción pedagógica cubana contemporánea, centrada en la aspiración de la formación del graduado universitario en una cultura general integral en vez del especialismo. A este respecto, diría Carlos Rafael Rodríguez, que la universidad que solo trabajara en la formación tecnicista produciría así científicos en profundidad pero poco amplios, desprovistos de cultura y hasta carentes de cultura.<sup>29</sup> Y también señalaba que

...tampoco es posible orientarse adecuadamente en los problemas de la ciencia particular a que nos dediquemos si no se posee en su sentido más amplio, una información al menos sumaria sobre el progreso científico en los demás campos esenciales (...) el alumno universitario al que tenemos que aspirar, es aquel que comienza a orientarse por sí mismo, que no cree en lo que le dicen que debe creer, sino en lo que pasa

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ, Carlos Rafael, “Palabras en los 70”, en *La Universidad de La Habana al profesor de mérito Carlos Rafael Rodríguez en su septuagésimo aniversario*, La Habana, ENPES, 1983, p. 27.

<sup>26</sup> DE LA LUZ Y CABALLERO, José, “Aforismos”, en TORRES CUEVAS, Eduardo (comp.), *Historia del pensamiento cubano*, vol. 1, t. II, La Habana, Ciencias Sociales, 2006, p. 134.

<sup>27</sup> MARTÍ PÉREZ, José, “Educación científica”, en *Obras completas*, t. VIII, 2ª ed., La Habana, Ciencias Sociales, 1975, p. 278.

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ, Carlos Rafael, *op. cit.*, p. 37.

a formar parte de sus convicciones por un proceso de asimilación de nuestros principios y nuestras ideas.<sup>30</sup>

El siglo XX se caracterizó por la extensión de los estudios universitarios de Derecho hacia otras provincias, fuera de la capital, en un contexto matizado por la difusión inusitada del iuspositivismo formalista de matiz kelseniano, afirmándose el protagonismo de esta corriente en el panorama de la enseñanza jurídica en Cuba.

El 10 de octubre de 1947 se instituyó la Universidad de Oriente, la segunda universidad del país, teniendo como precedente mediato a la fundación en 1722 del Colegio San Basilio el Magno e inspirada en los deseos de ofrecer respuesta a las necesidades del progreso social y económico de la parte oriental del país, mediante un centro autónomo de enseñanza e investigación destinado al desarrollo de la alta cultura, el progreso de la ciencia, la técnica y la preparación profesional, la promoción y mejoramiento de los valores cívicos y morales, lo que se resume en el lema de su emblema "Ciencia y Conciencia".<sup>31</sup> En ese entonces, la Universidad se integró por tres facultades, una de ellas fue la de Derecho y Ciencias Comerciales.<sup>32</sup> Las clases fueron suspendidas a partir de 1956, en pleno apogeo de la dictadura del General Fulgencio Batista; luego, en el período 1959-60, hubo una breve reapertura; pero en 1961 se decide el cierre de los estudios jurídicos en esta y en las demás universidades por el Consejo Superior de Universidades,<sup>33</sup> salvo en la Universidad de La Habana donde entre los años 1965 y 1973 la exigua cifra de 286 graduados "muestra la falta de interés en los estudios de Derecho en nuestro país",<sup>34</sup> a ello se sumó la reducción de la carrera a cuatro

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 40 y 44.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ CAMPANIONI, Isel, "Decir es hacer cuando se dice a tiempo", en *Revista SIC, Literaria y Cultural*, nro. 35, 2007, pp. 29 y 30.

<sup>32</sup> DE AGÜERO PRIETO, Carlos, "Breve reseña histórica de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Oriente en su cincuentenario, 1947-1997", en *Barco de papel*, Mayagüez, nro. especial, 1998, p. 2.

<sup>33</sup> En la década del 50 se estudiaba Derecho en la Universidad de La Habana, en la de Santiago de Cuba y además en otras tres universidades no públicas ubicadas en La Habana como: la Universidad Católica Villanueva, la Universidad Masónica y la Universidad Popular "José Martí".

<sup>34</sup> Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC), *Tesis sobre la vida jurídica del país*, La Habana, 1987, pp. 19 y 20.

años y la desaparición del currículo de algunas asignaturas como Filosofía del Derecho, Derecho Romano y Derecho Mercantil, y la reducción notable del contenido de muchas otras, todo lo cual delataba la existencia de erróneas concepciones sobre la necesidad de los juristas en el modelo de sociedad que se pretendía edificar. En 1973 se produjo la reapertura de la Escuela de Ciencias Jurídicas de Santiago de Cuba, inicialmente en la modalidad semipresencial y luego, en 1975, en la modalidad presencial.

Con el tiempo, y a pesar de las dificultades que suelen acompañar a una universidad del interior del país, la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente se fue convirtiendo en líder en la formación de los juristas y también en la educación de nivel de posgrado y en las investigaciones científicas en el territorio oriental del país; a este respecto es válido destacar que la carrera de Derecho de la Universidad de Oriente fue objeto de dos procesos externos de evaluación de la calidad con grado de Excelencia, en el 2005 y en el 2010. Se suma a ello, la acreditación de su programa de doctorado, con Mención de Honor a la Calidad del Posgrado Iberoamericano, por parte de la AUIP, en marzo de 2016; la excelencia del claustro de este centro también se refleja en la cifra de 24 doctores en ciencias jurídicas que representa el 45,28% del claustro propio de la Facultad (53 profesores), la gran mayoría de ellos con otros estudios de maestría, y del resto de los docentes,<sup>35</sup> 24 poseen título de maestría o especialidad de posgrado.

En lo que a planes de estudios se refiere, es necesario precisar que de 1975 a 1977 rigió el Plan de Estudios A, o de primera generación; de 1977 a 1990, rigió, aunque con diversas modificaciones sucesivas, el Plan de Estudios B; en 1990 se instauró el Plan de Estudios C; en 1995 comenzó a regir el denominado Plan de Estudios C Perfeccionado, y en el 2008, el Plan de Estudios D o de cuarta generación.

En el Plan de Estudios A, la carrera abarcaba cuatro años de estudio, con una reducción notable de horas y de asignaturas esenciales, que desaparecieron en medio del inconsciente radicalismo político propio de

<sup>35</sup> Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, *Informe de Autoevaluación del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas presentado ante la Asociación de Universidades Iberoamericanas de Posgrado (AUIP)*, Santiago de Cuba, septiembre, 2015, p. 5.

ese contexto y, en consecuencia, a pesar de que estaban previstas algunas horas para la práctica laboral, repartidas en todos los años académicos, no dejaba de parecer esta una actividad impostada y carente de una concepción sistémica en el diseño curricular, en lo que se refiere a la integración de los componentes académico, laboral e investigativo.

El Plan de Estudios B vuelve a elevar a cinco años la duración de carrera; se proyectó hacia una mayor vinculación de los contenidos teóricos con los fenómenos cotidianos y, en consecuencia, en esta etapa se introdujeron las llamadas prácticas de producción, aumentándose el fondo de tiempo previsto para la formación práctica, y en este Plan aparecieron algunas precisiones sobre los métodos para el desarrollo de habilidades profesionales dentro de los tipos de clases; pero se mantuvieron las limitaciones, errores e insuficiencias del anterior plan de estudios en cuanto a la falta de una concepción sistémica del desarrollo de esas habilidades, pues sucedía que al ir el alumno de segundo año a hacer sus prácticas en el tribunal, no había vencido asignaturas requeridas de carácter sustantivo y de carácter procesal.<sup>36</sup> Como novedad aparecen en este plan nuevas asignaturas como: Derecho Civil. Parte General, Derecho Agrario y Derecho Marítimo.

Pese a estas nuevas concepciones, cabe subrayar que en los Planes A y B era apreciable la prevalencia del iuspositivismo formalista, cuestión que tiene que ver con reminiscencias del pasado y, probablemente, con la influencia del Derecho soviético en Cuba, que en lo que se refiere a su desarrollo teórico todavía en los 70 padecía del iuspositivismo formalista.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis y María Julia RODRÍGUEZ SAIF, "Modelo práctico para el programa de la asignatura Ejercicio Jurídico III de la disciplina integradora en la carrera de Derecho", en CD-ROM, *Memorias de la XII Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas y el XV Congreso de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, Cuba, 2000, p. 4.

<sup>37</sup> MÓNDELO GARCÍA, José Walter, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento*, tesis doctoral, Santiago de Cuba, 2003, p. 112; véase OCHOA DEL RÍO, José Augusto, *op. cit.*, pp. 14-16, y véase KUDRIATSEV, Vladimir, Andrei VASILIEV y Vladimir KASIMIRCHUK, "Sistema jurídico del socialismo", en Academia de Ciencias de la URSS, *El sistema jurídico del socialismo*, Moscú, Redacción de ciencias sociales contemporáneas, 1987, p. 16.

Del Plan C cabe subrayar que fuera concebido bajo el principio de enseñar Derecho y no solo legislación y, por tanto, se erigió a partir de la categoría sistema jurídico como objeto del trabajo del profesional del Derecho; a ese respecto aclara que este concepto no se limita al ordenamiento jurídico positivo, sino que engloba también a la realización del instrumento normativo a través de las actividades y mecanismos estatales de aplicación del Derecho, los actos notariales, contratos, convenios entre particulares, sentencias, laudos, etc.; en este enfoque era reconocible el aporte del profesor Julio Fernández Bulté quien en aquellos momentos presidía la Comisión Nacional de la Carrera de Derecho, así como la inspiración en algunas obras jurídicas soviéticas de mediados de los 80.

Asimismo, se declaraba la intención de superar la educación normativista, fortalecer el estudio científico y doctrinal, y el empleo de los estudios jurídicos comparados de normas, lo cual era expresión del nuevo contexto que enfrentaba el país a partir de 1990: apertura al comercio internacional, a la inversión extranjera y al turismo. También se remarcaba la prioridad de los aspectos de carácter educativo en el proceso de formación, en estrecha e indisoluble unidad con los instructivos, así como el vínculo entre el estudio y el trabajo en sus diferentes modalidades posibles, lo que se concretó en la tendencia a la disminución del número de horas de clases presenciales y el incremento de actividades investigativas, laborales y de autoaprendizaje. Todo ello “delataba la pretensión de sustituir el modelo de enseñanza jurídica tradicional por una docencia crítica”.<sup>38</sup>

Con ese mismo propósito de perfeccionar la formación de los estudiantes, sobre todo en lo que se refiere a la adquisición de las habilidades profesionales, en la Facultad de Derecho, en la Universidad de Oriente, en el curso académico 1987-88, se comenzó un experimento pedagógico inédito en Cuba, en la esfera de actuación del Derecho Civil, con un subgrupo de 40 estudiantes del tercer año, los que se vincularon directamente con la labor profesional de los abogados de los Bufetes Colectivos, de manera concentrada durante 200 horas (en 5 semanas). En el curso siguiente se generalizó a todos los estudiantes de tercer año,

<sup>38</sup> OCHOA DEL RÍO, José Augusto, *op. cit.*, p. 21.

ampliándose el fondo de tiempo a 300 horas, y la vinculación se extendió a las salas de lo civil de los tribunales.<sup>39</sup> Esta experiencia se hizo extensiva en 1990 a la esfera de actuación del Derecho Penal<sup>40</sup> con estudiantes del cuarto año y, posteriormente, a la asesoría jurídica de empresas con estudiantes de quinto. El contacto directo de los estudiantes con la práctica de la profesión tenía lugar con la mediación de un profesional que operaba como tutor, a lo cual se unía el desarrollo de juegos de roles de carácter evaluativo y el hecho de que la evaluación final del ejercicio jurídico se verificaba mediante un examen integrador de los componentes teóricos, prácticos e investigativos. En la base de tal experiencia subyacía la concepción de asignaturas integradoras, en este caso, el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal;<sup>41</sup> a tales efectos, se introdujeron modificaciones al plan de estudios aprovechando que la resolución 288 de 1988, del ministro de la Educación Superior, Reglamento Docente Metodológico, concedió facultades a los rectores de los Centros de Educación Superior para establecer –a propuesta de las Comisiones de Carrera de las Facultades– modificaciones a los Planes de Estudios de las carreras ya aprobados nacionalmente, de hasta un 10% del fondo total de tiempo, tanto en la organización del proceso docente como en el mapa curricular al Plan de Estudios. En cuanto al marco jurídico que contextualizaba esta experiencia, resulta digno de destaque que la resolución 288 de 1988 introdujo otros elementos que se proyectaban hacia la descentralización de algunas posibles decisiones en cuanto a programas de las asignaturas, al mapa curricular y al plan del proceso docente. Pero, al mismo tiempo, otras regulaciones se proyectaban hacia la centralización administrativa, lo que se visualiza en la defensa de la centralización y uniformidad de los planes de estudios de todas las universidades y del ordenamiento metodológico del proceso, a cuyos fines estaban institucionalizadas figuras como la de Centro Rector y la Comisión Nacional de la Carrera. En virtud de la primera de ellas, iba a

<sup>39</sup> PEÑA MULET, Roberto, “La disciplina integradora de la carrera de Derecho”, en *Barco de Papel*, Mayagüez, vol. I, nro. 2, 1997, p. 94.

<sup>40</sup> LARRAMENDI DOMÍNGUEZ, Edmundo, “La formación de jurista: experiencia de articulación de los componentes docente, laboral e investigativo en el proceso de enseñanza aprendizaje de las materias penales”, en *Barco de Papel*, Mayagüez, nro. especial, 1998, p. 166.

<sup>41</sup> PEÑA MULET, Roberto, *op. cit.*, p. 96.

quedar investida una de las Universidades del país con el poder de regir el desarrollo de la enseñanza de cada carrera a nivel nacional que, en el caso de la de Derecho, lógicamente iba a ser la Universidad de La Habana; ello se traduce también en que las relaciones entre las diferentes universidades se caracterizarían por su verticalidad. En cuanto a la Comisión Nacional de la Carrera, integrada por representantes de cada Facultad de Derecho del país, aunque se supone que fuera un órgano para adoptar las decisiones fundamentales de manera colegiada, en realidad, diversos factores objetivos y subjetivos frustrarían un tanto esas expectativas.

Tales circunstancias explican que la innovación introducida por la Universidad de Oriente concitara oposiciones, como que el plan de estudios se fragmentaba, y se diferenciaba en el Oriente del país, lo que dificultaría la movilidad de estudiantes entre las universidades, incluso se la imputaba a la propuesta oriental de un excesivo practicismo, que debilitaría la formación teórica de los estudiantes; este señalamiento constituyó una alerta digna de tener en cuenta, si no para desistir del nuevo modelo formativo de habilidades profesionales, sí para establecer límites racionales en las innovaciones que se estaban emprendiendo.

Pero en esta contradicción se generó cierto consenso acerca de la necesidad de perfeccionar la formación del jurista, logrando una mejor conjugación de todos sus componentes: formación teórica, de habilidades de práctica profesional e investigativas; este resultado se reflejó en la concepción del siguiente plan de estudios, que se denominó como Plan C Perfeccionado. En este sentido se apreció la asimilación de la experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente y la concepción de una Disciplina Práctica Preprofesional Integradora, que ya en el Plan de Estudios C Perfeccionado pasaría a denominarse como Ejercicios Jurídicos Profesionales, disciplina que se va a concebir cual el hilo conductor y el espacio específico para la formación de las habilidades profesionales y para la integración de los diferentes componentes de la formación del estudiantes de Derecho, y que quedaría conformada por: Ejercicio Jurídico I (de familiarización en la labor de la Fiscalía y órganos de Gobierno y del Estado), II (vinculación práctica con el Derecho Constitucional), III (esfera de lo civil y de lo contencioso

administrativo) y IV (esfera de lo penal y de la asesoría jurídica y de la empresa), que iban a abarcar un total de 1508 horas. En estos ejercicios se presta atención al carácter integrador que debe tener la actividad a realizar, para que no se convierta en una suma de tareas aisladas de las diferentes asignaturas, sino que permita comprobar la utilidad de los conocimientos obtenidos y el desarrollo alcanzado mediante los componentes académico e investigativo del plan de estudios en la solución de los problemas profesionales.<sup>42</sup> También aparecieron en mapa curricular en este Plan de Estudios asignaturas como Filosofía del Derecho y Derecho Ambiental.

En el plan de estudios de cuarta generación o Plan de Estudios D, el Ministerio de Educación Superior (MES) planteó como premisa reconocer como logros y conservar como aspectos positivos del Plan anterior: la concepción del modelo pedagógico del graduado universitario de perfil amplio y la vinculación entre el estudio y el trabajo. A tales efectos, propone una mayor flexibilización en la conformación del currículum de asignaturas, que se integraría por: 1) un currículum base aprobado nacionalmente por la comisión nacional de la carrera, que se integra por las materias tradicionales obligatorias y que ciertamente se han disminuido en cantidad y fondo horario en relación con las que contemplaban los planes de estudios anteriores; 2) un currículum de asignaturas optativas, determinadas descentralizadamente por cada centro de educación superior, que podía adoptarse incluso como un mecanismo para adecuar la formación del jurista a las características y necesidades de cada territorio; 3) otras asignaturas de libre elección por cada alumno. Otra de las innovaciones fue la defensa de la semipresencialidad en la enseñanza, favoreciéndose los trabajos independientes y los métodos interactivos apoyados en el aumento en el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación (NTIC), lo cual supone enfatizar en el logro de un mayor nivel de esencialidad en los contenidos de las asignaturas.

Sin dudas, uno de los logros de este Plan de Estudios D ha sido la posibilidad de introducción de asignaturas optativas dentro del currículum, en consecuencia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de

<sup>42</sup> PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis y María Julia RODRÍGUEZ SAIF, *op. cit.*, p. 8.

Oriente en los últimos cinco años se han estado impartiendo 21 asignaturas optativas, recibiendo los alumnos de Derecho al menos dos por cada semestre, que cubren más o menos el 10% del fondo de tiempo total de la carrera; entre estas asignaturas se encuentran: Pensamiento jurídico de José Martí, Literatura y Derecho, Derecho y Cine, Derecho, desarrollo humano y soberanía agroalimentaria, Derecho y Bioética, Derecho Penal accesorio, Derecho Inmobiliario y Registral, Género y Derecho, Derecho Penitenciario, Derecho de Daños, Sociología de la democracia, Desarrollo local y territorialidad, Política Fiscal, Oratoria Forense, Redacción de Instrumentos Jurídicos y otras.

Como se podrá apreciar, el Plan de Estudios D se proyecta hacia la armónica ligazón de la formación científica, la competencia profesional y la formación cultural, lo que debe coadyuvar a la formación integral del jurista como un verdadero humanista, aunque es justo reconocer la tendencia negativa hacia la sobrecarga del currículo, lo que puede estimarse que ha apuntado hacia cierto enciclopedismo jurídico y a la mezcla indiferenciada de los contenidos de pregrado y de posgrado, asociado a un volumen alto de exámenes finales.

En función de la formación científica y no simplemente normativista, las actividades docentes durante la carrera se han caracterizado por el empleo de los métodos activos de enseñanza, para evitar el dogmatismo, el memorismo y la vacuidad repetitiva. Sin embargo, ello no queda únicamente a expensas de la excelencia pedagógica personal de cada profesor, sino que se instrumenta en los programas de disciplinas y asignaturas, en las formas de evaluación y en la articulación del proceso docente que se apoya en formas de docencia activa, disminuyendo en lo posible las tradicionales conferencias, en favor de clases activas como seminarios, clases mixtas, clases prácticas, talleres, etc. Al mismo tiempo, en la confección de los objetivos se cuida de disminuir los puramente reproductivos, en favor de aquellos que requieren un esfuerzo creador por parte del estudiante. Las formas de evaluación se proyectan hacia a ese mismo propósito, disminuyéndose, el examen final, en favor de otras formas más sistemáticas, orgánicas, permanentes y activas de evaluación, como son, entre otras, las evaluaciones regulares y constantes, los trabajos de curso, los trabajos de control en clase y extraclases, pruebas parciales, además de que tanto en las evaluaciones de los distintos

ejercicios jurídicos como del ejercicio final de culminación de la carrera se atenderá juntamente al componente académico, al componente práctico y al de investigación científica.

De todo lo cual resulta que el paradigma o modelo ideal de enseñanza universitaria del Derecho que se logró implantar después de un largo proceso y muchas vicisitudes en una parte de nuestro país, principalmente en la Universidad de Oriente y en La Habana, se ha caracterizado por lograr la superación del dogmatismo, el practicismo y el teoricismo, consiguiéndose el equilibrio entre los diferentes componentes del proceso educativo, que ha garantizado una mayor eficiencia en el aprendizaje, reflejada en un adecuado nivel de dominio de la doctrina jurídica, de las habilidades técnicas profesionales e investigativas y del desarrollo de los valores éticos e ideológicos deseado.

## VI. LOS ECOS DE BOLONIA. LOS DESAFÍOS DE LA REFORMA QUE VIENE

### A. LA REFORMA DE BOLONIA: PLANTEAMIENTOS FUNDAMENTALES

Aunque a la reforma del sistema de educación superior europea se le ha conocido internacionalmente como la Declaración o Tratado de Bolonia, en realidad es el fruto de un complejo proceso, que tuvo como antecedentes inmediatos a las conferencias de rectores de universidades europeas, grupos de expertos y académicos, y particularmente a la reunión efectuada en Lisboa en 1997, en la cual se adoptó un acuerdo general que reconoció las cualificaciones obtenidas en educación superior en Europa dentro del campo académico y a la cual siguieron otras reuniones sucesivas en varias ciudades europeas de las autoridades responsables de la educación superior en el área, teniendo como principales momentos los siguientes:

- 1998: en la reunión realizada el 25 de mayo de 1998 en la Sorbona, se acordó establecer un marco común de calificaciones y ciclos de estudios en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), facilitar la movilidad de estudiantes y profesores en ese espacio, y un sistema común de titulaciones en cada ciclo de estudios.<sup>43</sup> La

<sup>43</sup> Declaración de la Sorbona, París, de 25-5-98.

construcción del Espacio Europeo de Educación Superior supone una magnífica oportunidad para que las universidades aborden un proceso de reforma que les permita adaptarse a la nueva realidad social que nos ha correspondido vivir, la denominada Sociedad del Conocimiento o Sociedad del Saber.<sup>44</sup> Solo cuatro países (Francia, Alemania, Italia, Reino Unido) firmaron inicialmente la Declaración de la Sorbona, aunque asistieron otros países, cuatro de los cuales la firmaron posteriormente.

- 1999: en la Reunión Conjunta de los Ministros Europeos de Educación, efectuada en Bolonia, el 19 de junio de 1999, se adoptó una Declaración, en la cual se ratificaron los compromisos acordados en la reunión de la Sorbona en 1998; dicha Declaración se proyecta hacia la homogeneización de la enseñanza universitaria y de los títulos profesionales que esta otorga, como vía clave para promover la competitividad del sistema de educación superior europeo y el desarrollo general del continente, la movilidad de los estudiantes y la capacidad de obtención de empleo, dentro del espacio europeo.<sup>45</sup> La Declaración fue firmada inicialmente por representantes de 30 países: 26 de los 27 estados miembros de la actual UE y 4 países altamente desarrollados de la Europa occidental (Noruega, Suiza, Islandia y Liechtenstein).
- 2001: en la reunión efectuada en Praga, se adhirieron Chipre, Turquía y Croacia.
- 2003: en Berlín, fueron aceptados: Rusia, tres países de la antigua Yugoslavia (Bosnia-Herzegovina, Serbia-Montenegro, que entonces aún eran un único país, y la ex-República Yugoslava de Macedonia), Albania, la Santa Sede y Andorra, elevando así el número total de países participantes a 40. En esta Conferencia de Berlín en 2003 se emitió un comunicado en el cual se adopta la definición de aprendizaje a lo largo de toda la vida (el *lifelong learning*).<sup>46</sup>
- 2005: en Bergen, Noruega, se adhirieron Armenia, Azerbaiyán, Georgia, Moldavia y Ucrania.

<sup>44</sup> MONTERO CURIEL, Marisa, “El proceso de Bolonia y las nuevas competencias”, en *Tejuelo*, nro. 9, 2010, p. 21.

<sup>45</sup> Declaración Conjunta de los ministros europeos de Educación, Bolonia, 19-6-99.

<sup>46</sup> MONTERO CURIEL, Marisa, *op. cit.*, p. 22.

- 2009: en la reunión de la Universidad de Lovaina, en abril de 2009, se emitió un Comunicado que confirmó que se habían realizado progresos en el proceso de creación del EEES, pero que no se habían cumplido todos los objetivos, y se extendió el proceso de preparación más allá de 2010, proponiéndose nuevas prioridades para los próximos 10 años.
- 2010: en la reunión de Viena se admitió a Kazajistán.

Con estas adhesiones y después de la separación entre Serbia y Montenegro, la Europa de Bolonia llegó a la cifra de 47 países.<sup>47</sup>

Pero los avances en la proyectada reforma no han estado exentos de obstáculos y resistencias; en este sentido, cabe señalar que en el año 2008 se había aprobado el denominado Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente, que es una recomendación dirigida a los Estados miembros para que hasta el año 2010 realizaran los cambios requeridos en sus sistemas de titulaciones y fijó el 2012 como fecha de aplicación completa de todo lo acordado en Bolonia.<sup>48</sup>

- 2010: se adoptó una Declaración en Budapest, en marzo de 2010, que marcó el final de la primera década del Proceso de Bolonia y constituyó el momento de presentación oficial del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES).<sup>49</sup>

Los defensores de la reforma instituida por la Declaración de Bolonia de 1999 han argumentado que los alumnos aprenderán mejor y estarán mejor preparados, que podrán moverse más por Europa y que gozarán de mayores oportunidades de empleo, pero no han faltado las críticas de los opositores, las que se han centrado en que el surgimiento de un segundo ciclo de especialización, y su carácter casi obligatorio, “redunda en una prolongación de los estudios y en una elitización de la universidad, y la excesiva vinculación de los estudios con los requerimientos

<sup>47</sup> SALABURU, Pello (dir.), Guy HAUG y José-Ginés MORA, *España y el proceso de Bolonia: un encuentro imprescindible*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, 2011, pp. 66 y 67.

<sup>48</sup> VEGLIA, Daniela Beatriz y Valeria Gisela PÉREZ, “El proceso de Bolonia y su incidencia en el Mercosur”, p. 4, disponible [en línea] <[www.uncuyo.edu.ar/relacionesinternacionales/upload/redilaeje12.pdf](http://www.uncuyo.edu.ar/relacionesinternacionales/upload/redilaeje12.pdf)>.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 5.

del sector productivo redundando en el deterioro de la función académica de la universidad".<sup>50</sup>

En esa misma dirección también se ha expresado: "que dichas reformas pretenden una política de mercantilización del mundo universitario y de la eliminación de la universidad pública (...), sometiendo la educación superior a las necesidades del mercado y a las exigencias de las empresas, subordinando las arcas públicas al beneficio privado".<sup>51</sup>

Empero, tal vez una de las oposiciones más raigales a la Reforma de Bolonia es la que ha provenido de una buena parte del profesorado:

Muchos profesores se han limitado durante años a soltar en su hora de clase un discurso a sus alumnos, basado en una lectura apresurada de algún libro durante la tarde anterior (...) Recordemos que no en vano la propia inauguración de curso se abre en todas las universidades con una "lección magistral", que responde perfectamente a una concepción medieval de la universidad pero que tiene poco que ver con la forma en que hay que estudiar en el siglo XX".<sup>52</sup>

Esta cuestión alude a lo que ya antes aquí se ha analizado en esta exposición: la supervivencia de la enseñanza dogmática, asociada, en el caso de la carrera de Derecho, al iuspositivismo formalista.

Como ha podido apreciarse, el proceso de Bolonia significa un ambicioso proyecto de convergencia de los sistemas universitarios de los países que componen el espacio europeo, pero a la vez se supone que irradie hacia todo el amplio territorio de los países que fueron colonias europeas, que constituye casi todo el planeta, y particularmente hacia América Latina, dadas las necesidades de promover la movilidad académica recíproca de estudiantes y profesores universitarios.

En la XV Conferencia Iberoamericana de Educación efectuada en Toledo en el 2005, se manifestó la intención de avanzar en la concertación para crear un espacio iberoamericano del conocimiento articulado en torno a la necesidad de transformación de la educación superior, la

<sup>50</sup> ESPINOZA, Oscar y Luis Eduardo GONZÁLEZ, "El impacto del Acuerdo de Bolonia en el sistema de educación superior en Chile", en *Revista Internacional de Educación Superior*, Campinas, vol. II, nro. 1, enero-abril, 2016, p. 92.

<sup>51</sup> VEGLIA, Daniela Beatriz y Valeria Gisela PÉREZ, *op. cit.*, p. 6.

<sup>52</sup> SALABURU, Pello (dir.) *et al.*, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

investigación, el desarrollo y la innovación que dé respuesta a las necesidades de los países iberoamericanos.<sup>53</sup>

Los criterios acerca de la asimilación de la Reforma de Bolonia en América Latina no resultan coincidentes, para muchos no está claro que sea beneficioso en todos sus componentes y ciertamente es inviable de implementar en la región en determinadas áreas, y para otros muchos, los objetivos establecidos en Bolonia constituyen aspiraciones que pueden guiar las políticas e irse logrando gradualmente en este ámbito.<sup>54</sup>

Existe coincidencia en la valoración de que hasta la fecha el impacto de la Declaración de Bolonia en América Latina ha sido débil, limitado y lento, debido a toda una serie de resistencias y dificultades, algunas de orden legal pues, como que en casi todos los países de América Latina, por una ley orgánica constitucional está definida la licenciatura como requisito para el otorgamiento de títulos profesionales más prestigiosos, también existe bastante disparidad en los sistemas de educación superior y falta de avances suficientemente profundos en los mecanismos de integración regionales en toda una serie de esferas económicas y sociales. Por ejemplo, en cuanto a los países del Mercosur, se ha considerado que lo poco que se ha avanzado en ese orden constituyen más bien iniciativas institucionales particulares vinculadas sobre todo a programas de movilidad, sistemas de reconocimiento de estudios y sistemas de créditos.<sup>55</sup>

No obstante, en algunos países ya se han estado produciendo trabajos investigativos, evaluando los impactos de la Reforma de Bolonia en su sistema de educación superior, arrojando que algunas experiencias y proyectos de su implementación han repercutido favorablemente en la educación superior nacional, por ejemplo, en Chile.<sup>56</sup>

En el caso cubano, en los documentos oficiales que anuncian las reformas que se introducirían en los próximos planes de estudios,<sup>57</sup> no se ha señalado como fundamento a la Declaración de Bolonia, pero parece

<sup>53</sup> VEGLIA, Daniela Beatriz y Valeria Gisela PÉREZ, *op. cit.*, p. 7.

<sup>54</sup> ESPINOZA, Oscar y Luis Eduardo GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 111.

<sup>55</sup> VEGLIA, Daniela Beatriz y Valeria Gisela PÉREZ, *op. cit.*, p. 13.

<sup>56</sup> ESPINOZA, Oscar y Luis Eduardo GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 113.

<sup>57</sup> MES, *Carreras a cuatro años. Propuesta*, de 22-10-2015, y MES, *Documento base para el diseño de los Planes de Estudio E*, abril de 2016.

obvia la ascendencia, considerando que los funcionarios del Ministerio de Educación Superior han sostenido contactos oficiales, particularmente con las autoridades e instituciones académicas de Francia, y resultan visibles determinadas coincidencias en los documentos, que difícilmente puedan reputarse de casuales.

A efectos de evaluar los posibles impactos que tendrían las próximas reformas en la enseñanza del Derecho, resulta prudente considerar el panorama heterogéneo que presenta la formación de los juristas en Cuba –a pesar de que se trabaja nacionalmente con un mismo plan de estudios para todos los centros de estudios donde se imparte la carrera de Derecho–, en el cual pueden visualizarse tres niveles de calidad, atendiendo a factores como: la estructura de categorías docentes y el por ciento de profesores con grado de doctor y título de maestría, la capacidad del claustro para diseñar y ejecutar programas propios de doctorado y de maestría y especialidad, capacidad para producir literatura científica de apoyo a la docencia que imparte e índice de publicaciones por profesor. De manera que la anunciada reforma impactaría en grado distinto en los diferentes centros de educación superior donde se imparte el Derecho.

#### **B. LOS DESAFÍOS DE LA REFORMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CUBA ANTE LAS PROPUESTAS DE BOLONIA**

Veamos los desafíos fundamentales que implicaría la asimilación o recepción a corto plazo de la Reforma de Bolonia en la enseñanza universitaria del Derecho en Cuba, considerando las diferentes dimensiones en las que se ha proyectado la aludida reforma en Europa y estimando el estado actual del desarrollo de la enseñanza del Derecho en nuestro país.

1. Un nuevo sistema de créditos: en virtud del cual no solo se van a reconocer las horas de clase presenciales (teóricas y prácticas), sino también de las tutorías, los exámenes, las prácticas en empresas, así como la estimación del tiempo que el alumno precisa para el desarrollo del trabajo autónomo (estudio, trabajos, etc.).

El sistema de créditos solo está implantado oficialmente en Cuba para la enseñanza de posgrado en virtud de la Resolución 132, de 6 de

julio de 2004, dictada por el MES, pero no para el primer ciclo de formación universitaria; por eso esta proyección del espacio europeo, que no está aludida en la propuesta de reforma cubana, influiría favorablemente en la recepción de estudiantes procedentes de Europa y recíprocamente, y que se les reconozcan los créditos de esta formación también facilitaría a los estudiantes hacer estancias en el exterior para mejorar su formación (idiomática, por ejemplo). De ese modo, la colaboración entre universidades cubanas y extranjeras se favorecería, al igual que la visibilidad internacional de todas las universidades cubanas.

2. Nuevas metodologías de enseñanza: se prevé la puesta en práctica de nuevos métodos de enseñanza que ayuden y motiven a los estudiantes, aumentando la enseñanza práctica con la intervención activa del alumno (ejercicios, casos prácticos, trabajo en grupo, prácticas en aulas y profesionales), tutorías personales para reforzar el aprendizaje y nuevas tecnologías para apoyar el proceso educativo.

En este sentido, vale precisar que ya en la Resolución 220 de 1979, Reglamento del Trabajo Docente y Metodológico, dictada por el MES, se implantaron oficialmente esos que ahora en la Reforma de Bolonia se denominan “nuevos métodos de enseñanza”, por ejemplo, al reconocer como tipos de clases, además de las conferencias, a los seminarios, clases prácticas, talleres, etc., y como actividades docentes, además de las clases a las prácticas de preprofesionales, sistema conservado y perfeccionado hasta llegar a la actualidad. Para que pueda tenerse una idea de lo que se ha avanzado a este respecto, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente desde hace unas dos décadas se ha generalizado como estilo que el fondo de tiempo dedicado a conferencias en cada asignatura, como promedio, sea alrededor del 20% del fondo total, y que la mayor porción se destine a seminarios y clases prácticas. Además, vale significar que en el actual plan de estudios las prácticas preprofesionales abarcan el 23,4% de las 3890 de fondo de tiempo total de la carrera de Derecho.

Empero, como ya se ha dicho anteriormente, en los centros de educación superior en Cuba donde se imparte la carrera de Derecho no se ha alcanzado el mismo nivel de eficiencia en el desarrollo de las competencias profesionales, por tanto, lograr alcanzar niveles satisfacto-

rios en todas las universidades, con una reducción de la carrera a 4 años, sería un verdadero desafío para la gran mayoría de las universidades.

3. Nuevos parámetros de calidad: se implantan nuevos controles de calidad sobre los propios estudios de grado, con sus consiguientes parámetros sobre la evaluación y acreditación del profesorado, y sobre los procesos y renovaciones metodológicas.

En este punto vale subrayar que a diferencia de lo que ha venido aconteciendo en varios países de América Latina –en los cuales las tareas de evaluación y acreditación han tenido una presencia tardía y demorada,<sup>58</sup> aunque su institucionalización ha ido implantándose a ritmo creciente en la última década–, en Cuba ya desde inicios de la década de 1980 rigen regulaciones muy precisas sobre el sistema de categorías de los profesores (instructor, asistente, auxiliar y titular), sus requisitos, exámenes, tránsito y ratificaciones periódicas, sistema que ha venido funcionando con adecuado rigor. En cuanto a la evaluación de la calidad de los programas de estudios de las carreras y de los programas de posgrado, también está implantado el sistema de certificación desde hace dos décadas. De modo que esta propuesta europea introduciría muy poco de lo que no se hubiera ya logrado en la enseñanza del Derecho en Cuba. El desafío real será lograr la certificación de la calidad en todos los centros donde se imparte esta carrera.

4. Nuevos sistemas de evaluación: que se proyectan hacia la calificación no solo de los conocimientos del estudiante, sino también de las competencias que deberá adquirir tras el período de aprendizaje.

En este sentido, vale precisar que ya en la Resolución 105 de 1982, Reglamento sobre el sistema de evaluación en la educación superior, dictada por el MES, se declaró que la evaluación del aprendizaje tiene como objetivos comprobar los conocimientos, las habilidades y hábitos de los estudiantes, se pronunciaba por potenciar las evaluaciones sistemáticas y periódicas, y por la combinación adecuada de su carácter teórico y práctico, tendencia que fue desarrollada en los reglamentos

<sup>58</sup> PALLÁN FIGUEROA, Carlos, "Calidad, evaluación y acreditación en México", en *Universidades*, México D. F., nro. 20, 2000, p. 9.

docentes que le sucedieron. Así que la propuesta europea en este sentido no parece que introduciría avances considerables en lo ya logrado en la enseñanza jurídica en Cuba, incluso es loable que si la propuesta europea plantea un proceso de enseñanza orientado hacia la formación de competencias profesionales, en cambio, la concepción cubana resulta de mayor alcance: se proyecta sobre los conocimientos, las habilidades y los valores.

5. Nuevo sistema de titulación, según el cual los estudiantes obtendrán al culminar el primer ciclo un diploma o certificado de graduado y una disminución del tiempo de formación en el primer ciclo de estudios en la Universidad.

Sistema antiguo	EEES (Nuevo sistema)		
Diplomaturas e Ing. Técnicas (3 años)	Grado (Primer ciclo)	Grados (4 años). Con solamente algunas excepciones, como Arquitectura (5 años) y Medicina (6 años)	Formación básica de nivel universitario
Licenciaturas e Ingenierías Superiores (4, 5 o 6 años)			
Doctorado	Posgrado (Segundo ciclo)	Másteres Oficiales (1 o 2 años)	Formación especializada
		Doctorado	Formación avanzada en técnicas de investigación

La Declaración de Bolonia propone un sistema estructurado en dos ciclos fundamentales, donde el acceso al segundo ciclo requerirá que los estudios de primer ciclo se hayan completado, con éxito, en un periodo mínimo de tres años. Ello implica no solo un cambio de nombre, pues tratándose de la profesión de jurista, donde el graduado para ejercer requiere legalmente de una licencia y una colegiatura, a partir de

la reforma los graduados de la universidad para poder ejercer dentro del campo de acción de la abogacía y en otros campos de este tipo requerirán posteriormente de otro ciclo de su formación y de otra titulación.

Esta cuestión resulta una de las más polémicas de la reforma de Bolonia, no se alude a ello en la propuesta cubana, pero de así suceder, su recepción generaría serios problemas de asimilación y aplicación en Cuba donde, hasta ahora, los graduados de Derecho han estado egresando –al menos en el modelo de enseñanza presencial y en las dos grandes universidades– con un nivel adecuado de habilidades del ejercicio profesional y, por otro lado, existen varias profesiones (fiscales, jueces, asesores legales de empresas y otras entidades estatales) en las cuales existe carencia de juristas para cubrir esas plazas, entonces, ¿qué sentido y beneficios tendría establecer que los graduados del primer ciclo de la universidad en la carrera de Derecho no puedan ejercer la profesión en esos campos de acción y que tengan que obtener otra ulterior titulación?

La disminución del tiempo de formación de los graduados de Derecho resulta igualmente una cuestión más polémica, si es que tal reducción conllevara obtener una titulación que no les sirva para ejercer su profesión en todos los campos de actuación, pues la Ley de Tribunales, la Ley de las Notarías, la Ley de la Fiscalía y el Decreto Ley que rige el ejercicio de la abogacía exigen el título de Licenciado en Derecho para ejercer esas profesiones jurídicas.

Por otra parte, la reducción del tiempo de la carrera implicaría la supresión de muchas de las asignaturas, tanto de las que hoy son obligatorias como de las optativas (en la propuesta del MES se anuncia que las optativas pasarán a ocupar solo el 5% del fondo total del Plan de Estudios), y la reducción del fondo de tiempo en otras asignaturas; el peligro es que desaparezcan las materia básicas y de formación general (Historia, Historia del Derecho, Derecho Romano, Filosofía, Sociología del Derecho y otras).

En cuanto a Cuba, esta propuesta significa un verdadero desafío que no debe ser tomado a la ligera ni, por el contrario, asumirse como “el canto del cisne”. En principio, no se puede descartar la posibilidad de

poder conservar los avances alcanzados en la calidad en la formación del jurista, de acuerdo con el modelo configurado durante décadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente y en la Universidad de La Habana, sobre todo en lo que se refiere a las habilidades profesionales, y mantener los actuales estándares de calidad de los graduados, lo que supone conformar un adecuado diseño curricular de la carrera ajustado a cuatro años, con el cual pudiera lograr resolverse definitivamente el problema de la enseñanza aún apegada al iuspositivismo normativista y a la enseñanza dogmática en muchos espacios donde aún se mantiene y, asociado a ello, el de la sobrecarga de asignaturas que exhibe el Plan de Estudios D de la carrera de Derecho, pues según datos brindados en el documento orientativo de la reforma, de 22 de octubre de 2015, hoy las carreras tienen unas 4800 horas como promedio y con la reforma se aspira a que queden entre 3000 y 3400 horas. La reducción de la carrera de licenciatura en Derecho implica reacomodos en la ecuación formada por los diferentes componentes de la formación de los juristas (teórica, práctica, investigativa, humanista y en perfiles afines), lo que supone un profundo trabajo científico y metodológico por parte de los claustros para no recaer en el dogmatismo, el teoricismo o el practicismo.

En las orientaciones emitidas por el MES, se remarca que se deben seleccionar los contenidos fundamentales para el logro de los objetivos previstos en la carrera, con una adecuada secuencia lógica y pedagógica, a partir de la determinación del eslabón de base de la profesión y los problemas más generales y frecuentes que en él se presentan, que ello contribuirá a una disminución de las horas lectivas a favor de un mayor tiempo de autopreparación de los estudiantes, y que ello iría asociado hacia el logro de un amplio y generalizado empleo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (NTIC) y a una orientación del proceso formativo hacia el aprendizaje del estudiante, potenciando una mayor autogestión del conocimiento. Al respecto de las NTIC, cabe destacar que “[h]an sido consideradas como herramientas que estimulan el proceso de automatización y descentralización de las actividades productivas e impulsoras del aumento de la información y de la difusión por diferentes vías (...) las nuevas generaciones se inclinan por el uso de los avances tecnológicos; telefonía celular, chats, blogs,

etc.”.<sup>59</sup> En este punto cabe visualizar otro desafío: se requiere de recursos y de una infraestructura de servicios a disposición de estudiantes y profesores en las universidades que aún no existen; los limitados recursos del país significan un escollo que de momento parece difícil de superar a corto plazo, aunque estas limitaciones no afectan en igual grado a todas las regiones del país. Pero los obstáculos no son solo de carácter objetivo, pues prevalecen decisiones que restringen considerablemente el uso de internet y tales servicios todavía se comercializan a precios realmente privativos.

Existe la paradoja de que se han fijado impedimentos para suprimir Filosofía y Sociedad, Economía Política I y II, Teoría Sociopolítica y la Educación Física I, II, III y IV; sin embargo, esto influiría en que sufran severos recortes otras materias relacionadas con el ejercicio profesional, en especial las que integran los ejercicios jurídicos, que han significado avances visibles en la formación de los juristas.

En cuanto a la potenciación de la independencia cognoscitiva y del protagonismo de los estudiantes en el proceso de aprendizaje, este propósito –por loable o necesario que resulte– también deviene en un serio desafío que encontraría no pocos obstáculos. A este respecto vale señalar que numerosos trabajos llaman la atención sobre la notable acentuación de ciertos valores y contravalores en esta etapa posmoderna a nivel global como: el éxito vital y económico, el individualismo, el utilitarismo, la realización del menor esfuerzo, el corto plazo por encima del largo plazo, la cantidad por encima de la calidad.<sup>60</sup>

A este hecho habría que sumar los síntomas evidentes de que la calidad del estudiante que ha estado arribando a la universidad para cursar la carrera de Derecho, en cuanto a conocimientos precedentes y habilidades cognoscitivas, parece que ha estado disminuyendo, aunque en esta cuestión no caben etiquetamientos ni calificaciones absolutas para

<sup>59</sup> TORRES FERMAN, Irma y Francisco Javier BELTRÁN GUZMÁN, “Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación como herramientas de apoyo en los procesos de educación superior”, en *Revista cubana de educación superior*, La Habana, vol. 28, nro. 1-2, 2008, p. 81.

<sup>60</sup> CARRERA, Joan, “La revolución de cada día. Cristianismo, capitalismo y posmodernidad”, en *Cuadernos Cristianismo y Justicia*, Barcelona, nro. 189, junio de 2014, pp. 5 y 6.

todos. Los riesgos que supone trasladar a ese estudiante la mayor responsabilidad (de asistir al aula, estudiar, aprender con calidad, etc.) son reales, y el mayor desafío es que las autoridades universitarias ante los posibles fracasos de los estudiantes pretendan reenviar nuevamente una cuota excesiva de responsabilidad hacia el profesor.

6. Necesidad de ampliación y diversificación de la oferta de formación del segundo ciclo (Título de maestría y de doctorado): está claro que la disminución de las ambiciones en la formación del graduado universitario implica potenciar el cometido del nivel de posgrado. En la Declaración de Bolonia se consigna como aspiración que las universidades respondan con prontitud y positivamente y que contribuyan de manera activa al éxito de la reforma.

Pero es obvio que las posibilidades de las universidades cubanas de asumir y cumplir en plazo breve o mediano tal compromiso dependen de múltiples factores, como lo sería la calificación de cada claustro; como ya antes se valoraba, realmente solo dos universidades poseen las condiciones requeridas para asumir en tal grado la formación de posgrado de los egresados de Derecho, lo cual deviene en un verdadero desafío para el resto de los centros de educación superior donde se imparte Derecho.

## V. CONCLUSIONES

1. El objeto, contenido y métodos de la enseñanza universitaria del Derecho ha sido históricamente un problema que ha dependido de la asunción de determinados paradigmas, derivados de las principales tendencias del pensamiento iusfilosófico.

2. La exageración del contenido teórico o práctico en la enseñanza han sido problemas fundamentales que han estado presentes, con mayor o menor intensidad en el desempeño de la labor de la enseñanza en sus diferentes niveles. Tratándose de la enseñanza universitaria del Derecho, tales excesos se han manifestado en patologías como: el practicismo, el teoricismo, el dogmatismo, a los cuales se ha asociado el enfoque reduccionista sobre el Derecho, siendo el dogmatismo que deriva del iuspositivismo formalista el problema mayor que ha afectado a la enseñanza del Derecho en Iberoamérica, y aunque diversos autores

y en foros internacionales han señalado acertadas críticas a la lección oral o verbalista vinculadas al dogmatismo, este modelo sigue predominando, sin negar los logros y aportaciones que como excepción se han obtenido en algunas universidades de este ámbito.

3. En Cuba se han producido notables avances en la enseñanza universitaria del Derecho en las últimas décadas en el camino de superar el dogmatismo jurídico e implantar un modelo de enseñanza, caracterizado por su proyección hacia el equilibrio adecuado entre los diferentes componentes del proceso educativo (enseñanza teórica, práctica e investigación), en el que se ha potenciado la utilización de métodos problémicos en la educación, la formación de las competencias profesionales y de una cultura general integral, todo lo cual ha propiciado logros indiscutibles en los niveles de calidad en el graduado, al menos en los principales centros de educación superior.

4. Los cambios anunciados oficialmente a los planes de estudios, en lo que se refiere a la carrera de Derecho, parecen inspirados en la Declaración de Bolonia, de lo cual derivan varios desafíos: la reducción de las carreras a 4 años implica realizar un profundo trabajo metodológico a efectos de poder sostener los logros del sistema actual de formación del jurista, configurado durante décadas por la Facultad de Derecho de las dos más grandes universidades del país, sobre todo en lo que se refiere a las habilidades profesionales y mantener los actuales estándares de calidad de los graduados. La potenciación de la independencia cognoscitiva y la responsabilidad de los estudiantes, asociadas a un mayor empleo de las NTIC, constituyen otros desafíos para este complejo proceso de cambios; la ampliación de la oferta de posgrado académico que complementa la formación del primer ciclo universitario parece otro desafío difícil de resolver a corto plazo.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARRERA, Joan, "La revolución de cada día. Cristianismo, capitalismo y posmodernidad", en *Cuadernos Cristianismo y Justicia*, Barcelona, nro. 189, 2014.
- DE AGÜERO PRIETO, Carlos, "Breve reseña histórica de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Oriente en su cincuentenario, 1947-1997", en *Barco de papel*, Mayagüez, nro. especial, 1998, pp. 2-6.

- Declaración de la Sorbona, París, 25 de mayo de 1998, disponible [en línea] <[https://www.madrimasd.org/uploads/acreditacion/.../rrii\\_declaracion\\_sorbona\\_98.pdf](https://www.madrimasd.org/uploads/acreditacion/.../rrii_declaracion_sorbona_98.pdf)>.
- Declaración Conjunta de los Ministros Europeos de Educación, Bolonia, 19 de junio de 1999, disponible [en línea] <[www.educacion.gob.es/boloniaensecundaria/img/Declaracion\\_Bolonia.pdf](http://www.educacion.gob.es/boloniaensecundaria/img/Declaracion_Bolonia.pdf)>.
- DE LA LUZ Y CABALLERO, José, "Aforismos", en TORRES CUEVAS, Eduardo, *Historia del pensamiento cubano*, vol. 1, t. II, La Habana, Ciencias Sociales, 2006, pp. 115-164.
- EISENMAN, Charles, "Los objetivos y la naturaleza de la enseñanza del Derecho", en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, pp. 11-60.
- ESPINOZA, Oscar y Luis Eduardo GONZÁLEZ, "El impacto del Acuerdo de Bolonia en el sistema de educación superior en Chile", en *Revista Internacional de Educación Superior*, Campinas, vol. II, nro. 1, 2016, pp. 89-117, disponible [en línea] <<http://ojs.fe.unicamp.br/ged/RIESup/article/download/7530/6394>>.
- Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, *Informe de Autoevaluación del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas presentado ante la Asociación de Universidades Iberoamericanas para el Posgrado (AUIP)*, Santiago de Cuba, septiembre de 2015.
- FERNÁNDEZ CAMPANIONI, Isel, "Decir es hacer cuando se dice a tiempo", en *Revista SIC*, Santiago de Cuba, nro. 35, 2007, pp. 28-32.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en México y en Latinoamérica", en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, pp. 77-92.
- "En torno a los problemas de la Metodología del Derecho", en *Metodología, docencia e investigación jurídica*, México D. F., Porrúa, 1999.
- KUDRIATSEV, Vladimir, Andrei VASILIEV y Vladimir KASIMIRCHUK, "Sistema jurídico del socialismo", en Academia de Ciencias de la URSS, *El sistema jurídico del socialismo*, Moscú, Redacción de ciencias sociales contemporáneas, 1987, pp. 13-55.
- LARRAMENDI DOMÍNGUEZ, Edmundo, "La formación del jurista: experiencia de articulación de los componentes docente, laboral e investigativo en el proceso de enseñanza aprendizaje de las materias penales", en *Barco de Papel*, Mayagüez, nro. especial, 1998, pp. 165-170.

- LÓPEZ, Julio César, "Hostos: ¿la plenitud de la enseñanza o la enseñanza de la plenitud", en *Barco de Papel*, Mayagüez, vol. V, nro. 2, 1997, pp. 79-84.
- MARTÍNEZ QUINTANA, Léster, *El Derecho Civil Romano y su difusión en Cuba durante los siglos XVIII y XIX, antes de la promulgación del Código Civil en 1889*, tesis doctoral, Santiago de Cuba, 2007.
- MARTÍ PÉREZ, José, "Educación científica", en *Obras completas*, t. VIII, 2ª ed., La Habana, Ciencias Sociales, 1975, pp. 277-278.
- MES, *Carreras a cuatro años. Propuesta*, de 22-10-2015.
- *Documento Base para el diseño de los Planes de Estudio E*, abril de 2016.
- MÓNDELO GARCÍA, José Walter, *El orden jurídico, la Constitución y la regla de reconocimiento*, tesis doctoral, Santiago de Cuba, 2003.
- MONTERO CURIEL, Marisa, "El proceso de Bolonia y las nuevas competencias", en *Tejuelo*, nro. 9, 2010, pp. 19-37.
- MUÑOZ LLERENA, César, "El papel del jurista en su interrelación con otros profesionales", en *Memorias de la VI Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho*, Bogotá, Universidad de Externado, 1976, p. 92.
- OCHOA DEL RÍO, José Augusto, *El proceso de desarrollo de competencias profesionales básicas en la carrera de Derecho a través del ejercicio jurídico de la disciplina Civil y Familia*, tesis doctoral, Holguín, 2013.
- PALLÁN FIGUEROA, Carlos, "Calidad, evaluación y acreditación en México", en *Universidades*, México D. F., nro. 20, 2000, pp. 3-10.
- PANADERO DE LA CRUZ, Ediltrudis y María Julia RODRÍGUEZ SAIF, "Modelo práctico para el programa de la asignatura Ejercicio Jurídico III de la disciplina integradora en la carrera de Derecho", en CD-ROM, *Memorias de la XII Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas y el XV Congreso de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas*, La Habana, 2000.
- PAVÓ ACOSTA, Rolando, "Las principales tendencias en el pensamiento iusfilosófico y su impronta en el contenido de la enseñanza del Derecho", en CD-ROM, *Memorias Científico- Metodológicas de Derecho Civil y Familia (Parte IV)*, Santiago de Cuba, Departamento de Información Científica de la Universidad de Oriente, 2010.
- PEÑA MULET, Roberto, "La disciplina integradora de la carrera de Derecho", en *Barco de Papel*, Mayagüez, vol. I, nro. 2, 1997, pp. 93-98.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A., *Metodología Jurídica II. Pensamiento jurídico contemporáneo*, Universidad de Alicante, 1997.

- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La enseñanza del Derecho", en *Revista de la Universidad de Belgrano*, Buenos Aires, nro. 4, 1973, pp. 187-211.
- RODRÍGUEZ, Carlos Rafael, "Palabras en los 70", en *La Universidad de La Habana al profesor de mérito Carlos Rafael Rodríguez en su septuagésimo aniversario*, La Habana, ENPES, 1983, pp. 21-49.
- RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio, "La enseñanza del Derecho en los países de derecho escrito", en *Dikaiosyne*, Mérida, Venezuela, año X, nro. 19, 2007, pp. 111-119.
- RODRÍGUEZ KAUTH, Ángel, "Lectura psicosocial del aula universitaria hoy", en *Universidades*, México D. F., nro. 14, 1997, pp. 49-57.
- SALABURU, Pello (dir.), Guy HAUG y José-Ginés MORA, *España y el proceso de Bolonia: un encuentro imprescindible*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, 2011.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, "Algunas consideraciones sobre la docencia e investigación jurídica en México", en VALENCIA CARMONA, Salvador (coord.), *Educación, ciencia y cultura*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, pp. 277-312.
- SERNA DE LA GARZA, José María, "Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del Derecho en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D. F., año XXVII, nro. 111, 2004, pp. 1047-1082.
- TORRES FERMAN, Irma y Francisco Javier BELTRÁN GUZMÁN, "Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación como herramientas de apoyo en los procesos de educación superior", en *Revista cubana de educación superior*, La Habana, vol. XXVIII, nro. 1-2, 2008, pp. 80-94.
- Unión Nacional de Juristas de Cuba, *Tesis sobre la vida jurídica del país*, La Habana, 1987.
- VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, "Metodología del aprendizaje del Derecho", en WITKER, Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, pp. 113-126.
- VEGLIA, Daniela Beatriz y Valeria Gisela PÉREZ, "El proceso de Bolonia y su incidencia en el Mercosur", disponible [en línea] <[www.uncuyo.edu.ar/relacionesinternacionales/upload/redilaeje12.pdf](http://www.uncuyo.edu.ar/relacionesinternacionales/upload/redilaeje12.pdf)>.
- WITKER, Jorge, "Los problemas de la enseñanza del Derecho", en KAPLAN, Marcos (comp.), *Estado, Derecho y sociedad*, México D. F., UNAM, 1981, pp. 187-197.

WITKER, Jorge, *Técnicas de la enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

WITKER, Jorge (comp.), "Docencia crítica y formación jurídica", en *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1976, pp. 221-230.

Fecha de recepción: 19-5-2016.

Fecha de aceptación: 18-12-2016.



## Derechos y ritos: iniciación, lenguaje y performatividad en el derecho y la educación jurídica

JONATHAN YOVEL\*

Sink every impulse like a bolt. Secure  
The bastion of sensation. Do not waver  
Into language. Do not waver in it.

SEAMUS HEANEY, *Lightenings*

### RESUMEN

Este ensayo es acerca de cómo funciona el lenguaje en el derecho y sobre cómo los futuros agentes legales –jóvenes abogados, estudiantes de derecho– son iniciados en una compleja cultura lingüística a través de varios modelos de instrucción que son, casi siempre, no transparentes respecto de la ideología lingüística sobre la que se apoyan. Así, confrontaré dos formas de aproximarse a la educación legal: una que aparece tanto entre los legos como entre ciertas caracterizaciones “profesionales” de la instrucción legal, aproximaciones que consideran al derecho como una disciplina, un cuerpo de conocimientos que debe ser reunido y dominado en forma de reglas, precedentes, argumentos de políticas públicas

\* Profesor de Derecho, Universidad de Haifa, Israel, y profesor asistente visitante en la escuela de Derecho de Brooklyn y en el Centro de Derecho, Lenguaje y Cognición. El núcleo de este estudio fue escrito durante una visita al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, por lo que estoy agradecido con el Instituto y sus directores. Estoy en deuda con Curstis Renoe y Larry Solan por sus comentarios iluminadores de borradores previos así como con Ledra H. Horowitz y John C. Knapp por su asistencia en la preparación final del manuscrito. Porciones de este estudio aparecen en Jonathan YOVEL, “In the beginning was the Word: paradigms of language and normativity in law, philosophy, and theology”, en 5 *Mountbatten J. Legal Stud.* 5 (2001). Trad. a cargo de Silvina Pezzetta.

y similares. La otra se aproxima a la práctica y la instrucción legal como a una compleja cultura lingüística, en la que las formas enumeradas, antes que la “esencia” del derecho, son ofrecidas como lo que conviene dominar porque tienden a constituir la cultura de la comunicación del discurso jurídico, la forma de argumentar que generalmente triunfa en el contexto institucional legal. Sin embargo, antes de intentar hacer un análisis de los efectos pedagógicos, el núcleo de este ensayo estudiará cómo las nociones del uso del lenguaje se aplican a la performance legal. Por ello, el presente trabajo se dirige a las relaciones entre el lenguaje y la acción como una historia de las ideas centradas en las siguientes cuestiones: ¿qué hacemos, como abogados y hablantes, con las palabras? ¿Cuáles son los modos del lenguaje usado en la argumentación legal (y en el litigio en particular)? ¿Cómo entrenamos e iniciamos a los futuros abogados en una cultura lingüística y en la ideología que sostiene estas preguntas? Sin reclamar la exhaustividad, este ensayo se propone delinear, revisar y reconstruir las principales características de tres funciones interactuantes del lenguaje que son significativas para la práctica y la teoría legales: retórica, representativa y performativa.

#### PALABRAS CLAVE

Lenguaje - Educación legal - Performatividad.

## **Rights and rites: initiation, language and performance in law and legal education**

#### ABSTRACT

This essay is about how language functions in law, and how prospective legal agents –young lawyers, law students– are initiated into a complex linguistic culture through various modes of instruction. Thus it confronts two approaches to legal education: one, which cuts across both lay and certain “professional” approaches to legal instruction, approaches law as a discipline, a body of knowledge to be mustered and mastered in the form of rules, precedents, policy arguments and the like. The other approaches legal practice and instruction as a complex

linguistic culture, where the forms enumerated, rather than the “essence” of law, are offered as profitable to master because they tend to constitute the culture of communication of legal discourse, on top of being the kind of argumentation that is generally triumphant in the legal institutional context. However, before attempting to draw pedagogical insights, the bulk of this essay studies how notions of language use apply to legal performance. There are various ways to attempt such a study; the one employed here works through a nontechnical survey of some major approaches in the philosophy of language. Language springs from culture, practice and their historical dimensions, while law and legal instruction, ever since Hellenic times, were seen as paradigmatic contexts for the application and study of social language. Thus, the present inquiry will attempt to address the relations between language and action as a history of ideas centered on the following questions: What, as lawyers and speakers, do we do with words? What are the modes of language used in legal argumentation (and in litigation in particular)? How do we train and initiate prospective lawyers into a linguistic culture and ideology that underlie these questions? With no claim to exhaustiveness, this essay proposes to delineate, trace and reconstruct the main features of three interacting language functions significant in legal practice and theory: rhetoric, representationalism and performativity.

## KEYWORDS

Language - Legal education - Performativity.

## I. PREFACIO

Este ensayo es acerca de las funciones del lenguaje en el derecho y sobre cómo los futuros agentes legales –jóvenes abogados, estudiantes de derecho– son iniciados en una compleja cultura lingüística a través de varios modelos de instrucción que son, casi siempre, no transparentes respecto de la ideología lingüística sobre la que se basan. Así, confrontaré dos formas de aproximarse a la educación legal: una que aparece tanto entre los legos como entre ciertas caracterizaciones “profesionales” de la instrucción legal, aproximaciones que consideran al derecho como una disciplina, un cuerpo de conocimientos que debe ser reunido y dominado

en forma de reglas, precedentes, argumentos de políticas públicas y similares. La otra aproximación a la práctica y la instrucción legal las considera una compleja cultura lingüística, en la que las formas enumeradas, antes que la “esencia” del derecho, son ofrecidas como lo que conviene dominar porque tienden a constituir la cultura de la comunicación del discurso jurídico, la forma de argumentar que generalmente triunfa en el contexto institucional legal. La primera aproximación considera al lenguaje como un medio para organizar, expresar y pronunciar las normas sociales que en algún sentido son concebidas como entidades no lingüísticas o extralingüísticas, aunque los abogados generalmente acordarían que aun cuando fuera así, las normas legales y sociales solo son accesibles a través de las formulaciones lingüísticas que las expresan. La aproximación lingüística a la instrucción legal usaría de alguna forma la navaja de Occam: si las normas solo son accesibles, pronunciables y manipulables en su aspecto lingüístico, ¿por qué insistir en su “realidad no lingüística”? ¿Hay algún sentido en que una norma es diferente de su formulación lingüística? En la conclusión de este ensayo, trataré de mostrar que estas dos “aproximaciones” a la argumentación legal se encuentran superpuestas institucionalmente de una manera que es esencial al requerimiento de racionalización social que provee el derecho. Esta ideología de la superposición –retórica a través de la representación– a su turno genera la forma dominante de instrucción y pedagogía legales.

Sin embargo, antes de intentar ofrecer ideas pedagógicas, el núcleo de este ensayo estudiará cómo las nociones del uso del lenguaje se aplican a la performance legal. Hay varios modos de lograr este objetivo; aquí lo haré a través de una revisión no técnica de algunas de las más importantes corrientes de la filosofía del lenguaje. El lenguaje surge de la cultura, de la práctica y de sus dimensiones históricas, y el derecho y la instrucción legal, desde los tiempos helenísticos, fueron vistos como contextos paradigmáticos para la aplicación y el estudio del lenguaje social. Así, el presente trabajo se dirige a las relaciones entre el lenguaje y la acción como una historia de las ideas centradas en las siguientes cuestiones: ¿qué hacemos, como abogados y hablantes, con las palabras? ¿Qué modos del lenguaje usamos en la argumentación legal (y en el litigio en particular)? ¿Cómo entrenamos e iniciamos a los futuros abogados en una cultura lingüística y en la ideología lingüística que está

en la base de estas preguntas? Sin pretensión de exhaustividad, este ensayo se propone delinear, revisar y reconstruir las principales características de tres funciones interrelacionadas del lenguaje que son significativas para la práctica y la teoría legales: retórica, representativa y performativa. Los ejemplos que discutiré son narraciones del derecho institucionalizado y de la costumbre jurídica que comparten atributos con formas literarias y aún con problemas teológicos.

## II. RETÓRICA VERSUS REPRESENTACIÓN: ALGUNOS PRELIMINARES

Sócrates: El aspirante a orador no necesita conocer la verdad acerca de lo que es bueno o malo... En los tribunales de derecho no se presta atención a lo que es verdad acerca de tales tópicos; todo lo que importa es la convicción... No importa la verdad –persiguen la probabilidad a toda costa en cualquier clase de discurso; el completo secreto del arte de hablar reside en la consistente adherencia a este principio–.

Fedro: Eso es lo que dicen aquellos que se proclaman profesores de retórica, Sócrates.

PLATÓN, *Fedro*<sup>1</sup>

Quizás el modo intelectualmente más atractivo de concebir el lenguaje en el mundo clásico –y políticamente más potente así como indignante moralmente– fue el paradigma retórico, enseñado por tan formidables sofistas como Gorgias y Protágoras.<sup>2</sup> De acuerdo con este paradigma, el lenguaje más común y efectivo en las interacciones sociales –notablemente en política y en el litigio– es el persuasivo. El lenguaje no puede ser

<sup>1</sup> PLATÓN, *Fedro*, *Ion*, *Gorgias* y *El Banquete* con pasajes de *La república* y *Las leyes* (Lane Cooper trad., Oxford University Press, 1938).

<sup>2</sup> Es importante desde el principio aclarar el sentido restringido del “paradigma retórico” que uso aquí porque “retórico” significa distintas cosas para distintas personas. En el sentido más restringido, significa un conjunto de técnicas para manejar efectivamente el lenguaje social, primariamente a través de la persuasión. En un sentido más amplio, significa discurso: el marco social, intersubjetivo y croscultural del significado y la acción. Como tal, reclama el control sobre la representación y lo político. Mientras que ambos significados están necesariamente conectados, este ensayo emplea el significado restringido. La figura 1, *infra*, clarifica la relación entre la retórica, la representación y la performatividad como las entiendo aquí.

representativo, como Sócrates (y mucho después), Aquino, Leibniz y el primer Wittgenstein pensaron, y lo que es más importante, la representación de cosas no lingüísticas –una vaca en el prado, una emoción, el bien y el mal– simplemente no es el objetivo del lenguaje. Antes bien, el objetivo del lenguaje es manipular a los oyentes para que se adecuen a los intereses del hablante. Una interacción lingüística es antes que nada, y más que nada, manipulación, y todo lo demás –comunicar pensamientos, hacer reír a la gente, representar hechos (o estados de cosas o lo que sea)– debe ser interpretado de acuerdo con este principio general. Gorgias mismo, un escéptico en materia epistemológica, sostuvo que aun si pudiéramos –por accidente– encontrarnos con alguna “verdad” referencial, no podríamos comunicársela a otros, no por un problema de competencia sino por las dificultades intrínsecas del lenguaje mismo para representar cualquier cosa extralingüística.<sup>3</sup> En otras palabras, antes que nada está lo político: la formación de la sociedad y su manipulación a través del lenguaje, como un instrumento del poder, un ejercicio de la voluntad. El único sentido válido de “verdad” no es aquello que el lenguaje representa sino el que crea en los medios sociales. Lo que uno hace con el lenguaje es inducir a la gente a que actúe de ciertas maneras, tales como lograr que se pongan de nuestro lado en un debate, o se decidan en una determinada manera, obedezcan una orden, etcétera. Esta visión no es cínica porque no implica que el lenguaje enmascare la virtud cívica dado que la capacidad retórica de dominar efectivamente el lenguaje es la virtud cívica en sí misma. Gorgias podría haber dado como ejemplo de efectiva manipulación del lenguaje persuasivo al gran antisofista, Sócrates, un consumado actor en el arte del enmascarar la persuasión bajo la forma de “verdad” representacional inevitable. El lenguaje, proclamaron los sofistas, no depende de ninguna metafísica no lingüística, y su uso es por lo tanto independiente de cualquier concepto de conocimiento, excepto por el retórico en sí mismo.

En la Edad Media<sup>4</sup> media, la comprensión del lenguaje como mera retórica fue marginada en tanto aproximación escolástica al mismo con

<sup>3</sup> Ver PLATÓN, *Gorgias*, Hackett Publishing Co., 1987.

<sup>4</sup> Historiadores y académicos del pensamiento escolástico dividen la Edad Media en imprecisas subdivisiones. La Edad Media media (ca. 1000-1300 CE) es considerada usualmente el punto alto de la enseñanza escolástica y la institucionalización.

un paradigma naturalista que aspiraba a la perfección –tanto como sea humanamente posible– de la representación de cuestiones “naturales”, normativas y legales. La filosofía medieval consideraba esos asuntos no como una construcción social o producto de una convención sino como asuntos de verdad fáctica universal, de validez divina. Por ello, de acuerdo con Tomás de Aquino y su monumental *Summa Teológica*, las normas jurídicas son *naturales* de la misma manera en que las leyes del mundo físico lo son y ambas comparten la misma fuente. Las normas jurídicas deben ser descubiertas más que creadas, inferidas de la ley eterna de origen divino más que construidas.<sup>5</sup> El derecho no es una cuestión de poder sino de justicia y el bien común y el lenguaje –usado por las instituciones políticas correctas– es para aplicar efectivamente y para traducir estas abstracciones metafísicas a las prácticas cívicas y políticas.

El derecho positivo debe ser formado a partir de la inferencia del “Derecho Natural”, en el cual Aquino encontraba un subset constituido por la “Ley Eterna” que es accesible a la investigación racional. La inferencia, déjenme recordarles, era –y en muchos casos aún es– percibida no como una forma de narración sino como una dura deducción lógica que garantiza la conclusión del argumento, en este caso, las proposiciones del derecho positivo se siguen de las premisas del Derecho Natural. Sin embargo, es un error interpretar la teoría del derecho de Aquino en términos excesivamente rígidos. Aquino deja lugar para las contingencias, para la construcción, para la internalización del contexto e incluso para la arbitrariedad, ya que el derecho positivo debe aplicarse –por medio de la coordinación, determinación y aplicación– a las contingencias fácticas.

Por ejemplo, de la premisa del derecho natural sobre la santidad de la vida, inferimos que la gente no debe ser expuesta a peligros indebidos, pero si esto significa que los motoristas conduzcan de un lado o del otro es una cuestión que no puede inferirse directamente. Esta acción deberá ser coordinada, eso es lo que importa, no el contenido específico de la regulación final.<sup>6</sup> Mientras la justicia, quizás, requiera que los litigantes

<sup>5</sup> AQUINO, Tomás, *Summa Teológica*, SP QQ 90-95.

<sup>6</sup> Interesantemente, la “coordinación de intereses” tiene en nuestros tiempos a un servidor, Joseph Raz, que intenta componer una “teoría racional de la autoridad” en la

tengan garantizado un derecho de apelación, tiene poco para decir respecto de la exacta extensión del período de apelación –una cuestión a determinar– aunque quizás dicte un contextual “dominio de razonabilidad”, idealmente formado por un equilibrio entre los respectivos intereses de la revisión y de la cosa juzgada.

Sin embargo, ¿se puede confiar en que el lenguaje cumpla bien su función representacional? Durante el renacimiento, Francis Bacon se lamentó mucho porque el lenguaje no cumplía esta función en muchos casos y sostuvo que, para lograrlo, requería de una purificación radical. Más que un medio para el entendimiento, el lenguaje parecía un impedimento: impone sus propias inclinaciones culturales, vocabulario y equívocos sistemas de significado en nuestra cosmovisión de una manera que enmascara el mundo y oscurece nuestra percepción.<sup>7</sup> Kant más tarde hablaría de las “categorías” epistemológicas que son necesarias, constitutivas de nuestra razón,<sup>8</sup> pero Bacon buscó liberar a la ciencia de los ídolos del mercado, como llamó a los términos prepurificados del lenguaje representacional en su búsqueda de perfección de los sistemas de representación y comunicación.

que la “expertise” y la coordinación sean las bases para justificar el particular modo de agencia que es el recurso a la autoridad. Ver RAZ, Joseph, “Autoridad, derecho y moral”, en 68 *Monist* 295 (1985).

<sup>7</sup> “También hay ídolos formados por las relaciones recíprocas y por las sociedades de hombres con hombres, que llamamos ídolos del mercado, del comercio y la asociación de los hombres entre sí. Los hombres conversan por medio del lenguaje; pero las palabras son formadas por la voluntad de la generalidad, y ahí aparece por una mala e inapta formación de las palabras una hermosa obstrucción para la mente. Ni las definiciones ni las explicaciones, con las que los hombres aprendidos intentan guardarse y protegerse a sí mismos en algunos casos, generan un remedio completo; las palabras aún fuerzan manifiestamente el entendimiento, ponen todo bajo la confusión, y llevan a la humanidad a vanas e innumerables controversias y falacias”, BACON, Francis, *Novum Organon*, 31 (Joseph Devey ed., P. F. Collier & Son, 1902) (1620). Bacon buscó recuperar el representacionalismo de sus formas culturalmente contaminadas por medio de un método de purificación que denominó “inducción” (que no tiene nada que ver con el uso del sentido común del término). Para una historia de la búsqueda del lenguaje representacional perfecto, ver ECO, Umberto, *La búsqueda del lenguaje perfecto* (1995).

<sup>8</sup> Ver en general KANT, Immanuel, *Lógica trascendental*, cap. II: “De las categorías”, en *Crítica de la razón pura* 77 (J. M. D., Meiklejohn trans., George Bell & Sons, 1901).

A buena distancia histórica y sobresimplificando de manera imperdonable mucho de lo que estamos salteando (como el uso de la retórica multicapa de Spinoza, que simultáneamente transporta significados en diferentes niveles a los sabios y a las multitudes, y la *Characteristica Universalis* de Leibniz, que pretendió delinear un lenguaje representacional perfecto y un “cálculo de la verdad”), nos encontramos con el representacionalismo y su confrontación con la cuestión del poder. Friedrich Nietzsche, el *enfant terrible* de la filosofía occidental, desarrolló una filosofía (o psicología, según su propia denominación) de acuerdo con la cual la “voluntad de poder” es el hecho ontológico fundamental, y el lenguaje es un instrumento al servicio de las necesidades de la voluntad de actuar en un mundo social, para ejercitar poder sobre otros.<sup>9</sup> Aun cuando sea representacional, Nietzsche vio al lenguaje como culturalmente construido y sujeto de las necesidades pragmáticas, resultante de dos preocupaciones interconectadas: la sobrevivencia y el logro de los intereses, ambas dependientes de la clasificación<sup>10</sup> y la comunicación.<sup>11</sup>

Clasificaciones y categorizaciones, Nietzsche sostiene, son ambas artificiales y equivocadas, pero no arbitrarias, y son útiles como tales: sirven a las necesidades prácticas, tales como distinguir entre clases de artículos comestibles de los venenosos. Como tales, la verdad de la clasificación es irrelevante, es más, debe ser típicamente ignorada. El lenguaje y el conocimiento no son acerca de la representación correcta del mundo sino acerca de asentar los fundamentos para la acción.<sup>12</sup> Esta posición también debe ser distinguida del pragmatismo porque Nietzsche consideraba nuestra

<sup>9</sup> Nietzsche también argumentó que nada valioso puede ser expresado en lenguaje porque toda la profundidad es individual mientras que el lenguaje evolucionó como un instrumento comunicativo para las masas y por ello es resistente a un refinamiento significativo. Sin embargo, no parece que creyera que sus tesis expresadas lingüísticamente le parecieran sin valor. Llegar a un acuerdo entre postulados contradictorios es una necesidad hermenéutica, y una muy gratificante cuando se lee a Nietzsche.

<sup>10</sup> NIETZSCHE, F., *The gay science*, § 355 (Water Kaufman trad., Random House, 1974) (1987).

<sup>11</sup> *Id.*, § 354.

<sup>12</sup> Para una contribución reciente y una reevaluación de muchos modelos cognitivos y sus aplicaciones críticas a la práctica y teoría legales, ver WINTER, Steven, *A clearing in the forest, Law, life and mind* (2001).

dependencia y confianza en las clasificaciones lingüísticas como una falla, una debilidad, que una nueva psicología nos ayudaría a superar.

Es intrigante observar en la discusión de Nietzsche sobre la comunicación una precursora afinidad con el segundo Wittgenstein.<sup>13</sup> El lenguaje, sostiene Nietzsche, debe ser visto en primer lugar y de manera principal como un fenómeno social, público, que se desarrolla y vive en una esfera social (como opuesta a la privada). Seguramente el lenguaje es representacional en tanto sirve para comunicar contenido a otros, pero la comunicación en primer lugar es un medio para la voluntad de actuar en el mundo, enmarca el mundo social de la acción. Por ello, el lenguaje es retórica y performatividad primero y representación solo instrumentalmente, con poca preocupación sobre la “verdad” y sujeto a sus funciones primarias.

### III. LA EDAD PRECRÍTICA: REPRESENTACIONALISMO EN EL SIGLO XX

Alicia se sintió horriblemente confundida. Lo que le remarcó el sombrerero no parecía tener ningún sentido a pesar de haberlo dicho en inglés.

LEWIS CARROLL, *Alicia en el país de las maravillas*<sup>14</sup>

En los siglos XIX y XX, los movimientos positivista y marxista sembraron el cambio incluso dentro de los parámetros del paradigma representacionalista. En el marxismo, especialmente, el vocabulario de la explicación social cambió de lo natural a lo cultural: a una realidad artificial y construida. En lo que refiere a los llamados “positivistas lógicos”, en el siglo XX el problema de la representación se hizo manifiesto. Estos autores pensaron que las ciencias naturales, y la física en particular, eran un modelo para todas las formas de conocimiento válidas: proposiciones ahistóricas (algunas veces mal llamadas “analíticas”) que capturan regularidades empíricas verificables (o más tarde, falsables) acerca de aquellos

<sup>13</sup> Me refiero principalmente a la teoría del significado “como uso” de Wittgenstein y sus argumentos contra la posibilidad de que exista un lenguaje privado. Ver WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations* (G. E. M. Abscombe trans., 1958). Ver también HACKER, P. M. S., “Wittgenstein’s later conception of philosophy”, en *Insight and illusion: themes in the philosophy of Wittgenstein*, 1986, p. 146.

<sup>14</sup> CARROLL, Lewis, *Alice’s adventures in wonderland* 70 (Philomel, 1989) (1866).

aspectos del mundo que pueden por ello ser representados. Tal tipo de posición inevitablemente giró en torno a una cuestión: ¿cómo es posible la representación –incluso la representación perfecta– y cuáles son sus condiciones? Esta pregunta fue de suprema importancia tanto para los positivistas como para el primer Wittgenstein, quien la respondió de forma completa y satisfactoria (aunque transitoria) en su *Tractatus Logico-Philosophicus*, en el que se considera a segmentos del lenguaje como “pinturas” de la realidad y en el que una oración, más que referir, “muestra” su significado. Por eso, Wittgenstein escribió: “Una proposición es una pintura de la realidad. Una proposición es un modelo de la realidad como creemos que es”.<sup>15</sup> Ningún otro paradigma, sostuvo Wittgenstein, podría explicar cómo los hablantes entendemos oraciones que nunca antes escuchamos o leímos, ni qué decir acerca de formar otras nuevas (desde un punto de vista diferente, este problema fue más tarde tratado por la teoría de la gramática generativa de Chomsky).<sup>16</sup> De la misma forma, las oraciones o proposiciones no pueden ser explicadas porque cada explicación meramente utiliza otra oración o proposición; solo pueden ser “mostradas”.

La teoría de la “pintura” muestra al representacionalismo en su versión más encumbrada. Nótese la inclinación epistemológica de Wittgenstein hacia el idealismo expresado en que las pinturas no representan al mundo “como es” sino “como pensamos que es”, donde “pensar” debería ser tomado en un sentido amplio de *cogitum*, en un sentido plural antes que singular-monológico (en contraste con Descartes). No nos hemos ocupado de la epistemología aquí pero es importante enfatizar que el representacionalismo no implica un realismo naíf ni una transparencia lingüística: no implica que tenemos acceso al mundo “como realmente es”,

<sup>15</sup> WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 4.031 (1922) (Henceforth TLPh); ver también §§ 2.01-2.1512, 2.1513-3.01, 3.42, 4.01-4.012, 4.021, 4.03-4.032, 4.06, 4.462-3, 5.156, 6.341-2,6.35. Por supuesto, Wittgenstein cambió luego de opinión en cuanto al representacionalismo. De hecho, se convirtió en un duro crítico de su punto de vista anterior e introdujo en la teoría del discurso la noción de *uso* como uno de los muchos casos paradigmáticos que representan al significado o que se adelantan a otras concepciones del mismo. Este paso fue fundamental en el desarrollo del paradigma performativo. Para ver el propio rechazo de Wittgenstein al representacionalismo y la “teoría de la pintura” (a favor de la teoría del uso) ver WITTGENSTEIN, nota 15, en §§ 6, 37, 59, 11, 115, 191, 251, 295, 352, 374, 402, 422-7, 490, 519-20 y 573.

<sup>16</sup> CHOMSKY, Noam, *Syntactic structures* (1957).

i. e., a la impenetrable ontología de lo que Kant llamó “la cosa en sí”.<sup>17</sup> Aun en el relativamente temprano *Tractatus*, Wittgenstein efectivamente nos dice que como los estados de cosas son accesibles solo lingüísticamente, nuestros modos y maneras de diseñar esquemas de representación van a adelantarse a cualquier posible conocimiento del mundo, o al menos esos componentes del mundo que están dados a la representación en primer lugar.

Los positivistas lógicos y el denominado “Círculo de Viena” fueron fuertemente influenciados por la teoría de la pintura,<sup>18</sup> que los ayudó a formular el postulado positivista de la representación y a darle base a su concepción del significado. Reiterando la preocupación de Alicia, se preguntaron qué segmentos del lenguaje tenían significado y cuáles no. Su solución fue señalar las proposiciones que podían sujetarse al “principio de verificación” que estatuye que para que una proposición tenga significado debe ser o analítica (i. e. tautológica –la pelota es redonda–) o empíricamente verificable (o, de acuerdo con la posterior sustitución de Popper, falsable –la pelota es roja–).<sup>19</sup> Usando la verificación como criterio metasemántico para distinguir proposiciones con significado de

<sup>17</sup> Ver KANT, Immanuel, *Transcendental analytic*, y cap. III: “Of the ground of the division of all objects into the phenomena and noumena”, *supra* nota 8, at 257.

<sup>18</sup> Ver AYER, A. J., “Introduction”, en *Logical positivism* 5, 11 (A. J. Ayer ed., 1959). Ver también SCHLICK, Moritz, *The turning point in philosophy*, *id.* en 54; “Meaning and verification”, en 45 *Philosophical Review* 339, 355 y 361 (1936).

<sup>19</sup> Las proposiciones analíticas son aquellas cuyo valor de verdad es inherente. Típicamente, en las oraciones con sujeto y predicado, esto significa que el predicado está contenido en el concepto del sujeto, i. e., “las pelotas son redondas”. Las oraciones analíticas son entonces concebidas como no informativas (las matemáticas son una categoría especial). Su valor de verdad está dado *a priori*, la experiencia no juega ningún rol en su determinación. Las proposiciones no analíticas, o sintéticas, son informativas y generalmente –de nuevo, a excepción de las matemáticas– *a posteriori*: “los globos son amarillos”. Para un rechazo seminal de la dicotomía sintético-analítico a favor de una “red” de proposiciones relativamente sintéticas (pero no analíticas), ver QUINE, Willard Van Orman, “Two dogmas of empiricism”, en *From logical point of view* 20 (2ª ed., rev. 1961). La “verificabilidad empírica” es una característica contingente de las proposiciones sintéticas que se refiere a algunos modos concebibles (no necesariamente realizables) de verificación por medio del recurso a la experiencia perteneciente a la predicación. Así, “los globos son amarillos” no es empíricamente verificable porque hace una afirmación sobre los globos, incluyendo aquellas que son inaccesibles, que incluso todavía no existen.

las que son sinsentidos, los positivistas lógicos que introdujeron el criterio se propusieron así eliminar muchas de las preguntas filosóficas tradicionales por ser meramente “*pseudoproblemas*” puesto que ninguna respuesta a estos podía ser empíricamente verificable, e. g., proposiciones de ética trascendental.<sup>20</sup>

Diferentes autores argumentaron que existen distintos niveles de exigencia del requisito de verificabilidad. Waismann, representando a la parte del Círculo de Viena que originó el concepto, sostuvo el principio de que una proposición que no es verificable de manera concluyente no lo es en absoluto y, por lo tanto, no tiene significado; el objetivo de la filosofía (aunque no el único) es purgar al discurso de este tipo de problemas.<sup>21</sup> Esta formulación extrema recibió las críticas tanto desde dentro de la escuela como desde fuera.<sup>22</sup> Esta posición excluía cualquier enunciado universal, enunciados acerca de experiencias de otros, etc.; incluso tenía el extraño efecto de que el opuesto de muchas proposiciones con

<sup>20</sup> Es relevante para la discusión de la retórica hacer notar el tratamiento que los positivistas lógicos le dan a la ética, sobre la que no tenían una visión general común. Mientras que todos rechazaron una ética trascendental, el estatus de las proposiciones normativas quedó poco claro. Quizás la visión más representativa de estas es la que tuvieron Carnap y Ayer. Las proposiciones éticas, dijeron, no son aserciones empíricas (“está mal robar” no es una aserción empírica sobre robar) sino expresiones de emociones sobre robar o, en un contexto diferente, un intento de disuadirnos a nosotros mismos o a otros de robar (en términos de Austin, es un acto perlocutorio). Ver AYER, A. J., *Language, truth and logic* (1946).

<sup>21</sup> Ver WAISMANN, Friedrich, “Verifiability”, en *Essays on logic and language* 117 (A. Flew ed., 1951). Es interesante comparar el enfoque de Waismann con el de Wittgenstein. De acuerdo con el último, la filosofía no genera conocimiento (o “proposiciones”) acerca del mundo: solo clarifica la gramática del lenguaje del conocimiento. En contraste, Waismann confiaba en la filosofía como proveedora de “introspecciones más profundas” respecto de varios aspectos de la cognición y la experiencia humanas. La visión de que la filosofía era solo una crítica del lenguaje, un instrumento para “disipar la niebla”, quedó ridiculizada con su frase al respecto: “solo crítica pero nada de carne”, y finalmente sostuvo que “mientras la lógica nos constriñe, la filosofía nos libera”. WAISMANN, Friedrich, “How I see philosophy”, en *Logical positivism* 354, 380 (A. J. Ayer ed., 1959).

<sup>22</sup> Ver SCHLICK, Moritz, “The foundation of knowledge”, en A. J. AYER (ed.), *supra* nota 18, en 209, 225 (una evaluación del principio de verificación desde las premisas del positivismo lógico); POPPER, Karl, “Two kinds of definitions”, en *Popper Selections* 87, 95 (1985) (criticando tanto la lógica del principio como su utilidad). Ver también POPPER, *The empirical basis*, *id.* en 152; QUINE, *supra* nota 19.

sentido (sin importar si eran verdaderas o falsas) en lugar de ser lo contrario al valor de verdad, no tienen sentido.<sup>23</sup> Aún más preocupante, la aplicación del principio de verificación a sí mismo creaba el obvio problema de que esa proposición no es obviamente analítica ni puede ser verificable empíricamente en ningún sentido.<sup>24</sup>

Filosóficamente, el positivismo ha perdido mucho de su atractivo como teoría del conocimiento desde que el concepto de conocimiento cambió su carácter de analítico a histórico y sociológico.<sup>25</sup> Sin embargo, el positivismo lógico aún parece atraer a los enfoques partidarios del “sentido común” y retiene parte de su atractivo, si no para muchos filósofos, al menos para unos cuantos científicos y un considerable grupo de abogados, especialmente aquellos ocupados en proyectos de demarcación de las proposiciones “legales” como opuestas a las proposiciones que solo aparecen como tales mientras que en realidad son proposiciones morales o políticas.

En vista del próximo paradigma lingüístico que se discutirá, el performativo, es importante no confundir el primer Wittgenstein con los positivistas lógicos. Lo que compartían, y en lo que ambos se equivocaron –de acuerdo con el paradigma preformativo–, no era solo en la

<sup>23</sup> Por ejemplo, la proposición “hay cosas doradas” es empíricamente verificable, por lo tanto, con significado (y, como sucede, verdadero hasta el momento), pero la proposición “no hay cosas doradas” no es verificable y, por lo tanto, antes que ser falso es un sinsentido. El criterio de falsabilidad de Popper supera algunos de estos problemas. Ver la nota 24 *infra*.

<sup>24</sup> Hubo distintos remedios que ofreció la misma escuela para superar este problema. Entre los dos más importantes el de Popper consistió en sustituir el principio por el de falsabilidad (“una proposición es aceptable si, en principio, es empíricamente falsable”). Nótese que Popper enfatiza que el principio de falsabilidad es un criterio no para determinar lo que tiene significado sino solo como un criterio de demarcación entre las proposiciones “científicas” y aquellas que no lo son (como las religiosas, metafísicas, etc.). Ver en general POPPER, Karl, *Conjectures and refutations* (Harper Torchbooks, 1968) (1962); *The logic of scientific discovery* (Harper Torchbooks, 2ª ed., 1968) (1969). Desde una posición diferente, Ayer propuso la adopción de un principio de verificación más débil que establece un grado de probabilidad antes que una determinación concluyente. Ver AYER, A. J., *Language, truth and logic* (Introduction a la 2ª ed. rev., 1946). Para una colección de trabajos de positivistas lógicos y pensadores influenciados por ellos, ver AYER, A. J. (ed.), *Noterefermergeformat Logical Positivism* (1959).

<sup>25</sup> Este movimiento genera mucho de su empuje gracias a KHUN, Thomas, *The structure of scientific revolutions* (1962).

aproximación al significado, que privilegiaba la función representativa del lenguaje (una desviación que J. L. Austin denominó “la falacia descriptiva”)<sup>26</sup> sino en considerar al lenguaje estrictamente como un medio del significado. Para Austin, el lenguaje consiste no meramente en un sistema de significados sino en un marco y un agente de acción social: en hacer cosas más que representar “hechos” o “estados de cosas”. Más aún, Austin atacó al positivismo lógico tanto por medio del desarrollo de la noción de “hacer” cosas con el lenguaje no representacional, tanto como por invocación de la retórica, una clase de “cosas que, tratadas como proposiciones, están en riesgo de ser descartadas como sin sentido” por los positivistas ya que no “están dirigidas a reportar hechos sino a influenciar a la gente en una forma u otra”.<sup>27</sup> Los críticos actuales frecuentemente remarcan que “muchos autores [...] en lingüística y ciencias sociales [...] han asumido que la comunicación referencial (una clase de habla representacional) es la única función del lenguaje”.<sup>28</sup>

En vista de la teoría del derecho, debemos notar que una importante posición compartida por el primer Wittgenstein y los positivistas lógicos influyó en muchos positivistas jurídicos: la visión de que el mundo es una “totalidad de hechos”.<sup>29</sup> La relevancia legal es que, de acuerdo con

<sup>26</sup> AUSTIN, J. L., “Performative utterances”, en *Philosophical Papers* 234 y *passim* (1961) (1956). Para ese entonces el trabajo póstumo de WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*, ya estaba publicado, es la obra en que la “teoría de la pintura” es reemplazada por la multifuncional teoría del “significado como uso” (que Austin criticó por otras razones).

<sup>27</sup> AUSTIN, nota *supra* 26.

<sup>28</sup> IRVINE, Judith, “When talk isn’t Cheap: language and political economy”, en *16 Am. Ethnologist* 248, 250 (1989).

<sup>29</sup> La mayoría de las veces, Wittgenstein es confundido con el positivismo lógico. Específicamente, Wittgenstein nunca suscribió a la visión positivista de la verificabilidad como criterio del significado ni al empirismo, y el TLPh no trató con estos conceptos. Además, contra el proyecto del positivismo, el TLPh no debería ser considerado como un trabajo antimetafísica. Más bien, estima que el lenguaje es limitado para representar cuestiones metafísicas; pero esta limitación es (posiblemente) algo para lamentar y (ciertamente) un punto de partida para otras formas de acercarse a esas cuestiones –a las que Wittgenstein denominó “místicas” y que “se manifiestan a sí mismas” (TLPh, *supra* nota 15, en § 6.522)– antes que para dejarlas de lado. El TLPh concluye con una famosa frase: “Acerca de lo que no se puede hablar, mejor callar”. *Id.* en § 7 (esta traducción es preferible, por obvias razones creo, a la de Pears y McGuinness’s, “What we cannot speak about we must pass over silence”). Un silencio *intencional* es

esto, dado que las normas habitan el mundo (social) también deberían ser consideradas y tratadas como hechos (sociales). Esta es una posición relevante a la pregunta seminal sobre el derecho que Richard Posner parafraseó en términos de “ontología legal”:<sup>30</sup> o el derecho es solo un asunto de hechos sociales, o no puede ser apropiadamente conceptualizado sin recurso a las categorías normativas que no son hechos sociales (tales como teorías éticas de primer orden, una teoría correcta, sea o no dominante en términos sociales).<sup>31</sup> Sin embargo, la relación de esta teoría lingüística con esta cuestión legal deberá ser tratada en otro lugar.

#### IV. EL GIRO LINGÜÍSTICO

Le dio el habla al hombre, y el  
habla creó el pensamiento,  
Que es la medida del Universo.

SHELLEY, *Prometheus unbound*<sup>32</sup>

Quizás más que ninguna otra línea de pensamiento, el análisis del lenguaje en el siglo XX fue influenciado por lo que se llamó el “giro

bastante opuesto a *passing over*). Es un silencio intencional, un silencio que afirma la existencia de una dimensión de cosas que son no-expresables lingüísticamente pero no por eso menos significativas. Actualmente, pocos filósofos post “giro lingüístico” sostienen que la cognición de cualquier cosa pueda ser no lingüística, o que pueda haber algunas cosas que nuestras mentes puedan formar pero sean inexpresables en lenguaje. Esto último es a veces denominado “el principio de expresabilidad”, de acuerdo con el mismo “cualquier cosa que puede ser pensada, puede ser dicha”. SEARLE, John, *Expression and meaning* 134 (1979), reiterando a SEARLE, *infra* nota 56. La atención de Dummett está más generalmente enfocada al pensamiento: *Es de la esencia del lenguaje, sin embargo, ser transferible, que yo puedo transferirte a ti exactamente lo que estoy pensando (...) Hago más que decirte cómo es mi pensamiento, te comunico ese pensamiento*. DUMMETT, Michael, “Frege’s distinction between sense and reference”, en *Truth and other enigmas* 116, 166-7 (1978). Al respecto de este problema, la introspección podría indicarnos otra cosa.

<sup>30</sup> Ver POSNER, Richard, *The problems of jurisprudence* (1990).

<sup>31</sup> Para cualquier tratamiento temprano de la cuestión sobre el “positivismo legal incluyente” –aquel que reconoce que el derecho consiste en tipos de normas sociales que, aunque no son emergentes de un marco tan “puro” como la llamada pirámide de Kelsen, y cuyo origen institucional es turbio pero son, después de todo, normas sociales, opuestas a las trascendentales o metafísicas– ver COLEMAN, Jules, “Negative and positive positivism”, en 11 *J. Legal Studies* 139 (1982).

<sup>32</sup> SHELLEY, Percy Bysshe, *Prometheus undbound*, II, iv, 72-3 (1820). “El” en el pasaje citado es Prometeo, el benefactor de la humanidad, y la referencia a “hombre” como

lingüístico” en filosofía y luego en antropología y lingüística.<sup>33</sup> La principal idea de este surgió también de Wittgenstein. En su forma más básica, el giro lingüístico es una tesis respecto de que la forma en que conocemos y construimos el mundo es un producto de nuestra actividad cognitiva. La herramienta de nuestra mente es el lenguaje: pensar o cogitar “acerca” del mundo se hace por medio del lenguaje únicamente, no hay pensamiento sin lenguaje. “Acerca” aquí se menciona entre comillas porque el concepto “mundo-lenguaje” del giro lingüístico niega la independencia del lenguaje y el mundo porque uno no puede ser, estrictamente hablando, meramente “acerca” del otro. “Acerca de” no es una relación entre significantes y significados presupuestos, entidades extralingüísticas, y hablar “acerca de” debe ser reinterpretado como formativo antes que representativo en sentido positivista.<sup>34</sup>

Desde esta perspectiva, el lenguaje no es un dispositivo neutral o transparente a través del cual el pensamiento y la cognición viajen intactos. Nuestros pensamientos están moldeados por el dispositivo que tienen disponible, por el lenguaje en que pueden manifestarse. Nuestras proposiciones, aun si intentan representar realidad no lingüística, son lingüísticas. No tenemos acceso directo, no lingüístico, a las verdades “acerca” del mundo (físico, social o normativo). Lo que no podemos decir no lo podemos saber, menos comunicarlo. De acuerdo con las ramas más extremas del giro lingüístico, el mundo y sus atributos y fenómenos –físicos y sociales– son construcciones de las culturas lingüísticas,

el caso genérico de “humano” es un caso para un análisis de la determinación lingüística como se explica abajo: la dependencia de la cognición del lenguaje, el que a su turno internaliza la ideología. Ver texto *infra* acompañando la nota 38.

<sup>33</sup> Ver RORTY, Richard, *Philosophy in the mirror of nature* (1980). Ver también RORTY, Richard (ed.), *The linguistic turn: recent essays in philosophical method* (1967). Para una construcción ponderosa y no relativista que desarrolla un “giro comunicativo” como una síntesis del giro lingüístico y como un enfoque universalista de la comunicación y la ética, ver HABERMAS, Jürgen, *The theory of communicative action* (Thomas McCarthy trans., 184). Para una discusión del “giro cognitivo” y su aplicación a la teoría legal, ver WINTER, nota *ut supra* 12. Para discusiones relacionadas con el giro lingüístico y sus aplicaciones a la teoría legal, ver WHITE, James Boyd, “Justice as translation”, en *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism* 257 (1990).

<sup>34</sup> Ver YOVEL, Jonathan, “What is contract law ‘about’? Speech act theory and a critique of ‘skeletal promises’”, en 94 *Nw. U. L. Rev.* 937 (2000). Ver también WHITE, nota *ut supra* 33, en 229.

comprometidas no solo por cosas tales como los límites de la estructura lingüística sino también por la ideología del lenguaje y el carácter temático. Como remarcó Ferdinand de Saussure, el fundador de la lingüística moderna, la noción misma de significado lingüístico depende de la diferencia entre los signos, i. e., de la variación (“manzana” es diferente de “pera” como un problema del lenguaje español, no respecto de la agricultura, y explicar este entendimiento es parte de la “consciencia metalingüística”, la consciencia respecto del carácter semiótico del lenguaje, que es un sistema de significación independiente de las cosas que significa).<sup>35</sup>

Un lenguaje basado en los sustantivos necesariamente nos da una visión diferente del mundo que uno basado en los verbos, y las traducciones perfectas, como ese gentil desconstruccionista de J. B. White muestra, son imposibles.<sup>36</sup> En inglés uno quizás diría “está lloviendo”; en hebreo: “la lluvia está bajando”. En inglés: “está caluroso”, en francés: “está haciendo calor”, en hebreo: “calor”. Si estamos hablando de manera distinta del mundo –y lo estamos haciendo–, entonces estaremos construyendo diferentes visiones de este mientras lo hacemos. Esta visión del mundo se convierte en ideológica (una noción que luego será discutida) una vez que subyace a nuestra habla cotidiana: por ejemplo, en la cita de Shelley que abre este apartado, la referencia al caso masculino “hombre” está dado como lo estándar o general en la especie “humana”, y otras formas de denotación son solo derivativos.<sup>37</sup> A través de la comunicación quizás

<sup>35</sup> Ver DE SAUSSURE, Ferdinand, *Course in general linguistics* 120-22 (Charles Bally y Albert Reidlinger eds., Wade Baskin trad., 1959). Ver también MERTZ, Elizabeth y Jonathan YOVEL, “Metalinguistic awareness”, en *Handbook of pragmatics* (Verschuere et al. eds., 2002).

<sup>36</sup> Ver WHITE, *ut supra* nota 33.

<sup>37</sup> Los textos canónicos que dieron origen al “relativismo epistémico”, la “relatividad lingüística” y la “determinación lingüística” así como a proposiciones similares en lingüística y antropología fueron los de SAPIR, Edward, *Language: an introduction to the study of speech* (1921) y LEE WHORF, Benjamin, *Language, thought and reality: selected works* (J. B. Carroll ed., 1956). La llamada hipótesis “Sapir-Whorf” sostiene la dependencia de la cognición y la interpretación de la experiencia, incluyendo el conocimiento del mundo, del lenguaje y otros “horizontes culturales” a través de los cuales las personas se relacionan (de un modo bastante diferente de las ataduras “externas” de Prometeo, nota *ut supra* 32). Ver también LUCY, John A., *Diversity and thought: a reformulation of the linguistic relativity hypothesis* (1992).

“habitemos el mundo de otros” a niveles increíbles en cuanto a lo que podamos compartir, pero el programa de un sistema de representación y comunicación perfecto y universal no es alcanzable.

El pluralismo lingüístico es en sí todo un desafío para la comunicación, pero la fragmentación de las categorías de la razón kantiana –una pluralidad irreducible y solo parcialmente traducible de cosmovisiones– parece un desafío mucho más complejo a la comunicación. La diversidad no afecta a la comunicación debido a una habilidad incompleta o imperfecta sino porque se trata de un problema de “ideologías lingüísticas” incrustadas, de la infraestructura gramatical que subyace a cada lenguaje.<sup>38</sup> Algunas variaciones lingüísticas pueden parecer de hecho menores, pero el lenguaje está saturado con contenido, y con contenido ideológico. Cada preferencia descriptiva es una reivindicación, una respuesta a las preguntas: ¿qué cuenta? y ¿qué, de todas las formas posibles de hablar en un contexto dado acerca de un estado de cosas, cuenta? La crítica a la razón pura de Kant –la noción de que el conocimiento está moldeado por modos necesarios de cognición de los cuales emergen los conceptos– era universal: todos los agentes racionales comparten ladrillos de la razón tales como la causalidad, el espacio, el tiempo, la cantidad, la calidad y el número.<sup>39</sup> El poder y la política fueron ignorados en su teoría, pero en un mundo plural con intereses, pasiones y poder en juego, el discurso es moldeado por factores contingentes, no universales, que son inherentemente políticos.

En diferentes contextos discursivos preguntamos, por ejemplo, quién cuenta como una persona paradigmática o ejemplar y quién es alienada por este tipo de práctica lingüística que establece estándares. ¿Quién determina cuál es el “lenguaje normal”, el estándar, el correcto modo de aproximación lingüística en los distintos contextos sociales?<sup>40</sup> El lenguaje

<sup>38</sup> Ver SILVERSTEIN, Michael, “Language structure and linguistic ideology”, en *The elements: a parasession on linguistic units and levels* 193 (Paul R. Clyne et al. eds., 1979). Ver también SCHIEFFELIN, Bambi B. et al. (eds.), *Language ideologies* (1998).

<sup>39</sup> Para ver el principio de necesidad –y por tanto de universalidad– de estos y otros postulados de la cognición y la percepción en KANT, ver nota 8 *ut supra*.

<sup>40</sup> Uso “lenguaje normal” como una ideologización, bastante cerca a lo que Bakhtin denominó “lenguaje general”. Ver BAKHTIN, Mikhail, *The dialogic imagination* (Michael Holquist ed., 1981); MEDVEDEV, Pavel N., *The formal method in literary scholarship: a critical introduction to sociological poetics* (Albert J. Wehrle trad., 1978).

se convierte, instantáneamente, en político. Usar el lenguaje no es ya meramente una cuestión de significación, una relación entre un sistema de signos y las “cosas” significadas. Mientras que el lenguaje puede parcialmente funcionar en su capacidad representacional, es visto primariamente como una cuestión de comunicación y también de poder. De comunicación porque, como Jürgen Habermas sostiene en su noción dialógica del “discurso ético”, un nivel inicial del consenso y la cooperación –“habitar el mundo del otro” y dirigirse a él en cuanto humano– no solo es requerido en cualquier intercambio lingüístico sino que está implícito como requisito en cualquier acto de comunicación con otro.<sup>41</sup> Significado y performance no son dos definiciones analíticas derivadas limpiamente de “sentido y referencia”<sup>42</sup> o performances de “procedimientos”<sup>43</sup> preordenados respectivamente, sino prácticas dinámicas en marcha: están determinadas por y en la práctica e intercambio lingüísticos, no presupuestos por ellos.

Michel Foucault implícitamente rechazó la noción de Habermas y trabajó en el examen de los modos a través de los que el lenguaje-como-poder es a la vez libre de cualquier tipo de presupuestos de “ética discursiva” y aun así no simplemente una mera respuesta al medio social sino una forma de moldearlo.<sup>44</sup> El famoso *dictum* de Francis Bacon, “el conocimiento es poder”, es invertido: no es el conocimiento presupuesto, representacionista y referencial el que da poder a los agentes sociales, sino que son las relaciones sociales las que enmarcan lo que cuenta y valida el conocimiento en distintos escenarios sociales. El discurso en sí mismo, Foucault y sus seguidores dirán, es una estructura variable de poder: ¿quién logra hablar? ¿De qué hablamos y cómo lo hacemos? ¿Qué cuenta como conocimiento? ¿Qué voz cuenta y por qué? ¿Cómo

<sup>41</sup> Ver HABERMAS, Jürgen, *Moral consciousness and communicative action* (Christian Lenhardt y Shierry Nicholsen trads., 1995). Ver también HABERMAS, Jürgen, *Knowledge and human interests* (Jeremy Shapiro trads., 1971).

<sup>42</sup> De acuerdo con Frege, estos son los dos componentes del significado. Ver CARL, Wolfgang, *Frege's theory of sense and reference: it's origins and scope* (1994).

<sup>43</sup> Así es como Austin pensó las “condiciones de felicidad” del lenguaje de los actos de habla exitosos. Ver AUSTIN, J. L., *How to do things with words* (1962) y la discusión sobre el lenguaje performativo *infra*.

<sup>44</sup> Ver KELLEY, Michael (ed.), *Critique and power: recasting the Foucault/Habermas debate* (1994).

clasificaciones como normal y perverso, salud y enfermedad, sanidad y locura, legal y criminal, emergieron en la historia no como un asunto del lenguaje “capturando” alguna distinción “natural”, sino como un asunto de moldeo y determinación discursiva en un juego eterno con múltiples centros de poder?<sup>45</sup>

Una ideología de la representación sirve frecuentemente para oscurecer la manipulación del lenguaje y los modos en que se construye a sí mismo: los usuarios del lenguaje parecen referirse a, y entonces representar, algunos “hechos trascendentes” acerca del mundo cuando están, en realidad, manipulando concretamente contextos a través de reivindicaciones manifiestas (y a menudo inocentes, si no enteramente benevolentes) de ser representaciones (“manipulación” aquí no debería ser leído en su sentido técnico ni necesariamente como intención).<sup>46</sup> El lenguaje, en Nietzsche y Foucault, no solo funciona como meramente un marco cultural presupuesto sino que es el principal agente mediante el cual este contexto es realizado históricamente. La performatividad –hacer cosas con palabras– se refiere por tanto no meramente a actos o “movimientos” dentro de un juego presupuesto del lenguaje (e. g., nombrar o casar a alguien), sino también a actos lingüísticos que construyen los juegos del lenguaje así como la consciencia que se deriva de ellos.

El representacionalismo se convierte en un agente que oscurece las cosas antes que informar sobre ellas: los agentes sociales actúan a través de la manipulación del lenguaje que pretende representar “hechos” extralingüísticos –i. e., fuera del alcance de la elección o rango de acción del hablante– cuando en realidad el discurso es constructor a través de sus niveles gramatical, ideológico y denotacional. Aún más, acerca de esas realidades no lingüísticas, si nos tomamos en serio el giro lingüístico, no se puede hablar: la realidad solo es accesible a través del lenguaje y

<sup>45</sup> Ver FOUCAULT, Michel, *Power/knowledge: selected interviews and other writings* (1981); *Madness and civilization: a history of insanity in the age of reason* (1988).

<sup>46</sup> De acuerdo con Bourdieu, algunas instituciones deben oscurecer su verdadera función para poder operar (e. g., dar regalos en ciertas sociedades sirve en realidad como lo que un observador puede interpretar –funcionalmente pero no simbólicamente– como un intercambio económico). Ver BOURDIEU, Pierre, *An outline of a theory of practice* (1977). Las funciones efectivas del lenguaje –como ciertos tipos de performatividad en su relación con la referencia– quizá requieran similares disfraces para operar también.

lo que llamamos “el mundo” no es la “totalidad de los hechos” según la descripción de Wittgenstein en el *Tractatus Logico-Philosophicus* sino la totalidad de nuestra habla.<sup>47</sup> La vieja distinción de base del representacionalismo entre palabra y objeto (para jugar con el título del trabajo seminal de Quine)<sup>48</sup> o palabras y cosas (para jugar con Foucault)<sup>49</sup> debería ser reinterpretado en términos performativos: el modo en que hablamos acerca de las cosas construye las cosas.

Hasta cierto punto apoyado en la hipótesis de Sapir-Whorf,<sup>50</sup> se sostendrá que el conocimiento no es más una representación mental sino social, intersubjetiva, mayormente construida institucionalmente. El idealismo epistemológico, revitalizado y de alguna manera puesto de cabeza, encontró su agente performativo y su motor: el lenguaje enmarca la realidad a través de una semblanza de representación en un irónico juego de poder y dominación. El problema con el lenguaje no es que carezca del poder de representar cosas sino que el poder es casi demasiado fuerte: construye su(s) objeto(s) y es un juego de poder cultural y político incontrolable. De hecho, parte del trabajo más significativo hecho por los teóricos del feminismo, los estudios raciales y los críticos legales intenta exponer la dominación a través de la cual los sesgos ideológicos y las habilidades políticas son codificados como neutrales, procedimentales, liberales o cuestiones del lenguaje formal (aunque no son mutuamente excluyentes, se trata de diferentes categorías).<sup>51</sup>

¿Qué pasa, entonces, con el lenguaje legal? Para los realistas jurídicos, como Oliver Wendell Holmes, el lenguaje es lo que manipula el agente legal –notablemente el tribunal– para actuar de cierta forma. Aun cuando

<sup>47</sup> Ver WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, nota 15 *ut supra*, en § 1.1.

<sup>48</sup> QUINE, Willard V., *Word and object* (1960).

<sup>49</sup> FOUCAULT, Michel, *The order of things: an archeology of human sciences* (R. D. Laing ed., 1973).

<sup>50</sup> Ver nota 38 *ut supra*.

<sup>51</sup> Ver KENNEDY, Duncan, “Form and substance in Private Law adjudication”, en 89 *Har L. Rev.* (1985); “Distributive paternalist motives in contract and tort law”, en 41 *Maryland L. Rev.* 563 (1994); FREEMAN, Alan, “Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: a critical review of Supreme Court doctrine”, en *Critical Legal Studies* 120 (Allan C. Hutchinson ed., 1989); MCKINNON, Catherine A., “The roar on the other side of silence”, en *Harm’s way: the pornography civil rights hearing* 3-24 (Catherine A. McKinnon y Andrea Dworkin eds., 1997).

el lenguaje legal pretenda representar algo (como la doctrina legal) y en este sentido es útil, este no es específicamente su uso característico: en tribunales las pretensiones de representación son un mecanismo retórico más para la manipulación. Esta observación nos lleva lejos del representacionalismo y, a través de la retórica, al aspecto más fascinante del lenguaje, su uso para hacer cosas en el mundo social.

## V. PERFORMATIVIDAD, RETÓRICA E INTERPRETACIÓN: EL LENGUAJE DE LOS ABOGADOS

A través de los años, como una sociedad clandestina que guarda una herencia secreta, los abogados han preservado el paradigma retórico sin profesarlo completamente. Aunque en las historias del proceso legal los jueces son los que toman las decisiones, el lenguaje pertenece a los abogados. Todo lo que los abogados hacen en los tribunales es lingüístico, y los abogados siempre pensaron que el lenguaje es una herramienta para la manipulación de los tribunales para conseguir distintos cursos de acción.<sup>52</sup> En la era moderna, las relaciones entre jugadores y lenguaje en el juego legal han cambiado. En un grado creciente y en muchas áreas clave de la práctica, los jueces tomaron el control sobre el lenguaje a través de un proceso de textualización; una muestra de esto es cómo intensificaron la producción institucional de textos canónicos.<sup>53</sup> Los reportes oficiales de las cortes aparecieron, en coexistencia con y reemplazando a los reportes basados en la documentación de los agentes comerciales de las editoriales, tal como el caso de la aduana británica.<sup>54</sup> Los abogados son agentes sociales con un poder limitado para usar el lenguaje performativo en comparación con el poder performativo que

<sup>52</sup> La *Texas Law Review Manual on Usage and Style* manifiesta que “la única herramienta del abogado es la palabra” (2ª ed., 1967). El punto no es si esto es o no correcto sino que los abogados piensan sobre ellos mismos de esta forma.

<sup>53</sup> Esta descripción se ajusta mejor a las apelaciones y cortes sin jurado; sin embargo, en los juicios con jurado los jueces, también, usan lenguaje representativo, retórico y performativo cuando los instruye.

<sup>54</sup> La aparición de los periodistas ocupados de los temas legales fue reconocido y documentado como proceso en el siglo XIX. Ver WALLACE, J. C., *The reporters, arranged and characterized with incidental remarks* (1882); DANIEL, W. T. S., *The history and origin of the law reports* (1884).

tiene una decisión judicial (un acto de habla que tiene nombre en la modernidad y una forma textual: la sentencia).

Para poder tomar el lenguaje y manejarlo, los abogados deben pasar por las cortes y los jueces y deben infiltrarlo de textualidad. El principio en sí mismo no es enteramente nuevo, solo está intensificado: bastante temprano en la historia occidental, el texto legal canónico dejó de ser identificado con el conjunto de los herederos de Cicerón y pasó a manos de la hermandad de jueces de Sir Edward Coke. El lenguaje legal, en su forma genérica de opinión judicial, hizo su aparición en el escenario de la historia como texto. Estos textos no pueden ser entendidos solo como representación o retórica, porque no representan la acción, son la acción, y no manipulan meramente agentes para que actúen a través de la persuasión, lo hacen constituyendo una razón para la acción, esto es, a través de una orden. El paradigma performativo les da al de la representación y al retórico un giro tal que los cambia para siempre.

De acuerdo con el paradigma performativo, la unidad básica del lenguaje no es tal o cual entidad gramatical (como una palabra o una oración), tampoco está concebida en términos de significado, sea este semántico o pragmático o de otra clase. El habla es un acto, y el lenguaje es algo con lo que uno *hace* cosas. Representar hechos es una cosa de las cosas que se pueden hacer, pero también se puede prometer, jurar, aseverar y otras cosas constitutivas de la realidad antes que meramente hacer reportes sobre esta. Cuando digo, en los contextos apropiados, “se declara el cuarto intermedio” o “nombro a este barco Titanic”, no represento un hecho, y no manipulo meramente a los otros para que actúen de una determinada manera; creo un hecho en el mundo, una razón para la acción en términos de Raz: la reunión es aplazada por unos momentos y el barco es bautizado.<sup>55</sup> Estos hechos pueden servir

<sup>55</sup> De acuerdo con la teoría de Raz sobre la razón práctica, las razones de primer orden son simplemente hechos que gobiernan la acción en tanto las personas las toman en consideración (e. g., el hecho de que el libro A sea más interesante para mí que los libros B y C es una razón para comprar A en lugar de B o C). El hecho de que un barco fuera nombrado “Julia” en un evento que es socialmente reconocido como el correcto para nombrar barcos es una razón para referirse al barco por ese nombre. Las razones de segundo orden dictan qué razones de primer orden serán o no tomadas en cuenta (e. g., el hecho de que no pueda pagar el libro A excluye la acción, dejando de lado otros méritos). Las reglas, de acuerdo con Raz, son casos paradigmáticos de

luego como razones para la acción –los reunidos pueden irse a casa, el agente marítimo usará el nombre para denotar el barco en cuestión– pero eso es generalmente cierto de los hechos del mundo.

También es cierto que como un subproducto un hablante puede simultáneamente reportar el acto que está llevando adelante.<sup>56</sup> Por supuesto, la realidad de tal cosa será de una peculiar naturaleza, porque no se puede –siendo todo lo demás igual– causar impacto en la naturaleza de la misma confortable manera en que Joshua ordenó al sol que se mantuviera fijo sobre Givón<sup>57</sup> cuando esta estaba en peligro. Excepto la magia –la radical acción performativa que durante años les sirvió a muchos de función legal–, el campo del lenguaje performativo es el mundo social, normativo. Las normas son especiales para nosotros en tanto en un importante sentido son accesibles solo a través del lenguaje, pero eso no significa que sean “meramente” entidades lingüísticas. Las “reglas” descriptivas que reportan fenómenos naturales (e. g., “ley de la gravedad”) también son solo accesibles a través de sus formulaciones, y, mientras estas formulaciones ciertamente son entidades lingüísticas (tales como las ecuaciones que describen la gravedad), la naturaleza no lo es. Las normas, también, existen en un sentido no lingüístico: si me debés cinco dólares, eso es un hecho –social, normativo– incluso si sus efectos e implicancias dependen del lenguaje que lo describe y los modos en que son interpretados por una comunidad de interlocutores. No voy a renunciar a la deuda ni aunque, en los modos históricos en que la

las razones de segundo orden: la regla social que empodera a ciertos agentes a nombrar barcos es una razón para no llamarlos como nos plazca, y un presupuesto ajustado es una razón para excluir ciertas preferencias, principalmente aquellas que transgreden la regla exclusionaria. Ver RAZ, Joseph, *Practical reason and norms* (1975). Para un examen crítico de Raz y otros modelos de las razones como reglas (principalmente Fredric Shauer), ver YOVEL, Jonathan, “Overruling rules?”, en *4 Pragmatics & Cognition* 347 (1996).

<sup>56</sup> Así, Searle distinguía en las preferencias el “contenido proposicional” y su fuerza performativa: “¿Se ha llamado a cuarto intermedio de la sesión?”, “La sesión entra en cuarto intermedio”, “Prometo llamar a cuarto intermedio” comparten todas un contenido proposicional –la de una sesión que entra en cuarto intermedio– mientras que realizan distintos actos de habla. Ver SEARLE, John, *Speech acts: an essay in the philosophy of language* (1969).

<sup>57</sup> *Joshua*, 10:12-13.

semántica cambia, la frase “X le debe a Y cinco dólares” no se refiriera más a la obligación de pago.

El filósofo de Oxford J. L. Austin fue el primero en proveer una discusión comprensiva sobre el paradigma performativo. De acuerdo con la colorida prosa de Austin, “cuando digo ‘I do’ (...) no estoy reportando un matrimonio, estoy consintiendo formar parte de uno”.<sup>58</sup> El lenguaje así concebido tiene un rol constitutivo tanto en la manipulación como en el modelado del universo social, y los usuarios del lenguaje hacen cosas con este de una forma parecida a como hacen cosas con otros materiales. Prometer, de acuerdo con el paradigma performativo, es como talar un árbol: ambos son actos, y ambos constituyen hechos, uno de tipo físico, el otro normativo. Aun así, hay una importante diferencia entre ambos, talar un árbol no se hace con signos y entonces no necesita interpretación. Todo lo que se hace con el lenguaje, en cambio, consiste en una manipulación de signos –fonéticos, textuales, signos corporales, etc.–, entonces la constitución de actos de habla, a diferencia de otros tipos de actos, depende de su interpretación.<sup>59</sup> Este, por tanto, es quizás un buen lugar para examinar, en el contexto de este estudio, la recepción e interpretación de los actos comunicativos y cómo su significado depende del entendimiento de estos como representativos, performativos o retóricos.

## VI. INTERPRETAR ACTOS COMUNICATIVOS: PROMESAS Y CONTRATOS

Llevemos esta cuestión de la interpretación de los actos performativos –en este caso, una promesa– a un lugar lejano, el bosque noruego, donde Peer Gynt y Solveig disfrutaban el tipo de felicidad doméstica que les fuera negada en el drama existencial de Ibsen.<sup>60</sup> Peer acaba de retornar a su solitaria cabaña después de un día de labor (de acuerdo con los gustos de Peer, este ejemplo suena contrafáctico). Solveig lo saluda y le pregunta

<sup>58</sup> AUSTIN, J. L., “Performative utterances”, en *Philosophical Papers* 235 (1961) (1958).

<sup>59</sup> Esto es verdad tanto respecto del acto ilocucionario (¿qué modo de acto fue realizado?) y respecto del locucionario (¿qué significa el contenido proposicional –si hay uno– del acto de habla?). En el siguiente ejemplo ambas dimensiones son interpretativamente dependientes: 1) hubo una performance de promesa; 2) qué se prometió.

<sup>60</sup> IBSEN, Henrik, *Peer Gynt* (Michael Meyer trad., Doubleday, 1963) (1875).

qué ha estado haciendo. “¿Por qué me preguntás eso? Estuve talando un árbol”, contesta, señalando al objeto en cuestión, que apenas si alcanza arrastrar detrás de sí. “No hiciste eso”, contesta Solveig indignada, “no veo un tronco, solo ramas y hojas; esto nunca alcanzará para calentar nuestro hogar durante la noche fría. Es más, está verde y no arderá bien. No es un árbol en realidad”. Peer está furioso. “No sabía que lo querías para usarlo para calentar la casa, de todas maneras”, dice en su impráctica juventud. “Pero prometiste traer un árbol. ¿No pronunciaste las palabras ‘traeré un árbol cuando vuelva’? Por ende hiciste una promesa y en consecuencia pasé todo el día preparando un hogar para quemarlo que ahora no sirve para nada”. “Sí, esas son las palabras que usé, pero fueron meramente una expresión de mi inclinación al método de pasar el día, no una promesa. Y, en todo caso, es un árbol”.

Solveig y Peer no acuerdan en dos cosas (al menos). Una, si Peer realizó el acto de traer un árbol (una cuestión de tipo representacional). La segunda es si realizó el acto performativo de prometer (una cuestión performativa). Adicionalmente, Solveig, confiando en las palabras de Peer, las trató retóricamente, como una razón para actuar, algo que la persuadió, en lo que confió, para realizar una acción en consecuencia. Ambos acuerdan en que se pronunciaron unas palabras determinadas (un acto retórico), pero por alguna razón eso no resuelve el desacuerdo. En el problema del árbol, la palabra “árbol” parece importante, pero el acuerdo sobre la palabra no es un acuerdo sobre el significado proposicional. El acto de Solveig de pedir un árbol fue hecho en un contexto comunicativo y por una particular razón (en el sentido de propósito de interés). En ese contexto, un árbol debe ser algo que se queme bien, y cualquier otra cosa no es un árbol, sin que importen las clasificaciones botánicas en este caso. De hecho, Solveig confió en ese contexto *para llevar adelante el trabajo de constituir el sentido de ese acto de habla*. Peer, siempre envuelto en la ensoñación de la grandiosidad y la distinción, no se dio cuenta de aquello. Él es un hombre del bosque y los árboles son esas cosas altas y siempre verdes que abundan en ese paisaje. Son muy bellos, piensa Peer, y por eso corta uno para adornar su casa. El tronco es algo sin color, pesado. Las ramas, por otra parte, son hermosas con sus frescas hojas verdes y por eso le lleva el árbol a Solveig, y ambos se morirán de frío durante la noche.

¿Qué pasa con la promesa? Creo que la interpretación sobre si Peer realizó el acto de prometer o no debería ser pensado de la misma manera: confiando en el contexto comunicativo que es el que permite hacer la construcción del efecto performativo. La constitución de un acto de habla no puede ser completamente dependiente de las palabras empleadas, tampoco de las intenciones de las personas que lo realiza. Como otros actos, uno puede intentar hacer algo y en realidad (falible como somos) hacer otra cosa: el contexto hace su trabajo lo queramos o no, hayamos hecho bien la previsión o no. Uno puede intentar hacer una promesa, casarse, maldecir, nombrar un barco, decir la verdad o cantar un blues y fallar. La falla puede deberse a la incompetencia del hablante o a la ignorancia (i. e., asumiendo equivocadamente qué requiere cantar un blues, o qué es la verdad, etc.), o incluso a que muchas veces el hablante descubrirá que las fallas se deben a una interpretación que no esperaba generar debido a que esta es una performance distinta e independiente de su voluntad. El resultado será, quizás involuntariamente, que Peer de hecho realizara un acto físico distinto del que prometió. El acto es real y válido tanto como cualquier otro que haya intentado. Parece que la interpretación es una performance muy dependiente del contexto y las convenciones, e incluso cuando la interpretación trata de considerar al lenguaje como un instrumento representacional y se busca desentrañar sus intenciones (como puede ser el caso de la interpretación sin que sea la única posibilidad de tal acción), es el resultado de la interpretación lo que importa en las interacciones sociales, sin interesar cuál es la intención real e histórica del hablante. La comunicación, entonces, cobra una vida por sí misma.

Más aún, los actos de habla interactúan con su medio normativo (que es el “contexto” relevante en el caso de los performativos) para producir un hecho normativo (tal como una obligación) o un estado de cosas, arreglado de acuerdo con las matrices de Hohfeld.<sup>61</sup> En efecto, esa es la manera en que el *common law* entiende los actos de habla. En el infame caso de “Bardell vs. Pickwick”, Dickens, con todo su desprecio por el derecho, captó bastante precisamente la revolución de su tiempo en el área del derecho contractual, que pasó de un encuentro racionalista entre

<sup>61</sup> Ver nota 69 *infra* y su texto.

las mentes a una versión interpretativa, intersubjetiva, que mira menos a las intenciones del que profiere el acto de habla y más al derecho del interlocutor de confiar en una “interpretación” razonable de esta.<sup>62</sup> La formación de un contrato ya no era una cuestión de analizar los estados mentales –“No tuve la intención de prometer”, como sostuvo Peer–, sino de considerar la interpretación convencional de los actos comunicativos que tuvieron lugar entre las partes, sean considerados “conducta” o “lenguaje”. En las obligaciones contractuales, en las que la estructura normal parece ser la confianza de las partes en lo que la otra sostiene,<sup>63</sup> los tribunales han ido progresivamente virando de la pregunta “¿qué pasó aquí?” a la pregunta de índole normativa “¿cuándo una parte tiene derecho a confiar en un acto comunicativo?”. El enfoque representacional y reconstructivo de la facticidad se convierte en instrumental en la tácita traducción a un lenguaje de reclamos.

Podríamos observar cómo este análisis del derecho como un discurso y una práctica encuentra su expresión paralela en la pedagogía e iniciación legales. Los profesores de derecho y otros agentes de instrucción legal, directos e indirectos –profesionales, pares, colegas, antagonistas–, surfean la traducción de un lenguaje factual a uno normativo, de casos de doctrina a cuestiones de *policy*, en un movimiento no lineal de abstracción y subsecuentes “aplicaciones”. Las clases de primer año de derecho implícitamente siguen este modelo. Los profesores inician a sus estudiantes en el cambio facticidad/normatividad de manera tácita en lugar de explicarlo, entrenan y lideran la discusión de este cambio pero sin explicarlo. El patrón del discurso es puesto en acto en lugar de ser

<sup>62</sup> Ver DICKENS, Charles, *The posthumous papers of the Pickwick Club* (Malcolm Andrew sed., 1998) (1837).

<sup>63</sup> En esencia, ese tipo de enfoques o traducen o reducen las nociones tradicionales de los reclamos contractuales, de daños y reparatorios (enriquecimiento sin causa) a una estructura de confianza, que tradicionalmente se limitaba a los daños. Ver ATIYAH, Patrick S., *The rise and fall of the freedom of contract* (1979); GILMORE, Grant, *The death of contract* (1972). Un trabajo canónico y quizás el más influyente en la jurisprudencia de los Estados Unidos es el de FULLER, Lon y William PERDUE, “On the reliance interest in Contract Law, en 46 *Yale L. J.* 52 (1936). Muchos comentaristas contemporáneos argumentan a favor y en contra de la adecuación la categorización de los remedios del Derecho Privado que hacen Fuller y Perdue (y consecuentemente de los tipos de reclamos). Ver 1 *Issues in legal scholarship, Symposium: Fuller and Perdue* (2001) [en línea] <<http://www.bepress.com/ils/iss1/>>.

un objeto de discusión. Los elementos metadiscursivos –e. g., la pregunta sobre cómo el lenguaje a través del cual la ley es conceptualizada cambia de facticidad a normatividad– permanecen, mayormente, en la penumbra. En clases más avanzadas, o más adelante en las clases de primer año, quizás haya una aproximación al marco metadiscursivo de la transición de lo fáctico a lo normativo, no simplemente trabajando en la estructura discursiva sino haciéndolo objeto de la discusión en sí. Por ejemplo, un profesor que esté enseñando contratos u obligaciones podría hacerles a los alumnos la pregunta que reconstruya la facticidad: “¿cuál fue la intención de la parte? ¿Qué hicieron?” solo para cambiar a preguntas que se relacionen con los efectos normativos de la facticidad reconstruida: “¿qué reclamo podría surgir de esta reconstrucción narrativa?”. La pregunta abierta, “¿cómo se realiza el movimiento de una particularidad fáctica a una normatividad general?” es, en gran parte, el comienzo de lo que significa “aprender a pensar como un abogado”, incluso es anterior a involucrar a los estudiantes en situaciones más avanzadas como la “aplicación” de las normas a estados fácticos o los desafíos de los argumentos de *policy* (la prioridad es ideológica –pedagógica y discursiva– pero no rígidamente secuencial o temporal).<sup>64</sup>

En particular en los sistemas del *common law* –y en los casos en que el método socrático es utilizado intensivamente–, los profesores típicamente comienzan sus cursos estudiando casos particulares en los que enfatizan el aspecto fáctico; pero las discusiones en las clases avanzadas tienden a abstraer de los casos particulares cuestiones tales como argumentos de *policy*, marcos teóricos e influencia soterrada de la doctrina y la codificación que se presentan gradualmente a los estudiantes.<sup>65</sup> Casos

<sup>64</sup> Para un análisis mucho más rico ver MERTZ, Elizabeth, “Linguistic ideology an praxis in the U. S. law school classroom”, en *Linguistic ideologies* 149 (Bambi Schieffelin et al. eds., 1998).

<sup>65</sup> Como otros instructores que dictan clases de primer año y también avanzadas (en mi caso, clases de contratos y derecho comercial nacional e internacional), me encuentro con la tentación de los estudiantes novatos de confiar en instrumentos tales como la legislación y el código unificado comercial para ordenar armónicamente la doctrina y sortear los problemas de hecho, interpretativos y políticos que generan las ambigüedades y otros obstáculos similares, y luego me encuentro con estudiantes avanzados que confían en la estructura de los casos familiares cuando tienen que

arbitrariamente seleccionados son luego transformados de narraciones y cuestiones fácticas a arquetipos, mientras que algunos son reducidos a instrumentos nemotécnicos para memorizar e invocar porciones de doctrina, o una ambigüedad teórica, antes que considerarlos porciones textuales de facticidad reconstruida objeto de “aplicación” normativa.<sup>66</sup> La interpretación ya no es meramente factual sino normativa, y cualquier diferencia proclamada entre interpretación y aplicación es gradualmente revelada como un espejismo.<sup>67</sup>

Retornemos ahora de la pedagogía legal al rol del lenguaje performativo tanto en la concreción de actos legales significativos como de su significación. En el universo normativo, las personas generalmente tienen el poder de crear ciertos tipos de normas: obligaciones y derechos, etc. (esto es por lo que los contratos, las obligaciones, los daños, etc., son generalmente considerados áreas del “derecho privado”, no porque refieran distintivamente a los individuos, sino porque su ontología refiere a personas discretas que son las fuentes de las normas, antes que una fuente basada en posiciones de autoridad, tal como una legislatura, una agencia administrativa o algún otro cuerpo de “derecho público”). Conozcamos ahora a Ed, quien al mismo tiempo desea regalar a Suzanne

lidiar con material legal complejo y abstracto y sus textos interpretativos, incluso cuando estos son presentados de una manera bastante realista antes que con una perspectiva doctrinaria estricta.

<sup>66</sup> No es este el caso de las clases que se basan en códigos o en cursos que se apoyan profusamente en legislación o en textos que no son de casos (que tienden a ser clases electivas o avanzadas). Diferentes textos de casos manifiestan diferentes enfoques pedagógicos, desde el orientado por los casos que estimula a los estudiantes de primer año hasta el enfoque del *common law* de libros de casos con poca información sobre estos y mucha lectura abstracta de los casos y *policy analysis* y los enfoques interpretativos de la doctrina. En algunas áreas, en que la legislación puede ser nueva o recientemente modificada (tengo en mente clases de comercial centradas en los artículos 3º, 4º, 5º o 9º del Código Uniforme de Comercio), la tentación de usar los casos solo como ejemplos de aplicación de las reglas –en lugar de como un conglomerado de acciones y facticidad que tienen que enfrentar la doctrina y la *policy*– es manifiesto en libros nuevos. E. g., MANN, Ronald, *Payment systems and other financial transactions* (1999).

<sup>67</sup> Para un análisis filosófico completo de esta postura, ver GADAMER, Hans Georg, *Truth and method* (2ª ed. revisada, 1993). Un examen completo de los modelos teleológicos de la interpretación legal acorde a las líneas gadamerianas es ofrecido en BARAK, Aharon, *Parshanut Bamishpat (Interpretation in law)*, vol. 1 (1992).

un presente, un hermoso Cézanne comprado en una subasta en Vince mucho tiempo atrás. Dado que es una persona contemplativa, pondera las circunstancias y concluye que está en una situación que le permite cambiar el universo normativo de muchas personas –la forma en que ordenan sus relaciones normativas, como deberes y derechos– y a esa posibilidad la denomina *poder*. Por un lado, está por desprenderse de algo, renunciando a cualquier “título” sobre esta cosa y creando así derechos sobre esta para nuevos tenedores que previamente no los tenían. Ed podría decidir desprenderse de la codiciada pintura bajo la condición de que fuera exhibida por algún tiempo en el local de la YMCA, y tanto Suzanne como los de la YMCA de repente adquieren derechos y obligaciones que no tenían antes, respecto del objeto, entre sí y hacia terceras personas.<sup>68</sup>

Sin embargo, hay un problema potencial: Suzanne podría negarse a aceptar el regalo, de manera condicionada o no, y entonces ejercitar así lo que llamaríamos (siguiendo al teórico del derecho Wesley Hohfeld) una inmunidad respecto del poder de dar de Ed.<sup>69</sup> En cambio, ella podría ofrecerse a comprarlo, o cofundar una corporación a la que podría ser transferida la pintura, en la cual ella y el museo tendrían el derecho a la mitad de las ganancias y Ed se quedaría con el resto para dirimir posibles disputas, y así podrían surgir otras posibilidades. Sin embargo, cualquiera sea lo que elijan hacer, lo harán con el lenguaje. El lenguaje no representa la acción, la realiza. No sirve meramente como un instrumento retórico para manejar o motivar a los jugadores en cuestión. El

<sup>68</sup> Nótese qué poco cambió de la plausibilidad de la última frase en los términos del giro lingüístico. Bajo un paradigma esencialista-representacionista, “derecho” es una entidad tan firme y estable como cualquier relación social, una habilitación que una persona podría “tener”. Bajo una interpretación propia del giro lingüístico, decir que Suzanne “tiene” un derecho a X significa participar de un juego del lenguaje en que otros participantes –propietarios registrados, cortes, personas que violan el derecho de propiedad, ladrones– hablan y actúan de ciertas maneras que responden a la frase “S tiene derecho sobre X” sin que se preocupen por cuestiones metafísicas o incluso fenomenológicas respecto del significado de “tener un derecho sobre X”. El juego del lenguaje es entonces enteramente social, y como una cuestión práctica no necesita asumir nada más allá de la comunicación.

<sup>69</sup> Ver HOHFELD, Wesley, *Fundamental legal conceptions as applied in juridical reasoning* (1964) (919).

lenguaje no reporta o describe (o no meramente) la realidad (cf. el paradigma representacional), tampoco es usado meramente como un instrumento de persuasión o como un instrumento para manipular a los otros, habitando los hablantes posiciones de poder (cf. el paradigma retórico); más bien, sirve primariamente para *constituir* la realidad. Para ser preciso, constituirá realidades de una naturaleza específica: aquellas que pertenecen al universo social-normativo.

En el litigio (que no es lo único que existe en la práctica jurídica pero sí es la actividad más difundida en los medios masivos de comunicación), los abogados tienen poderes performativos muy restringidos según lo descrito antes. Los verdaderos amos de las funciones performativas del lenguaje son los jueces, o jurados, que los usan dentro del contexto del poder institucional. Su lenguaje crea y desarma hechos normativos. Mientras muchas cosas que importan a la gente ocurren en los tribunales, institucionalmente lo que importa primariamente es la decisión de un juez o un jurado. Para obtener un pedazo de la torta performativa, los abogados recurren al paradigma retórico y tratan de manipular a jueces y jurados para que apliquen su lenguaje performativo avalado institucionalmente de acuerdo con los intereses que representan. La descripción está lejos de ser completa, además de sus roles retóricos, los abogados litigantes poseen algunos poderes performativos, mientras que los jueces e incluso los jurados, en lo máximo de sus poderes performativos, usan el lenguaje tanto para representar como para persuadir a las múltiples audiencias que confrontan. Se puede decir entonces que el lenguaje es multifuncional: vehiculiza significado, performa y reflexivamente reafirma y a veces altera las convenciones de su propio uso y su propia estructura (un nivel denotado como “metapragmático” por el lingüista y antropólogo Michael Silverstein).<sup>70</sup>

Los jurados incluso podrían producir textos, como cuando se les pide que realicen un veredicto especial o un veredicto general acompañado de respuestas a interrogantes especiales. En el primer caso, los jurados deben “realizar un veredicto especial con forma de escrito específico fundando cada decisión en hechos”.<sup>71</sup> En el último caso, la corte

<sup>70</sup> Ver SILVERSTEIN, Michael, “Metapragmatic discourse and metapragmatic function”, en *Reflexive language: reported speech and metapragmatics* 33 (John A. Lucy ed., 1993).

<sup>71</sup> Fed. R. Civ. P. 49 (a).

misma les entrega preguntas por escrito sobre los temas de hecho y “solicita al jurado tanto dar respuestas por escrito como elaborar un veredicto general”.<sup>72</sup> Sin embargo, es erróneo considerar el veredicto como estrictamente performativo y a las respuestas como completamente representacionales o retóricas porque en casos en que el veredicto obviamente no se sigue de las declaraciones de hecho del jurado, las respuestas pueden controlar el veredicto (siempre que sean consistentes entre sí).

No es sorprendente que, en las culturas del *common law*, la teoría del derecho contemporánea se focalice menos en el concepto más o menos abstracto del “derecho” que en las prácticas de las cortes y otras instituciones legales. Este enfoque empírico, que cae bajo el título general “realismo jurídico” (es una perspectiva del realismo jurídico, no la única existente), está quizás representada de la mejor manera por Oliver Wendell Holmes, de acuerdo con quien el “derecho” no es un código o un conjunto de reglas sino, esencialmente, no más que lo que las cortes terminan haciendo.<sup>73</sup> Los abogados, que siempre sospecharon de, o directamente creyeron completamente en esta proposición, consideran que es su tarea manipular a las cortes –retóricamente– para que estas actúen –performativamente– de acuerdo con los intereses que representan. Por supuesto, el juego tiene reglas metarretóricas (o estrategias), una central es que la retórica debe disfrazarse de representación para ser efectiva, esto es, presentarse como forma de aserción sobre lo que el derecho “dice” o “es”, que la evidencia “muestra” esto o aquello, etcétera. No es lo que se dice lo que importa, sino lo que se consigue con lo que se dice. La influencia de los abogados en el universo normativo en tanto abogados es típicamente indirecta; manipulan a los que están a cargo de las instituciones y el poder performativo, que son los que dirigen las cortes. En el ejercicio de la función retórica de sus performances, los abogados litigantes re proyectan el antiguo desafío de los sofistas para quienes el conocimiento representacional de la doctrina, las reglas, los precedentes y casi todo lo demás que se enseña con tanta exactitud en las escuelas de derecho es subjetivo: “¿qué hay más grande ahí afuera

<sup>72</sup> Fed. R. Civ. P. 49 (b).

<sup>73</sup> Ver HOLMES, Oliver Wendell, *The common law* (1881).

que la palabra que persuade a los jueces en las cortes, o a los senadores en el consejo o a los ciudadanos en la asamblea, o en cualquier otro encuentro político?".<sup>74</sup>

Una versión esquemática de la visión de los abogados de estas interacciones lingüísticas se presenta en la siguiente figura.<sup>75</sup> Es muy importante enfatizar que ni siquiera un enfoque no crítico, "profesional" jurídico no tomaría las siguientes distinciones como categorías lingüísticas, que –como designaciones funcionales– en realidad no lo son. Estas distinciones son ofrecidas como aspectos lingüísticos salientes del lenguaje en uso de las interacciones legales típicas. La multifuncionalidad de estas interacciones y los sentidos en los que todos los actos de habla son performativos son explorados más adelante cuando examine la forma en que el derecho necesita oscurecer incluso estas descripciones de las funciones.

**FIGURA 1: UNA CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES LINGÜÍSTICAS EN EL LITIGIO**

Hablante	Manipulación retórica	Oyente/Agente	Acción
Litigante/ Abogado (y en juicios con jurados, juez que los instruye) etc.	<i>Inter alia</i> , o disfranzados como <u>representaciones</u> : hechos, derecho, doctrina, argumentos morales, etc.	Juez, jurado	<u>Performativo</u> respecto del medio normativo/institucional

<sup>74</sup> PLATÓN, *Gorgias*, nota 3 *ut supra*, en 452.

<sup>75</sup> Este "esquema" no se aproxima a una cuestión diferente, a saber, la naturaleza de la relación causal entre los fines retóricos del abogado y la performance judicial. En jurisprudencia esa cuestión fue abordada bastante extensamente por la escuela del realismo escandinavo. Ver OLIVECRONA, Karl, "Legal language and reality", en *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound* 151 (Ralfh A. Newman ed., 1962). Sin embargo, permanece sin resolver un enigma fundamental: ¿qué convence a las personas? Para un enfoque narrativo poderoso al problema de la persuasión, ver JACKSON, Bernard S., *Law, fact and narrative coherence* (1988). Ver también ROSE, Carol M., *Property and persuasion: essays on the history, theory and rethoric of persuasion* (1994).

## VII. CUANDO EL LENGUAJE OSCURECE LAS DISTINCIONES: EL DERECHO EN CONTEXTOS SOCIALES Y SÚPER NATURALES

Antes de terminar, quiero examinar otro medio muy afianzado para el lenguaje performativo, uno que de todas maneras parece involucrado con las prácticas legales de maneras intrigantes. Para esto vayamos al *Génesis* 1, donde el rol del lenguaje en la creación del mundo es tan fascinante como el acto en sí y que se remonta al original y más radical acto de creación, el de hacer algo de la nada a través de una preferencia lingüística.

“Y Dios dijo hágase la luz y fue la luz”: ¿qué es exactamente lo que hizo el Dios bíblico cuando pronunció su primer y más radical mandato?<sup>76</sup> ¿Cómo es posible que use la palabra *light* para la creación de la luz antes de que esta existiera? ¿Antes de que hubiera algo para que la palabra “luz” se refiriera a ese algo, no como una cuestión histórica temporal y contingente, sino como un problema de imposibilidad ontológica? ¿Y por qué Dios eligió el lenguaje, de todos los medios a su disposición en su omnipotencia, para crear el mundo? ¿Por qué no simplemente lo quiso? ¿Y cuál sería la relevancia de esta radical narrativa para las concepciones de esas aparentemente distantes performances lingüísticas como la práctica del litigio, la formación de relaciones contractuales y escribir este texto?

En la creación de la narración bíblica, el paradigma performativo es empleado para romper la distinción entre el mundo natural y el social, el normativo en definitiva. ¿Es esa una definición de acción mística, la habilidad para difuminar las distinciones a través del uso performativo del lenguaje? Otro rompecabezas demanda nuestra atención: “Dios dijo”. ¿Por qué necesitó pronunciar realmente las palabras? ¿Qué necesidad hay de articularlas para performar en el caso de una voluntad omnipotente? ¿Para qué se necesitaba el lenguaje? Después de todo, lo que el creador estaba buscando performar era hacer algo (como talar un árbol), no decir algo (como hablar acerca de algo o manipular a alguien para que lo haga).

<sup>76</sup> La creación bíblica de la luz es extraña, si no única, entre las mitologías de la creación. El Dios bíblico no moldea simplemente el mundo a partir de cosas existentes desordenadas sino que crea la existencia. La separación del agua de la tierra también fue realizada con un acto de habla, *Génesis* 1:7. Pero la tierra y el agua, después de todo, ya estaban ahí. Ver la discusión más abajo.

El mundo no podría haber sido creado por medios físicos porque los medios físicos (como el espacio y el tiempo) y las cosas físicas (como materia y energía) son partes del mundo, y estas por definición no existían antes de la creación del mundo. “Todas las cosas fueron hechas por Él; y sin Él nada de lo hecho hubiera existido”.<sup>77</sup> Había existencia –Dios existía– pero, como un físico de días recientes denominaría por analogía, la existencia como una “singularidad”, no como un principio aplicable en términos generales. El suyo fue un acto de creación radical: no formó al mundo a partir de cosas que ya existían, como se narra en muchos mitos europeos (e. g.: griego o nórdico), sino que lo creó de la nada misma, salvo por su existencia. Este es el aspecto radical de la creación bíblica y por eso no puede concebir ningún otro medio para la creación que no sea un acto de voluntad.

Aun así, los rompecabezas respecto del rol del lenguaje persisten. De acuerdo con la narración bíblica, el lenguaje de la creación existía antes de la creación misma. “La palabra” –el principio divino luego encarnado de acuerdo con la narrativa cristiana–<sup>78</sup> no fue la única cosa que existía “en el comienzo”, el concepto de palabra o el concepto de “luz” precedieron el fenómeno (sin embargo, ¿no creó el Dios bíblico los conceptos también?). Así, la palabra “luz” no podría haber representado nada que pudiéramos entender de acuerdo con una teoría de la referencia (y de acuerdo con la creación radical tampoco podría tener un sentido) porque hasta donde se podría decir que los conceptos “existían”, tampoco estos habían sido aún creados. ¿Significa esto entonces que no deberíamos poner el énfasis en “que se *haga* la luz”? Armados con nuestro arsenal de lenguaje para hablar sobre el lenguaje ahora nos damos cuenta de que no es un rompecabezas referido a la representación sino a la performatividad. La performance lingüística creó la *entidad*. Cuando Dios “dijo” (sic: “que se *haga* la luz”), no “habló” –el énfasis aquí no es la articulación de palabras–, *actuó*. Fue la performance de creación, no una de referencia o representación, lo que constituye el objetivo del primer acto de habla proferido.<sup>79</sup> Así, interpretar la narrativa bíblica en sus propios

<sup>77</sup> Juan 1:2.

<sup>78</sup> Ver Juan 1:1, 1:4.

<sup>79</sup> Como un comentario complementario, vamos a notar que el problema de la referencia –la relación entre las palabras o segmentos del lenguaje y aquello que representan,

términos requiere la hermenéutica del paradigma performativo del lenguaje, aunque aplicado aquí a diferentes dimensiones que las sociales-normativas usualmente asociadas a aquel.

Es probablemente imposible determinar cuándo Dios perdió el monopolio para difuminar los límites que distinguen entre lo natural y lo social. Los humanos practicamos la magia desde tiempos inmemoriales (y aún lo hacemos), y eso es precisamente lo que es la magia: manipulaciones lingüísticas que causan efectos más allá del dominio social-normativo. Por un breve momento, juguemos con los usos de la magia como manipulación del poder sobre esta base (esto es, no como mera superstición reducible a explicaciones psicológicas). Ciertamente, estamos más acostumbrados a puntos de vista externos que racionalizan lo que algunas personas consideran prácticas mágicas. Como lo son, las explicamos en términos de psicología, sociología, política, economía, literatura y otras.

La interpretación de las prácticas sociales es engañosa, y la magia es una práctica social, incluso cuando presume involucrar fuerzas naturales y súper naturales en esos aspectos de la vida humana que generalmente se entienden como sociales. La interpretación de las prácticas sociales difiere de nuestro entendimiento de los fenómenos naturales en que intentamos entender algo que ya está preinterpretado por los practicantes mismos. Esta observación no significa que debamos aceptar sus propias interpretaciones sino que debemos darnos cuenta de que su interpretación es parte del fenómeno mismo que examinamos.

sus "referentes"- desconcertó tanto a los filósofos que se convirtió en un problema predominante en el discurso filosófico. Sin embargo, el alcance de la referencia, se ha sostenido, es limitado. Las frases "la Tercera Guerra Mundial" o "el rey de Francia" actualmente no tienen referentes, pero no carecen de sentido porque entendemos qué significan aun si no podemos señalar ningún referente de acuerdo con nuestras convenciones. Ver DUMMETT, Michael, "Frege's distinction between sense and reference", en *Truth and other enigmas* 116 (1978). De manera interesante, el paradigma performativo se muestra fructífero para comprender la referencia también. El filósofo Paul Kripke ofreció un cambio de énfasis de la relación entre una palabra "tipo" y una clase de referentes a la pregunta sobre cómo la conexión entre ellos ha sido establecida, es decir, referida al acto que constituyó la relación: una performance que subyace a la representación, en lugar de lo contrario. Ver KRIPKE, Saul, *Naming and necessity* (1972). Ver también STRAWSON, Peter F., "On referring", en 59 *Mind* 320 (1980); PUTNAM, Hilary, "Meaning and reference", en 70 *The J. of Philosophy* 966 (1973); "Reference and understanding", en *Meaning and the moral sciences* 97 (1978).

A los pies del monte Kilimanjaro en Kenia vive la nación Chagga. La antropóloga Sally Falk Moore cuenta cómo, cuando una persona chagga busca justicia en relación con algo que otra persona le ha hecho (como una compensación por una herida o la devolución de un objeto sobre el que se disputa la propiedad), podría ir al tribunal civil keniano o a un jefe tribal que cumpla esas funciones, pero también podría involucrarse en un procedimiento ella misma para buscar justicia, que consiste en llevar adelante una maldición ritual para el antagonista.<sup>80</sup> La maldición es condicional: hará efecto solo si la otra parte no repara el daño mencionado en la maldición. La fórmula lingüística consiste usualmente en llamar a los espíritus para vengar al ofensor. Si la parte maldecida no tiene culpa, será inmune a la malevolencia de los espíritus y la maldición no le importará. Si, sin embargo, considera que es víctima de una maldición, lo más probable es que contacte al maldiciente y negocie la remoción de la condena. La práctica tiene una dimensión política también: encontrar un recurso en la magia y evitar confiar en un tribunal institucional también es una manera de mejorar la autonomía y el poder propios, incluso un acto de desafío y a veces de resistencia contra el poder institucional. Entre los chagga (aunque no en todos los lugares en que se utilizan las prácticas mágicas para la resolución de disputas) no se necesita mucho para involucrarse en una maldición ritual. El lenguaje es ritualista, pero el vocabulario, de acuerdo con el contexto, es bastante ordinario, y cualquier adulto competente es capaz de llevar a cabo la maldición (por supuesto, con diferentes niveles de espectacularidad). No se necesita ninguna competencia “profesional”, y por ello no se requieren abogados.

El punto relevante de todo esto para nuestra discusión es darse cuenta de la centralidad de las funciones performativas y retóricas en la maldición “legal”. El paradigma retórico está ausente (de acuerdo con el punto de vista interno) porque el demandante, para decirlo así, no necesita persuadir a nadie de sus méritos en su caso. Su antagonista, se asume, sabe sobre su culpabilidad o inocencia (esto será cierto, pienso, solo en las disputas simples). Sin embargo, una performance retórica

<sup>80</sup> MOORE, Sally Falk, *Social facts and fabrications: “customary” Law on Kilimanjaro, 1880-1980* (1986).

fuerte podría intimidar y conducir a la persona a considerar los riesgos que implica no acordar; podría ser instrumental en las negociaciones. El representacionalismo empalidece en la trastienda, ya que producir evidencia en una invocación a los espíritus es innecesario porque, a diferencia de los jueces, son omniscientes y no serán convencidos por un reclamo infundado.

### VIII. DERECHO Y LENGUAJE

¿Cómo usan los abogados el lenguaje y qué les sucede en las escuelas de derecho en términos de iniciación en un discurso y una práctica? Cualesquiera sean las respuestas precisas a esta pregunta, no pueden ser confinadas a dos de las prevalecientes concepciones de sentido común: primero, no es el caso que el lenguaje legal sea predominantemente representacional en tanto representaría reglas u otra clase de entidades normativas o legales; no es el caso de que sea predominantemente retórico en el sentido limitado de persuasión de la otra parte. En ambas funciones, sea que el abogado intenta argumentar que la ley “es” tal y tal cosa o que un agente autorizado debería actuar de una manera determinada, se aplican las funciones performativas del lenguaje. Esta aplicación es la que rige incluso cuando el hablante, sea novato o veterano, no es consciente o es vagamente consciente de los varios aspectos performativos y de los efectos de su performance. Esos efectos son mejor descriptos, creo, en términos de ideología lingüística y los modos en que moldea al discurso legal y responde a los modos típicos de justificaciones y racionalizaciones legales.<sup>81</sup>

Como ejemplo, considérese el así llamado “método socrático”, tan prevalente en las escuelas de derecho como modelo de instrucción. Con esta técnica, los estudiantes son examinados –“asados” es el término más utilizado– tanto en materia de hechos como de doctrina respecto de los casos asignados.<sup>82</sup> El instructor interroga sin pausa para conducir a los

<sup>81</sup> Ver texto *ut supra* que acompaña la nota 38.

<sup>82</sup> Un estudio empírico completo del lenguaje y la socialización de primer año de las escuelas de derecho aparece en MERTZ, Elizabeth, *Law school: learning to “think” like a lawyer* (en prensa). Estoy en deuda con la profesora Mertz por permitirme consultar su próximo libro en estado de manuscrito.

alumnos hacia una respuesta aceptable, formulada en una única terminología admisible.<sup>83</sup> Mientras que los instructores llevan adelante eventos de habla que superficialmente son preguntas, enmarcan el diálogo de superficie en un sentido monológico, descartando contribuciones que no encajen perfectamente en los huecos del discurso en el cual los estudiantes de derecho deben ser iniciados. Este tipo de instrucción raramente es pluralista o creativo: es acerca de la habilidad de brindar una representación preconcebida de una interacción (e. g., un caso) en un lenguaje preconcebido. El énfasis está en la representación, casi hasta la exclusión de cualquier otra función del lenguaje, pero no necesariamente porque los profesores consideren al representacionalismo más importante en la argumentación legal que la retórica o la performatividad.

El método socrático es usado mayormente en las clases de primer año; supuestamente induce a los estudiantes a enfocar representacionalmente la retórica. En otras palabras, la ideología aquí es que un buen argumento –i. e., un argumento legal aceptable o retóricamente efectivo– es, 1) representacional (“el hecho/ley es tal y tal”) y 2) alcanza las condiciones de felicidad del tipo de habla que son entender la retórica como representación, a saber, la verdad en el sentido de que es aceptable para la corte como una descripción de un estado de cosas, sea legal o de otro tipo. “Verdad” aquí debe ser concebida de una manera generalmente no referencial, una que sería aceptable para Gorgias o Protágoras: es un criterio de aceptabilidad dentro de la práctica legal, no una aserción acerca de un estado de cosas fuera de esta.

El estándar de aceptabilidad representacional no se relaciona *a priori* con cuestiones que están fuera de los tribunales, aunque sostener una relación tal podría ser potente en términos de estrategia retórica. El lenguaje usado en los tribunales es fascinante porque es a la vez altamente positivista –argumentos acerca de lo que la ley “es” parecen preferibles a aquellos enmarcados en términos de lo que la ley debería ser– y referencial solo en el limitado sentido de lo que se puede y logra hacer en ellos. Esta complejidad está en la raíz de muchos desentendidos acerca de la ideología en los argumentos legales. Por un lado, los abogados son acusados de oportunistas retóricos preocupados únicamente en “ganar”

<sup>83</sup> Ver MERTZ, nota 82 *ut supra*, cap. 4, parte II.

el caso; por otro lado, son vistos como positivistas naífs que hablan acerca de la ley y la reconstrucción de los hechos en un lenguaje positivista rígido. La fractura entre ambas ideologías lingüísticas contribuye a su imagen de mercenarios del habla con poca o ninguna integridad o consistencia discursiva. Sea que la integridad deba encontrarse en algún otro sentido del discurso legal, esta imagen es infundada. Los abogados se preocupan por utilizar una retórica efectiva, pero las instituciones legales son las que los fuerzan a hacer aserciones representacionales, gobernadas por los límites de la relevancia, coherencia y convenciones narrativas para que sus participaciones sean retóricamente efectivas. Basar la retórica en la facticidad –tanto sea un juez como un abogado quienes lo hagan– es un hecho primario de la constitución de la justificación legal y por tanto de la racionalización en este ámbito.<sup>84</sup> El argumento del habilidoso retórico será aceptado en función de sus fundamentos fácticos, que el caso o la ley *es* esto o aquello. Los litigantes se preocupan del representacionalismo solo mientras sirva a sus argumentos, y aun así están constreñidos por las normas institucionales del discurso legal cuando desarrollan sus argumentos, mayormente, aunque no exclusivamente, en lenguaje representacional. Incluso Daniel Webster, enfrentado a un caso imposible “respecto de los hechos” relacionados con su miserable cliente, revierte el argumento fáctico de la naturaleza humana.<sup>85</sup> Decirle meramente a la corte que debería actuar de esta y aquella manera puede sonar bien fuera de la práctica discursiva legal, pero dentro de ésta reina cierta forma de positivismo. Las bases del accionar dentro de la práctica están enmarcadas por el lenguaje factual, incluso cuando el objeto de la facticidad es una norma.

El método socrático no dice o predica meramente esta rama del positivismo: crea un contexto para que los estudiantes realicen esta ideología, tomen parte en esta y la asuman. Más tarde, durante el entrenamiento de los estudiantes, este enfoque será más desarrollado en *workshops*, competencias de *moot courts* y similares, además de en el resto de las clases.

<sup>84</sup> Ver YOVEL, Jonathan, “Invisible precedents: on the many lives of legal stories through law and popular culture”, en 50 *Emory L. J.* 1265 (2001) (en el que se discute el rol de la narración y la manipulación del contexto institucional en el intento de racionalización del derecho).

<sup>85</sup> BENÉT, S. V., *The devil and Daniel Webster* (1965).

Mientras que los estudiantes avanzados encontrarán contextos de instrucción que los alienten y constriñan a utilizar herramientas retóricas más avanzadas, la ideología de la *facticidad-como-retórica* permanecerá como el aspecto sobresaliente de la performance legal lingüística.

El lingüista Michael Silverstein analiza los performativos lingüísticos en lo que llamaríamos la dimensión “superficial” o “interaccional” y la dimensión de la “estructura profunda” o de las funciones “constitutivas”.<sup>86</sup> La superficie performativa es mayormente similar a lo que Austin denominó actos ilocucionarios, el sentido estricto de la acción social “hecha con palabras” en actos tales como prometer, ordenar, nombrar, etc. Algunos performativos superficiales son menos obvios que otros y más dependientes del contexto: recordemos que Peer Gynt, en el ejemplo mencionado más arriba, negó haber realizado una promesa y, en cambio, sostuvo que hizo una descripción de su inclinación, un acto de habla ostensivamente no obligatorio, pero en el cual lamentablemente Solveig confió. Otras performances son incluso menos transparentes y algunas veces son analizadas como “actos de habla indirectos”,<sup>87</sup> en los que el contenido semántico de una preferencia es pragmáticamente (i. e., contextualmente) transformado en un acto performativo diferente. Por ejemplo, la preferencia “¿me podés pasar la sal?” en el contexto de una cena es más probablemente un pedido que una pregunta, y las repeticiones de pedidos de condimentos más fuertes en una cena pueden implicar una expresión de descontento con la calidad de la comida. Los performativos “interaccionales”, de acuerdo con Austin, son puramente convencionales y presuponen lo que llamó “procedimientos”, las condiciones sociales reconocidas para realizarlos (e. g., la manera correcta de casarse

<sup>86</sup> Lo que sigue se apoya en el trabajo de Silverstein con plena consciencia de que se dejan de lado importantes matices. Ver SILVERSTEIN, notas 38 y 70 *ut supra*. Las metáforas espaciales utilizadas aquí son por mera conveniencia; por momentos pueden generar confusiones y Silverstein usa simples índices numéricos (como “función 1” y “función 2”). Para una crítica del uso de las metáforas espaciales en el análisis funcional, ver YOVEL, Jonathan, “Analogical reasoning as translation: the pragmatics of transitivity”, en 13 *Int’l J. for the semiotics of law* 1 (2000).

<sup>87</sup> Ver RÉCANATI, François, “Some remarks on explicit performatives, Indirect speech acts, locutionary meaning and truth value”, en *Speech act theory and pragmatics* 205 (John Searle *et al.* eds., 1980).

de acuerdo con la Iglesia de Inglaterra y las condiciones necesarias y suficientes que el matrimonio presupone).<sup>88</sup>

Tan poco obvia como la función comunicativa que tienen algunas preferencias performativas, los performativos de estructura profunda o “constitutivos” tienden a ser aún menos transparentes tanto para los hablantes casuales como para los explícitamente involucrados. A través de la interacción lingüística, los hablantes establecen lo que Bakhtin llamó el “lenguaje general” de la interacción: el correcto enfoque verbal para el asunto al que se refieren.<sup>89</sup> Los performativos “constitutivos” –más precisamente, la función constitutiva performativa de ciertas porciones del habla– son correctamente caracterizados como metalingüística, porque su función particular es constituir el lenguaje de primer orden para la interacción lingüística. ¿Cuál es la fraseología, imaginería, vocabulario y gramática apropiados para un determinado intercambio lingüístico? Cada elección al respecto responde tácitamente a una cuestión sobre lo que importa y qué aspectos de la realidad social son destacados en esa interacción, en ese intercambio lingüístico. Entonces, claramente, las funciones “constitutivas” de los performativos son el núcleo de la noción de ideología lingüística.<sup>90</sup> Todos los discursos están asentados en ideologías lingüísticas, incluyendo el lenguaje y la pedagogía legales. En algunos momentos, la ideología es visible, como cuando las funciones de los performativos “constitutivos” se vuelven objeto del habla, como en el lenguaje “políticamente correcto” o en los cambios en las relaciones sociales. Consideren, e. g., lo torpe que parecería subrayar todo el tiempo los cambios de los equivalentes de *thou* a los equivalentes de *thee* en los lenguajes que mantienen esa distinción, como se documenta y ridiculiza –y admira– en tanto vehículo para la rica expresión interpersonal en *La montaña mágica* de Thomas Mann.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Ver AUSTIN, nota 43 *ut supra*.

<sup>89</sup> Ver BAKHTIN, Michael, “Discourse in the novel”, en *The dialogic imagination* 258 (Michael Holquist ed., 1981).

<sup>90</sup> Para una elaboración ver MERTZ y YOVEL, nota 35 *ut supra*.

<sup>91</sup> Ver MANN, Thomas, *The magic mountain* (John E. Woods trad., Knopf, 1995) (1924). Las relaciones emocionales, románticas, adversariales y de otras clases que tienen personajes tan prominentes como Hans Castorp, Madame Chauchat, Joachim y Marynheer Pepperkorn son tipificadas a través de estas formas gramaticales y sus ambigüedades y errores.

Las ideologías lingüísticas enmarcan el enfoque del método socrático de la facticidad y de la relación que este establece entre el representacionalismo y la retórica. A través de la difusión de cierta ideología del lenguaje legal legítimo, el método socrático es performativo en el segundo sentido de Silverstein, esto es, no sirve meramente a los hablantes para realizar actos de habla sino que constituye el lenguaje y el discurso en que esos performativos pueden ser llevados a cabo. Entonces, todo habla institucional, y posiblemente todo habla en general, es performativo en su metarreclamación de que tal y tal es el lenguaje aceptable en que realizar los performativos superficiales, en los que las distinciones entre retórica, representación y performatividad serán quizás funcionalmente (pero no morfológicamente) aceptadas.

El foco de esta discusión es el universo normativo (del cual el derecho y el discurso legal son subgrupos), lo que significa que la normatividad es un fenómeno relevante, irreducible a construcciones mentales o lingüísticas. Si una persona sostiene que tiene derecho a un cierto objeto, eso es en sí un hecho del caso tanto como cualquier otra cosa acerca de ese objeto, que existe, que es verde, que existen circunstancias que no permiten a la persona ejercitar su voluntad de acuerdo con el tipo de derecho que tiene, etc. Los derechos son hechos intersubjetivos –dependen del discurso y emergen de este– pero esa es su naturaleza en cuanto hechos normativos, no una reducción crítica de su estatus fenomenológico. Sin embargo, acepto completamente que el aparato comunicativo y las interacciones lingüísticas (ampliamente concebidas) son, si no las únicas, las formas de acción típicas en el universo legal en general y en el derecho en particular. ¿Cómo es posible esto? ¿Cómo puede el lenguaje ser el medio a través del que el fenómeno, que no es reducible a términos lingüísticos, sea creado y manipulado? Solo una teoría completa de los actos performativos intersubjetivos, liberada de los confines estándares de la teoría de los actos del habla y su restricción a la intencionalidad, puede dirigirse a ese problema, un proyecto aún por hacerse.

Un postulado teórico principal usado en este artículo es que los paradigmas del lenguaje examinados son aspectos de la multifuncionalidad del lenguaje y que de acuerdo con los tres, los actos de habla operan dependientes del contexto de su inserción, lo que a su turno es constitutivo de su *normatividad*. Aunque muchos estudios del lenguaje

legal se refieren a este hecho, en general fallan al analizar qué tipo de performance lingüística realmente se lleva a cabo en esos contextos y se concentran, en cambio, casi exclusivamente en diferentes enfoques sobre el significado lingüístico.<sup>92</sup> La cuestión que aquí ocupó la atención fue en qué sentidos retórico, performativo y representacional son distintos los actos lingüísticos, pero no en cuanto a su morfología sino funcionalmente, i. e., cómo secciones significativas del lenguaje legal performan de diferentes maneras, incluso cuando la performatividad específica no puede ser atribuida a una unidad lingüística o unidades lingüísticas específicas solamente, cuando los actos de habla no son “morfológicamente diferenciados”.

Este ensayo siguió ampliamente un enfoque fenomenológico. De acuerdo con este, los paradigmas lingüísticos no son mutuamente reducibles. Apenas se han repasado aquí interesantes esfuerzos que siguen distintas estrategias –e. g., fundamentar la performatividad en el representacionalismo (hecho por algunos filósofos) o en la retórica (según el trabajo de algunos teóricos literarios)–, no porque no importen sino porque responden a una pregunta diferente, a saber: “¿qué tiene el lenguaje que permite que estos paradigmas funcionales operen?”.<sup>93</sup> Sin duda, cada académico del lenguaje habrá elegido un set distinto de dilemas y ejemplos para discutirlos. Este ensayo toma posturas muy modestas en lo que refiere a los apropiados componentes canónicos del estudio del lenguaje social. Utiliza discusiones sobre el lenguaje para presentar tres paradigmas lingüísticos como aspectos de la multifuncionalidad del lenguaje quizás con prioridad del performativo cuando lo que se considera es una acción social.<sup>94</sup> Por “performatividad” quise referirme a algo lo

<sup>92</sup> Una crítica similar la hace BROOKS, Peter, “Storytelling without facts? Confessions in Law and Literature”, en 8 *Yale J. of Law and the Humanities* 1 (1996). Estoy de acuerdo con los sentimientos de Brook, encuentro que se ha sido negligente en la caracterización del trabajo principal de la corriente de Derecho y Literatura. Más específicamente, la crítica es que las investigaciones sobre la textualidad del derecho debería ofrecer análisis de las performances de los textos institucionales y extrainstitucionales, como un problema de efectos sociales y culturales, antes que meras expresiones de significados. Intento ese objetivo en YOVEL, nota 86 *ut supra*.

<sup>93</sup> Me dedico a esta cuestión sumariamente en YOVEL, nota 34 *ut supra*.

<sup>94</sup> De forma bastante evidente, los aspectos del lenguaje legal y su instrucción que forman parte de este estudio no son excluyentes. En primer lugar, este estudio no se involucra

suficientemente distinguible para sostener su relativa independencia de la retórica, y aun así sostener que la performatividad está íntimamente relacionada con el medio normativo y con la interpretación, aun cuando la base de la interpretación no es la representación (e. g.: el hecho de una promesa versus su contenido). No menos significativo, el lenguaje es performativo, pero las intenciones o designios de la voluntad no lo son, y como cualquier acción intencional, el lenguaje opera en el mundo en modos que pueden o no concordar con las intenciones o voluntad del hablante. Incluso el omnipotente Dios bíblico no creó meramente un mundo por quererlo sino que tuvo que recurrir a los actos de habla. Al menos en esto hemos sido creados a su imagen y semejanza, o Él a las nuestras.

Fecha de recepción: 6-9-2016.

Fecha de aceptación: 11-12-2016.

con los aspectos expresivos y emotivos del lenguaje. Esta carencia de abordar el aspecto poético no implica una jerarquía de la saliencia de varios aspectos de la multifuncionalidad del lenguaje, solo evidencia los límites de la extensión propia de un artículo que aborde el lenguaje como acción social.



Estudios e  
investigaciones



## ¿Cómo escribimos los abogados? La enseñanza del lenguaje jurídico

MARÍA CARMEN DE CUCCO ALCONADA<sup>1</sup>

### RESUMEN

Como las dificultades en la comunicación crean desconfianza, la complejidad del lenguaje jurídico constituye un problema que afecta a todos los niveles de una sociedad y que reconocen los mismos abogados. Por esta razón y porque una justicia moderna es aquella que la ciudadanía es capaz de comprender, varios países han desarrollado programas de modernización del lenguaje jurídico. Así, el Movimiento del Estilo Llano propone que todas las regulaciones se redacten de forma comprensible para quienes las tengan que cumplir.

En esta colaboración postulamos que es preciso abordar un trabajo sistemático sobre escritura mediante la inclusión de una asignatura en los planes de estudios de la carrera de Abogacía que brinde a los alumnos herramientas para la redacción e interpretación de textos jurídicos con principal apoyo en su función comunicativa. La formación deberá continuarse con cursos diseñados a partir de la identificación de las reglas más “rentables” para la escritura de textos jurídicos de manera de atender más eficazmente a las necesidades de los profesionales en ejercicio, de jueces y funcionarios del Poder Judicial.

### PALABRAS CLAVE

Lenguaje - Lenguaje jurídico - Comunicación - Movimiento estilo llano - Modernización del lenguaje jurídico - Enseñanza universitaria - Enseñanza de posgrado - Redacción para abogados.

<sup>1</sup> Abogada (UBA) y Editora (Facultad de Filosofía y Letras, UBA). Correctora de textos jurídicos (Instituto Superior de Letras Eduardo Mallea). Forma parte del equipo del

## How do lawyers write? The teaching of legal writing

### ABSTRACT

A modern justice is a justice available to every citizen, regardless of his or her background or education. Availability is utterly determined by the language used by lawyers and judges in their practise. Unclear and diffuse communication generates mistrust, and increases distance between the judiciary system and common people. Thus, the Movement of the Plain Style, which claims that all regulations should be written in an understandable way for those who have them to comply, is to be taken into account.

In this line of thought is that it's precise to pay attention to legal writing and it's teaching, mainly during Law School. In this paper we advocate for the inclusion of interdisciplinary courses which provide students with writing tools, focusing on the communicative function of language.

### KEYWORDS

Language - Legal language - Communication - Plain english movement - Modern legal language - Law school - Postgraduate education - Legal writing.

### I. INTRODUCCIÓN

Entre los años 1960 y 1970, las asociaciones de consumidores en Estados Unidos advirtieron que para defender a sus asociados era importante comprender los textos que afectaban a los ciudadanos: leyes, pólizas de seguros, contratos, sentencias, garantías, reglamentos, etc. Empezaron a exigir que esta documentación se escribiera en estilo llano, comprensible para todos.

Proyecto de investigación "Materialidades discursivas y políticas editoriales del libro en la Argentina (2000-2015)", dirigido por la Dra. en Letras Carolina Tosi (Facultad de Filosofía y Letras, UBA). A cargo de la investigación sobre discurso jurídico. carmen.de.cucco@gmail.com.

El impulso inicial culminó en un importante movimiento de renovación de la redacción en los ámbitos público y laboral, conocido como Movimiento del Estilo Llano (*Plain Language Movement*). En 1975, el Citibank de Nueva York reescribió sus formularios de préstamos adaptándolos al nuevo estilo, y tres años después el gobierno del presidente Carter ordenó que todas las regulaciones más importantes fueran redactadas de forma comprensible para quienes las tenían que cumplir. De ahí en más, organismos públicos y privados reformularon sus textos y surgieron centros de enseñanza del estilo llano. Los guiaba la idea de que las dificultades en la comunicación crean desconfianza y atentan contra la convivencia social.<sup>2</sup>

Desde hace un tiempo, bajo la premisa de que la complejidad del lenguaje jurídico constituye un problema que afecta a todos los niveles de una sociedad y de que una justicia moderna es aquella que la ciudadanía es capaz de comprender, diversos países desarrollaron programas de modernización del lenguaje jurídico.<sup>3</sup> Así, por ejemplo, Uruguay ha implementado el Programa Lenguaje Ciudadano y la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, impulsada por el Gobierno español bajo la supervisión de la Real Academia Española (RAE), presentó sus recomendaciones en el mes de septiembre de 2011.

En nuestro país, el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la responsabilidad de los jueces de brindar un fundamento razonable y *comprensible* a la decisión.<sup>4</sup> Otros jueces han señalado

<sup>2</sup> CASSANY, D., *La cocina de la escritura*, Barcelona, Anagrama, 1995, p. 25.

<sup>3</sup> El Gobierno español ha impulsado la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico bajo la supervisión de la Real Academia Española (RAE), que ha elaborado recomendaciones tendientes a hacer más claro y comprensible el lenguaje jurídico para los ciudadanos y están disponibles en el sitio Portal Administración de Justicia del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, en [goo.gl/yxRVtbcontent\\_copyCopy](http://goo.gl/yxRVtbcontent_copyCopy) short URL. Uruguay ha implementado el Programa Lenguaje Ciudadano, a cargo del IMPO -Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales-, con el objetivo de dar a conocer las leyes por medio de un lenguaje llano y de fácil comprensión para el ciudadano común. El Gobierno de México ha implementado un Manual de lenguaje ciudadano para quien escribe en la Administración Pública Federal, con prólogo de Daniel Cassany (experto en lenguaje llano), disponible en [goo.gl/QqpJSG](http://goo.gl/QqpJSG).

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y Centro de Información Judicial (CIJ), *Justicia argentina online. El modelo comunicacional*, Prólogo de Ricardo Lorenzetti, p. 7.

que un lenguaje accesible para el hombre común simplifica la tarea de comunicarlo y puede aliviar la tensión con el periodismo,<sup>5</sup> o han implementado el formato “de fácil lectura” con fundamento en las normas de Naciones Unidas sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y las obligaciones del Estado para hacer accesible la información.<sup>6</sup>

En ese camino, la Ley 27.146 de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal establece que al decidir en las audiencias, los jueces deberán expresarse en un lenguaje claro y sencillo, que sea comprensible por todos los presentes.

Tal como señala Eco, en general, los grandes científicos o los grandes críticos son muy claros y no se avergüenzan de explicar bien las cosas porque una claridad de conceptos se traduce en sencillez de expresión.<sup>7</sup> A pesar de ello, existe reticencia de algunos sectores profesionales del Derecho que, acostumbrados a utilizar un lenguaje retórico, exagerado, arcaico y, a menudo, gramaticalmente incorrecto, se resisten a cambiar su forma de expresarse.<sup>8</sup>

Expertos de otras disciplinas critican duramente la forma en que escribimos los abogados. Objetan las palabras que usamos o –a veces– inventamos, la forma en que construimos las frases, la longitud de los párrafos y las oraciones, el uso y abuso del gerundio, la redacción que califican de oscura y rebuscada,<sup>9</sup> la constante inclusión de información irrelevante o superflua, y los errores de gramática y puntuación que de

<sup>5</sup> DIAS, H. L., “La legitimación social del servicio de justicia y su vínculo con la comunidad”, en *op. cit.* nota 4, p. 81.

<sup>6</sup> La primera fue dictada por la Suprema Corte de Justicia de México en el caso de Ricardo Adair, un hombre con síndrome de Asperger, y en nuestro país, el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, nro. 7, juez Diego Iparraguirre, en el caso “M. H.”.

<sup>7</sup> ECO, U., *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Gedisa, 1977; WARBURTON, N., *Cómo aprender a escribir*, Barcelona, Espasa Libros, 2011, p. 153.

<sup>8</sup> DUARTE, C. Y A. MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 44.

<sup>9</sup> CUCATTO, M., “Algunas reflexiones sobre el lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad: más expresión que verdadera comunicación”, en la revista virtual *Intercambios*, nro. 15, noviembre de 2011 [en línea] <<http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>>. GONZÁLEZ CASADO, S., “Errores sintácticos en los textos jurídicos. La calidad editorial por puntos”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nro. 7, octubre de 2005. Disponible [en línea] <[goo.gl/keebCV](http://goo.gl/keebCV)>.

tanto leerlos se han vuelto “norma”.<sup>10</sup> Algunos, incluso, califican al lenguaje jurídico como fallido o fracaso comunicativo, como si estuviéramos más preocupados en demostrar nuestras capacidades que en que nos entiendan.<sup>11</sup>

A partir de estos comentarios, realizamos una investigación liminar que perseguía un doble objetivo: por un lado, detectar cuáles son los errores más frecuentes en los que incurrimos los abogados y, por el otro, recabar la opinión que tenemos de nuestra propia forma de escribir.

Para ello analizamos más de ciento veinte textos jurídicos (sentencias, escritos y contratos) y diseñamos una breve encuesta que respondieron sesenta y ocho abogados.

Procuramos que hubiese una similar cantidad de hombres y de mujeres, y de diferentes edades. Que estuvieran representados quienes ejercen la profesión, quienes trabajan en la administración de justicia, en el sector público o en alguna empresa, desde hace pocos o muchos años. Les preguntamos sobre hábitos de lectura, si consideraba que la facultad preparaba para la redacción de textos jurídicos y en su caso para cuáles. También sobre qué importancia le otorgaban a la escritura para el ejercicio de la profesión y si habían tenido alguna vez dificultad para comprender un texto jurídico (sentencia, ley, escrito de la contraparte en un juicio) y, en su caso, a qué lo atribuía. Por último, los interrogamos sobre la opinión que tenían de su propia forma de escribir y si esta había cambiado con el paso del tiempo. De ser así, a qué lo atribuían. Además, conversamos con algunos de ellos.

## II. DIAGNÓSTICO

De los profesionales encuestados, el 40,5% tiene menos de 40 años; el 28,5%, de 41 a 50 años, y el 31%, de 50 años en adelante. El 53% trabaja en estudios jurídicos, el 25,5%, en el Poder Judicial, el 12,5% en empresas y el 9% en el sector público. Son (o fueron) docentes el 55%.

El 93% lee diariamente y el 7% restante, alguna vez en la semana. Leen libros, periódicos, páginas web, correo electrónico, revistas o redes

<sup>10</sup> FUCITO, M., *Curso práctico de redacción para abogados. Recomendaciones para mejorar el estilo de los escritos jurídicos*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, p. 13.

<sup>11</sup> CUCATTO, M., *op. cit.*, p. 7.

sociales, y lo hacen para informarse, por actualización o perfeccionamiento profesional, por gusto o placer, por cultura general y, en menor medida, por motivos religiosos o políticos.

Absolutamente todos le otorgan mucha importancia a la escritura en el ejercicio de la profesión de abogado, pero el 80% de los consultados considera que la facultad no prepara para la confección de textos jurídicos.

La mayor parte considera que su forma de escribir es buena (60%), el 32%, muy buena y el 3%, regular. El 25% de los consultados realizó algún curso de redacción o similares. La inmensa mayoría (92%) considera que mejoró con el transcurso del tiempo. Y lo atribuyen a la experiencia, a la práctica o al ejercicio de la profesión, a trabajar con otros abogados, a la lectura, al mayor desarrollo intelectual, a la docencia, a la corrección por otros de sus producciones, a la incorporación de hábitos, usos y modismos de la actividad y a los cursos realizados.

Si bien existen críticas cruzadas entre quienes ejercen la profesión y los que se desempeñan en el Poder Judicial, la mayor parte de los encuestados (82%) aduce haber tenido alguna vez dificultades para comprender algún texto jurídico.

Califican de “intrincadas” tanto a las producciones de algunos autores como a las sentencias de ciertos magistrados. Cuestionan la selección de determinados vocablos, el abuso de latinismos, la construcción de frases enrevesadas, la repetición de conceptos, la falta de ilación o de fundamentación. Sostienen que algunos tienen una complejidad y una extensión que, en general, no se justifica y lo atribuyen a un afán de distinguirse. Por el contrario, entienden que la redacción oscura se corresponde con la falta de claridad en el pensamiento o idea que se quiere expresar, y que la complejidad puede estar en los argumentos, en la solución, en el análisis de la cuestión, pero nunca en el lenguaje.

Consideran que el lenguaje utilizado en el derecho debería ser más simple y conciso, haciéndolo “legible” para cualquier persona, y celebran el lenguaje llano del actual Código Civil y Comercial.

Como puede apreciarse, los abogados coincidimos con otros profesionales en gran parte de las críticas que realizan a nuestra forma de escribir.

Además, varios magistrados sostienen que la tensión que existe entre el Poder Judicial y el periodismo puede revertirse si las decisiones

judiciales se construyen con un lenguaje claro, concreto y accesible para cualquier ciudadano, y que ello redundará en una mejor imagen social de este poder del Estado<sup>12</sup> al volverse más cercano a la gente. No es una cuestión menor.

### III. APRENDIZAJE Y PROGRESO EN LAS PRÁCTICAS DE ESCRITURA

Nadie aprende a escribir de una sola vez. La construcción del propio estilo, por el contrario, continúa durante toda la vida profesional, proviene de una variedad de experiencias y requiere de un trabajo constante y permanente. Escribir es una tarea que tiene una gran sobrecarga cognitiva que requiere que sus muchos aspectos sean tratados en las versiones sucesivas de un mismo texto que se va elaborando y modificando.<sup>13</sup> Por ello, quienes escriben de manera profesional siempre reescriben sus textos.<sup>14</sup> El propio Borges, en más de una oportunidad, manifestó que publicaba para dejar de corregir.

Hay personas que tienen cualidades innatas, pero todos podemos progresar. Las actividades que pueden ayudar –en distinta medida– son: la lectura, la escritura, la corrección y el conocimiento de las reglas gramaticales.

#### A. LECTURA

Las encuestas revelan que, en general, el abogado es un lector frecuente. Y ello es muy buen punto de partida ya que las investigaciones demuestran que la comprensión lectora es la actividad didáctica más efectiva para aprender a escribir y para mejorar la propia técnica. Está comprobado que los buenos escritores declaran más placer por la lectura, suelen leer periódicos con más frecuencia, poseen libros más variados y de distintos temas.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> ERCOLINI, J., "Justicia y medios de comunicación: una confluencia de las democracias", en *Justicia argentina online. El modelo comunicacional*, p. 103.

<sup>13</sup> MARÍN, M., *Escribir textos científicos y académicos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 23.

<sup>14</sup> BECKER, H., *Manual de escritura para científicos sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 24.

<sup>15</sup> CASSANY, D., *Describir el escribir. Cómo se aprende a escribir*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 52.

La psicolingüística<sup>16</sup> ha constatado que los conocimientos necesarios para afrontar la escritura de un determinado tipo de textos podemos encontrarlos en los textos escritos por otros, no en las gramáticas o en los manuales de redacción o de estilo. Lo que tenemos que aprender es demasiado complejo (innumerables reglas de gramática, ortografía, puntuación, coherencia, cohesión, adecuación, etc.) y requeriría demasiado tiempo. Es más fructífero aprender de manera inconsciente, sin saber que estamos aprendiendo y también sin esfuerzo, y se aprende de esta forma al leer.<sup>17</sup>

Pero no cualquier tipo de lectura, ya que, si bien es cierto que todos los escritores suelen ser buenos lectores, no todos los lectores son necesariamente buenos escritores.

No aprendemos a escribir como una guía telefónica o como un diccionario, aunque de vez en cuando los leamos. La razón es que en este caso solo nos interesa comprender la información que contiene el texto y no deseamos aprender a escribir como los autores de esos libros. Por ello, la lectura no será fructífera cuando tenemos problemas en entender el texto o la intención que tiene, o cuando no tenemos ninguna expectativa de utilizar el tipo de lenguaje escrito que leemos. En cambio, podemos leer intentando comprender lo que se dice y queriendo aprender a utilizar el lenguaje de la misma forma.<sup>18</sup> La atención en este caso será distinta.

En definitiva, hace falta comprender lo que se lee y que la lectura se realice de una determinada manera: con interés, por placer, sin angustia, con confianza. Y para comprender es necesario que el texto sea legible, que el lector sepa y pueda desarrollar varias destrezas mentales o procesos cognitivos (anticipar lo que dirá el escrito, aportar los conocimientos previos, hacer hipótesis y verificarlas, construir un significado, etc.) y haya adquirido los conocimientos particulares de cada discurso, de cada práctica concreta de lectoescritura.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> SMITH, F., "El club de los que leen y escriben", Cap. 1 en *De cómo la educación apostó al caballo equivocado*, Buenos Aires, Aique, 1986; CASSANY, *Describir...*, pp. 63 y ss.

<sup>17</sup> CASSANY, D., *Describir...*, p. 66.

<sup>18</sup> *Idem, idem.*

<sup>19</sup> CASSANY, D., *Tras las líneas. Sobre la lectura contemporánea*, Barcelona, Anagrama, 2006, pp. 21 y ss.

Varios años de ejercicio convierten a los abogados en lectores activos que ponen en juego todo su bagaje, sus conocimientos y experiencias previas cada vez que se encuentran con un texto.<sup>20</sup>

Por el contrario, muchos estudiantes de derecho arrastran una deficiente formación que la universidad no solo no saneará, sino que profundizará al enfrentarlos con las dificultades adicionales que plantea un lenguaje técnico como el jurídico. Guiados por el afán de pertenencia, estudiantes y abogados jóvenes invierten más tiempo y esfuerzo en imitar el estilo ajeno que en intentar construir uno propio.

Es necesario proveer una instancia de formación ya que la escritura potencia los conocimientos de quien escribe.<sup>21</sup>

## B. PRÁCTICAS DE ESCRITURA

Varios académicos han puesto de manifiesto la notoria ausencia de un trabajo sistemático sobre escritura a lo largo de la formación de grado y de posgrado, aun en las carreras humanísticas, y la falta de una tradición de divulgación científica.<sup>22</sup>

Los profesionales encuestados para este trabajo que tuvieron alguna vez dificultades para comprender un texto jurídico lo atribuyeron a la incompetencia de quien escribe, a la falta de formación o de cultura, al desconocimiento de las reglas gramaticales, a errores de gramática, de puntuación, de ortografía, a la falta de congruencia y a una estructura inapropiada.

Como adelantamos, en el ámbito académico-científico, la buena escritura no reside ni en la complejidad de la sintaxis, ni en la riqueza del léxico, ni en la utilización de recursos del lenguaje que puedan sorprender al lector, sino en lograr que las ideas estén formuladas de un modo claro

<sup>20</sup> ROBLEDO, B. H., *La literatura como espacio de comunicación y convivencia*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2011, p. 17.

<sup>21</sup> MARÍN, M., *op. cit.*, p. 32.

<sup>22</sup> FAJANS, E. y M. R. FALK, "Comentarios que vale la pena hacer: la supervisión de trabajos académicos en las Facultades de Derecho", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 4, 2004, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 22; PICCOLINI, P., "La edición técnica", en ESTEVES FROS, F. y L. DE SAGASTIZÁBAL (comps.), *El mundo de la edición de libros. Un libro de divulgación sobre la actividad editorial para autores, profesionales del sector -actuales y futuros- y lectores en general*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

y sencillo.<sup>23</sup> Hacen falta: un texto que avance de una idea a la otra, párrafos de gran cohesión conceptual, oraciones lo más directas que sea posible, sintaxis y léxico rigurosos, ampliar conceptos que sean nuevos para el lector, etc.<sup>24</sup>

Si bien los experimentos demuestran que los ejercicios de escritura son bastante menos efectivos que la lectura, es indudable que el propio estilo mejora con la escritura,<sup>25</sup> con la práctica y el trabajo sobre borradores, ya que escribir es también una cuestión de entrenamiento.<sup>26</sup>

Algunas universidades ofrecen en sus planes de estudios talleres de comprensión y producción de discursos (UNS) o de escritura e investigación jurídica (Universidad Católica Argentina -UCA-, materia optativa). Similares iniciativas adoptan los Colegios Públicos de Abogados, los Consejos de la Magistratura de todo el país y algunas editoriales jurídicas.

### C. CORRECCIÓN

La corrección es positiva y ayuda a mejorar cuando se realiza durante el proceso de redacción del texto,<sup>27</sup> como cuando abogados de más experiencia o mayor jerarquía corrigen borradores o proyectos que les presentan sus dependientes o empleados. En estos casos, los mejores resultados se obtienen si las correcciones se explican en una entrevista y, mejor aún, si media algún tipo de reconocimiento al trabajo realizado. De esta manera, se enseña la gramática y la normativa a partir de la reflexión sobre los propios escritos.

Por el contrario, no es útil cuando se realiza al final del proceso como, por ejemplo, cuando los profesores corrigen las versiones finales de los trabajos de los alumnos. En este caso, el alumno leerá una vez las correcciones efectuadas, pero no las incorporará.

<sup>23</sup> MARÍN, Marta, *op. cit.*, p. 24.

<sup>24</sup> *Idem, idem.*

<sup>25</sup> STRUNK, W. y E. B. WHITE, *The elements of style*, 4<sup>a</sup> ed., Nueva Jersey, Pearson, 1999, p. 66.

<sup>26</sup> ECO, *op. cit.*, p. 155.

<sup>27</sup> CASSANY, D., *Describir...*, p. 54.

#### D. GRAMÁTICA Y ORTOGRAFÍA

La instrucción que se basa en ejercicios y reglas de gramática no es demasiado efectiva porque la complejidad misma de la lengua hace imposible el aprendizaje consciente y organizado de todas las reglas lingüísticas, ya que hay reglas que no recordamos y no todas tienen la misma utilidad.<sup>28</sup>

Por otra parte, determinados aspectos de la ortografía no tienen ninguna regla gramatical. Así, ¿cómo podemos saber si una palabra se escribe con h o sin ella?<sup>29</sup>

Tampoco la puntuación puede reducirse por completo a un conjunto de reglas, puesto que pueden existir varias respuestas a una determinada duda.<sup>30</sup>

Además, muchas reglas son tautológicas y ayudan poco y nada.

No obstante, es imposible negar la incidencia del valor comunicativo de la gramática y la ortografía tanto en la lectura como en la escritura. Escribir correctamente es una exigencia social que atiende, fundamentalmente, a que los lectores comprendan lo que leen y lo valoren positivamente.

Consideramos que es preciso abordar un trabajo sistemático sobre escritura mediante la inclusión de una asignatura en los planes de estudios de la carrera de abogacía que brinde a los alumnos herramientas para la producción e interpretación de textos jurídicos con principal apoyo en su función comunicativa.

A partir de la identificación de las reglas que más se utilizan en la producción de textos jurídicos y de las dudas que más frecuentemente se les presentan a los abogados, se diseñará el contenido y se escogerá la bibliografía de la materia "Lenguaje jurídico". El enfoque será teórico-práctico e interdisciplinario.

Lo mismo para los cursos y talleres que se dicten en instancia de posgrado.

<sup>28</sup> *Idem* nota anterior, pp. 55 y ss.

<sup>29</sup> *Idem, idem*, p. 64.

<sup>30</sup> MILLÁN, A., *op. cit.*, p. 14.

#### IV. IDENTIFICACIÓN DE LAS REGLAS MÁS “RENTABLES” PARA LA ESCRITURA DE TEXTOS JURÍDICOS

Entonces, será necesario ahondar la investigación informal realizada para este trabajo para identificar las reglas más “rentables” para la escritura de textos jurídicos (de gramática, de ortografía, de acentuación, de puntuación, de redacción, etc.).

Se buscará reunir datos precisos sobre los errores más frecuentes en los que incurrimos los profesionales del Derecho, como en las dudas que se nos presentan en la práctica profesional. La observación se extenderá a los profesionales de todo el país, a los estudiantes de distintas universidades; deberán analizarse más y todo tipo de textos jurídicos, y será necesario reformular la encuesta añadiendo otros ítems y suprimiendo los superfluos.

A modo de ejemplo, enumeraremos algunas pautas sobre las que se construirán los contenidos.

El eje principal será la claridad como la principal marca del buen estilo y la conveniencia de no producir textos muy elaborados, rebuscados o adornados, porque es una escritura difícil de digerir; como también los beneficios de no abusar de los sinónimos que surgen del procesador de textos, que pueden no ser apropiados o no conocidos por el lector:<sup>31</sup>

“...sorteado el ápice procesal supuestamente frustratorio de la habilitación de esta instancia superior, veo pavimentado el camino para dar tratamiento a los agravios introducidos por la Defensa”.<sup>32</sup>

Asimismo, como la capacidad de recordar palabras mientras se lee (memoria a corto plazo) es baja, se desalentará la escritura de párrafos extensos para evitar que la memoria se sobrecargue y se pierda el hilo de la prosa:<sup>33</sup>

“Y encontrándose pendiente de respuesta la pericia encomendada al Cuerpo de Peritos Oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y su ampliatoria, respecto a los movimientos de dinero –entrantes y

<sup>31</sup> STRUNK, *op. cit.*, p. 79.

<sup>32</sup> Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, 2-10-2013, “Bondesani, Antonio Pedro José s/Recurso de casación”, disponible [en línea] <<http://www.cij.gov.ar/inicio.html>>.

<sup>33</sup> CASSANY, D., *La cocina...*, p. 97.

salientes- correspondientes al programa 'Fútbol para Todos', y el destino posterior de cada uno de ellos, como así también el modo de ingreso y egreso de los mismos, tanto de la documentación contable secuestrada en AFA como en las entidades deportivas ya mencionadas; sumado a ello las conclusiones del informe de la Auditoría General de la Nación, que si bien no justifican una medida extrema como la intervención judicial de la Asociación del Fútbol Argentina, ameritan cuando menos la designación de un veedor informante para la vigilancia, control y fiscalización de los ingresos relacionados al Programa Fútbol para Todos, debido a la cuantiosidad de los fondos públicos girados a esa Asociación, que brindará un mejor panorama en resguardo de los intereses y mayor claridad en punto al manejo que se está efectuando de esos fondos y lo ocurrido en su seno, ya que es dable suponer que cualquier desvío de los mismos, fuera de los términos pactados contractualmente con la JGM, podría generar un perjuicio económico a la Administración Pública".<sup>34</sup>

Se indicará que la escritura vigorosa es concisa, y que el material irrelevante disminuye la fuerza de la argumentación<sup>35</sup> y despierta desconfianza en el lector. Por ello, es errónea la creencia de que usar más palabras que las necesarias vuelve más académico el discurso.<sup>36</sup>

Un ejemplo de falta de concisión es el siguiente párrafo:

"...Que en relación con ello, en el presente sumario, y con fecha 19 de noviembre de 2014, se realizaron allanamientos en la *sedes* de 'Club Atlético River Plate', 'Club Atlético Boca Juniors', 'Club Atlético San Lorenzo de Almagro', 'Club Atlético Vélez Sársfield', 'Club Atlético All Boys', 'Asociación Atlético Argentinos Juniors', 'Club Atlético Huracán' y 'Club Atlético Independiente', 'Club Atlético Racing Club', 'Arsenal de Sarandí Fútbol Club', 'Quilmes Atlético Club', 'Estudiantes de La Plata', 'Gimnasia y Esgrima de La Plata', 'Club Atlético Banfield', 'Club Atlético Lanús', 'Club Olimpo', 'Unión de Santa Fe', 'Colón de Santa Fe', 'Club Atlético Newell's Old Boys', 'Rosario Central', 'Asociación Mutual Social y Deportiva Atlético de Rafaela', 'Deportivo Godoy Cruz Antonio Tomba', 'Atlético Belgrano', 'San Martín de San Juan', donde se secuestró toda

<sup>34</sup> Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 1, 24-6-2015, "Ocaña, María Graciela s/Denuncia Programa 'Fútbol para todos'", disponible [en línea] <<http://www.cij.gov.ar/inicio.html>>.

<sup>35</sup> WARBURTON, N., *op. cit.*, p. 62.

<sup>36</sup> BECKER, H., *op. cit.*, p. 107.

la documentación contable (instrumentos contables, libros de comercio, papeles de trabajo en formato papel y/o soportes magnéticos de los mismos) que se hallaban en las sedes sociales de esos clubes, a partir del 20 de agosto de 2009 a esa fecha, en virtud de la maniobra oportunamente denunciada”.<sup>37</sup>

Que podría ser reemplazado por:

“Que con fecha 19 de noviembre de 2014 se realizaron allanamientos en las sedes de varios clubes y se secuestró la documentación contable, a fin de determinar el destino de los fondos públicos que la AFA había distribuido en el marco del Programa”.

Así también, se describirá las distintas formas de citar destacándose que la referencia acotada es mejor para expresar una idea concreta y, al ser más fácil su lectura, existen más posibilidades de generar adhesión.<sup>38</sup>

Se aludirá a los defectos que denotan pobreza lingüística como la cacofonía: “Con estas razones se rechazó el artículo que concitó la atención del capítulo...”, la monotonía: “Argumentó que el presente proceso penal y el proceso en trámite ante el fuero contencioso administrativo resultan independientes entre sí, no resultando este un obstáculo para que el juez penal dicte una medida cautelar en el marco de los presentes actuados” y la redundancia: “No ostenta el requisito de fundamentación lógica el pronunciamiento que se basa en una afirmación sin sustento, esto es, una argumentación sin demostración, o que el motivo que vierte en ella, en realidad, no se compadece con las constancias existentes en la causa”.

Teniendo en cuenta que en los procesos judiciales se juzgan en el presente hechos reales que ocurrieron en el pasado y que tendrán consecuencias en el futuro, es preferible utilizar el modo indicativo. Se desaconsejará la utilización del modo subjuntivo previsto para cuando se pretende indicar deseo o duda: “...la resolución mediante la cual confirmara dicha decisión la Sala II de la Excma. Cámara del fuero...” Lo correcto, como dijimos, es utilizar el indicativo: “la resolución mediante la cual confirmó dicha decisión...”

<sup>37</sup> Ídem nota anterior.

<sup>38</sup> FUCITO, M., *op. cit.*, p. 78.

Se insistirá en que la puntuación es clave para una efectiva comunicación por escrito, que incide en el sentido del texto y en que los errores pueden traducirse en la mala imagen de quien los comete.<sup>39</sup>

En las siguientes dos oraciones se aprecia que el sentido es diferente, que puede interpretarse que se alude a todos los testigos o solo a algunos de ellos:

Las declaraciones de los testigos que beneficiaron a la actora serán cuestionadas por el demandado. (Algunos)

Las declaraciones de los testigos, que beneficiaron a la actora, serán cuestionadas por el demandado. (Todos)

En las reglas de acentuación, se investigarán los yerros más frecuentes: por ejemplo, que como los infinitivos terminados en “uir” (atribuir, huir, incluir, constituir) y sus participios (atribuido, huido) no llevan tilde, debe escribirse “constituido”, “incluido”, sin tilde.

Se aludirá a las reglas y a las convenciones que afectan el uso de las mayúsculas. Como, por ejemplo, en el encabezamiento de los escritos judiciales y la acentuación de mayúsculas: CONTESTA DEMANDA. OPO-NE EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

Y así sucesivamente.

No se limitará a enumerar las reglas, sino que se explicarán los beneficios que acarrea su respeto.

## V. CONCLUSIÓN

El lenguaje jurídico es el lenguaje de las leyes, de las sentencias, de los reglamentos y de todas las normas que rigen la convivencia dentro de una comunidad.

El lenguaje hace posible la comunicación, y si la lectura de textos jurídicos a veces presenta dificultades a los mismos abogados, tratándose de personas que no lo son, su oscuridad se traduce en distancia, malestar y desconfianza. El que varios países hayan desarrollado programas de

<sup>39</sup> MILLÁN, J. A., *Perdón imposible: guía para una puntuación más rica y consciente*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2005, pp. 12 y ss.

modernización del lenguaje jurídico revela la existencia del problema y la preocupación por darle una solución.

Previendo que los alumnos de hoy serán quienes en el futuro redacten las leyes y demás documentos jurídicos, deberán reformarse los planes de estudios de la carrera de Derecho mediante la inclusión de una materia obligatoria con un enfoque interdisciplinario que atienda a la importancia comunicativa de los distintos tipos de textos jurídicos.

Por último, es preciso responder también a las necesidades de los profesionales en ejercicio, de jueces y funcionarios del Poder Judicial, con la implementación de programas o cursos que brinden una formación continua específica a partir de la identificación de las reglas más rentables para la escritura de textos jurídicos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### **LIBROS**

BECKER, H., *Manual de escritura para científicos sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

BELLUSCIO, A. C., *Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias. Reglas gramaticales*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

CASSANY, D., *Describir el escribir. Cómo se aprende a escribir*, Barcelona, Paidós, 1989.

– *La cocina de la escritura*, Barcelona, Anagrama, 1995.

– *Tras las líneas. Sobre la lectura contemporánea*, Barcelona, Anagrama, 2006.

DEL CARRIL, E. H., *El lenguaje de los jueces. Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

DUARTE, C. y A. MARTÍNEZ, *El lenguaje jurídico*, Buenos Aires, A-Z editora, 1995.

ECO, U., *Cómo se hace una tesis*, Barcelona, Gedisa, 1977.

FUCITO, M., *Curso práctico de redacción para abogados. Recomendaciones para mejorar el estilo de los escritos jurídicos*, Buenos Aires, Eudeba, 2015.

GARCÍA NEGRONI, M. M., *Escribir en español. Claves para una corrección de estilo*, Buenos Aires, Santiago Arcos, 2011.

LORENZETTI, R., *El arte de hacer justicia. La intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Sudamericana, 2014.

- MARÍN, M., *Escribir textos científicos y académicos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- MILLÁN, J. A., *Perdón imposible: guía para una puntuación más rica y consciente*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2005.
- ROBLEDO, B. H., *La literatura como espacio de comunicación y convivencia*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2011.
- SMITH, F., "El club de los que leen y escriben", Cap. 1 en *De cómo la educación apostó al caballo equivocado*, Buenos Aires, Aique, 1986.
- STRUNK, W. y E. B. WHITE, *The elements of style*, 4ª ed., Nueva Jersey, Pearson, 1999.

### REVISTAS

- PICCOLINI, P., "La selección de originales en la edición universitaria", en *Páginas de Guarda*, nro. 1, otoño de 2006, p. 57.
- FAJANS, E. y M. R. FALK, "Comentarios que vale la pena hacer: la supervisión de trabajos académicos en las Facultades de Derecho", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 4, 2004, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 22.

### FUENTES ELECTRÓNICAS

- Corte Suprema de la Nación (CSJN) y Centro de Información Judicial (CIJ), *Justicia argentina online. El modelo comunicacional*, Prólogo de R. Lorenzetti. Disponible [en línea] <<http://www.cij.gov.ar/nota-19953-El-CIJ-presenta-su-publicacion-Justicia-Argentina-Online.-El-nuevo-modelo-comunicacional-.html>> [Consulta: julio de 2015].
- CUCATTO, M., "Algunas reflexiones sobre el lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad: más expresión que verdadera comunicación", en la revista virtual *Intercambios*, nro. 15, noviembre de 2011 [en línea] <<http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/>> [Consulta: marzo de 2015].
- HEKER, L. et al., "Debates: ¿corregir o no corregir? Una cuestión para el escritor", en *Revista La Balandra Digital*, nro. 2, disponible [en línea] <<http://la-balandra.com.ar/debates-corregir-o-no-corregir-una-cuestion-para-el-escriptor/>> [Consulta: marzo de 2016].
- KISIELEWSKY, S., "Escribir y publicar", en *Página/12*, del 24-8-2011, disponible [en línea] <[goo.gl/O9lfAo](http://goo.gl/O9lfAo)> [Consulta: marzo de 2016].



## El discurso pedagógico jurídico en la escuela secundaria

GABRIELA A. FAIRSTEIN<sup>1</sup>

### RESUMEN

El artículo analiza la “reproducción” del discurso pedagógico jurídico dominante de la formación de abogados –calificado como positivista y formalista– en otros ámbitos de enseñanza del derecho. Específicamente, se aborda el caso de la educación cívica en la escuela secundaria, en donde se examinan los modos particulares de expresión de estos rasgos: centralidad del texto normativo y escasa presencia de elementos conceptuales y contextuales. Esta modalidad de enseñanza puede obstaculizar un buen aprendizaje de los contenidos por parte de los estudiantes, en función del tipo de pensamiento y formas de razonamiento propios de la adolescencia. El artículo presenta resultados de una investigación en clases de educación cívica –referidos en particular al tratamiento del tema Constitución Nacional– y concluye con algunas líneas para repensar la enseñanza del derecho en la escuela secundaria.

### PALABRAS CLAVE

Código educativo - Derecho - Enseñanza - Escuela secundaria - Educación cívica.

<sup>1</sup> Lic. en Ciencias de la Educación (UBA), Mg. en Pedagogía Aplicada (Universidad Autónoma de Barcelona). Profesora adjunta regular (Titular interina), Cátedra de Psicología Educacional del Profesorado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. gfairstein@gmail.com.

## Legal pedagogical discourse in high school

### ABSTRACT

This article analyzes the “reproduction” of the dominant pedagogical discourse in lawyers’ training –considered as formalist and positivist– in other areas of legal education. Specifically, the case of civic education in high school is addressed, where the particular modes of expression of these traits are examined: centrality of the regulatory text and scarcity of conceptual and contextual elements. This type of teaching can hinder a good learning content by students, because of the type of thinking and ways of reasoning of adolescence. This article shows results of research in civics classes –in particular the treatment of the subject of the National Constitution– and concludes with some lines to rethink legal education in high school.

### KEYWORDS

Educational code - Law - Teaching - High school - Civics.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho es objeto de enseñanza en diversos ámbitos educativos, además del relativo a la carrera de abogacía. Este trabajo pretende compartir algunas reflexiones referentes al derecho como objeto de enseñanza fuera de la formación de abogados. En particular, nos centraremos en el marco de la asignatura educación cívica o educación ciudadana<sup>2</sup> (en adelante EC) de la escuela secundaria. Habida cuenta del lugar destacado –incluso estructurante– que ocupan los contenidos jurídicos en esta materia (Siede, 2013; Cardinaux, 2007; Audigier y Lageleé, 1996), el análisis

<sup>2</sup> Utilizamos indistintamente y en forma alternada las denominaciones educación cívica y educación ciudadana, desde una perspectiva descriptiva, y no normativa, en función de las denominaciones más utilizadas por la literatura especializada y los lineamientos curriculares vigentes. Sin embargo, cabe aclarar que la EC atraviesa un estado de debate que afecta no solo a la cuestión terminológica sino también a los aspectos relativos a su formato curricular (asignatura, área, eje transversal, etc.) y los fundamentos para su definición (Siede, 2013; Audigier, 2007).

acerca del modo en que son incluidos para su enseñanza puede resultar una contribución de relevancia para la mejora de las prácticas docentes.

Concretamente nos interesa aportar elementos para responder a la siguiente pregunta: ¿qué versión del derecho se enseña en la EC? Este interrogante ha sido abordado, entre otros, por Nancy Cardinaux (2006), quien, a partir de un análisis histórico del currículum, señala que el derecho que se enseña en la EC está constituido principalmente por normas, reduciéndose la disciplina a una teoría a-histórica y estática, sin contemplar sus aspectos críticos, su función de legitimación política y de regulación de conductas.

Otros especialistas en EC efectúan análisis semejantes, considerando que la formación ciudadana suele reducirse a acumular información sobre las instituciones y su organización formal (Audigier y Lageleé, 1996; Audigier, 2007) o bien que consiste en una enseñanza expositiva de saberes dogmáticos (Siede, 2013; Böhmer, 2008). La investigadora mexicana A. M. Salmerón (2011) acuña el concepto de “catecismo democrático” para caracterizar el tipo de enseñanza que se imparte en las clases de EC: “conjuntos de información acumulados sobre normas y procedimientos; sobre valores y formas de conducta moral y política predeterminedada, casi siempre de carácter abstracto (...) el denominador común de estos usos didácticos es el de la extracción de la realidad del contenido de la enseñanza” (pp. 16-17).

Nuestra hipótesis es que estos problemas en el derecho que se enseña en la EC responden –entre otros elementos– a la ausencia de un análisis del derecho en tanto objeto de enseñanza y aprendizaje en la escuela secundaria diferente del derecho como objeto de enseñanza y aprendizaje de la formación de abogados. Más bien, creemos que se reproduce el “discurso pedagógico jurídico” hegemónico en las carreras de abogacía. En este sentido, coincidimos con el análisis de Cardinaux (2006), quien sostiene que “esta modalidad de enseñanza del derecho en los claustros universitarios, coherente con la concepción dogmática predominante, es reproducida por la escuela media” (p. 420).

En las páginas que siguen, nos proponemos desarrollar esta idea con mayor profundidad, a través de repasar los atributos del discurso pedagógico dominante en la enseñanza universitaria del derecho y mostrar

algunos modos en que estos se reproducen en la escuela secundaria. Para finalizar, sugeriremos algunas líneas que permitirían revisar esta cuestión, con miras a considerar el derecho como objeto de enseñanza y aprendizaje fuera del ámbito de la formación de abogados.

## II. EL DISCURSO PEDAGÓGICO JURÍDICO EN LA CARRERA DE ABOGACÍA

El derecho como objeto de enseñanza y aprendizaje en las carreras de abogacía constituye una línea de estudio de creciente interés en las últimas décadas, desde la perspectiva de la Sociología Jurídica (González, Lista *et al.*, 2011; Beloff y Clérico, 2011; Pezzetta, 2011). Dentro de este campo, una investigación de la Universidad Nacional de Córdoba de Argentina (UNC) analiza las modalidades que asume la enseñanza en la carrera de abogacía, centrándose en cómo se concibe el contenido “derecho” y el modo en que el tránsito por la carrera modela la “conciencia jurídica” de los egresados (Lista y Brígido, 2002, 2004; Lista y Begala, 2003; Lista, 2006). Esta línea de trabajo ha tenido gran impacto en el campo y es referencia de investigaciones similares en otras universidades nacionales argentinas, como la de Rosario (Pezzetta, 2007) y la de La Plata (Cardinaux y González, 2003).

El trabajo de la UNC analiza, en particular, “los rasgos dominantes del discurso que se considera válido en la transmisión pedagógica” en la carrera de abogacía. En este marco, caracterizan al derecho que se enseña desde la perspectiva del “formalismo” o “positivismo jurídico”, algunas de cuyas características recurrentes son: “centralidad de los textos jurídicos como significado privilegiado y privilegiante (...) separación y aislamiento de los textos de sus contextos de producción y aplicación, junto a un escaso interés por la historicidad del fenómeno jurídico; énfasis en la lectura y análisis del texto jurídico con fines instrumentales y no con fines críticos” (Lista y Begala, 2003, 151).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Esta caracterización del “derecho que se enseña” es coincidente además con ideas de otros especialistas e investigadores, como Robert Gordon (2004) o Dunkan Kennedy (2004). En el ámbito argentino, el trabajo de Böhmer (2005) también coincide con esta caracterización: “esta forma de enseñar derecho tiende a privilegiar la memorización de textos legislativos. La pretensión última es que los alumnos conozcan el derecho, todo el derecho” (*op. cit.*, p. 34).

La investigación mencionada recurre a conceptos de la sociología de la educación para analizar el “código educativo” que subyace a las prácticas pedagógicas en la formación de abogados. La idea de “código educativo” es utilizada por Basil Bernstein (1993) para dar cuenta del conjunto de criterios implícitos que están en la base de las operaciones de selección y definición del contenido, lo cual funciona determinando “lo que cuenta como conocimiento válido”. El código educativo implícito en el discurso pedagógico de las carreras de abogacía determina aquello que legítimamente puede ser transmitido como derecho, es decir, lo que atañe a la “formación jurídica”, así como lo que resulta excluido de ella.

En esta línea, los investigadores han analizado el código educativo que subyace en el discurso pedagógico jurídico tanto a través del estudio del currículum prescripto como de las prácticas de transmisión. Entre sus resultados señalan que “los contenidos son jerarquizados y mantenidos separados y en relación cerrada entre ellos, con un fuerte aislamiento entre sí. Lo que se enseña son ‘ramas del derecho’, como conocimientos especializados aislados en materias, cuya separación es observable dentro de una misma línea curricular (derecho privado, derecho público, derecho penal, derecho procesal, etc.) (...) Estos conocimientos, que toman fundamentalmente a la ley como objeto, son definidos como lo jurídicamente relevantes y su enseñanza es privilegiada (...) frente a estos conocimientos cuantitativa y cualitativamente dominantes, encontramos un abanico de saberes que, por oposición, son definidos como extrajurídicos (filosofía, economía, sociología, historia, ciencia política, etc., estén o no referidos al derecho). Aun cuando integran los planes de estudio, son circunscriptos y aislados en materias o cursos especializados, a veces opcionales, con lo cual su eficacia pedagógica es reducida por separación y desjerarquización” (Lista, 2006, p. 4).

Es importante advertir que estos rasgos caracterizan al “discurso pedagógico jurídico” dominante, lo que no significa que no haya excepciones e importantes cuestionamientos e, incluso, serios intentos de modificarlo. Sin embargo, la sociología de la educación destaca que las prácticas pedagógico-institucionales son muy resistentes al cambio, ya que los códigos educativos perduran, en forma total o parcial, más allá de las reformas, en tanto se hallan inscriptos en las prácticas y naturalizados en la conciencia de los actores. De hecho, la conciencia se conforma a través de la

internalización del “código educativo” dominante durante el proceso de socialización, es decir, durante el paso por la carrera, tanto en carácter de estudiante como de docente. En este sentido, la investigación mencionada encuentra que la socialización profesional contribuye a la formación de una “conciencia jurídica” acorde al modelo dominante en el campo profesional (Lista y Brígido, 2002; Lista y Begala, 2003).

En nuestro trabajo, interesa recuperar la caracterización del código educativo subyacente al discurso pedagógico jurídico pero con el propósito de analizar su presencia en otros ámbitos de enseñanza y aprendizaje del derecho, en particular, el desarrollo de la EC en la escuela secundaria. Nuestra hipótesis es que esta operación de inclusión y exclusión, es decir, de definición del “derecho como contenido de enseñanza”, podría estar reproduciéndose en otros ámbitos, en este caso, la enseñanza de la EC. En tanto el discurso pedagógico de las carreras de abogacía actúa definiendo lo que cuenta como conocimiento válido en el campo, y en tanto esta operación aparece como hegemónica e investida de poder institucional y social, ella puede estar operando también en la definición de “qué es enseñar derecho” en otros ámbitos formativos.

### III. LA PRESENCIA DEL DISCURSO PEDAGÓGICO JURÍDICO EN LA EC

La caracterización del discurso pedagógico jurídico dominante en la formación de abogados ha sido utilizada, en una investigación en curso, como marco de hipótesis para analizar algunos aspectos de la enseñanza de contenidos de derecho en la EC de la escuela secundaria.<sup>4</sup> Si bien no todos los rasgos del código educativo dominante resultan pertinentes (por ej.: los relacionados con su eficacia en la formación de cierto perfil de abogado), se considera que los aspectos relativos a “lo que cuenta como conocimiento válido en Derecho” podrían estar operando en la definición de los contenidos jurídicos.

<sup>4</sup> Investigación para la tesis de Doctorado de la autora, “Construcción de conocimientos en clases de Educación Cívica: estudio a partir de preguntas de alumnos”, dirigida por la Prof. Alicia W. de Camilloni. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Concretamente, los rasgos del discurso pedagógico jurídico más relevantes para analizar la definición del contenido se refieren a:

- La centralidad del contenido de las normas: “el fenómeno jurídico se reduce al derecho y este a la legalidad vigente”.
- El aislamiento del texto normativo del contexto (social, económico, político, moral, etc.) que lo genera y al que dicho texto debe regular.
- La presentación del orden jurídico y los textos que lo componen como autónomos y autosuficientes. La normativa se explica de manera autorreferencial.
- La fuerte clasificación del currículum por ramas del Derecho, así como la implícita división en materias jurídicas y extrajurídicas o “no jurídicas”.

Ahora bien, ¿qué forma asumen estos rasgos cuando se enseña derecho en el marco de la EC en la escuela secundaria? El análisis de clases relativas al contenido “Constitución Nacional” exhibe un panorama relativamente similar: el rasgo dominante es que la enseñanza está dirigida principalmente a enseñar el texto normativo, esto es, el contenido de la clase está constituido por el texto literal de algunos artículos de la Constitución Nacional. ¿Qué implicancias tiene ello?

En primer lugar, que, en general, no se enseñan conceptos que ayuden a comprender las instituciones de las que hablan las normas (por ejemplo, qué es un tributo o por qué hay una división del poder político). Concretamente, no aparecen conceptos de teoría política o jurídica ni de teoría del Estado que ayuden a los alumnos a comprender estas cuestiones. En este sentido, si bien la EC es, por definición, interdisciplinaria, el derecho se enseña aislado de conceptos de otras ciencias sociales.

En este sentido, una segunda implicancia es que parece darse por sentado que los alumnos comprenden los procesos e instituciones de los que hablan las normas, y también que conocen y comprenden la estructura del Estado (por ejemplo, la división vertical y horizontal del poder político). Sin embargo, los adolescentes están preocupados por entender los procesos sociales, económicos y políticos que las normas regulan. Incluso no comprenden la relación entre la norma y aquello que regula (por ejemplo, si lo instituye o solo lo regula), y los docentes pocas veces lo explican. Así pues, los docentes se “quejan” de que los alumnos “le

buscan la lógica al derecho, que no se rige por la lógica". Pero la lógica que los chicos buscan no es la lógica interna de la norma, sino la razón de existencia de la norma.

En tercer lugar, generalmente, la explicación de la norma es tomada de la propia norma. Parece regir la idea de que los problemas de comprensión se solucionan aportando más información sobre la misma norma, ampliando el conocimiento del texto legislativo. Es decir, como si el problema de comprensión tuviera que ver con comprender los alcances de la norma. Sin dudas, el agregado de información sin haber trabajado sobre los marcos de comprensión de los alumnos tiene escasa o nula utilidad.

Por último, se observa que la secuencia de presentación de los temas no sigue una lógica conceptual, sino la propia lógica del texto normativo. La comprensión conceptual, la pregunta relativa a "qué se necesita saber para comprender esta norma", prácticamente no aparece. Las cuestiones conceptuales son tratadas como "información" que se va intercalando a medida que el texto normativo lo requiere. Incluso muchas veces parece renunciarse a la comprensión como objetivo: los docentes manifiestan que "ya saben que los alumnos no les entienden", lo que justifican considerado en que se trata de temas muy complejos, y que aspiran a que "algo les quede" y que "lo entenderán más adelante".

#### IV. REFLEXIONES PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN LA EC

Estas breves pinceladas acerca de lo que ocurre con la enseñanza de la Constitución Nacional en clases de EC pretenden delinear un panorama en donde lo que parece estar operando es una suerte de reproducción del mismo tipo de "derecho como objeto de enseñanza" que es hegemónico en la formación universitaria. De alguna manera, parecería que el "código educativo" que subyace al discurso pedagógico jurídico actúa más allá de los límites del aula de abogacía, interviniendo en la propia estructuración del campo, lo que escapa a los actores individuales. Asimismo, también puede suponerse que en el proceso de socialización de los abogados, el discurso pedagógico jurídico actúa no sólo conformando una "conciencia jurídica" sino también una "conciencia pedagógica".

Así, el discurso pedagógico jurídico transmite una idea acerca del derecho y también una concepción acerca de qué es enseñar y aprender contenidos de Derecho, quedando naturalizada. En este sentido, las ciencias de la educación vienen demostrando que el ser docente no se aprende desde cero en el profesorado. Por el contrario, la propia biografía educativa del sujeto, en este caso, su paso por la carrera de abogacía, tiene un fuerte impacto en la formación de sus concepciones acerca de la enseñanza y el aprendizaje (Camilloni, 2007; Alliaud, 2005).

En síntesis, los problemas de la EC identificados podrían explicarse –en parte– considerando esta cuestión: en la enseñanza del derecho en la escuela secundaria se reproduce el discurso pedagógico jurídico hegemónico de las carreras de abogacía. Más allá de las críticas que esta forma de enseñanza pueda recibir en relación con la propia formación de abogados, lo que interesa aquí es analizar su adecuación cuando se enseña la disciplina fuera de la carrera. En este sentido, un cambio real en la enseñanza del derecho desde la universidad a la escuela secundaria no radica (solamente) en una innovación en las “metodologías” sino en revisar “qué derecho se enseña”. De lo contrario, podríamos estar usando nuevas estrategias para enseñar lo mismo.

En otro trabajo (Fairstein, 2013), hemos abordado esta cuestión señalando que pasar del “derecho como objeto de enseñanza en la formación de abogados” al “derecho como objeto de enseñanza en la escuela secundaria” requiere revisar no solo los métodos sino principalmente el “modo de estructuración del contenido”. Esto concierne, en la Didáctica, al modo en que se define y organiza el contenido para su enseñanza: cuestiones que hacen al qué se enseña, desde qué perspectiva, con qué recorte. En este sentido, se trata de aspectos relativamente independientes de las estrategias de enseñanza, es decir, del “cómo”. Para finalizar, entonces, interesa recuperar de aquel trabajo algunas consideraciones para la estructuración del contenido en las asignaturas de derecho en la escuela secundaria, en función de su potencialidad para confrontarlas con los rasgos del discurso pedagógico jurídico analizado aquí.

En este sentido, en Fairstein (2013) hemos señalado, por un lado, la importancia de incorporar contenidos de otras materias considerando que, en ciencias sociales, la comprensión supone el manejo de conceptos de diversas disciplinas (Camilloni y Levinas, 2007). En derecho, por

ejemplo, comprender conceptos como institución o poder político resulta necesario para el aprendizaje de temas relativos a la Constitución Nacional. En segundo lugar, hemos destacado la necesidad de conocer y anticipar el marco de significaciones de los alumnos. Las concepciones personales y conocimientos previos de los alumnos sobre los temas de la clase actúan como marco asimilador de la enseñanza, pudiendo distorsionar el significado y sentido del contenido (Fairstein *et al.*, 2014). Por último, señalamos la relevancia de hacer un análisis del lenguaje jurídico y enseñarlo explícitamente. En el aprendizaje de las ciencias sociales, un obstáculo especial lo constituye el uso de un lenguaje técnico compuesto por términos que tienen además un significado cotidiano (Camilloni, 1994). Las palabras no suelen ser nuevas para los alumnos y ello facilita la confusión de significados o el reemplazo del significado técnico por el cotidiano, sin que el alumno logre advertir su ignorancia o confusión.

En síntesis, la enseñanza del derecho en la escuela secundaria implica, desde esta perspectiva, una revisión de los modelos naturalizados y un examen de su adecuación al tipo de formación que se persigue. Sin dudas, se trata de un ejercicio de reflexión necesario en todos los campos disciplinarios y, en ese sentido, este trabajo no pretende más que aportar algunas hipótesis de análisis que permitan acompañar este proceso en el caso de la enseñanza del derecho. En relación con la educación cívica, los contenidos jurídicos cumplen un papel estructurante, por lo que toda posibilidad de mejora en su abordaje didáctico constituye un aporte para enriquecer y fortalecer la formación para una ciudadanía democrática.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLIAUD, A. (2005), "La biografía escolar en el desempeño profesional de docentes noveles. Proceso y resultados de un trabajo de investigación", en *Revista del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación*, año XIII, nro. 23.
- AUDIGIER, F. (2007), "L'éducation à la citoyenneté dans ses contradictions", en *Revue internationale d'éducation de Sèvres* [en línea], 44/abril 2007 [extraído: 10-8-2016; URL: <<http://ries.revues.org/125>>].

- AUDIGIER, F. y G. LAGELÉE (1996), *Education civique et initiation juridique dans les collèges*, INRP, París, Didactiques des disciplines.
- BELOFF, Mary y Laura CLÉRICO (2011), “¿Dictar o enseñar? La experiencia de Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho en la constitución de un espacio de reflexión sobre la práctica docente en la UBA”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 9, nro. 17, 2011, pp. 163-174.
- BERNSTEIN, B. (1993), *La estructura del discurso pedagógico*, Madrid, Morata.
- BÖHMER, M. (2008), “Prólogo”, en CIPPEC (2008): *A 25 años de democracia: Las políticas para el área de Formación Ética y Ciudadana en la educación secundaria*, Buenos Aires, CIPPEC (pp. 4-8).
- BÖHMER, Martín (2005), “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, en *Abogacía y Educación legal*, nro. 9, pp. 26-38.
- CAMILLONI, A. (1994), “De ‘lo cercano’ a ‘lo lejano’ en el tiempo y en el espacio. ¿Qué es ‘cercano’? ¿Qué es ‘inmediato’? ¿Qué es ‘lejano’?”, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, OPFYL.
- CAMILLONI, A. (2007), “Los profesores y el saber didáctico”, en CAMILLONI, A., L. BASABE, E. COLS y S. FEENEY, *El saber didáctico*, Buenos Aires, Paidós.
- CAMILLONI, A. y M. L. LEVINAS, 2007, *Pensar, descubrir y aprender*. Buenos Aires, Aique.
- CARDINAUX, N. (2006), “La educación cívica en las escuelas”, en FONDEVILA, Gustavo (comp.), *Instituciones, legalidad y estado de derecho*, México, Fontamara.
- CARDINAUX, N. (2007), “Concepciones del derecho: su impacto sobre los métodos de enseñanza”, en SCHUJMAN, G. e I. SIEDE (coords.), *Ciudadanía para armar. Aportes para la formación ética y política*, Buenos Aires, Aique.
- CARDINAUX, Nancy y Manuela GONZÁLEZ (2003), “El derecho que debe enseñarse”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2, pp. 129-146.
- FAIRSTEIN, G. (2013), “Enseñanza del Derecho: de la formación de abogados a la escuela básica”, en *Revista Digital Carrera y Formación Docente*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año II, nro. 2, mayo 2013 [extraído: 10-8-2016: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/carrdocente/revista/revista-N02-Mayo-2013.pdf>>].
- FAIRSTEIN, G., C. SCAVINO, M. DUHALDE, M. FRONTINI POTENZE y V. TORRE (2014), “La construcción de conocimientos en Ciencias Jurídicas y su valor para la enseñanza”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 23, pp. 181-190.

- GONZÁLEZ, Manuela G., Carlos LISTA, M. Gabriela MARANO, Carola BIANCO y M. Cecilia CARRERA (2011), "La formación de los abogados y la educación jurídica en Argentina", en GONZÁLEZ, Manuela G. y Carlos A. LISTA (coords.), *Sociología jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 279-333.
- GORDON, Robert W. (2004), "Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 3, pp. 91-116.
- KENNEDY, Dunkan (2004), "Educación legal como preparación para la jerarquía", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, nro. 3, pp. 117-147.
- LISTA, C. A. (2006), "La investigación en la formación de los abogados: reflexiones críticas", en *VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 9-11 de noviembre.
- LISTA, Carlos Alberto y Silvana BEGALA (2003), "La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2, 2003, pp. 147-171.
- LISTA, Carlos Alberto y Ana María BRIGIDO (2004), "La enseñanza jurídica; un análisis sociológico del discurso pedagógico", en *Anuario VII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, pp. 418-434.
- LISTA, Carlos A. y Ana María BRIGIDO (2002), *La formación de la conciencia jurídica y la enseñanza del derecho*, Córdoba, Sima.
- PEZZETTA, Silvina (2011), "¿Qué investigar sobre la enseñanza del Derecho en las Facultades de Abogacía? El techo de cristal en la investigación sociojurídica", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 9, nro. 18, pp. 59-75.
- PEZZETTA, Silvina (2007), "La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 30, pp. 65-82.
- SALMERÓN, Ana María (2011), "La enseñanza de la civilidad. Entre la experimentación cívica y el desarrollo de la imaginación", en *Revista Interamericana de Educación para la Democracia*, vol. 4, nro. 1, pp. 12-28. Documento disponible en: <[www.ried-ijed.org](http://www.ried-ijed.org)>.

Fecha de recepción: 6-9-2016.

Fecha de aceptación: 19-12-2016.

## **La participación en competencias internacionales como estrategia de enseñanza-aprendizaje del derecho y como un modo de iniciación en la investigación**

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA<sup>1</sup>

### RESUMEN

La participación y entrenamiento para una competencia internacional proporciona una excelente oportunidad para que los estudiantes desarrollen diversas habilidades necesarias en el ejercicio de la abogacía, tales como el análisis de problemas complejos, la investigación de doctrina y jurisprudencia, la práctica de la escritura de piezas jurídicas y de la argumentación oral y, en términos generales, la resolución de problemas de razonamiento legal.

La experiencia en el entrenamiento del equipo de la Facultad de Derecho de la UBA en la Competencia Internacional de Arbitraje organizada desde 2008 por la Universidad de Buenos Aires, en cooperación con la Universidad del Rosario de Bogotá, nos llevó a plantearnos cómo extender los beneficios de un método tan motivante y efectivo a todos los estudiantes interesados y no solamente a los mejores alumnos.

Para eso propusimos un curso bimestral o cuatrimestral centrado en el caso de la competencia, en el que los alumnos se dedican a la preparación de los memoriales y al entrenamiento en la argumentación oral para las audiencias.

Además de estrategia de enseñanza-aprendizaje, la participación en competencias es un modo de iniciar a los estudiantes en la investigación. La redacción de los memoriales en los que se argumentan las posturas

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

de una y otra partes del caso requiere un proceso de recolección de datos, de análisis de esos datos y de búsqueda de las mejores formas de aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Los alumnos se enfrentan –quizás por primera vez– con bases de datos internacionales, revistas extranjeras y libros en otros idiomas; deben citar obras jurídicas, ya sea artículos, capítulos y libros, al igual que la jurisprudencia, de un modo aceptable.

En síntesis, la participación en competencias internacionales es un excelente método de enseñanza-aprendizaje del derecho y al mismo tiempo un modo de iniciación en la investigación.

#### PALABRAS CLAVE

Enseñanza - Aprendizaje - Competencias internacionales - Investigación - Programa educativo - Método de casos - Desarrollo de habilidades.

## **Participation in international competitions as a teaching-learning strategy of law and as a way of initiation in research**

#### ABSTRACT

Participation and training for an international competition provides an excellent opportunity for students to develop various skills needed in the practice of law, such as the analysis of complex problems, research in doctrine and jurisprudence, perform legal writing and oral argumentation, and in general terms, the resolution of problems of legal reasoning.

The experience in training the UBA Law School team in the International Arbitration Competition organized by the Universidad de Buenos Aires and Universidad del Rosario de Bogotá, led us to consider how to extend the benefits of a so motivating and effective method to all interested students and not only to the best students. That is why we proposed a two or four month course focused on a competition, in which students are dedicated to the preparation of memorandums and training in oral argumentation for audiences.

Participation in competitions is also a way to initiate students in research. The writing of memorandums in which the positions of both sides of the case are argued requires a process of data collection, analysis of these data and search for the best ways of applying and interpreting legal norms. Students are faced - perhaps for the first time - with international databases, foreign journals and books in other languages and must learn how to cite sources properly.

## KEYWORDS

Teaching - Learning process - International competitions - Research - Educational program - Case method - Skill development.

### 1. CONCEPCIÓN DEL PROCESO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE

Partimos de la concepción de que el proceso de enseñanza-aprendizaje es dinámico y comprende los distintos aspectos de la persona -intelectual, emocional y físico- que produce modificaciones en la conducta.

Pedro Lafourcade dice que el aprendizaje es un “proceso dinámico de interacción entre un sujeto y algún referente y cuyo producto representará un nuevo repertorio de respuestas o estrategias de acción o de ambas a la vez, que le permitirán al primero de los términos, comprender y resolver eficazmente situaciones futuras que se relacionen de algún modo con las que produjeron dicho repertorio”.<sup>2</sup>

Compartimos el pensamiento de Azucena Rodríguez, quien expresa que “una persona aprende cuando se plantea dudas, formula hipótesis, retrocede ante ciertos obstáculos, llega a conclusiones parciales, siente temor a lo desconocido, manipula objetos, verifica en una práctica sus conclusiones, etc., es decir, cuando se producen modificaciones, reestructuraciones en su conducta”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> LAFOURCADE, Pedro D., *Planeamiento, conducción y evaluación en la enseñanza superior*, Buenos Aires, Kapelusz, 1974, pp. 67-68.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ, Azucena, “El proceso de aprendizaje en el nivel superior y universitario”, en *Colección Pedagógica Universitaria*, México, Centro de Estudios Educativos de la Universidad Veracruzana, julio-diciembre 1976, pp. 8-9; citado por MORÁN OVIEDO, Porfirio, “Propuesta de evaluación y acreditación del proceso de enseñanza-aprendizaje en la perspectiva de la didáctica crítica”, en PANSZA GONZÁLEZ, Margarita; Esther

## 2. ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DEL DERECHO

Esta concepción del proceso de enseñanza-aprendizaje lleva casi inexorablemente a la utilización de métodos de participación activa del alumno. La falsa dicotomía entre teoría y práctica ha llevado en muchas facultades a la división tajante entre clases teóricas y clases prácticas, generalmente las primeras a cargo de profesores principales y las segundas encomendadas a jefes de Trabajos Prácticos –el nombre del cargo docente es por demás ilustrativo de la concepción imperante sobre las tareas que se supone les son propias– o a ayudantes docentes. Frente a esta falsa dicotomía, entendemos que no puede construirse ninguna teoría si no es a partir de la práctica, es decir, de los casos concretos, de las situaciones jurídicas reales o eventuales.

Todas las elaboraciones teóricas del Derecho en cualquiera de sus ramas parten, en forma explícita o implícita, de situaciones concretas que se producen en la realidad o que se imagina pueden producirse.<sup>4</sup>

Cuando no sucede así, las elaboraciones abstractas resultan meros trabajos de laboratorio, desconectados de la realidad social a la cual el derecho, como técnica de control social, tiende a reglamentar. Si la elaboración del derecho y de la ciencia del derecho parte de la realidad social concreta, del mismo modo la enseñanza-aprendizaje del derecho debe partir de los casos y situaciones particulares.

Esto es, presentar primero el caso, la situación concreta y a través de su análisis, encuadre jurídico y estudio, llegar a los conceptos, teorías y abstracciones, utilizando el método inductivo que de lo particular y concreto, llega a lo general y abstracto, que no es el más aplicado en las Facultades de Derecho de los países latinoamericanos, donde impera el método deductivo.

La experiencia de la utilización de esta metodología de trabajo desde 1984, tanto en cursos de grado como de posgrado, nos ha demostrado que las dificultades que presenta –fundamentalmente, el mayor

Carolina PÉREZ JUÁREZ y Porfirio MORÁN OVIEDO, *Operatividad de la didáctica*, 2ª ed., México, Gernika, 1987, vol. II, pp. 104 y 105.

<sup>4</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, “Los métodos de participación activa en la enseñanza del Derecho Internacional Privado”, en *Jornadas de Derecho Internacional. 18 al 20 de octubre de 1999, Montevideo, Uruguay, Washington*, Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, 2000, pp. 115-154.

tiempo que requiere su implementación- se ven de sobra compensadas por las ventajas que reporta.

Para implementar métodos de participación activa, son ideales el método de casos, el trabajo en grupos pequeños, la intervención activa de los ayudantes docentes, las dramatizaciones y otras situaciones de simulación, y la participación en competencias universitarias.

### 3. MÉTODO DE CASOS Y OTROS MÉTODOS DE SIMULACIÓN

El método de casos –empleamos la expresión en un sentido amplio– se utiliza como método de enseñanza-aprendizaje, todas las clases y no exclusivamente para aplicar los conocimientos teóricos, después de clases expositivas. Básicamente, el método de casos es inductivo y no deductivo: se parte de una situación concreta –el caso– y a través de su resolución se llega, por medio de un proceso de abstracción, a los conceptos generales.

Parece preferible que los casos no tengan una sola pregunta del tipo “¿Cómo resuelve usted la cuestión?” o “¿Corresponde hacer lugar a la demanda?”, sino una serie de consignas, que vayan guiando el proceso de resolución, encarando los distintos aspectos y cuestiones que deben ser enfocados para llegar a la solución final. Precisamente, la formulación de las consignas o la elección de las que se utilizarán en cada clase depende de los contenidos básicos que el docente quiera trabajar en esa oportunidad.

Decimos “casos” en sentido amplio para referirnos a trabajos que pueden consistir en: a) ejercicios simples, b) casos en sentido estricto, c) análisis de documentos, d) análisis de fallos, e) análisis de noticias periodísticas y f) redacción de documentos.

El análisis de documentos consiste en la reproducción de un documento real –exhorto internacional, conocimiento de embarque, letra de cambio internacional, contrato internacional– que debe ser leído y analizado. El objetivo específico de este tipo de trabajo es que el alumno tome contacto con documentos reales referidos a temas de la materia, en nuestro caso, Derecho Internacional Privado. El análisis del documento se realiza, obviamente, a través de su lectura y de las consignas que tienden a orientarla, para que no pasen inadvertidos los aspectos más

importantes, y a evaluar la comprensión del material. Si la documentación presenta una situación conflictiva, se plantea también como caso, pero no es este el objetivo específico de esta modalidad de trabajo.<sup>5</sup>

El análisis de fallos ha de ser necesariamente un análisis crítico, ya que cumple su cometido formativo si cada decisión es puesta en relación, de un lado, con otras decisiones anteriores o posteriores y, de otro lado, con la solución “ideal” que eventualmente se pueda elaborar a partir de lo aprendido en clase y de los datos y materiales con que se cuenta.

Además, el análisis de fallos constituye una técnica que el abogado debe adquirir durante su carrera universitaria, ya que deberá habituarse al lenguaje, al tipo de argumentación y razonamiento que se utiliza en las sentencias y que de manera habitual difiere de la que aparece en los libros de texto. Es relativamente frecuente advertir que al momento de cursar Derecho Internacional Privado, muchos alumnos no han adquirido aún la técnica necesaria para la comprensión y análisis de una sentencia judicial, a pesar de que se trata de una materia que aparece ubicada cerca del final de la carrera en todos los planes de estudios. La oportunidad de ejercitarse en esta tarea –aunque sea tardía– no debe ser desaprovechada por el docente.

Las noticias periodísticas proporcionan material útil para la enseñanza-aprendizaje del derecho. El objetivo específico es que los alumnos tomen conciencia de que existen muchos más casos internacionales de lo que normalmente se presume, a tal punto que aparecen en los diarios y revistas como noticias de actualidad. Los numerosos casos de restitución internacional de menores –la difusión masiva que se dio al caso de Gabriela Arias Urriburu hace algunos años, en todos los medios, es una buena muestra de ello–, los de tráfico internacional de menores y otros casos reales y de considerable notoriedad despiertan un gran interés en los alumnos, por lo que constituyen una motivación importante para el estudio del tema correspondiente.

<sup>5</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, “Análisis de documentos como método de enseñanza-aprendizaje del Derecho Internacional Privado”, en *Jornadas de Derecho Internacional Buenos Aires, Argentina, 14 al 17 de noviembre de 2006*, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, 2007, pp. 447-512.

Además, puede encomendarse la búsqueda de noticias periodísticas a los alumnos, por grupos; deben encargarse de ubicar en los periódicos las noticias relacionadas con la materia que se enseña, en nuestro caso, el Derecho Internacional Privado. El material que se recopile debe ser presentado en clase y realizarse algún tipo de trabajo para ponerlo en común.

Los casos notorios pueden ser también utilizados en clase con la técnica de debate: por ejemplo, puede encomendarse a un grupo de alumnos que asuma el rol de abogado de uno de los padres del niño retenido ilícitamente y a otro el del abogado del otro progenitor y que cada uno de ellos exponga sus argumentos, previa lectura en la casa de la sentencia que resolvió el litigio, de la Convención de La Haya de 1980 aplicable y de la bibliografía recomendada.

Otra actividad que deben realizar los alumnos es la redacción de documentos, que se propone después de que se ha realizado el análisis de otros documentos similares y que por sus características se encomienda para realizar en la casa. La redacción de documentos –tarea habitual del abogado– requiere la ejercitación en determinadas habilidades y destrezas que deben ser desarrolladas necesariamente a través de la tarea misma y que son fundamentales para el ejercicio profesional.

#### 4. LA PARTICIPACIÓN EN COMPETENCIAS INTERNACIONALES

Las competencias internacionales están concebidas como programas educativos que pretenden estimular el estudio de una o más áreas del derecho, a través de su aplicación a un caso complejo o a un problema concreto.

##### 4.1. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE VIENA “WILLEM C. VIS”

En materia de arbitraje comercial internacional y compraventa internacional de mercaderías, se realiza anualmente en Viena, desde 1994, la Competencia sobre Arbitraje Comercial Internacional Willem C. Vis, cuyo objetivo es promover el estudio del derecho del comercio internacional y del arbitraje como medio de resolución de controversias comerciales internacionales, a través de su aplicación a un caso concreto

de un eventual cliente y el entrenamiento de los operadores del derecho del mañana en la utilización de los métodos alternativos de resolución de disputas.<sup>6</sup>

La estructura de la Competencia Willem C. Vis está organizada en dos etapas: la parte escrita, que consiste en la redacción de los memoriales del demandante y demandado, que se desarrolla a distancia, y la parte oral, en la que tienen lugar las audiencias en las que se exponen los argumentos orales, basados en los memoriales, que se realiza en Viena. La competencia se desarrolla íntegramente en inglés, el problema o caso que se plantea todos los años se refiere a una controversia suscitada en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, que debe ser resuelta a través de arbitraje. Los paneles de árbitros están compuestos por personas que actúan como árbitros en la realidad, por abogados expertos en la materia y por profesores de derecho.

La competencia ha crecido en todos los sentidos en los veintiún años de existencia, tanto en lo que se refiere al número de universidades que participan como a la cantidad de países de los cuales provienen. En la primera competencia de 1994 participaron once facultades de derecho provenientes de nueve países<sup>7</sup> mientras que en la competencia de 2013-2014 se inscribieron 290 universidades, de 63 países.<sup>8</sup>

En la edición 23.<sup>a</sup> realizada en 2016, el primer premio fue ganado por el equipo de la Universidad de Buenos Aires.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> The Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html>>. Sobre la competencia puede verse: SHULMAN, Mark R., "Making Progress: How Eric Bergsten and the Vis Moot Advance the Enterprise of Universal Peace", disponible [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/shulman2.html>> [última visita de ambos textos: 27-9-2016].

<sup>7</sup> En la primera competencia intervino una sola universidad de un país de Latinoamérica, que fue la Universidad Panamericana de México.

<sup>8</sup> Ver [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/participants21.html>> [última visita: 21-8-2014]. La competencia tiene un Comité Académico Consultivo, que asesora y colabora con el Comité Ejecutivo en los aspectos académicos, integrado por los Dres. Alejandro M. Garro, Diego P. Fernández Arroyo, Nicolás Gamboa Morales y Carlos Umaña Trujillo, y presidido por el Dr. Eduardo Silva Romero. Ver [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/shulman2.html>>.

<sup>9</sup> [En línea] <<http://vismoot.pace.edu/site/previous-moots/23rd-vis-moot>>.

#### 4.2. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE ORGANIZADA POR LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO DE BOGOTÁ

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires viene organizando desde 2008 una competencia internacional de Arbitraje, en cooperación con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá, Colombia, desde 2009.<sup>10</sup> La competencia de la Universidad de Buenos Aires sigue el modelo de la Competencia de Viena, con leves modificaciones, por ejemplo: el tema de la controversia puede referirse a cualquier contrato internacional y no solamente a contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Una diferencia muy importante es el idioma: esta competencia se desarrolla íntegramente en castellano, lo que facilita la participación de los alumnos de universidades de la mayoría de los países de Latinoamérica y España, sin perjuicio de que se inscriben también equipos de otros países europeos, de Brasil y de Estados Unidos de América.

El entrenamiento para una competencia internacional proporciona una excelente oportunidad para que los estudiantes desarrollen diversas habilidades necesarias en el ejercicio de la abogacía, tales como el análisis de problemas complejos, la investigación de doctrina y jurisprudencia, la práctica de la escritura de piezas jurídicas y de la argumentación oral y, en síntesis, la resolución de problemas de razonamiento legal. Decía el profesor Eric Bergsten, organizador de la Competencia Vis, que los alumnos ampliarán su conocimiento legal de un modo extraordinario y aseguraba que en ningún otro lugar podrá un estudiante de derecho aprender tanto sobre controversias y su resolución en el mundo del comercio internacional.<sup>11</sup>

Además, otro logro muy importante es que las competencias contribuyen a desarrollar el intercambio entre estudiantes, abogados y profesores

<sup>10</sup> [En línea] <[http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia\\_arbitraje.php](http://www.derecho.uba.ar/internacionales/competencia_arbitraje.php)> [fecha de consulta: 10-4-2017].

<sup>11</sup> BERGSTEN, Eric E., "Teaching about International Commercial Law and Arbitration: the Eighth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot", en 18 *Journal of International Arbitration* (agosto 2001), nro. 4, 481-486 [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten1.html>> [fecha de consulta: 10-4-2017].

de otros países, en un contexto en el cual todos se enfrentan a las mismas cuestiones.

Como el aprendizaje de otros sistemas legales implica mucho más que el conocimiento de los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina, es necesario que los estudiantes entiendan las diferentes aproximaciones, actitudes y comportamientos de los abogados, árbitros y jueces de países diferentes al propio.

La importancia del derecho internacional y del derecho comparado ha aumentado en el sistema actual globalizado y seguirá haciéndolo. La participación en competencias internacionales es una forma de aprender y enseñar en un contexto intercultural y transnacional y un modo de lograr una capacitación en derecho mucho más efectiva y apropiada para el ejercicio profesional.

El Reglamento de la Competencia Vis se refiere expresamente a esta cuestión al señalar que “La naturaleza internacional de la competencia pretende guiar a los participantes en la interpretación de los textos del derecho del comercio internacional a la luz de los diferentes sistemas legales y desarrollar una capacitación para defender una posición ante un tribunal arbitral compuesto por árbitros de diferentes sistemas legales”.<sup>12</sup>

## 5. HABILIDADES QUE PUEDEN DESARROLLARSE A TRAVÉS DE LAS COMPETENCIAS

Una de las mayores ventajas que brindan las competencias internacionales es el alto nivel de motivación que producen en los participantes. A partir del interés que se suscita tanto por competir con otras universidades como por abordar la defensa de un caso de cierta complejidad, pueden desarrollarse muchas habilidades que requiere un abogado en el ejercicio profesional, del modo más apropiado, que es ejercitándolas.

En primer lugar, se desarrolla el análisis de problemas complejos, comenzando por aprender a distinguir hechos relevantes y no relevantes, encuadrar el problema en las categorías jurídicas que correspondan e investigar en normas legales y convencionales, en doctrina y jurisprudencia, las soluciones que requiere la defensa de una de las partes. Para

<sup>12</sup> La traducción al castellano nos pertenece; el texto en inglés está disponible [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/rules18.pdf>> [fecha de consulta: 10-4-2017].

comenzar a investigar, los alumnos tomarán contacto con bases de datos locales e internacionales, revistas especializadas del país y del extranjero y sitios web que contienen información sobre los temas de la competencia.

Poco después los alumnos practican la escritura de piezas jurídicas, por ejemplo, memoriales, alegatos, sentencias, para lo cual es conveniente que comiencen por un esquema de los puntos que abordarán, lean textos elaborados por otros alumnos en competencias anteriores, luego preparen borradores que serán corregidos por los profesores, hasta llegar a un texto apropiado. En la elaboración de los textos se presenta también la cuestión de las notas de pie de página: el modo de hacer las citas en forma correcta y consistente.

Las competencias son una ocasión especial para la práctica de la argumentación oral, que también ha de desarrollarse gradualmente, ensayando primero parlamentos cortos, por ejemplo, la descripción de los hechos del caso, para pasar luego a los distintos argumentos jurídicos a fin de sostener la postura de la parte que se representa. Los alumnos aprenden a presentarse, cómo dirigirse al tribunal y a la contraparte, cómo expresarse correctamente y muchos aspectos más que hacen al desempeño de un abogado en el ejercicio profesional y, en particular, en una audiencia.

Hay un aprendizaje también del razonamiento legal, de la consistencia, de la argumentación apropiada, y detalles que, aunque puedan parecer menores, tienen mucha importancia, como el manejo del tiempo, el trato con la contraparte y con el tribunal, el respeto y la tolerancia a las opiniones distintas a las propias, el sometimiento a las reglas de actuación en la competencia y, por último, el manejo emocional de los éxitos y las derrotas.

## 6. LA INICIACIÓN DE LOS ESTUDIANTES EN LA INVESTIGACIÓN

Estimular la investigación es una de las funciones inherentes a la Universidad, para lo que se requiere apoyo a la tarea de investigación y también formación en la actividad.

Para aprender a investigar hay que comenzar a hacerlo y lo más apropiado es colaborar con un investigador y empezar a realizar las

tareas que el profesor indique. Por eso, el Programa de la Facultad de Derecho de alumnos adscriptos a la investigación nos parece un verdadero acierto. Si bien se trata de una tarea totalmente artesanal e individual, ya que cada docente solamente puede tener un alumno por cuatrimestre, nos parece de muchísima utilidad para el alumno.

El entrenamiento para las competencias tiene un componente fuerte de investigación, que permite que el profesor inicie en la investigación a un grupo de alumnos, que puede ser una docena, aproximadamente.

El docente va a indicar libros, revistas y bases de datos en los cuales pueda obtenerse información sobre el tema de la competencia. También va a concurrir con los alumnos a la hemeroteca, a la sala Multimedia para mostrar en forma directa cómo acceder a la información. Va a indicar trabajos simples en los que los alumnos se ejerciten en el modo de elaborar las citas bibliográficas y jurisprudenciales, ejercicio que continuarán haciendo los participantes al preparar sus textos jurídicos con las citas que correspondan.

## 7. EL DESAFÍO DE CONVERTIR A LAS COMPETENCIAS EN PROGRAMAS EDUCATIVOS A LOS QUE PUEDEN ACCEDER TODOS LOS ESTUDIANTES

Los enormes beneficios pedagógicos que proporciona el entrenamiento para una competencia no deberían quedar limitados únicamente a los alumnos seleccionados que participan en la etapa oral de la competencia y que viajan al país donde se desarrollan las audiencias. Desde nuestro punto de vista, estas grandes ventajas educativas pueden ser aprovechadas por un importante número de estudiantes si las Facultades de Derecho asumen las competencias como un programa educativo, con la participación de gran cantidad de estudiantes y profesores.

Pensamos que uno de los objetivos del programa educativo que podríamos denominar local debería ser promover más la cooperación que la competencia. Aunque tratándose de “competencias internacionales” lo expresado puede parecer una contradicción en sus propios términos, pensamos que para poder competir adecuadamente es necesario formar equipos que se capaciten y que se preparen para realizar un trabajo colaborador.

Como la resolución de un caso complejo genera una alta motivación, los métodos y procedimientos que se utilizan en las competencias pueden ser una forma interesante de comprometer a los estudiantes en la resolución de problemas, en el análisis legal y en la investigación jurídica, y en el desarrollo de sus argumentos sobre las cuestiones que se presentan en el caso.<sup>13</sup>

Las ventajas de la participación en competencias internacionales como método de enseñanza-aprendizaje del derecho están largamente demostradas por las experiencias de las últimas décadas en la esfera internacional. El desafío que enfrentamos los docentes y las universidades es utilizar el método de las competencias para que pueda ser extendido a todos los alumnos interesados y que no quede reservado a una "elite", que –aunque intelectual– no deja de ser una minoría.

La preparación y el entrenamiento para una competencia internacional puede ser encarado por las Facultades de Derecho como un curso anual o cuatrimestral o aún más breve que esté centrado en el caso de la competencia y que utilice los métodos mencionados; ambas fases de la competencia pueden ser desarrolladas en el curso, la preparación de los memoriales y el entrenamiento en la argumentación oral para las audiencias.<sup>14</sup>

Para aprobar esta materia que hemos llamado "Actuación en arbitrajes comerciales internacionales", será necesario que los alumnos realicen en forma satisfactoria un trabajo de investigación, con utilización de base de datos y otros recursos y un aprendizaje exhaustivo de redacción jurídica, que ha de incluir la correcta mención de las citas bibliográficas y de jurisprudencia, que se concretará en la presentación por escrito del memorial de una de las partes. En la segunda fase de la competencia, los alumnos trabajarán en la argumentación oral y en la simulación de su actuación en las audiencias. Quienes puedan cumplir

<sup>13</sup> GRAVES, Jack M. y Stephanie A. VAUGHAN, "The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: Making the Most of an Extraordinary Educational Opportunity", en 10 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 2/2006, pp. 173-206 [en línea] <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graves-vaughan.html#2>> [fecha de consulta: 10-4-2017].

<sup>14</sup> Sabemos que en muchas universidades europeas que participan en la competencia se utiliza esta modalidad.

satisfactoriamente estas dos etapas aprobarán la materia, con independencia de que resulten seleccionados entre los mejores alumnos para enfrentarse a las otras universidades.

Propusimos esta modalidad de trabajo en un curso de cuatro meses, optativo, que se denomina “Actuación en arbitrajes comerciales internacionales”, que dictamos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a partir del año 2014; junto con el profesor Guillermo Argerich y un grupo de jóvenes colaboradores, estamos comenzando a trabajar de este modo con los alumnos interesados.

La tarea que venimos desarrollando hace varios años, dirigiendo el entrenamiento de los alumnos que participan en la Competencia internacional de arbitraje, lo extendemos ahora a una cantidad mayor de alumnos. Estamos firmemente convencidos de que el trabajo como miembro de un grupo exige que los estudiantes logren una comunicación efectiva entre ellos, permite aprender y enseñar el entendimiento mutuo y la tolerancia, ayuda a escuchar opiniones y argumentos contrarios a los propios, esforzarse para explicar el razonamiento legal propio, captar y comprender rápidamente las opiniones de otros miembros y estar preparados para una réplica inteligente.

En síntesis, la participación en competencias internacionales es un excelente método de enseñanza-aprendizaje del derecho y al mismo tiempo un modo de iniciación en la investigación, que puede ser utilizado con grandes beneficios para los participantes y las instituciones universitarias.

Fecha de recepción: 22-11-2016.

Fecha de aceptación: 25-12-2016.

# El estudio y la enseñanza de la participación política no institucionalizada en la carrera de Abogacía: una mirada desde el Derecho Político

SEBASTIÁN SANCARI<sup>1</sup>

## RESUMEN

El presente trabajo pretende exponer los aspectos centrales de un enfoque analítico que puede posibilitar que los alumnos adquieran herramientas conceptuales y teóricas para la comprensión y el análisis crítico de un aspecto central de la dinámica de nuestra democracia contemporánea: la necesidad de incorporar como contenido programático una desagregación del concepto de participación política, a fin de evitar generalizaciones que no explican acabadamente la dinámica política contemporánea argentina y que dificultan asimismo los estudios comparados. El trabajo concluye con una propuesta de estrategia de enseñanza dirigida a que los contenidos teóricos puedan ser articulados y organizados sobre la base de ciertos ejes temáticos para que el alumno observe la dinámica participativa contemporánea.

## PALABRAS CLAVE

Enseñanza - Participación política.

<sup>1</sup> Carrera y Formación docente finalizada (UBA, Facultad de Derecho, 2006). Doctor en Derecho Político por la Universidad de Buenos Aires. Calificación de Tesis: Distinguido. Abogado, Licenciado y Magíster en Ciencia Política. Especialista en Derechos Constitucionales y Amparo (Universidad Castilla-La Mancha, España). Investigador Adscripto del Instituto Ambrosio L. Gioja (UBA). Profesor de posgrado y doctorado (UBA y UAI). Docente de Teoría del Estado (UBA). Mail: sebsancari@hotmail.com.

## **The study and teaching of non-institutionalized political participation in Law degree studies: a look from the Political Law**

### **ABSTRACT**

This work exposes the central aspects of an analytical approach that can allow students to acquire conceptual and theoretical tools for understanding and critical analysis of the concept of political participation, in order to avoid generalizations that do not exactly explain the contemporary Argentine political dynamics and cause difficulties in comparative studies. The paper concludes with a strategy of teaching in which the theoretical contents can be articulated and organized based on the thematic axes from which the students can observe the participatory dynamics of contemporary Argentina.

### **KEYWORDS**

Teaching - Political participation.

### **I. PLANTEO GENERAL**

Con miras a la actualización de su plan de estudios, nuestra Universidad ha fomentado en los últimos años la incorporación de aquellos contenidos educativos que estimulen la investigación y la adquisición de nuevos saberes. Ello significa una notable mejora en la calidad académica, dado que la generación de conocimientos y la exploración de nuevos campos del derecho aún poco estudiados en nuestro medio resultan ser una tarea apasionante tanto para el docente como para el alumno.

Iniciativas de tal tenor, sin dudas, estimulan la comprensión del funcionamiento de las instituciones desde un abordaje no solo normativo -imprescindible para la formación jurídica del futuro abogado-, sino también incorporando el valor agregado que significa el estudio de los conflictos, tensiones y prácticas sociales, que suelen tener hondas repercusiones institucionales. A la vez, alientan contextos de investigación y

descubrimiento, el pensamiento crítico en los alumnos, la reflexión individual y grupal, y el análisis histórico, holístico y prospectivo dinámico, en el marco de un proceso de enseñanza-aprendizaje que se involucra en la generación de procesos reflexivos y de construcción del conocimiento en el alumno.<sup>2</sup>

Actualmente –y luego de un fecundo derrotero académico–,<sup>3</sup> el Derecho Político es considerado como un área del conocimiento científico de observación y confluencia interdisciplinaria de aspectos jurídicos, sociológicos y políticos a fin de establecer vinculaciones entre el enfoque teórico y la experiencia histórica. En tal sentido, el programa de la asignatura Teoría del Estado permite el tratamiento de diversos enfoques académicos y de investigación, que pueden resultar apropiados no solo para comprender la organización del poder, sus mecanismos definitorios y sus distintas formas históricas, sino también el contacto directo con problemáticas propias de nuestro sistema político e institucional, como es el caso de determinados hechos y procesos sociales no objetivados normativamente. Ello responde a un interés por el estudio de esta área del derecho desde un análisis sistémico que considere a las instituciones, a los actores políticos y sociales, y a los procesos participativos en constante comunicación e influencia recíproca, conforme a una idea de una Ciencia de la Política y del Estado más general que resulte más apropiada a los requerimientos actuales del conocimiento científico, que debe desarrollar sus hipótesis y procurar su verificación empírica, para que los análisis cualitativos sean más sofisticados.<sup>4</sup>

Se posibilita así el razonamiento para comprender procesos sociales que se establecen en la sociedad civil y que son propicios para reflexionar sobre las posibilidades de expansión democrática y, centralmente,

<sup>2</sup> RESNIK, M. H. y M. A. PERÍCOLA, “La enseñanza de ‘Teoría del Estado’ en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 4, nro. 7, 2006, pp. 386-387.

<sup>3</sup> Sobre la recepción e interpretación del Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, puede consultarse: ARLOTTI, R., “Las primeras lecciones de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA”, en ORTIZ, T. (coord.), *Nuevos aportes a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2014, pp. 47-82.

<sup>4</sup> Cfr. BERCHOLC, J. O., *Temas de Teoría del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, cap. 1.

sobre la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente.<sup>5</sup>

En esta inteligencia, el presente trabajo pretende exponer los aspectos centrales de un enfoque analítico que puede posibilitar que los alumnos adquieran herramientas conceptuales y teóricas para la comprensión y el análisis crítico de un aspecto central de la dinámica de nuestra democracia contemporánea: me refiero a la necesidad de incorporar como contenido programático una desagregación del concepto de participación política, a fin de evitar generalizaciones que no explican acabadamente la dinámica política contemporánea argentina y que dificultan así mismo los estudios comparados. Una desagregación analítica que comprenda, como uno de los aspectos o características centrales de lo que suele entenderse como “participación política” en un sistema político democrático, a aquella del tipo “informal” o “no institucionalizada”, que suele desarrollarse en momentos no electorales o más allá de los mecanismos institucionales alternativos al sufragio.<sup>6</sup>

## II. LA DINÁMICA “NO INSTITUCIONALIZADA” DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Dentro de este marco analítico, es plausible trabajar en el aula el conocimiento de diversos aspectos aún poco explorados en nuestro medio que hacen a uno de los institutos jurídicos sobre los que se sustentan los derechos civiles y políticos que establecen la capacidad del ciudadano de participar en el sistema de gobierno y en sus instituciones: la participación política. Pero ¿de qué hablamos cuando nos referimos a la participación política? Para trabajar exhaustivamente esta cuestión debe desagregarse el concepto, para un mejor sustento metodológico y evitar así generalizaciones que no explican acabadamente la dinámica política. Esta desagregación analítica puede conducir a una delimitación epistemológica de la participación política que distinga entre la participación

<sup>5</sup> HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

<sup>6</sup> Puede profundizarse en esta cuestión en SANCARI, S., *La participación política en la Argentina contemporánea*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA-La Ley, 2016.

institucionalizada y la no institucionalizada. El criterio de distinción central entre las modalidades participativas institucionalizadas y otras que son *no institucionalizadas* o informales –las que, no obstante, bien pueden estar amparadas por derechos y garantías constitucionales que legitimen su ejercicio– es que las primeras suelen poseer una definición taxativa, en la norma que las consagra, sobre qué debe entenderse por tal modalidad, cuál es su objeto, su ámbito de aplicación, su finalidad y el procedimiento que debe realizarse para sustanciarlas. Incluso existe normativa en el derecho comparado que brinda una definición terminológica del acto participativo mismo, en los capítulos constitucionales reservados al ejercicio de los derechos políticos.

La participación “no institucionalizada” o informal, en tanto se canalice mediante formas de expresión pacífica, tiene amplia protección en el derecho público nacional e internacional, dado que supone el ejercicio ciudadano de derechos que son vitales para la subsistencia del sistema político democrático y que hacen a la libertad de expresión, de reunión, de asociación, de petición a las autoridades, y al libre flujo de opiniones e información. Sin embargo, su característica central es que no se encuentran normativamente reguladas en lo que hace a su objeto, su ámbito de aplicación, su finalidad y el procedimiento que debe realizarse para sustanciarlas. Lo que equivale a decir que las conductas llevadas a cabo por los actores que las ejercen *no están descritas en ningún plexo normativo ni son contempladas en algún procedimiento participativo específico*.

Realizadas estas aclaraciones conceptuales, cabe recordar que la región latinoamericana suele presentar escenarios de confluencia entre los ajustes económicos neoliberales implementados bajo la matriz del *Consenso de Washington* –y su consiguiente achicamiento del aparato estatal– junto con un avance en la institucionalización de espacios de participación ciudadana alternativos al sufragio, tales como la iniciativa popular, el presupuesto participativo, la audiencia pública, entre tantos otros. De forma tal que, por un lado, *el discurso jurídico recepta nuevos derechos y tiende a incorporar ciudadanía, mientras que, por otro, la planificación económica suele ir en sentido contrario, provocando exclusión y marginalidad*.<sup>7</sup> En

<sup>7</sup> Puede consultarse: ZAFFARONI, E. R., *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994. También: BORÓN, A., *Tiempos violentos: neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina*, Buenos Aires, Clacso, 1999.

la Argentina, junto con las formas de participación política no institucionalizadas propias de la década del 90 –centralmente, el movimiento piquetero y los múltiples movimientos de trabajadores desocupados– pueden identificarse al menos tres episodios centrales novedosos para el sistema político e institucional que fueron canalizadores de voluntades participativas durante la crisis y caída del gobierno de De la Rúa, en diciembre de 2001. Dicho período se caracterizó por el florecimiento de un complejo entramado participativo en la sociedad argentina; surgen múltiples expresiones de la sociedad civil en contextos de demandas sociales crecientes tanto hacia el poder político como hacia el andamiaje institucional democrático representativo que lo sustenta. Tal fue la magnitud de este ciclo de convulsión social, en un contexto signado por la atomización del poder político, que algunos doctrinarios se han referido a él como propio de un estado de *alienación legal*, queriendo describir con ello una situación en donde el derecho no representaría ya una expresión fiel de la voluntad comunitaria, pero frente a la cual quedaría igual sometida.<sup>8</sup>

Las formas de organización ciudadana alternativas a las institucionalmente establecidas han cobrado un creciente protagonismo en el sistema político argentino como expresión de episodios y modos de integración al colectivo que aparecieron en momentos de emergencia socioeconómica, desempleo, convulsión social y protesta generalizada, notoriamente luego de la crisis social y económica de fines de 2001.

De este panorama sobresalen tres formas de expresión que podrían caracterizarse brevemente de la siguiente manera: a) en tanto categoría eminentemente sociológica, el llamado *cacerolazo* nace como una forma de participación política urbana, espontánea, en principio pacífica, que consiste en manifestarse golpeando cacerolas y artefactos de cocina, ya sea desde el propio hogar, permaneciendo en la vía pública, o bien mediante movilizaciones colectivas hacia determinados sitios emblemáticos y sedes de los poderes del Estado (por ejemplo, Plaza de Mayo, Palacio de Tribunales, Congreso nacional, residencia presidencial de Olivos,

<sup>8</sup> GARGARELLA, R., “La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal”, en revista *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, 80, pp. 63-90.

domicilios de algunos funcionarios públicos); b) el *movimiento asambleario* nace como modalidad de participación política colectiva, urbana, pacífica; se inició en Capital Federal y luego se fue expandiendo en todo el país durante los días posteriores al derrumbe del gobierno de la Alianza. Las asambleas se constituyeron en espacios de debate emparentados al modelo de democracia participativa –procurando la “horizontalidad” en la toma de decisiones colectivas– e intentaron *conjuguar el interés barrial con el nacional*; c) la proliferación de *redes sociales* dedicadas a la promoción o defensa de derechos.

Los medios gráficos ocuparon un rol prioritario en el imaginario del mundo moderno, como informadores y formadores de opiniones. Esta imagen va desdibujándose merced al desarrollo de la tecnología aplicada a las comunicaciones. La circulación de información y opiniones a través de las redes sociales forma parte del entramado de *modalidades participativas individuales, preponderantemente anónimas y –en primera instancia– geográficamente indeterminadas*. Es incuestionable que el fabuloso crecimiento que ha experimentado Internet en el último decenio ha significado una verdadera revolución mundial en todos los órdenes, *extendiendo los alcances del concepto de ciudadanía y posibilitando nuevas vías de participación política. El acceso a Internet como un derecho humano* fue reconocido en junio de 2011 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU); dicho organismo declara que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión; *atentos al potencial de Internet para promover la realización de otros derechos* (educación, salud, trabajo, reunión y asociación, elecciones libres) *y la participación política*, así como facilitar el acceso a bienes y servicios.<sup>9</sup>

En cuanto a su proyección temporal, si bien en su momento constituyeron prácticas participativas novedosas y sintomáticas del descontento hacia la dirigencia política tradicional, lo cierto es que si observamos su posterior evolución, podemos apreciar su *consolidación* en los usos y costumbres participativos de diversos actores sociales –no solo en los sectores urbanos sino también en los rurales–, ya que la apelación al movimiento

<sup>9</sup> Consultado [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=848&>> [18-12-2011].

asambleario, a los cacerolazos y al uso de redes sociales ha tenido una continuidad significativa en diversos hechos y procesos sociales acaecidos durante los años subsiguientes a la crisis macrosocial de 2001, y ha estado dirigida a cuestionar políticas impulsadas por el Poder Ejecutivo. Es decir: la convocatoria a cacerolazos por las redes sociales, la toma de medidas a través del movimiento asambleario, movilizaciones, cortes de ruta, uso de redes sociales y foros de discusión en Internet.

Respecto del movimiento asambleario, un hito que merece ser remarcado en cuanto a la evolución son las asambleas en defensa del medio ambiente que se van conformando desde el año 2005, a raíz de la instalación de la planta de producción de pasta celulosa de la empresa finlandesa Botnia en territorio uruguayo (Fray Bentos) y sobre aguas del río Uruguay bajo jurisdicción argentina, así también aquellas que se pronuncian contra actividades como la megaminería o determinada explotación petrolera.

Ahora bien, luego deberían establecerse relaciones entre esta dinámica y otros ámbitos participativos institucionalizados para posibilitar una mejor comprensión de la faz “acumulativa” de acciones participativas, que pueden desarrollarse sobre un mismo eje: los actores de alguna actividad participativa “informal” pueden utilizar otra/s del mismo tenor y de forma contemporánea para canalizar sus demandas; en este sentido, el ejemplo más claro es el de aquellos que masivamente han acudido a la vía judicial y, al mismo tiempo, participado en cacerolazos, en asambleas, en foros de discusión en internet e incluso se han manifestado artísticamente, así como también puede significar una oportunidad de acceso a un compromiso participativo a mediano y largo plazo, ya sea en algún partido político o en algún movimiento, asociación u organización de la sociedad civil.

### III. REFLEXIONES FINALES

El marco teórico que sirve de guía para el aprendizaje de estos procesos participativos debe posibilitar en el alumno la articulación entre el pensamiento y la acción. Al respecto, parece plausible una estrategia de enseñanza dirigida a que los contenidos teóricos pueden ser articulados y organizados sobre la base de ciertos ejes temáticos para que el

alumno observe la dinámica participativa de la Argentina contemporánea. A modo de ejemplo, podrían citarse las siguientes cuestiones problemáticas en dos planos analíticos complementarios:

a) *REFERIDAS AL MARCO TEÓRICO*

- ¿Qué debe entenderse por participación política? Según la perspectiva teórica adoptada: ¿cuáles son los alcances político-institucionales de esta?
- ¿Cuándo los individuos se constituyen en actores sociales?
- ¿Quién participa, bajo qué modalidad/es y por qué motivaciones lo hace?
- ¿Qué condiciones se supone que conducen a la participación?
- ¿Existe alguna relación entre la participación y los desincentivos o incentivos, o costes y beneficios, para participar?
- El surgimiento de nuevas modalidades participativas no institucionalizadas por fuera de los carriles tradicionales: ¿representan ese aspecto de la tradición liberal de ejercicio de la libertad negativa del ciudadano frente al Estado o del ciudadano asociado a la defensa de los derechos subjetivos frente al Estado y a los demás ciudadanos? O, por el contrario, ¿son acaso la expresión del ideal participación plena de la ciudadanía en los asuntos de la *polis*; el ejercicio de la libertad cívica en su máxima expresión?
- ¿Pueden ampliarse los márgenes de participación ciudadana mediante el reemplazo de los ámbitos institucionales tradicionales por mecanismos de democracia directa tanto en la deliberación como en la toma de decisiones? ¿Puede la actividad política ciudadana mutar desde el campo convencional/electoral hacia formas “no convencionales” o, como se sugiere aquí, “no institucionalizadas”? ¿Cuál es el rol que en este proceso ocupan las redes sociales?
- ¿Hasta dónde puede extenderse en períodos no electorales el poder de elección y legitimación ciudadano de autoridades públicas?
- ¿Qué nivel de participación es deseable a fin de mantener la gobernabilidad en un sistema político democrático?

**b) RELACIONADOS DE MODO MÁS ESPECÍFICO CON EL SISTEMA POLÍTICO E INSTITUCIONAL ARGENTINO:**

- ¿Cuáles han sido las modalidades participativas que mayor protagonismo han tenido en la Argentina contemporánea? ¿Existe algún tipo de interacción entre ellas?
- ¿Quiénes han sido sus actores principales, el contenido y destinatario de sus demandas?
- ¿Cuál ha sido la receptividad (o capacidad de asimilación y respuesta), desde el poder político, hacia las diversas demandas sociales planteadas? ¿Existió alguna relación entre los niveles de participación y la receptividad del poder político?
- En este contexto, ¿cómo se han articulado las atribuciones del Poder Judicial en su vinculación con la ciudadanía?
- ¿Existe en la Argentina alguna relación entre desigualdad socioeconómica y participación? ¿Realmente los sectores económicamente marginados han sido apáticos en su voluntad participativa? Si no lo han sido, ¿mediante qué modalidades se han manifestado?
- La consagración de determinados instrumentos legales y normativos de promoción participativa, ¿dota a la ciudadanía de una mayor capacidad de incidencia en los procesos de elaboración o control de las políticas públicas?
- ¿Cuáles son las herramientas normativas que han contribuido a la ampliación de la participación y a su fortalecimiento?
- En relación con el plan y las modalidades de trabajo en el aula, las exposiciones docentes procuran que el alumno se familiarice, en primer lugar, con el análisis conceptual de la participación política, con sus modalidades y su diverso impacto en el sistema político e institucional. Dichos ejes temáticos pueden ser estructurados a través de una bibliografía específica, material audiovisual y filmográfico complementario propicio para ser integrado, luego, por debates y trabajos grupales en clase así como mediante cuestionarios a ser reflexionados mediante la realización de trabajos prácticos domiciliarios. De modo que se puedan incorporar así al proceso de enseñanza habilidades en el alumno dirigidas a la práctica investigativa tendiente a la generación de conocimiento

científico desde un enfoque integrador e interdisciplinario, en el que el análisis de lo normativo se vea enriquecido con estudios históricos y sociogenéticos, y con abordajes propios de la ciencia política y de los estudios institucionales. Incorporando, a su vez, análisis agregado fundado en estudios de campo y en la evidencia empírica disponible.

Fecha de recepción: 7-7-2015.

Fecha de aceptación: 23-11-2016.



# Actualidad universitaria



# Gobernar es igualar

## *Isonomía, oportunidades y justicia social en la Argentina<sup>1</sup>*

RAÚL GUSTAVO FERREYRA<sup>2</sup>

Nessun maggior dolore che ricordarsi del tempo felice ne la miseria...

DANTE ALIGHIERI, *Divina Commedia*,  
*Inferno*, Canto Quinto (123)

### RESUMEN

El Estado constitucional es la máxima instancia conocida para la ordenación política de una comunidad de individuos libres. Las dimensiones de la igualdad, con diverso significado y grado de reconocimiento, pretenden cobijar una determinada fundamentación del Estado, al equiparar por convención aspectos de las relaciones entre los hombres. La igualdad ante el Derecho significa una de sus fortificaciones. Un nuevo logro reside en la igualdad de oportunidades. Ambas son insuficientes porque no detienen la marcha regresiva del bienestar. La desigualdad creciente en la Argentina, donde casi el 60% de su población es pobre o vulnerable, exhibe la existencia de dos mundos: una ciudadanía política y una ciudadanía social. Los desposeídos, pobres y vulnerables, no disfrutan y no podrían disfrutar, con el actual estado de cosas constitucional, de una ciudadanía plena de justicia social. Nunca será posible destruir por completo la desigualdad social; se la puede disminuir continuamente. Un

<sup>1</sup> Agradezco la lectura del texto a los profesores Julio B. J. Maier, Leandro Vergara, Sebastián D. Toledo, Enrique J. Morales, José E. Schuh, Ricardo Rabinovich-Berkman y E. Raúl Zaffaroni, junto a su benévola atención y ulteriores comentarios.

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA; Doctor de la Universidad de Buenos Aires (rgferreyra@hotmail.com.ar).

progreso con justicia social se presenta como misión fundamental del Estado. La reducción del dualismo en los grados de la ciudadanía es propiciada con múltiples energías. Una puede provenir de un consenso básico, en nuevo auditorio regido por la Constitución federal en su proceso de variación. Mientras no se produzca un reparto más igual de los bienes que se deben a la naturaleza o a la industria, la lengua de las escrituras laicas será mejor comprendida por aquellos que conozcan los beneficios de una ciudadanía completa y perciban todas sus luces.

#### PALABRAS CLAVE

Estado constitucional - Soberanía del pueblo - Ciudadanía - Igualdad ante el Derecho - Igualdad de oportunidades - Desigualdad social creciente - Disminución de la pobreza - Justicia social - Reparto de bienes yacentes y futuros en una comunidad.

## **To Rule is To Equalize** *Isonomy, Opportunities and Social Justice in Argentina*

#### ABSTRACT

The constitutional State is the highest instance known for the political organization of the community of free individuals. The dimensions of equality, with different signification and degree of recognition aim to cover a certain grounding on the State, when they equate by convention aspects of the relationships between human beings. The equality before the law means one of its strengthenings. One new achievement: equality of opportunity. Both are insufficient because they do not prevent the regressive march of well-being. The growing inequality in Argentina, where almost 60% of its population is poor or vulnerable, shows the existence of two worlds: a political citizenship and a social citizenship. The deprived, poor and vulnerable people do not enjoy –nor could they– the current state of constitutional affairs, a citizenship filled with social justice. It will never be possible to completely destroy social inequality;

it can be continuously reduced. A progress with social justice constitutes a fundamental aim of the State. Decreasing the dualism in the degrees of citizenship is fostered with enthusiasm. It can come from a basic consensus, in a new auditorium ruled by the federal Constitution in its variation process. As long as a more equal distribution of natural or manufactured goods does not take place, the language of secular scripts would be better understood by those who know the benefits of complete citizenship and know all of its enlightenment.

## KEYWORDS

Constitutional State - Sovereignty of the people - Citizenship - Equality before the law - Equality of opportunity - Growing social inequality - Decrease in poverty - Social justice - Distribution of existing and future goods in a community.

## I. PRELUDIO

En 1852, Juan Bautista Alberdi, arquitecto de la constitucionalidad de la República Argentina, dogmatizó: "...La constitución debe ser hecha para poblar el suelo solitario del país de nuevos habitantes y para alterar y modificar la población actual".<sup>3</sup> Al relacionar la superficie de la Argentina con sus habitantes, por entonces menos de 1.000.000 de personas abrumadoramente analfabetas, se preguntó qué nombre merecía un país así conformado: "un desierto". Por consiguiente, ¿qué nombre habría de darse a la Constitución de ese país?: "La constitución de un desierto".<sup>4</sup> Dentro del cerco de su escritura siempre mantuvo un diálogo interno: "¿Cuál es la mejor constitución que conviene al desierto?": la que sirve para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible y se constituya una República en un "país poblado".<sup>5</sup> La tesis de su escritura política puede resumirse en su frase "gobernar es poblar".

<sup>3</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en América del Sud y del Tratado Litoral de 4 de enero de 1831*, 2ª ed., corregida, aumentada de muchos parágrafos y de un proyecto de Constitución concebido según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852, p. 195.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>5</sup> *Ibid.*

Toda escritura se desliza por intermedio de palabras que confieren su composición y movimiento. No ingreso aquí en la semántica ni en la morfología de la citada tesis de Alberdi. Sí, en cambio, me aprovecho en parte de su pura y endurecida sintaxis. Adopto como título para este texto “Gobernar es igualar”. Emprendo esta tarea desde una comprensión teórica con vocación constituyente. Es decir, de *constitutione ferenda* y no tanto de un gobierno ordinario. A la pregunta “¿cuál es la mejor constitución?”, respondo: la que se oriente de modo decidido, decisivo e imparcial a terminar con la desigualdad social<sup>6</sup> y a convertir a la República en un país de ciudadanos igualmente incluidos.

¿Qué jurista no ha reflexionado a menudo sobre la pobreza y las situaciones de vulnerabilidad o desamparo social? No existen consensos respecto de las técnicas de su medición; la diáspora de la teoría no ha logrado alimentar a las bocas de una multitud. No basta escribir “menos desigualdad” o “más igualdad social”. Según estimaciones formuladas hacia fines de 2015, más de un 25% de la población urbana<sup>7</sup> de la Argentina vive en situación de pobreza y casi un 35% se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.<sup>8</sup> Ellos, los desposeídos y vulnerables, no

<sup>6</sup> En este trabajo, “desigualdad social” o “desigualdad”, a secas, siempre se refieren a la “social”; en ambos casos se la distingue de la “desigualdad natural”. Por lo tanto, al referirme a la desigualdad producida por la naturaleza entre los hombres, en todos los casos empleo “desigualdad” siempre calificada de “natural”. Sobre aspectos fundamentales de la distinción, remito al lector, más adelante, a la Sección III.

<sup>7</sup> Más del 90% de la población total del país asume tal naturaleza.

<sup>8</sup> El Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) elaboró una “Matriz de Pobreza Multidimensional” que articula el espacio de Bienestar y el espacio de Derechos. Según esta metodología, la población es pobre si sufre de privaciones tanto en el espacio de Bienestar (por ingreso) y, al mismo tiempo, en el espacio de Derechos (al menos una privación en acceso a niveles básicos de alimentación, salud, servicios públicos, vivienda digna, recursos educativos y empleo estable y seguridad social). En caso de que solo se sufra de carencia en una de las dos dimensiones, el hogar es considerado en situación de vulnerabilidad en la dimensión afectada. Muestra proyectada sobre total de población urbana: pobreza multidimensional, 25,6% (extrema, 5,3%; no extrema, 20,3%); vulnerables por carencias, 28,2%; vulnerables por ingresos, 3,4%; subtotal pobreza + vulnerabilidad: 57,2%; no vulnerables por carencias ni por ingresos, 42,8%; *Evaluación de la pobreza urbana desde un enfoque multidimensional basado en derechos: 2010-2015*, Agustín Salvia (coordinador del estudio), Juan Ignacio Bonfiglio (investigador responsable), Buenos Aires, UCA-ODSA, marzo de 2016, disponible [en línea] <<http://>

tienen conocimiento acabado sobre lo que sucede ni se percatan de aquello que no conocen. “Por lo tanto, se produce una suerte de alienación con respecto a las instituciones”, porque, con legitimación suficiente y extendida, los ciudadanos vulnerables “sienten que nada funciona para ellos”.<sup>9</sup>

Nunca existió ni existirá una sociedad igualitaria, con plena igualdad en todos los bienes sociales. Nunca se extinguirá por costumbre natural la desigualdad entre los hombres, cuyas fuentes principales y más odiosas, repugnantes y abominables, son la pertenencia a una etnia, el sexo, la edad o la clase social.<sup>10</sup> Las constituciones poseen, en general, pretensiones sobre las que fundar una cierta idea de eternidad; la de la Argentina en el siglo XIX: una república “esencialmente comercial y pastora”.<sup>11</sup> A lo largo de la historia, se ha maximizado la concentración de la riqueza (tanto la yacente como la creada) y se ha descuidado, con dolo o negligencia, el crecimiento de la pobreza y la vulnerabilidad poblacional. Actualmente, en 2016, la población de la Argentina supera los 43.000.000 de habitantes;<sup>12</sup> la singularidad de la situación que aquí se denuncia –pobreza y vulnerabilidad– aflige a más de la mitad de ellos. Si bien semejante desgarró no será curado solamente con normas, ellas constituyen un corpus de prescripciones sobre la negación o la afirmación de la justicia social.

En las secciones subsiguientes, describo los fundamentos del Estado constitucional, conjugación en la que adelanto el rol de la igualdad como línea rectora. A continuación, presento una serie de criterios sobre la

[www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Obs-Informe-Pobreza-Multidimensional-2010-2015.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Obs-Informe-Pobreza-Multidimensional-2010-2015.pdf) [Consultado el 3-9-2016].

<sup>9</sup> CHOMSKY, Noam, *The Prosperous Few and the Restless Many*, The Real Story Series, Berkeley, CA, Odonian Press, 1993, disponible [en línea] <<https://chomsky.info/prosperous01/>> [Consulta: 3-9-2016]; del mismo autor, “Pocos prósperos, muchos descontentos”, en *Cómo funciona el mundo: Conversaciones con David Barsamian*, Buenos Aires, Katz-Capital Intelectual, 2015, p. 91.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1993, p. 93.

<sup>11</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *op. cit.*, p. 23.

<sup>12</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Estimaciones y proyecciones de población 2010-2040: Total del país*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto Nacional de Estadística y Censos-INDEC, 2013, p. 28, disponible [en línea] <[http://www.indec.mecon.ar/nuevaweb/cuadros/2/proyeccionesyestimaciones\\_nac\\_2010\\_2040.pdf](http://www.indec.mecon.ar/nuevaweb/cuadros/2/proyeccionesyestimaciones_nac_2010_2040.pdf)> [Consulta: 3-9-2016].

igualdad en el propio cuerpo normativo del sistema de la Constitución federal de la Argentina (en adelante, CF). Este panorama se integra con la mostración de un relativo fracaso de las enunciaciones normativas sobre el proceso de la igualdad constitucional, actualmente en vigor, en especial, por su insuficiencia. Sin adelantar la conclusión, normativamente, en materia de justicia social, el problema lo constituye más la ausencia de reglas, es decir, la “laguna”, antes que la segura y correspondiente ineficacia de las vigentes. Luego elaboro un *Prospectus* sobre política constitucional que, llegado el momento constituyente, podría legitimar la extirpación del mal, esto es, erradicar la pobreza.

Advierto que el ámbito de comprensión se dedica a dimensiones del principio de igualdad en la CF. Despliego ideas sobre criterios que juzgo eminentes del principio constitucional, no en todas sus prescripciones regulativas,<sup>13</sup> y sin evaluar las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) con jerarquía constitucional,<sup>14</sup> ni considerar a las legales, por razones de espacio. En el discurso predomina el enfoque normativo, dado que el objeto de estudio –ora en la descripción, ora en la prescripción– son prevalentemente normas.

## II. ESTADO, CONSTITUCIÓN E IGUALDAD

El Estado, en América Latina, debiera ser la casa común de sus ciudadanos, cuya soberanía<sup>15</sup> resulta inherente e indiscutida, por la definición que ejercen la mayoría de sus respectivas “escrituras laicas”.<sup>16</sup> La máxima y libre instancia de asociación política de los ciudadanos debiera

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, no resulta objeto de tratamiento la admisibilidad de todos los habitantes en los empleos sin otra condición que la idoneidad; tampoco, la determinación constitucional de que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Ambas ordenaciones se encuentran prescritas en el art. 16 de la CF.

<sup>14</sup> Sobre el particular, ver las menciones en torno al catálogo de reglas sobre igualdad constitucionalizadas del DIDH (Sección II y Sección III.C), que se escogen paradigmas.

<sup>15</sup> Art. 33, CF: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>16</sup> Se parafrasea a Diego Valadés, según su feliz acuñación “Una Constitución... también es el libro laico de un pueblo” (VALADÉS, Diego, “¿Qué hacer con la Constitución?”, en *Reforma*, México, 2-2-2016).

integrarse con cuatro elementos: un territorio, su población, el poder y su constitución. Los Estados soberanos de América Latina asumen una constitución republicana para disponer su fundamento.<sup>17</sup> La constitución captada de este modo, como cuarto elemento estatal, significa un “programa”<sup>18</sup> que se asume, desde luego, como afirmación capital.

Es sabido que la constitución puede aislarse para su estudio dogmático. Además de su enfoque interno, también existe un enfoque o comprensión externa: el propio modo en que la constitución fundamenta al mundo propiciado por los otros tres elementos del Estado, o el Estado a secas. La fundamentación constitucional del Estado puede cumplirse por intermedio de cuatro reglas de realización progresiva: subordinación, variación, distinción y acción de los derechos fundamentales, que poseen diferente contenido.<sup>19</sup>

La regla sobre la acción de los derechos fundamentales significa que, con su inserción y despliegue en las constituciones, estos deben realizar una reglamentación donde se los concibe como derechos subjetivos, pero también como reglas objetivas del sistema; es decir, en este último caso, líneas determinantes de acción que deberían asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. En este sentido, la gramática sobre la regla respecto de la acción de los derechos fundamentales conjuga dos escenarios: uno, en el que cada uno de sus derechos están llamados a cumplir un papel directivo del orden jurídico, esto es, la finalidad del poder constituyente para la reglamentación propia de la fuerza estatal; otro, en el que se desempeñan como derechos subjetivos fundamentales. Desde

<sup>17</sup> La materia ha sido estudiada, y se remite en homenaje a la brevedad, por FERREYRA, Raúl Gustavo, “Manifiesto sobre el Estado constitucional. Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la comunidad estatal”, 1ª parte, en *Revista de Derecho Público*, nro. 10, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 37-124 (Id SAIJ: DACF150418); *idem*, 2ª parte, *Revista de Derecho Público*, nro. 11, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 109-182 (Id SAIJ: DACF160051).

<sup>18</sup> Peter Häberle, en 1982, anunció su tesis, pieza a pieza, en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (“la Constitución como cultura”). La tesis se reitera en “La constitución en el contexto”, en *AIJC*, CEPC, Madrid, nro. 7, 2003, pp. 223-245. Adviértase que en este escrito resuelvo deslizar a la constitución como un “cuarto elemento”, simplemente, sin ahondar en la inherente proyección “cultural” de la tesis del profesor alemán para nuestro “contexto” latinoamericano.

<sup>19</sup> V. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Manifiesto sobre el Estado constitucional...”, *op. cit.*

esta perspectiva teórica, los derechos fundamentales son “reglas directivas” –un mapa indispensable, insustituible y orientador para el ejercicio del poder del Estado– y reglas subjetivas o contenidos de un derecho subjetivo.

En este estudio dedicado a la igualdad, uno de los despliegues de la regla sobre la acción de los derechos fundamentales, prevalece su consideración como directiva o “norma de principio”,<sup>20</sup> que, bajo cualquier denominación, ciertamente se presenta como una de las condiciones para la paz relativa de una comunidad determinada. La CF contiene una descripción del estado de cosas mencionado, es decir, un estado de cosas deseado por el legislador constituyente sobre los derechos fundamentales. En particular, estas prescripciones se encuentran en la Primera Parte, en su Capítulo Primero: “Declaraciones, derechos y garantías”; en su Capítulo Segundo: “Nuevos derechos y garantías” y en la Segunda Parte, en su Título Primero, Sección Primera, Capítulo Cuarto: “Atribuciones del Congreso”, instrumentos del DIDH con jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> GUASTINI, Riccardo, “Breve lección sobre la igualdad”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nro. 4, Madrid, 2013, pp. 33-41.

<sup>21</sup> Por intermedio de la reforma constitucional de 1994, se dispuso en el art. 75, inc. 22: “Corresponde al Congreso (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

En 1997 se otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En 2003, semejante jerarquía a la Convención sobre

En el cuerpo de la CF se reglamentan los siguientes derechos: 1) a la vida; 2) de libertad; 3) de igualdad; 4) políticos; 5) de propiedad “sin contemplar su inherente función social”; 6) sociales; 7) de incidencia colectiva y 8) el contrato generacional ambiental. A esta composición de ocho voces se unen, con igual jerarquía constitucional, los “derechos no enumerados” y también aquellos cuya nomenclatura yace en los catorce instrumentos<sup>22</sup> que gozan de la mayor estatura jurídica en la Argentina.<sup>23</sup> Unos (el “noneto” descrito en la CF) y otros (descritos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia) congloban un nuevo sistema, el sistema de la CF. En su conjunto, intentan justificar el accionar del Estado y el de los ciudadanos entre sí.

Las piezas sobre derechos fundamentales pueden ser simplificadas o quedar resumidas en la majestuosa invención de 1789: libertad, igualdad y fraternidad. Allí se creó, con naturaleza positiva y sin abstracciones, la “literatura universal”<sup>24</sup> sobre los derechos fundamentales. Así, en el artículo I de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se dispuso para siempre: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”. Más allá de virtuosas clasificaciones, la traza sobre derechos

la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Por último, en 2014 se dispuso otorgar jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>22</sup> Ver su detalle en la nota al pie que antecede.

<sup>23</sup> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo; arts. II y XII a XVII; XXIX, XXIII y XXXV); Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo; arts. 1º, 2º, 4º, 7, 10, 21, 23, 25, 26 y 28); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Preámbulo; arts. 1º, 2º, 6º, 8º, 13, 17, 23, 24 y 26). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Preámbulo; arts. 1.2, 2º, 3º, 8º, 14, 20, 24, 26 y 27). La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 1º a 7º). La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1º a 16). La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (arts. 1º y 2º). La Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1º a 4º, 30 y 31). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 1º, 3º a 7º, 9º, 12, 16 y 17). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es individualizado más adelante, en la Sección III.C.

<sup>24</sup> HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998, p. 34.

fundamentales, 227 años después, aún reposa en la célebre trilogía, porque cada generación contemporánea es beneficiaria de todos los instantes de 1789.

El hecho de que la constitución, con sus fundamentos, arraigue y justifique al Estado no significa que dominará a la persistente desigualdad. Porque se puede legislar con ligereza, en cuyo caso sus normas serán ineficaces. Sin embargo, también la ineffectividad puede provenir de la pestilente indolencia de los servidores públicos. Reconocer la insuficiencia de las reglas sobre igualdad comprueba la existencia de un problema: un vacío en el Derecho constitucionalizado que la teoría podría rellenar. Los problemas constitucionales, además de su propia entereza y hechura en el ámbito del saber dogmático, son paralelamente un problema político, dado que hacen a la ordenación de la sociedad. Por lo tanto, la teoría normativa debería enfrentarlos, aun con el riesgo del pálido desenfreno, languidez o utopía de sus proposiciones. En consecuencia, cuanto pueda realizar el instrumento constitucional por la igualdad de sus habitantes –apoyado por la teoría– resulta un asunto vital, en razón de la naturaleza fundamental que constituyen sus reglas para el bienestar general de la acción estatal y, principalmente, la ciudadana.

### III. CRITERIOS SOBRE LA IGUALDAD

El Estado argentino encuentra fundamento en la escritura más antigua de las latinoamericanas en vigencia. El artificio fue inventado en 1853 e impuesto desde entonces con reformas en 1866, 1898, 1957 y 1994. Nació a mediados del siglo XIX en el marco de un débil, fragmentado y casi inexistente acuerdo comunitario; una oligarquía fue la que impuso un orden en su beneficio.

Desde 1853, el Preámbulo enuncia, de modo invariable, seis objetivos: “constituir la unión nacional”, “afianzar la justicia”, “consolidar la paz interior”, “proveer a la defensa común”, “promover el bienestar general” y “asegurar los beneficios de la libertad”. Ahora bien, es preciso observar que el objetivo de la paz constituye el fin mínimo del orden jurídico que requiere de la libertad y de la igualdad (“bienestar general”)<sup>25</sup> como condiciones necesarias.

<sup>25</sup> La CSJN, integrada por conjueces, dispuso que el objetivo preeminente, según determina el Preámbulo, es lograr el “bienestar general”, la justicia en su más alta

Tal como anticipé en la sección I, mantengo la utopía rousseauiana de que el “pacto fundamental” (la “constitución”) sustituya con una igualdad “social” lo que la naturaleza haya establecido de desigualdad física entre los hombres, para que así quienes sean desiguales en fuerza o en talento se conviertan en iguales por convención y Derecho. Además, con cordura inigualable, Jean-Jacques Rousseau advirtió que, bajo los malos gobiernos, esta igualdad no era más que aparente e ilusoria, porque sirve para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. Desde su enfoque, las leyes son siempre útiles a los que poseen y perjudiciales a los que no tienen nada. Por ello, el Estado social solo es ventajoso para los hombres si “todos poseen algo” y ninguno de ellos tiene demasiado.<sup>26</sup>

El principio de igualdad, tal como planteo más adelante, es una regla constitucional cuya naturaleza convencional puede tener diferentes dimensiones en su regulación específica. El principio de igualdad nace y se desarrolla porque la desigualdad entre los hombres es un verdadero mal. La igualdad, en tanto convención humana, daría la ilusión de una convivencia pacífica, ya que cada uno sería respetado y tratado con fundamento en la indisponible y dignísima identidad que hace de cada hombre un ser único, irrepetible, singular e insustituible. Sin embargo, no alcanza ser tratados igualmente con abierto y fundamental respeto a nuestras diferencias por el orden jurídico, aun con el escrutinio más riguroso. También constituye un horizonte de proyección la eliminación o reducción de la desigualdad social a la que, en general, no se le ha prestado mayor atención.

Hoy, en la Argentina, se aprecia la serenidad de una paz relativa, luego del genocidio despiadado contra los indígenas durante el siglo XIX, en la denominada “Conquista del Desierto”, y el perpetrado por el terrorismo de Estado a manos de una dictadura militar –apoyada por civiles– durante el siglo XX (24-3-76/10-12-83). Transcurridos más de

expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad entre los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de ellos participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (*in re* “Miguel A. Berçaitz”, CSJN, 13-9-74, Fallos: 289:430).

<sup>26</sup> ROUSSEAU, Jean-J., *Du contrat social ou Principes du Droit Politique*, París, Flammarion, 2001, p. 60.

160 años desde la fundación constituyente de la Argentina, sus determinaciones abstractas, amén de sus reformas, han convertido a la CF en un bien comunitario indispensable. Tal “naturaleza colectiva”<sup>27</sup> de la CF como bien jurídico la convierte en la norma procesal más distinguida para la concreción, desarrollo y organización de una paz objetiva y relativa. “Todos sus [habitantes] poseen algo”: la paz; sin embargo, no se han producido sucesivas aproximaciones para eliminar o amortiguar la desigualdad social en el resto de los bienes. No es una revelación secreta: existe un desequilibrio cuya corrección corresponde a gobernantes y también a sus ciudadanos.

La desigualdad social es una deuda pendiente que martiriza el presente y configura un futuro lleno de desventajas para la mayoría de sus habitantes. Mundialmente, confrontan dos modelos de comunidad que se intentan configurar y pugnan, la mayoría de las veces, entre sí: una comunidad incluyente, con ciudadanos, cuyo horizonte de proyección lo constituye determinada igualación; y otra excluyente, con una ciudadanía de baja o nula intensidad para los desposeídos y de alta intensidad para aquellos que disfrutan del conjunto de las ventajas.<sup>28</sup> Esta situación se observa en la Argentina desde hace muchos años. Nuestro país no dispone de un criterio de justicia social que, con fundamento constitucional, concrete el trato igualitario a los iguales y el trato desigual a los desiguales. Si mi posición no fuese consistente, casi el 60% de sus habitantes no debería encontrarse –como se encuentra– en situación de pobreza o vulnerabilidad social.

#### A. INVENTARIO SOBRE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL EN LA ARGENTINA

La libertad es el gen de todos los derechos fundamentales, porque todos los derechos derivan de la libertad o la libertad es su fuente de nutrición. La igualdad en la libertad es la libertad jurídica que capta la CF en su art. 19. En rigor, no se trata de una constitución igualitaria sino liberal, en el sentido de que su finalidad originaria es la expansión y protección de la libertad. Los constituyentes, en 1853, edificaron un

<sup>27</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *La constitución que dura*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 22.

<sup>28</sup> V. ZAFFARONI, E. Raúl, *El Derecho en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015, p. 49.

Estado liberal, con intervención mínima en la orden de reparto y adquisición de bienes en la economía.

Si bien desde luego no rechazo el igualitarismo, la CF, en su texto y edición príncipe, simplemente iguala a “algunos en alguna cosa”: paz y libertad. Esta comprensión condice con una versión no igualitaria de la comunidad en su conjunto, desde que se encuentra bien lejos de una posición igualitaria y utópica, determinada, por ejemplo, por una “igualdad entre todos en todo”. Interpretar que la CF fuese igualitaria no coincidiría con su normatividad específica. Juzgo desgraciada la modesta referencia al igualitarismo. Los personajes principales de la “novela constitucional”, los ciudadanos, se orientan a un mundo jurídico básico en el que cada uno de ellos queda asignado a su suerte, antes que a sus necesidades.

Jurídicamente, la igualdad entraña una singular relación entre los individuos, cuyo sumario o contenido puede tener los más diversos elementos. Por tal razón, en la escritura constitucional, el contenido de la igualdad siempre requiere la determinación mínima sobre dos inquietudes preliminares: ¿igualdad entre quiénes? e ¿igualdad en qué?<sup>29</sup> Sin la estipulación de relaciones formales, sin la determinación de un contexto, difícilmente pueda predicarse, en abstracto, sobre la igualdad. Así, la petición por la igualdad significa postular sobre la naturaleza y contenido de las relaciones que deberían constitucionalizarse entre los diferentes individuos que constituyen la comunidad. Porque los seres humanos somos de hecho desiguales, la igualdad es un bien para los componentes individuales de una totalidad comunitaria.

En las constituciones, la igualdad se instituye por, al menos, tres especies de normas: ante la ley, de oportunidades y sustancial. Esto es apenas una tipología, dado que, en tanto hecho cultural, cada uno de estos tipos se encuentra separado por un abismo, muchas veces insalvable, y, al mismo tiempo, al ser individuados encierran dentro de sí mismos un determinado grado de igualdad. Llamo la atención sobre el “tipo”; así, en virtud de la “igualdad frente al Derecho”, tanto el rico como el pobre serán tratados con la misma regla. Esta isonomía<sup>30</sup> basta

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 54.

<sup>30</sup> Recuérdese, sobre el particular, un magnífico texto de Eurípides: “...Nada hay más enemigo de un Estado que el tirano. Pues, para empezar, no existen leyes de la

para mantenerlos en la órbita de sus condiciones existenciales, pero es abiertamente insuficiente para proveer alguna aproximación a una igualdad sustancial sobre algunos bienes objeto de reparto o distribución comunitaria. Gracias o por influjo de la isonomía, el rico seguirá disfrutando de toda su riqueza y el pobre hará lo que pueda para vivir su pobreza material. Por su parte, los “grados de la isonomía” permiten observar un ejercicio cuidado y riguroso respecto del tratamiento de los individuos más y menos aventajados que viven en la comunidad, en el igual trato ante la ley que cada uno de ellos debería recibir.

## B. IGUALDAD ANTE LA LEY

Desde 1853, la ley fundamental de la Argentina, en su art. 16, recoge la primera de las especies: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley”. Por su parte, en el art. 15 se abolió la esclavitud y se criminalizó la compraventa de personas, con propiedad terminante y desde la positividad constitucional.<sup>31</sup> La directiva “igualdad ante la ley”<sup>32</sup> configura una aserción enérgica; en principio, pareciera que dirigida al legislador constituido. Sin embargo, cuando se escarba, la directiva debe ser extendida frente a todo el aparato del Estado; no debe quedar restringida a la configuración del legislador, ya que el Derecho es el prototipo del producto estatal. También se debe extender a la realización jurídica ante

comunidad y domina solo uno que tiene la ley bajo su arbitrio. Y esto no es igualitario. Cuando las leyes están escritas, tanto el pobre como el rico tienen una justicia igualitaria. El débil puede contestar al poderoso con las mismas palabras si le insulta; vence el inferior al superior si tiene a su lado la justicia” (*Tragedias*, II, Suplicantes, Madrid, Gredos, 2008, p. 41).

<sup>31</sup> Art. 15, CF: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución [9 de julio de 1853]; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

<sup>32</sup> Se observa, más adelante, que la CF, con el DD. HH. de jerarquía constitucional, congloba el sistema de la CF. El art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, por ejemplo, contiene una prescripción más elocuente y abarcadora: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

la administración y ante la jurisdicción; al igual que entre particulares, en la medida de lo razonable.<sup>33</sup>

Resulta más adecuada la siguiente afirmación: “igualdad ante el Derecho”. Pese a que se trata de una ordenación dirigida a regir entre todos, los servidores públicos (Poder Ejecutivo, legisladores y jueces) son quienes, a menudo, se encuentran irracionalmente dispuestos a discriminar sin justificación o sin ejercer un elemental escrutinio riguroso. En suma, el Derecho, instrumento para la ordenación de la comunidad, por definición instituida para la configuración de una República, resultará igual para todos los habitantes. Por ello, quedan discriminadas, por inconstitucionales, las distinciones efectuadas o no eliminadas por cualquier servidor público, sin fundamentos objetivados en el Derecho o que carezcan de tales en el propio orden jurídico sobre determinación de la conducta humana.

La igualdad en el Derecho implica, en principio, que en cada ser humano se ha de conferir reconocimiento a un sujeto jurídico con semejante e inherente titularidad y capacidad. El Derecho es, originalmente, igual para todos, siempre que no exista una razonada fuente para discriminar. Se trata, sin dudas, de una simplificada igualdad excluyente de cualquier discriminación no objetivada en el orden jurídico ni justificada, aunque restringida, ya que comporta “igualdad” de trato dentro del propio Derecho objetivado.<sup>34</sup>

La prohibición subyace detrás del escenario del art. 16 de la CF: tratar de modo desigual ante igualdad de condiciones jurídicas. No se anula la posibilidad de formular distinciones razonables; tampoco significa que

<sup>33</sup> V. ROSATI, Horacio D., *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 186.

<sup>34</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Argentina dictó su primer pronunciamiento en 1863. En materia de igualdad ante la ley, doce años más tarde, al confirmar una decisión de la justicia federal, sus jueces expresaron en la causa “Olivar”: “...El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza o interés social” (*Fallos*: 16:118, con las firmas de S. del Carril, F. Delgado, J. Barros Pazos, J. B. Gorostiaga y J. Domínguez, 1-5-75).

el Derecho debe considerarnos del mismo modo, si no estamos en semejantes condiciones. Será natural que el Derecho haga distinciones. Eso significa que los individuos emplazados en situaciones semejantes, en iguales circunstancias, que se encuentren dentro de un marco semejante, deben ser, imperativamente, tratados del mismo modo. Si el Derecho contempla en forma distinta situaciones que son iguales objetivamente, hay razones suficientes para peticionar la inconstitucionalidad, porque constituye una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la CF.<sup>35</sup>

La isonomía tiende a que se realice un trato semejante, fundamentalmente, por parte del Derecho del Estado. Puesto el Derecho en el mundo –en concreto, la constitución de una República–, los hombres deben ser tratados por igual y su destino respecto del trato igualitario debe ser semejante. Siempre que se encuentren en semejantes condiciones, el principio elimina el tratamiento irrazonable que se dispense a los habitantes que compartan las mismas circunstancias. Una república solo puede ser una república de seres humanos iguales. No hay república si se ha de conferir un trato desigual, en condiciones similares, a los hombres ante el Derecho.

La juridicidad estatal, dadas las condiciones de trato semejante, debe ser igual para todos los hombres, quienes deben ser igualmente tratados con arreglo al Derecho creado o a crearse con fundamento y derivación constitucional. Sin embargo, la igualdad ante el Derecho no resuelve la igualdad en las oportunidades sociales que podría tener el individuo. Tampoco la justicia social. Quienes dominan el aparato productivo de un Estado, por regla, tendrán mayores posibilidades para generar las normas del Derecho; también, por lo general, en su propio beneficio o provecho insolidario. La isonomía, por lo tanto, indicará una igualdad ante las normas jurídicas producidas en el Estado constitucional y que se deben acatar, pero en un marco de desigualdad y exclusión comunitaria creciente, por una razón evidente: en este caso, la desigualdad social delimita la liberación del aparato estatal, pero no la sumisión al aparato productor de riquezas.

Por las razones expuestas, no trato todas las manifestaciones constitucionales de la igualdad. Aquí solo menciono que en el mismo art. 16 de la CF se han eliminado de la República las prerrogativas de sangre y de

<sup>35</sup> *In re "Martínez"*, CSJN, 6-6-89, *Fallos*: 312:826.

nacimiento, los títulos de nobleza y los fueros personales; aunque yace implícito que “no se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”. En este último aspecto, vale destacar el mérito del pensamiento original expresado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (en adelante, CPEUM 1917), en su art. 12, que sí fue un paso más allá.<sup>36</sup> En el art. 16 de la CF se prescribe, además, que todos los habitantes son “admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, y que la “igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.<sup>37</sup>

### C. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Constituye la segunda de las especies del género “igualdad”. Por su intermedio, se intenta emplazar en posiciones semejantes a determinados individuos de una comunidad respecto de bienes significativos. Se trata de una igualdad de puntos de partida o puestos de arranque de determinada competencia respecto de bienes. Los participantes de este “juego comunitario” sobre un –concreto o abstracto– reparto de bienes tendrían semejante chance porque, por definición constitucional, “todos” los que participen lo harían desde la misma línea de comienzo. Desde luego, la enorme flaqueza del principio de igualdad de oportunidades radica en el hecho de que, por regla, no se determinan, a su vez, otras normas indispensables para considerar la igualdad real y efectiva en las propias posiciones de partida. Hay igualdad de oportunidades respecto del juego, pero no existen reglas que afirmen o posicionen a los desiguales para concretar, sin discriminaciones, el mismísimo comienzo de la competencia. Aunque la oportunidad será la misma en la competencia, ¿cómo se accede a la mismísima oportunidad?

La igualdad de oportunidades, en forma parcial, recién se introduce con la reforma constitucional de 1949,<sup>38</sup> en cuyo *Preámbulo* se instituyó

<sup>36</sup> Véase art. 12, CPEUM: “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”.

<sup>37</sup> Sin perjuicio de lo argumentado en la Sección I, “Advertencia”, un brevísimos apunte se puede leer, más adelante, en el punto IV.C, “Entreacto. Tributación y dominio de los recursos naturales”, “Primero”.

<sup>38</sup> Básicamente, por intermedio de esta variación se constitucionalizó en la Primera Parte, “Principios fundamentales”, Cap. III (“Derechos del trabajador, de la familia, de la

la “irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa”. La ley fundamental de 1949 ya no existe, pero en sus palabras se asentaron conmovedores aspectos de su presente y, sobre todo, un testimonio para el porvenir del constitucionalismo social.<sup>39</sup>

Quizá, por la consistente razón de que nada ni nadie puede vivir eternamente, la cruda desigualdad social prohiada por la CF, según su texto de 1853-60, tuvo un paliativo en 1957. Entonces, la expansión constitucional que se produjo, por la incorporación del art. 14 bis, sensibilizó aspectos de la desigualdad de hecho e introdujo un papel más activo del Estado, en particular sobre el contrato de trabajo y la seguridad social. En su primer apartado se establece:

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador (...) condiciones dignas y equitativas de labor (...) retribución justa (...) igual remuneración por igual tarea” (...) [y] participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección.

En la CF 1853-60, el trabajo, actividad decisiva en la vida del individuo y en el desarrollo de la comunidad, fue contemplado desde la natural desigualdad de las partes contratantes y, por ello, librado a la imposición del patrono. La ausencia de normas protectorias del trabajo fue juzgada, con acierto, como una verdadera y genuina imperfección<sup>40</sup> de la CF de 1853, a la que se le debía suministrar un remedio suficiente.

ancianidad y de la educación y la cultura”) y Cap. IV (“La función social de la propiedad, el capital y actividad económica”). Sobre bibliografía vasta, puede leerse “Diálogo sobre la Constitución de 1949. Entrevista al Dr. E. Raúl Zaffaroni”, en *Revista de Derecho Público*, nro. 11, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, pp. 284-307.

<sup>39</sup> En 16-9-55 fueron derrocadas las autoridades constitucionalmente elegidas por un golpe militar apoyado por civiles. El 27-4-56, el gobierno provisional “de la Nación Argentina, en ejercicio de sus poderes revolucionarios”, por intermedio de una proclama con fuerza obligatoria, declaró vigente la Constitución federal sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieren quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16-9-55.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los defectos sociales de la Constitución de 1853*, Buenos Aires, Claridad, 1933, pp. 57-59.

En el segundo apartado del art. 14 bis adquiere ciudadanía el derecho a convenios colectivos de trabajo. Más adelante, en el tercer y último apartado del art. 14 bis, se define que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”. Además, se remite su desarrollo a la “ley”, que “establecerá: el seguro social obligatorio (...) jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Las reglas consagradas en el art. 14 bis constituyen un protocolo de corrección, bien limitado, respecto de la CF de 1853, y dieron cierta cobertura a una ansiosa inseguridad. No hay que obnubilarse con la superficie del art. 14 bis. Sus reglas, cargadas de ilustradas idealidades, distan de ser referidas como una teoría de la tributación óptima o, todavía más lejos, del rol global del Estado en la ordenación de los factores de la economía. No significan un ataque certero sobre las causas de la injusta distribución de la riqueza ni respecto de las peligrosas consecuencias que se derivan de la vulnerabilidad y la pobreza de los individuos en la comunidad. No es, en verdad, una fatalidad de la escritura del art. 14 bis, porque no existen la obra maestra ni el plan de acción genuino que puedan derrotar para siempre a las tempestades de la exclusión social.

La Constitución reformada en 1994 ha intentado remediar la soledad del significante introducido en 1957. Se insinúa una nueva dimensión para la igualdad, bajo la influencia de un nuevo papel para el Estado. Para forzar cierto emparejamiento social de los individuos. Así, en el art. 75, inc. 2º (atribuciones del Congreso), se establece lo siguiente:

...Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e *igualdad de oportunidades* en todo el territorio nacional.

También en el art. 75, inc. 23, se atribuye al Congreso la siguiente competencia:

...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

En el inc. 19 del art. 75 citado se confiere competencia al Congreso federal para sancionar:

...leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

En el mismo inciso se prescribe que es una competencia del Congreso:

Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

El inc. 17 del art. 75, referido a los pueblos indígenas argentinos, trae un enunciado que hace al reconocimiento de su identidad y también

hace a su diferencia, que se yergue como formulación precisa y concreta del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades.<sup>41</sup>

Por otra parte, en el art. 42 se dispone:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

En el art. 37, al referirse a los derechos políticos, se consagra la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios; allí mismo se prescribe que esa igualdad se ha de garantizar por “acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

Tal como se indica en la Sección II, el inc. 22 del art. 75 está dedicado a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los cuales abundan las reglas sobre la igualdad, las minorías y la no discriminación. Cumplo la premisa establecida, más adelante, en la sección I: escojo una de las reglas del DIDH –a la sazón, un confiable paradigma–, que complementa el panorama de la materia regulado por la CF.

<sup>41</sup> Art. 75, inc. 17, CF: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...”.

Así, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, se dispone: a) art. 2.1 (el compromiso de los Estados “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, para lograr “progresivamente”, por “todos los medios apropiados”, la plena efectividad de los derechos que allí se reconocen); b) art. 4° (el Estado reconoce que, en el ejercicio de los derechos garantizados por el Pacto, este “podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”).

La igualdad de oportunidades intenta colocar, socialmente, a la mayoría de los individuos en semejantes condiciones para la conquista de bienes relevantes, significativos y que se juzgan provechosos de antemano en el desarrollo de la comunidad. Sin embargo, las precondiciones del juego, que determinarán la igualdad en la posición de partida, no son resueltas, en general, por las reglas de esta naturaleza. En otras palabras, la igualdad de oportunidades resuelve un tratamiento igual en el punto de referencia adoptado como partida para una competición sobre bienes escasos o relevantes, pero no resuelve el hecho de que esos bienes sean distribuidos en un grado de máxima igualación. La igualdad de oportunidades ofrece una mayor respuesta al trato y desarrollo “según las capacidades” de los individuos; por eso su acento recaerá, incidentalmente, en la satisfacción de la igualdad según las necesidades individuales respectivas.

Las reglas invocadas, quizá todas las reglas de un orden jurídico, deberían quedar captadas por la maravillosa enunciación prescriptiva contenida en el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

### **C.1. ENTREACTO. LAS OPORTUNIDADES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917**

La ley fundamental mexicana contenía 136 artículos permanentes y 16 transitorios. Las 136 reglas permanentes se emplazaron en 9 títulos.

El Título 6 “Del trabajo y la previsión” contenía apenas un artículo, el 123. Sus previsiones normativas ocupan casi un 10% de la textura constitucional. Un mérito absoluto de los constituyentes mexicanos: nadie, hasta entonces, en la “lengua del Derecho”<sup>42</sup> de nuestra América Latina había regulado la cuestión social, en las constituciones, con semejante rigor analítico y solvencia jurídica. Un verdadero código de la cuestión social. Su escritura ha sido un modelo de inspiración constante en sus primeros 100 años, en todo el mundo.<sup>43</sup>

#### D. IGUALDAD SUSTANCIAL

En el período 1853-1994 se reglamentó la igualdad ante la ley, con notorio desdén y pasividad del Estado para enfrentar la desigualdad social. Por eso, la CF, en su dimensión originaria sobre la igualdad, no es igualitaria ni se la puede asimilar al “igualitarismo”.<sup>44</sup> Insisto: es igualitaria solo en referencia a la posición ante el Derecho: todos sus habitantes son iguales en libertad. Sobre la lengua de la igualdad propiamente determinada por la CF, hasta se edificó una doctrina judicial

<sup>42</sup> VALADÉS, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua-UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2005, pp. 7, 67 y 123.

<sup>43</sup> Algunas de las “bases” que deben regir el trabajo de “los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y, de una manera general, todo contrato de trabajo”, regladas en el art. 123, CPEUM, en su redacción original de 1917: duración de la jornada máxima; labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años; prohibición del trabajo de los niños menores de doce años; descanso hebdomadario; licencia por maternidad; período de la lactancia; salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador; una participación en las utilidades por los trabajadores; pago del salario; horas extras; obligación de los patrones de proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas, escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad; accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales; sobre higiene y salubridad en el trabajo; derecho de los obreros y de los empresarios para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.; conciliación y arbitraje; derecho de los obreros y de los patronos a las huelgas y los paros; protección contra el despido sin causa justificada y preferencia de los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldos devengados en el último año y por indemnizaciones; bienes que constituyan el patrimonio de la familia y sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad, por los trabajadores en plazos determinados.

<sup>44</sup> ROSATTI, Horacio D., *op. cit.*, p. 167.

a dar justificación no igualitaria para los desposeídos.<sup>45</sup> Sin dudas, reprochable ordenación de un estándar desigualitario.

La igualdad suele dividir las aguas de una escritura constitucional porque, en general, sus prescripciones contienen, predominantemente, una orientación hacia determinado progreso. La igualdad, por sí misma, no llena de alegría, pero sus palabras dan crecimiento a un clima positivo, más favorable, inclinado a las ventajas. En la Sección III.A he señalado la naturaleza indeterminada o relacional de la igualdad; cuando se trata de bienes materiales, hasta que no se defina respecto de qué bienes y entre qué individuos, no es sencillo obtener precisión. En cambio, la igualdad ante el Derecho proporciona la idea respecto de qué relación ha de existir entre los individuos y los servidores públicos con el principal producto del Estado; estrictamente, tal igualdad es una propiedad del orden jurídico que dispone una determinada relación (la igualdad, semejante tratamiento) ante el Derecho, que, objetivado, discierne también qué categoría abstracta, a su vez, sería comprendida para la imputación como sujeto. En definitiva, para conservar ese orden jurídico se hace necesario que cada uno de los sujetos que lo acatan o realizan tenga un lugar propio, indivisible e independiente bajo el sol; se instaura, por eso, la igualdad entre las partes respecto de la juridicidad creada y a crearse con arreglo a sus mecanismos de variación. Por eso, los sujetos son igualados en su relación con el Derecho, cuya producción descansa habitualmente en la hegemonía suficiente del propio poder dominante en la comunidad y en determinado tiempo y espacio.

El mundo del Derecho constitucional fue creado con la relación básica de la igualdad ante el Derecho. Este memorial de la humanidad significa que casi todas las constituciones han sido fertilizadas con su nombre y estilo. La creación de la igualdad ante el Derecho –ante el propio Derecho constitucional del Estado–, a medida que fue nombrada, jamás ha sido eliminada o disuelta de los órdenes jurídicos. Permanecieron las palabras. Y, así, los hombres, con el propósito de mantener día con día la creación

<sup>45</sup> En el texto constitucional sobre igualdad anclado en el art. 16, CF: “...No es la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales” (*in re* “Eugenio Díaz Vélez”, CSJN, 20-6-28, *Fallos*: 151:359).

originaria de la igualdad, se confesaron entre ellos “igualmente libres”. Juzgaron que las brumas o, peor aún, las amenazas o las violaciones a la libertad solo podían provenir del ente que monopoliza la fuerza, el Estado.

Desde entonces, nos hemos empeñado en fortalecer esa misión igualitaria ante el Derecho. Sin embargo, la ceremonia pública de la igualdad ante el Derecho no ha podido ni siquiera aliviar la ausencia de igualdad con relación a los instrumentos de que dispone una economía. La igualdad de oportunidades se construyó como una nueva grandeza, incipiente, para paliar o aventar, tibiamente, la inequidad radical frente al aparato productivo o respecto de otros bienes escasos y deseados en la comunidad.

El discurso de la igualdad de oportunidades no ha derogado ni abolido la desigualdad. Tampoco se espera que la mutile. En verdad, genera expectativas muchas veces razonables, pero sus raíces son restringidas; aunque el propio discurso sostiene un ideal intervencionista del Estado para forzar la equidad en determinadas relaciones, su definición básica lo limita a “situar” en condiciones de competición –se dice “originaria”– al individuo o a los individuos. Sucede y sucederá que por el mismo hecho de la desigualdad originaria, al comenzar la competición, el menos favorecido tendrá menos posibilidades para nivelar la desigualdad. Corresponde entender el ámbito de la igualdad de oportunidades limitada a lo social.

¿Estamos ante una crisis de la igualdad? Considero que no, porque cuando ingresamos a los ámbitos de sus territorios específicos con determinaciones concretas, la igualdad frente al Derecho muestra su finura y la igualdad de oportunidades enderezada a lo social, semejante blanca. Nunca se dijo ni se podría aducir una espléndida igualdad sustantiva, una igualdad de hecho, una igualdad con relación al aparato productivo con sujeción a los estandartes que vigilan las ciudadelas de la igualdad jurídica o de la igualdad social, respectivamente.

Las doctrinas sobre igualdad sustancial no son un sueño, pero la mayoría de las veces encarnan modelos fáciles de inspirar y prototipos difíciles de satisfacer. Esta igualdad, la sustancial, se distingue de las anteriores: “ante el Derecho” y la “de oportunidades”. En este caso, esta

igualdad refiere, de hecho, a la relación entre los individuos de una comunidad y los bienes concretos, materiales, de la economía yacentes en la comunidad. El enigma es cómo se distribuirán.

Sin embargo, en el ámbito teórico de la igualdad sustancial, las preguntas se amontonan. Resulta inevitable partir de la naturaleza escasa o reducida de los bienes materiales, cuya distribución se ha de estimular. Caso contrario, si los bienes materiales fuesen exageradamente abundantes, la cuestión no mostraría semejante complejidad. Mencionaré un decálogo de problemas o cuestiones espinosas, muchos de ellos insolubles. Primero, ¿con fundamento en qué criterios insospechados se ha de determinar qué es un bien susceptible de reparto y qué bien, por el contrario, es indivisible? Segundo, ¿qué necesidades individuales se han de considerar para la asignación de un bien? Tercero, ¿cómo se hará para distinguir qué necesidades y con qué bienes quedarán o serán satisfechas y cuáles seguirán suerte contraria? Cuarto, ¿la reputación de un bien susceptible de distribución se hará según se distingan entre cosas del mundo natural y artefactos del mundo cultural? Quinto, ¿con la distribución del bien termina el proceso igualitario? Sexto, ¿cuál será la relación jurídica entre el bien y el sujeto individual: propiedad comunitaria, posesión, tenencia, permiso de uso o consignación? Séptima, ¿una vez establecida la anterior relación entre el bien y el sujeto, de qué modo los hombres permanecerán y desarrollarán esa misma relación o, acaso, la cambiarán? Octavo, ¿cómo se repartirán los bienes: a cada uno en partes iguales o a cada uno en proporción de sus necesidades? Noveno, ¿cuál será y cómo se forjará el criterio comunitario para generar y, en su caso, reproducir, los bienes que se distribuirán, ya sea por necesidad natural o cultural? Finalmente, alcanzada la igualdad, ¿cómo se hará para mantenerla y desarrollarla dentro de la comunidad?<sup>46</sup> ¿La igualdad será para siempre?

La sinapsis de la memoria para formular respuestas es completamente distinta a la cronología para plantearlas; la comunicación entre ambas consume días, años, y muchas veces quedamos inmersos en dificultades insuperables. Las preguntas aquí deslizadas han tomado más tiempo del esperado. Sin enamoramiento, las posibles respuestas pertenecen a un estadio arcádico. Porque idílico es el campo para representar,

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., pp. 79-83.

magnamente, la relación de los individuos con los estados de cosas materiales que existen en el mundo. Además, si fuese ostensible la eficacia iluminante de las doctrinas igualitaristas para establecer la igualdad sustancial, no se hallarían tantos comunismos y tantos socialismos.

La doctrina igualitaria más ortodoxa implicaría la igualdad entre todos los individuos en todos los bienes. Queda descartada por ser imposible, desde el punto de vista empírico. De modo razonable, corresponde preguntarse qué aspectos del igualitarismo, acaso relativo y parcial, serían cotizables, susceptibles de ser instaurados en una sociedad abierta. Si se tratase de averiguar quiénes plantaron, originariamente, uno de sus incentivos más atractivos,<sup>47</sup> quizá se deba acudir a los constituyentes que labraron la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947.

#### Principios fundamentales

...Art. 3°

Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias personales y sociales.

Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

El principio de igualdad sustancial es un paradigma de la Constitución italiana, una norma distinguida dentro del propio orden jurídico, porque emplaza y sitúa a la “República” a “remover los obstáculos de orden social y económico” que limiten la igualdad de los ciudadanos e impidan el pleno desarrollo de su inherente personalidad. Así, calificadísima doctrina la ha juzgado como el más robusto de los significados políticos de entre todos los que la Constitución ofrece a los italianos, ya que hace de “la justicia social condición indisoluble de la libertad política y de la igualdad jurídica”.<sup>48</sup> Las determinaciones concretas de la igualdad

<sup>47</sup> En el art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, se puede leer una regla semejante.

<sup>48</sup> CALAMANDREI, Piero, *La constitución inactuada*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 144.

sustancial, estipuladas en el artículo 3º de la Constitución italiana, sugieren que ella no encierra una versión ortodoxa del igualitarismo, dado que la Constitución de Italia también se compagina con la libre “iniciativa privada” en el ámbito de la economía (art. 41); empero, tampoco se limita a sugerir una mera paridad de los ciudadanos en cuanto a su capacidad económica.

Constitucionalmente, sin dudas, los poderes públicos de la República deben realizar intervenciones positivas encaminadas a corregir desigualdades de hecho que han tenido origen en injusticias del pasado. Las intervenciones que la Constitución pone a cargo de la República no se enfilan a realizar una sistemática y general distribución de la riqueza y de las rentas. Se aspira, eso sí, a que las prestaciones aseguren, de manera positiva, a los ciudadanos desfavorecidos. En este sentido, la Constitución italiana ofrece una “solución intermedia” entre el igualitarismo ortodoxo o más radical (“a cada individuo según sus necesidades”) y la mera igualdad de Derecho (“a cada individuo según sus méritos o capacidades”). No se configura una nivelación general, pero sí se estipulan límites mínimos y máximos que aseguren a todos una vida decorosa y segura.<sup>49</sup>

En resumen, la República de Italia, según la dicción constituyente, basa el acuerdo fundacional en la realización “del máximo posible de justicia social”.<sup>50</sup> Esta igualdad sustancial también se articula con otras reglas constitucionales ordenadas en el mismo Código.<sup>51</sup> No es la arquitectura jurídica de ningún paraíso en el planeta Tierra, ni sus reglas constitucionales son inmaculadas. Sin embargo, su riqueza es patente y su art. 3º prescribe, claramente, un camino para que todos los hombres alcancen el máximo posible de satisfacción de sus expectativas y aspiraciones económicas y materiales; amén, desde luego, de las morales.

<sup>49</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de Derecho constitucional*, t. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 163-173.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>51</sup> Cabe mencionar, sin exhaustividad, los contenidos dispuestos en los siguientes artículos de la Constitución de la República Italiana: 4 (derecho al trabajo); 6 (minorías lingüísticas); 24.3 (asistencia judicial); 31 (protección de la familia, maternidad, infancia y juventud); 32 (derecho a la salud); 37 (trabajo de mujeres); 34 (derecho a la educación); 42 (función social de la propiedad) y 53 (progresividad tributaria).

Hago un esfuerzo por congraciarme con la CF, pero no encuentro en ella ningún igualitarismo. No existe un principio de igualdad sustancial; al respecto, en sus páginas no hay razones; el silencio que preside es sobrecogedor. Me pregunto entonces: ¿la falta de cultivo de un “jardín” sobre reglas constitucionales referidas a la igualdad sustancial es una de las causas de la pobreza y de la vulnerabilidad que padecen el 60% de los habitantes de la Argentina? ¿Una CF despoblada de reglas que ordenen al Estado actuar, de un modo consistente, sobre la igualdad de hecho hunde a sus habitantes en la insatisfacción de sus necesidades básicas? La CF dormita; sus reglas sobre igualdad de oportunidades, hacinadas, no redimen el ahogo inducido por la ausencia de normas sobre una intervención estatal que, con moderación, ordenase una nivelación racional en la distribución de la riqueza.

#### IV. *PROSPECTUS*<sup>52</sup>

Las escrituras del Derecho constitucional, severamente codificadas, disponen cómo ha de gobernarse una comunidad. Instaurar en una constitución, con un solo trazo, la idealidad sobre determinados fines comunitarios constituye un acto de gobierno constituyente. Quiero decir, sin alardes, que un estado de cosas se comprende en la escritura constituyente de la constitución y otro estado de cosas se revela en el acto de gobernar cotidiano de las autoridades constituidas.

La autoridad del Derecho debiera comprender un solo estado de cosas: el constitucional, que surge del poder constituyente. No obstante, la realidad demuestra, con sostén suficiente, un cóctel perturbador. Así, por un lado, se exhibe una escritura verosímil pero en ocasiones dueña de un significativo grado de ineficacia: la constitucional, generada por la autoridad constituyente. Por otro lado, la realidad muestra un dramático discurso inverosímil, impostor e impostado, pero muchas veces eficaz: el gobierno propio del Estado, generado por las autoridades constituidas. En otras palabras, la escritura constituyente sobre el gobierno

<sup>52</sup> En 1793, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat (Condorcet), junto a Emmanuel Sieyès y Jules Duhamel, publicaron el *Journal d'instruction sociale par les citoyens*. Condorcet tituló de este modo (*Prospectus*) a las palabras introductorias (París, Edhis, 1981, disponible [en línea] <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97249>> [Consulta: 7-9-2016]).

del Estado, por un lado, y, por el otro, el discurso concreto sobre el gobierno constitucional, cotidiano y corriente, del Estado. Una pendiente, a veces lamentablemente secreta, de las escrituras políticas que constituyen al Estado constitucional.

La escritura constitucional es lengua y coerción. Sin palabras escritas, no hay discurso dominante. Sin normatividad, la constitución no impone ni la unidad del orden jurídico ni su gradación o escalonamiento, y su escritura queda en aplazamiento, transitorio o eterno. Ahora bien, ninguna escritura constitucional, por sí sola, determina la expansión o contracción de los hechos políticos, sociales, culturales y económicos, ni establece la igualdad fundamental entre sus habitantes. En sintonía con lo adelantado en la Sección I, aquí postulo dos nuevas normas que provocarían la expansión del orden jurídico constitucional del Estado. Naturalmente, la prosa anunciada no solucionará por sí misma –ni lo pretende– el drama de la masa de desposeídos. La pretensión se enlaza, apenas, con una nueva significación de la que podrían recogerse frutos maduros. Porque la constitución objetivada es fundamentalmente una norma sobre procesos públicos, pero también expresión de un “estadio de desarrollo cultural” del pueblo,<sup>53</sup> que conjuga en su interior normas de adaptación a cambios ya producidos y normas de aliento o promoción que tratan de producirlos. También la teoría de la constitución posee semejante vocación cultural, dado que puede desarrollar los “fundamentos de las esperanzas”<sup>54</sup> de un pueblo.

El principio constitucional de igualdad es la “premisa básica del Estado”,<sup>55</sup> fundamento indiscutido que proporciona el orden constitucional. Por lo tanto, la tarea teórica normativa que aquí expongo no deberá comprenderse en el sentido de que con un par de reglas se viabilice sencillamente la igualdad fundamental. Tales prescripciones no tienen ningún embrujo; solo comprenden la historia de la Argentina y la recuerdan. Para que la igualdad se pueda concretar con algún grado de sustantividad, harían falta varias reglas; no bastaría con una díada.

Con el nacimiento del par de reglas que abajo anuncio también se deberían instaurar otras directivas, por ejemplo, sobre la cuestión

<sup>53</sup> HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, México, IJ, UNAM, 2001, p. 5.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> ZAFFARONI, E. Raúl *et al.*, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 22.

tributaria y respecto del dominio de los recursos naturales. Sin embargo, más allá de que antes de concluir esta misma sección hago afirmaciones concisas sobre estas cuestiones y a continuación retomaré algún aspecto conceptual, no soy dueño de todas las palabras. Después de andar, imaginé esta composición basada en dos reglas, reservadas, por cierto, exclusivamente a la configuración constituyente, función jurídica eminentísima que solo se puede desarrollar de acuerdo al proceso instaurado en el art. 30 de la CF, según el cual individuos igualmente libres reforman el “orden entre los asociados”<sup>56</sup> de una comunidad determinada por la mediación de sus representantes auténticamente elegidos en comicios libres.

La doble postulación juega un rol doble: primero, una ruptura con el pasado; segundo, una utopía. Ambas reglas cotizan por igual y no describen la realidad constitucional, pretenden influir en ella. Porque el principio y la continuidad de la desigualdad sustancial en la Argentina siempre ha obedecido a la siguiente marcha fúnebre: el endeudamiento constante del Estado y, en paralelo, la ausencia de un compromiso seminal con la justicia social.

Asumo, de modo consistente, la ruta del saber normativo o teoría prescriptiva. Pienso que los argumentos son suficientes y singulares para promover la igualdad fundamental, sustancial, con base teórica y sin radicalismos. Dado que no es factible hallar dentro de las instituciones jurídicas un orden totalmente perfecto, siempre se ha de analizar cuál es el modelo que muestra mayores fortalezas y cuál el que exhibe menores inconvenientes. Es evidente que la igualdad sustancial, sin ortodoxia, resulta mudable y muchas veces inasible según el modelo de la CF. Mientras, la injusticia social crece con energía. Albert Camus sostuvo que el papel de escritor es inseparable de difíciles deberes: por definición, no puede ponerse hoy al servicio de quienes hacen la historia, sino al servicio de quienes la sufren.<sup>57</sup>

Pido la comprensión del lector: no es posible redactar reglas sobre igualdad fundamental y deuda externa, como hago más abajo, y pretender su ubicación en la cabecera y en el cierre de un futurible texto

<sup>56</sup> V. CALAMANDREI, Piero, *Sin legalidad no hay libertad*, Madrid, Trotta, 2016, p. 34.

<sup>57</sup> CAMUS, Albert, “Discours de Suède”, París, Œuvres, Gallimard, 2013, p. 80 (10-12-1957).

constitucional de ciudadanos elegidos por el pueblo, sin referirme a otras materias (soberanía popular, laicidad, libertad, dignidad, pluralismo, buena fe, relaciones internacionales, etc.). Por ende, estas cuestiones son objeto de individualización aunque no de tratamiento. Asumo el riesgo.

#### A. REGLA DE APERTURA

La soberanía reside en el pueblo, fuente de toda la autoridad del Estado. Todos sus habitantes son iguales en libertad y ante el Derecho.

La Argentina es un Estado democrático, laico y federal, basado en la protección de la dignidad humana, y su misión primordial es realizar la igualdad fundamental entre todas las personas.

La República instituida por esta Constitución como forma de gobierno se orienta por el pluralismo, la participación, la publicidad y la racionalidad.

La soberanía del pueblo se integra con porciones, trozos o fragmentos del poder de cada ciudadano; en su cuna, la igualdad en la libertad que debe conferirse a cada ciudadano para constituir y administrar la comunidad; más precisamente, con la que “deben participar de los beneficios y cargas de la sociedad”,<sup>58</sup> lo cual constituye un presupuesto de esa misma configuración soberana. Por eso, la igualdad ciudadana se instala como directiva objetiva de fundamentación del ente estatal e implica el propio proceso de construcción de una comunidad política (V. Sección II).

El Estado constitucional debe ser el “garante de la igualdad jurídica inherente al respeto a la dignidad de la persona”,<sup>59</sup> pero en la realidad no existen ni existieron entes estatales perfectos que puedan ser catalogados como modelos ideales. La lucha por la igualdad se despliega de modo constante dentro del envase jurídico que contiene al Estado constitucional.

Los niveles de desigualdad y exclusión entre los habitantes de la Argentina, denunciados en la Sección I, comprometen sus dignas y propias condiciones materiales de existencia y desarrollo. Por definición, los excluidos son casi un 60% de la población y los incluidos, un 40%;

<sup>58</sup> GONZÁLEZ, Florentino, *Lecciones de Derecho constitucional*, Paris, Ch. Bouret, 1889, p. 54.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, “Derecho, derecho penal humano y poder financiero” (Conferencias de Guatemala), inédito, gentilmente cedido por su autor, agosto de 2016, p. 49.

naturalmente, son desiguales entre ellos. Esta desigualdad se origina en la distribución de la riqueza y en las diferentes opciones respecto de la satisfacción lograda o que espera lograrse sobre los bienes económicos. Sin formular nociones universalistas, ¿se sostiene una comunidad desordenada bajo la lesa desigualdad? ¿Se puede argüir que estos indicadores no sirven para nada? Debería pensarse que el régimen de ordenación para los individuos satisfechos, que los iguala de hecho y de modo suficiente en cuanto al disfrute de las condiciones materiales expectantes, también debería abarcar a los individuos insatisfechos. Francamente, desde el punto de vista teórico tiene mucho sentido, pero el conflicto se presenta en la práctica: ¿cómo incluir a los excluidos que penan con su penosa desigualdad que favorece su insatisfacción sobre los bienes objeto de reparto?

El grado de desigualdad resulta alarmante. En efecto, la cuestión sobre la justicia social se relaciona con la edificación de la democracia. Tantas personas excluidas, sin dudas, debilitan el elemento natural del Estado; sobre este punto, sería razonable sospechar que el propio Estado no supiese o no pudiese “mantener el control de sus efectos en la vida de las poblaciones”,<sup>60</sup> dado que el Derecho, que reglamenta el monopolio de su fuerza, podría ser impracticable. Si los pobres y vulnerables resultasen finalmente excluidos de un disfrute mínimo de las condiciones materiales de existencia, ¿por qué tendría sentido que siguiesen participando de una democracia en la que, por lo menos, no son atendidos?

Aunque la realidad es objetiva del espíritu humano y su existencia no depende del individuo, la propia encarnación subjetiva, la comprensión del individuo, sí depende de cada sujeto. La descripción de la estructura de nuestra sociedad da lugar a dos subjetividades: por un lado, la de los incluidos, que han de tener “una gran satisfacción de sí mismos”<sup>61</sup> y se aprecian mucho; y, por otro, la de los excluidos, que cuentan con su fuerza de trabajo y son usuarios y consumidores, pero su subjetividad se encuentra desalineada porque no tiene modernidad, abundancia ni arrogancia.

<sup>60</sup> BADIOU, Alain, *Nuestro mal viene de más lejos*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2016, p. 60.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 45.

En paralelo, no se podría negar el indeseable hecho de que los excluidos comprendan, al fin, que la ordenación comunitaria solo cobija –con ventajas injustas e inalcanzables– a un “conjunto de ciudadanos adinerados que ejercen su influencia en el gobierno del Estado”.<sup>62</sup> Por ejemplo: ¿por qué un excluido del reparto comunitario, cuyos padres no tienen trabajo y él tampoco, ponderaría los beneficios de la ordenación constitucional, que poco o nada hace por él? ¿Por qué no ha de pensar que, en rigor, se trata de una plutocracia, al menos respecto de él y su familia? La desigualdad es significativa y traumatizante y, como muy bien se ha dicho, la “presión de los excluidos”, en determinado momento, se “vuelve irresistible”.<sup>63</sup>

El principio constitucional de igualdad no eliminará la desigualdad. Sin embargo, el Estado tiene una “misión primordial”: su fuente de justificación, precisamente, consiste en reducir las divergencias existentes sobre las condiciones materiales. Además, tal igualdad es calificada como “fundamental” para que no queden dudas respecto de la tarea sobre la legitimación de su actuación.

La misión del Estado, en tanto poder o facultad que el pueblo le otorga, debe ser luchar contra la riqueza extrema y contra la pobreza semejante. Con las definiciones constitucionales actuales no se puede luchar contra la desigualdad; por lo menos, para ponerle remedio suficiente. Una nueva política sobre justicia social en la comunidad requiere, inevitablemente, la configuración de “consensos básicos”<sup>64</sup> sobre esa matriz, cuya discusión significativa puede generar, quizá, una nueva identidad plural. Se hace necesario que cada ciudadano se pueda colocar en el sitio del otro, en especial, el sitio de los desposeídos. Propongo un viaje solidario, porque el único modo de igualar a los desaventajados supone –exige– un acuerdo político basado en la fraternidad.

No se solicita que los hombres sean iguales en todo; la función del Estado consiste en que los sistemas operen para satisfacer las necesidades básicas individuales e impedir la concentración de riqueza, que corroe la democracia al generar desigualdades notables. La acumulación

<sup>62</sup> Véase definición de “plutocracia” en el DRAE.

<sup>63</sup> V. FERRAJOLI, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nro. 13, 2010, p. 324.

<sup>64</sup> HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, op. cit., p. 119.

desmedida de riqueza, además, suele impactar en la estructura del poder del Estado; por consiguiente, su identidad transmuta con rapidez y mina el territorio de la juridicidad, la vuelve inexplicable, y de allí, sin solución de continuidad, deviene al abuso de su posición dominante y hegemónica.

Toda comunidad requiere reglas para su ordenación; en el modelo propuesto, la gobernanza del Estado debe intentar, remediar o acotar, mediante una disciplina racional y participativa, la injusticia social. Pero hay más. Remediar la desigualdad es un pensamiento estratégico; una vez constitucionalizado, la justicia social como misión fundamental de la gobernanza estatal se consolida como un bien indisponible. Significa que corresponderá distinguir entre “alternancia” en la gobernanza y “eliminación” de sus condiciones elementales. Tal vez no tenga ganas de enunciarlo, pero, una vez instalada la justicia social, en las condiciones insinuadas y mientras no se haga otra propuesta, será suficiente ganar una elección para cumplir el programa de la constitución hasta nueva variación. Queda prohibido quemar el cielo por ganar una elección para ocupar cargos públicos de renovación ordinaria en los poderes constituidos.

## B. REGLA DE CLAUSURA

La República Argentina cancela su deuda de buena fe, bajo condición de trato transparente, equitativo e imparcial. No cancela deuda que signifique la frustración del derecho al desarrollo de sus ciudadanos o al inherente a sus generaciones futuras. Tampoco paga deuda originada en actos contrarios al orden democrático instituido por esta Constitución ni la que haya sido originada por una rebelión o en desprecio de su juridicidad. La inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución en la reestructuración y pago de la deuda no se debe disponer. Se prohíbe la cesión de jurisdicción soberana o transferencia de competencias a instancias de arbitraje internacional o a tribunales semejantes con aplicación de legislación extranjera, en controversias originadas por la asunción de deuda, ya sea por actos de imperio o de gestión estatal.

La Argentina fue una colonia hasta la declaración de su independencia, en julio de 1816, de los Reyes de España, sus “sucesores y metrópoli” y de “toda otra dominación extranjera”. Recordamos el bicentenario. Casi toda la historia del Estado ha estado signada, atropellada, obstaculizada

o limitada por el endeudamiento externo, salvo una bonanza durante la regularidad constitucional entre el 4-6-1946 y el 21-9-1955. En diciembre de 2001 se declaró la bancarrota, la quiebra de la Argentina. Durante casi quince años –muchas veces con prisa, otras con algún descuido, otras con dolo o mera culpa–, la autoridad pública dispuso emprender el camino de la renegociación para el pago de las obligaciones.

Todo Estado soberano debe disponer de una constitución si desea ser parte y reconocido por las Naciones Unidas. Todo Estado soberano, para desarrollar sus negocios internacionales, debe honrar el pago de sus deudas.<sup>65</sup> El arreglo de la deuda pública del Estado argentino constituye una atribución del Congreso, conforme la regla del artículo 75, inciso 7º, de la CF.<sup>66</sup> La implementación de los acuerdos corresponde al Poder Ejecutivo.

Las obligaciones de pago, en materia de capital e intereses de la deuda externa, costas y costos, comprometen muchos años y generaciones. El termómetro de la opresión actual marca más de 160.000 millones de dólares.<sup>67</sup> La colosal deuda externa hiere las posibilidades de desarrollo de quienes habitan actualmente la Argentina y también las de los “argentinos por nacer”, porque los compromisos de pago han sido asumidos por varias “décadas”. El porvenir, acaso, no es totalmente nuestro. La lección es, entonces, que todos los servidores públicos que administraron con irresponsabilidad han condenado el presente y se convierten también en verdugos del futuro; en especial, de quienes no han nacido. El fabuloso endeudamiento externo, en estos términos brutales, significa una nueva forma de esclavitud o sojuzgamiento, porque existe una tensión perpetua entre posibilidad concreta de desarrollo y cumplimiento de obligaciones

<sup>65</sup> Art. 4º, CF: “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional”.

<sup>66</sup> Art. 75, CF: “Corresponde al Congreso: (...) 7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”.

<sup>67</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censos, Serie Histórica, Deuda externa disponible [en línea] <[http://www.indec.mecon.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=3&id\\_tema\\_2=35&id\\_tema\\_3=45](http://www.indec.mecon.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=3&id_tema_2=35&id_tema_3=45)> [Consulta: 7-9-2016].

internacionales. Además, coloca a la CF en una zona inhóspita; intimidadas, sus reglas, se desvanecen. Se produce así que los hombres desdichados del presente, encerrados a pagar una deuda que no los beneficia, transmiten semejante desdicha y encierro, con pujanza, a las generaciones venideras. Difícilmente una criatura viva pueda imaginar un catecismo semejante en contra del humanismo. Mientras tanto, la muchedumbre ciudadana deambula en el aislamiento de cualquier hipótesis mínimamente verificable sobre justicia social, victimizada por un presente con testimonios de disolución.

La mayor garantía de que se dispone para emprender el camino de la justicia social reside en los recursos del Estado. A menores recursos, porque hay que cancelar una deuda externa cada vez más cruenta, menor o nulo desarrollo de la justicia social. Prédica sencilla y sincera. ¿Puede causar extrañeza la relación existente entre la producción de bienes y servicios y la deuda externa? El pago de los servicios del endeudamiento constituye una pena, tristeza y castigo, cuya naturaleza endiablada afecta cualquier alternativa igualitaria sobre la distribución de la riqueza.

En consecuencia, la sumisión jurisdiccional que provoca el endeudamiento externo deberá discutirse en sede constituyente. Sin dudas, deberá considerarse la eventual prohibición de determinación o prórroga a la “jurisdicción internacional”, con semejante énfasis al empleado en el artículo 29 de la CF, por el que se prohíbe al Congreso la concesión al Poder Ejecutivo de “facultades extraordinarias”, o la “suma del poder público”, u otorgarle “sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”; actos que “llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”. Conforme al artículo 116 de la CF,<sup>68</sup> no parece razonable el hecho de que el Estado argentino sea “juzgado” en Nueva York por un “asunto” que el propio artículo 75, inciso 7º, atribuye al Congreso federal y lo coloca específicamente sobre el órgano: “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”. No

<sup>68</sup> Art. 116, CF: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

puede pedirse a un juez de Nueva York que se preocupe por el aliento, fomento o estímulo real de la justicia social de los argentinos excluidos del orden económico.

Si todo esto se reconociera con facilidad, el debate sería más ameno y provechoso. El endeudamiento externo es un refinado instrumento de dominación en manos de “organismos internacionales controlados por los países colonizadores”,<sup>69</sup> los cuales quieren hacernos creer que la justicia social es un lujo. Pues no lo es; sencillamente, en el contexto de las repúblicas latinoamericanas, “gobernar es igualar”.

### C. ENTREACTO. TRIBUTACIÓN Y DOMINIO DE LOS RECURSOS NATURALES

*Primero.* Todo Estado debe disponer de recursos para afrontar sus gastos. Por ello, la “contribución pecuniaria” para solventar los gastos de la comunidad organizada se presenta como un insumo natural y comporta, a la vez, una “restricción al derecho del hombre sobre sus bienes y sobre los frutos de su trabajo”.<sup>70</sup>

De acuerdo con el Presupuesto General de la Administración para el Ejercicio 2016, la mayoría absoluta de los ingresos del Estado argentino provienen de fuente tributaria. En la Argentina, el artículo 17 de la CF consagra el principio de jurisdicción tributaria: “Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4<sup>o</sup>”. En el reparto federal, las competencias de este órgano sobre la materia tributaria son disciplinadas, constitucionalmente, en el artículo 75.

Además, en la Argentina, la masa tributaria, que ingresa para solventar los gastos del Estado federal, se conforma, casi en sus tres cuartas partes, por impuestos indirectos, francamente regresivos, que desatienden la capacidad contributiva y no contemplan la equidad social. La política constitucional que fomente la justicia social debería ser exactamente al revés: el orden tributario debería fundarse, de modo sustantivo, en el criterio de progresividad sostenido en la capacidad contributiva; ergo, impuestos directos. Dado que la progresividad tributaria constituye un criterio equitativo para la imposición, la constitución debería

<sup>69</sup> V. ZAFFARONI, E. Raúl, *El Derecho en la fase superior del colonialismo*, op. cit., p. 43.

<sup>70</sup> GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, circa 1920, p. 111.

inspirarse en la progresividad como criterio de reparto para el ejercicio de su potestad tributaria.

A fin de una política constitucional orientada a la justicia social, la prescripción del actual artículo 16 de la CF es una regla honrada y necesaria (“La igualdad es la base del impuesto”), aunque insuficiente. Para que se produzca una reducción de la desigualdad es menester también escribir y decidir los hechos imposables que merecerán trato semejante o que serán objeto de referencia para un trato igual. Sin esa determinación previa, por ejemplo, persistirá, en los ingresos tributarios del Estado, la notoria injusticia determinada por el hecho de que el consumo de los pobres y vulnerables, insustituible para su propia existencia, alivie la presión tributaria sobre las rentas de los ricos.

*Segundo.* En cualquier alegoría sobre la injusticia social, resulta indispensable llamar la atención sobre la tierra y sus recursos naturales, elemento crucial que hace a la configuración de un Estado. Porque son bienes públicos indivisibles, la igualdad debe ser asegurada por la gobernanza pública. En la CF, reformada en 1994, se dispuso un inequitativo compromiso federal, en el artículo 124 de la CF: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Se trata de una incorrecta decisión constituyente que no promueve la justicia social. Produce un nuevo tajo, hiriente y doloroso, a la igualdad, dado que discrimina sin razón ni escrutinio: ciudadanos de provincias que tienen riqueza natural y ciudadanos de provincias que no tienen tanta riqueza natural. Aquí, la ciudadanía se vuelve un privilegio, circunstancia que produce consternación, ya que ella fue inventada, con honradez, para igualar. Considero que el dominio de la naturaleza debe ser originariamente del Estado, no de las provincias. Eso evitaría equívocos y aumentaría la fraternidad federal.

Si algún día el saber constitucional adquiriese el estatus total de ciencia formal y escapase a las fatalidades de la ideología o a la naturaleza precaria e inestable del universo sensible, correspondería entonces recordar el inmarcesible paradigma del artículo 27 de la CPEUM. La lengua dichosa de su imaginario, que incita por su originalidad y pureza, con sus propósitos igualitarios, nos vuelve devotos de su siembra constituyente. En la lengua politizada de la Constitución mexicana de 1917 no hay retórica vacía. Trae a la luz del día el significado de la justicia social.

El espacio del artículo 27 de la CPEUM abarca casi el 10% de la textura finita de las aproximadamente 22.000 palabras, escritas en la ciudad de Querétaro, en 1917. Ciertamente, no es la única regla sobre igualdad social, aunque es sin dudas un emblema.

Su modelo, absolutamente radical, se comprometió y encontró el mayor grado de justeza semántica porque nada del pasado del constitucionalismo le era semejante o asimilable. Atraviesa todo lo realmente apreciable del mundo natural y ofrece la idea de que su lengua constituyente lo contemplaría: dominio estatal originario de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites territoriales, interés público y propiedad privada, distribución equitativa de la riqueza pública y su cuidada conservación, fraccionamiento de los latifundios; dominio estatal directo de todos los minerales, capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, fijación de la extensión de tierra de la que puede ser dueño un solo individuo o sociedad. Criterios sobre la igualdad social como los recién expresados significan un faro iluminador de nuestro Derecho constitucional en América Latina.

## VI. COMENTARIOS FINALES

*Primero.* La escritura constitucional expresa una comprensión del mundo e intenta imponer, con su propia lengua, la posición que se adopta para su ordenación.

*Segundo.* En la obra escrita, el principio de igualdad, con sus complejos significados y profundas implicancias, se constituye como una norma que da propio fundamento, al instituirse como línea de acción, al propio Estado.

*Tercero.* La igualdad ante el Derecho, enunciado lingüístico y convencional, se convierte en un orden fundamental en la historia de una comunidad política. A partir de su positividad, de su concreta vanguardia en el texto constitucional, el pasado que se haya regido en su ausencia siempre será capturado como desgarrador y, a menudo, censurado sin absolución por su afrenta a la dignidad humana.

*Cuarto.* Si todos somos igualados ante el Derecho, si el tratamiento que se debe ofrecer desde el orden jurídico resulta semejante para todos los habitantes, no debe existir ninguna duda: el ejercicio del poder público

debe basarse, exclusivamente, en el Derecho positivo. Por ende, la igualdad ante el Derecho constituye un baluarte de la constitucionalidad.

*Quinto.* Los criterios sobre la igualdad de oportunidades, independientemente de la obediencia o desobediencia a sus prescripciones, es decir, de la discrepancia inherente entre normatividad y efectividad, son escrituras en las que su constituyente, las palabras, se encuentran sometidas a determinado orden y semejante significado. Sin embargo, al final del “recorrido”, la igualdad de oportunidades no iguala en los fundamentos. Su cometido es igualar la partida, no cómo se hace para llegar al propio punto de partida.

*Sexto.* En plena luz del día, la justicia social es una bendición laica. Por su acción, se puede procurar reducir la mortificación, daño que produce la exclusión social como la pobreza o situación vulnerable semejante.

Hay una realidad que reconocemos y que siempre hemos conocido: el endeudamiento externo del Estado argentino. Una dolorosa situación que cercena una salida con justicia social. Se ha pagado durante casi dos siglos, y la deuda crece. Las palabras tienen sentido: la justicia social es una aventura, que también posee noble y robusta legitimación. Por eso, poner coto a la desigualdad creciente está supeditado al futuro de la deuda.

Pensar que la justicia social deberá ser la misión fundamental del Estado significa transformar la realidad. Oponerse al estado de cosas real incluye una nueva orientación y una nueva “vocación del pensamiento”,<sup>71</sup> plena de realismo y naturaleza auténtica, que se desarrolle en renovado auditorio ciudadano, cuya ligazón con el pasado sea el respeto estricto al proceso de variación de la CF. Tal actividad puede ser alimentada con normas de la más alta jerarquía, en la inteligencia de que la norma constitucional gobierna, con justeza o sin ella, un proceso público sobre el bienestar de los individuos en la comunidad.

*Séptimo.* Mis ideas son expuestas sobre fragmentos relevantes del principio de igualdad, según el orden instituido por la CF, tal como anuncié en la Sección I. No descarto que generen otras inferencias, las que –en otro momento y en otro lugar– sean susceptibles de tipificar aspectos básicos sobre la “identidad” del constitucionalismo en América Latina.

<sup>71</sup> BADIOU, Alain, *Nuestro mal viene de más lejos*, op. cit., p. 19.

*Octavo.* Mis palabras tienen una vocación: desemejanza total con su caída libre en caldero roto, porque los vacíos o lagunas del Derecho constitucional, que contemplan o desarrollan “una desigualdad sin precedentes en la historia”, colocan a nuestras democracias en sitios de inestabilidad y fragilidad muy difíciles de sostener durante mucho tiempo más.<sup>72</sup>

*Noveno.* Propiciar un modelo que sostenga una mayor intervención del Estado en el reparto y disfrute de los bienes yacientes y que serán creados en una economía, con la misión de la justicia social, no significa un ideal perfeccionista. El Estado debe asegurar que cada individuo pueda, libremente, desarrollar su plan de vida escogido sin interferencias de ninguna clase, porque allí, con precisión, se legitima el Estado, en su juridicidad más estricta. La desigualdad social creciente se constituye en un escollo que impide el propio plan que se eligiese, desde que puede llegar a comprometer la paz relativa.

Dentro de las herramientas disponibles en la comunidad argentina, el Estado promotor resulta el más razonable, además de su papel histórico como gestor. ¿O acaso se librarán a la iniciativa privada o a la mano invisible del mercado la concreción de la justicia social? Las cosas que están en el mundo son naturales y culturales; las primeras establecen sus propios procesos para su control, desarrollo y finitud; las segundas –en particular, la economía y el Derecho– deben ser procesadas y desarrolladas, siempre, por el hombre. Se trata de artefactos creados para ordenar la convivencia. Puesto a elegir y sin creer en la existencia de valores objetivos, la experiencia señala, sin perdón, qué sucede y qué sucederá con los excluidos –por vía de hipótesis muy segura– si la economía solamente la manejan los poderosos. Mientras que los representantes o servidores públicos en algún momento culminan su ejercicio de los poderes constitucionales y republicanos, los poderosos siempre intentarán ejercer su dominación, en todo tiempo y espacio.

La justicia social es una idea regulativa cambiante. Cada comunidad de individuos debe buscar, desarrollar y mantener la suya, con asiento indisponible en la libertad de cada uno de ellos para decidir y determinar

<sup>72</sup> V. FERRAJOLI, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, *op. cit.*, pp. 321-322.

su presente y su futuro. Esta igualdad en libertad se asienta, a su vez, en la individual dignidad de cada ser humano.

*Décimo.* La infeliz laguna del Derecho constitucional sobre igualdad fundamental y la semejante inefectividad constitucional de las reglas sobre igualdad de oportunidades también afecta al principio de igualdad, porque la divergencia o la ausencia de normas observan su asiento en la inevitable existencia entre ser y deber ser del Derecho constitucional. El vacío debe ser completado con nuevas reglas de Derecho constitucional, construidas en el ágora ciudadana, gracias al proceso de creación normativa fijado en el artículo 30 de la CF. Mientras esto no ocurra, un derecho de producción contractual y privada, con reglas de insostenible adhesión, intentará sustituir o colmar la laguna de la CF, y hará valer, en general, “la ley del más fuerte”.<sup>73</sup>

Igualar fundamentalmente a nuestra ciudadanía constituiría una misión inigualable para su propio bienestar general y el de las generaciones futuras, anunciadas y protegidas desde el Preámbulo de la Constitución federal de la Argentina.

Fecha de recepción: 20-11-2016.

Fecha de aceptación: 28-12-2016.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 321.



# Bibliográficas



## **Reseña bibliográfica: *Trayectorias del desarrollo de los sistemas educativos modernos. Entre lo nacional y lo global\****

MARINA AIDA MARIANI<sup>1</sup>

Enmarcado en los debates vigentes de la educación comparada, esta obra permite una reflexión en torno a las tensiones entre lo nacional y lo global a partir de la presentación de diferentes estudios de casos acerca del desarrollo de los sistemas educativos modernos en países tales como Luxemburgo, Suiza, Alemania, Rusia y China. Los capítulos se ordenan según tres momentos históricos: el origen de los sistemas educativos y su función en la construcción de las naciones, las particularidades en el contexto de la Guerra Fría y la situación actual más contemporánea.

Los diferentes estudios de casos dan cuenta de las presiones ejercidas en los sistemas educativos por las políticas nacionales que se convierten en globales en sus aspiraciones y cuentan con el apoyo de organizaciones supranacionales y de las consecuentes tensiones entre las culturas locales o nacionales. Los autores parten de considerar que, si bien se reconoce un grado de homogeneidad en los avances de la escuela y los currículos en los diferentes Estados-nación en todo el mundo, particularmente analizado en el origen de los sistemas educativos, el modo en que esas tensiones se resuelva será culturalmente distinto, y lo que a primera vista puede parecer isomorfo, resultará ser una mezcla culturalmente idiosincrásica de lo global y lo nacional.

Cómo se trasladan a las particularidades idiosincrásicas regionales o nacionales las presiones globales o transnacionales y cómo se comporta una organización escolar (como legado institucional de una cultura

\* Daniel TRÖLER y Thomas LENZ (comps.), Barcelona, Octaedro, 2015, 316 pp.

<sup>1</sup> Universidad de Buenos Aires.

idiosincrásica) en medio de las tensiones entre las agendas globales y la cultura nacional podrían ser dos preguntas que guían el recorrido de los capítulos.

El desarrollo de estas ideas que encuadran los diferentes capítulos se ubica en la primera parte, titulada “Lo global y lo local en la historia de la educación”. Es en la introducción a la obra, escrita por los autores, en donde mejor se reconoce el marco teórico del libro, ubicándolo en la brecha entre los desarrollos que proponen un progreso lineal de lo nacional a lo global y aquellos que suponen un acople de lo nacional a lo global imperante, enfatizando en los procesos idiosincrásicos en los que se resuelven las tensiones entre lo nacional y lo global.

Esta primera parte incluye también el capítulo de Thomas S. Popkewitz, Yanmei Wu y Catarina Silva Martins, “Conocimiento práctico y reforma de la escuela: la impracticabilidad del conocimiento local en las estrategias de cambio”, centrado en un estudio de caso en Estados Unidos en el cual puede vislumbrarse, secundariamente, el análisis de las tensiones entre lo global y lo local.

La segunda parte, “La construcción de la nación; los impactos nacionales e internacionales en la escuela del largo siglo XIX”, incluye seis capítulos sobre minuciosos estudios de casos del siglo XIX que ilustran las relaciones entre lo nacional y lo global a partir de diversos temas.

El primero de ellos, “Las personas, los ciudadanos, las naciones. La organización de la escuela moderna en Europa Occidental en el siglo XIX: los casos de Luxemburgo y Zúrich”, de Daniel Tröler, compara la organización de la escuela en Luxemburgo y en Zúrich en el marco del origen de los sistemas educativos nacionales, resaltando que las prácticas organizativas de la escuela en ambos casos se vinculaban a los patrones culturales con los que también estaba entretrejida la idea de ciudadano local y no tanto con una cultura u orden civil mundial. Resulta un riguroso análisis comparativo que permite evidenciar las tensiones entre lo global y las idiosincrasias culturales y, además, cuestionar los aparentes isomorfismos globales refutando la tesis del progreso lineal.

En el capítulo siguiente, “La educación del ciudadano católico: la institucionalización de la educación primaria en Luxemburgo en el siglo XIX en años posteriores”, Ragnhild Barbu analiza la injerencia de la

religión durante el proceso de modernización del sistema escolar en Luxemburgo y su comparación con la República Protestante de Zúrich en el marco del proceso de secularización a partir del cual, y según la tesis del autor, si bien la Iglesia perdió su fuerte influencia sobre la escuela pública, las tradiciones cristianas y la educación religiosa siguieron configurando las prácticas educativas cotidianas.

Peter Voss, en el capítulo quinto, “La primera evaluación de la escuela y los conflictos entre las escuelas de Primaria y de Secundaria de Luxemburgo en torno a 1850”, analiza los conflictos de transición entre los dos niveles de escolarización en el caso de Echternach en el marco de la expectativa de Luxemburgo de crear sistemas escolares similares a los de Francia o Prusia, a la luz de su particular idiosincrasia.

En el capítulo sexto, “La adopción de las medidas adecuadas: la revolución política y cultural francesa y la introducción de los nuevos sistemas de pesas y medidas en las escuelas suizas en el siglo XIX”, Lukas Boser analiza el proceso por el cual el sistema métrico originariamente francés y estándar internacional pasó a convertirse en la primera unidad de medida nacional en Suiza, en el marco de un conflicto de intereses entre mandatos locales y presiones internacionales.

En el capítulo siguiente, “Estadísticas sobre educación, reforma de la escuela y desarrollo de los órganos administrativos: el ejemplo de Zúrich en torno al 1900”, Thomas Ruoss analiza los objetivos explícitos de la homogeneización, la difusión y la institucionalización de la estadística educativa en los inicios del siglo XX y la importancia de esas estadísticas para la política y la administración educativa en Zúrich.

Michèle Hofmann, en “De la abstinencia a la promoción económica, o el movimiento internacional de la sobriedad en las escuelas suizas”, analiza la importancia que cobró el movimiento de la abstinencia en los maestros y profesores y cómo, a partir de tomar como modelos iniciativas internacionales y con el apoyo del poderoso lobby agrícola suizo, se realizaron campañas para la prevención del alcoholismo en las escuelas al tiempo que se promovieron determinados intereses económicos.

Tras recorrer el origen y el desarrollo de los sistemas educativos hasta comienzos del siglo XX, la tercera parte, “La internacionalización de la escolarización europea durante la Guerra Fría”, se centra en el período

histórico en el cual muchas instituciones internacionales importantes para el área de educación adquirieron su forma específica. Incluye estudios de casos de Suiza, Alemania, Luxemburgo y Finlandia.

El primer capítulo de esta tercera parte escrito por Rebekka Horlacher se titula "La implementación del aprendizaje programado en Suiza". A partir del análisis de la puesta en práctica del lenguaje programado en el cantón de Zúrich se evidencian relaciones de intercambio global de ideas en su aplicación práctica, pero también adaptaciones locales de las que se derivan, considerando la comparación entre los sistemas suizos y alemán, diferencias fundamentales.

En el capítulo siguiente, "Comparación global y aplicación nacional: las encuestas como medio para la formación del profesorado y para estabilizar el sistema escolar en la Alemania de la Guerra Fría", Norbert Grube analiza la relación entre las encuestas y la política educativa durante los años cincuenta y sesenta, tomando como objeto de análisis una de las Agencias de sondeo de opinión más antiguas de Alemania. Se reflexiona en torno al uso nacional e internacional de las encuestas, en particular, su uso para el estudio de las actitudes populares hacia las escuelas, el control del apoyo popular a las políticas educativas, la legitimación de las reformas escolares y la batalla contra la escasez de profesores.

En "Lo nacional en lo global: las políticas de Suiza y del Consejo de Europa sobre la escolarización de los niños inmigrantes en la década de 1960", de Regula Bürgi y Phillip Eigenmann, se ilustra la tesis acerca de la necesidad de extraer los ingredientes específicos de los contextos nacionales para entender las ideas universalistas de una cultura mundial común a partir del análisis de una resolución del Consejo de Europa sobre la escolarización de los hijos de emigrantes aprobada en 1970, sobre la cual se sentó las bases de la política europea sobre emigración y escolarización.

En el capítulo siguiente, "Las estructuras lingüísticas en un mundo multilingüe y multidisciplinar: las adaptaciones de la enseñanza de idiomas en Luxemburgo a una cultura de guerra fría", de Catherina Schreiber, se analiza cómo las propuestas de formación en lenguas referentes a la interdependencia lingüística y la gramática universal nacidas en una

cultura internacional de guerra fría, se combinaron con los objetivos de la integración nacional en la formación lingüística en Luxemburgo.

En “Las disputas sobre la educación: los debates mediáticos y el ámbito público en Luxemburgo”, de la autoría de Thomas Lenz, se analiza el lugar otorgado por la prensa luxemburguesa (caracterizada por estrechos vínculos con los partidos políticos y la dependencia del Estado) a los debates internacionales sobre las reformas educativas a partir de dos ejemplos concretos (la crisis del satélite Sputnik y el impacto de las evaluaciones PISA) y cómo este debate mediático internacional impacta en las políticas educativas nacionales.

El último capítulo de esta tercera parte, a cargo de Matías Gardin, “La globalización en la retórica educativa finlandesa y de Alemania Occidental, 1960-1970”, analiza la yuxtaposición de lo nacional e internacional a través de la comparación de las reformas educativas en ambos países, las cuales adquirieron un carácter nacional en el ámbito retórico pero también pusieron de manifiesto la presión de un mensaje internacional (protagonizado en este capítulo por la Unesco) sobre la racionalización del Estado de bienestar y el sector educativo, la optimización del crecimiento económico y el mejoramiento de la utilidad de los individuos.

La cuarta parte del libro se ocupa de innovaciones más recientes con estudios de casos de Suecia, Dinamarca, Austria, Rusia y China. El primero de los capítulos de esta cuarta y última parte, “La llamada a la sostenibilidad: la agenda global del WWF y la excepcionalidad de la enseñanza en Suiza”, escrito por Malin Ideland y Daniel Tröhler, analiza en qué medida la agenda global de la educación para un desarrollo sostenible se traduce en una cultura nacional específica (la sueca) tomando como ejemplo una ONG (World Wildlife Found Internacional) y su desarrollo a nivel nacional (WWW Suecia), derivando en la construcción de una excepcionalidad sueca que expresa un nacionalismo disfrazado de universalismo.

En “Del ciudadano alfabetizado al trabajador científico cualificado: la racionalidad neoliberal en las reformas danesas de la enseñanza de las ciencias”, Jette Schmidt, Peer Daugbjerg, Martin Sillasen y Paola Valero analizan la impregnación en los currículos y en la política educativa

danesa de la individualización, el desarrollo de las competencias de los individuos y la responsabilidad, presentes en los informes y recomendaciones de la OCDE y coherentes con una idea de racionalidad neoliberal internacional.

En el capítulo siguiente, “El modelo educativo europeo y su paradójico impacto a nivel nacional”, Lukas Graf analiza los desarrollos entre el nivel nacional y el europeo a partir de los sistemas educativos de Austria y Alemania, centrándose en la falta de permeabilidad entre los dos principales sectores de sus sistemas educativos: la educación y formación profesionales y la educación superior, y en las formas organizativas híbridas desarrolladas para favorecer la permeabilidad.

Viktoria Boretska, autora del siguiente capítulo, “La acelerada occidentalización en la Rusia postsoviética: la integración de la enseñanza superior y la investigación”, analiza los cambios educativos en Rusia a través de la occidentalización o inyección de las tendencias globales y la adopción o rechazo internos, la transformación y la conversión de estas tendencias en la interacción con la historia y realidad rusas tomando como ejemplo un modelo de integración vertical de la educación superior y la investigación.

Por último, en “La disputa entre isomorfismo y divergencia: historia del encuentro educativo chino con el ‘Oeste’”, de la autoría de Jinting Wu, se describe la historia del encuentro educativo chino con el Oeste, reconsiderando significados situados de la globalización más allá del isomorfismo y la divergencia.

El caso de China aquí analizado como la unión del proceso de occidentalismo y el auto-orientalismo, generando las particularidades idiosincrásicas de su sistema educativo, ilustra la crítica a la cultura mundial que se evidencia a lo largo de todos los capítulos de esta obra. Crítica que, como refiere el autor del último capítulo, puede hacerse en dos frentes. Por un lado, las apariencias isomorfas ocultan adaptaciones y negociaciones culturalmente idiosincrásicas. Por otro lado, la supuesta progresión lineal de lo nacional a lo global es problemática porque, tal como se evidencia en los diversos estudios de casos compilados en este libro, la globalización educativa avanza en múltiples direcciones y está entretejida con la historia cultural de cada país, las agendas convergentes

entran en colisión con las políticas institucionales, las prácticas y los currículos específicos; de aquí que las tensiones entre lo global y lo nacional se resuelvan de manera particular.

En síntesis, la obra logra recorrer el desarrollo de los sistemas escolares desde su creación hasta su situación actual más contemporánea, evidenciando, en cada estudio de caso, la compleja relación entre lo global y lo nacional desde una perspectiva histórica y cultural. Si bien la mayoría de los capítulos se contextualiza en el centro y norte de Europa, el análisis de los casos ruso y chino permite una comparación intercontinental enmarcada también en el impacto del desarrollo escolar europeo en regiones orientales claramente diferenciadas en su idiosincrasia. Sumado a la diversidad temática de los estudios de casos, la obra permite ampliar y enriquecer un debate que pretende instalarse en un nuevo lugar entre las tesis actuales sobre lo global y lo local en Educación Comparada.

Fecha de recepción: 23-6-2016.

Fecha de aceptación: 24-8-2016.



## **Reseña bibliográfica: *Metodología de la Investigación Jurídica para la investigación y elaboración de tesis de licenciatura y posgrado\****

GERARDO TUNAL<sup>1</sup>

Lo primero que nos preguntamos es ¿por qué otro libro de metodología? Por un lado, Jorge Olvera García deja ver que la respuesta radica en que el contenido de los estudios deontológicos se hacen bajo un marco profesionalizante, lo cual ha dado pie a que, en la gran mayoría, la forma para obtener algún título que nos avale como profesionales jurídicos se haga a través de *titulaciones cero*, prácticas profesionales, diplomados y estudios casos, por mencionar solo los más comunes. Lo anterior ha rezagado la investigación en áreas cuyo objeto de observación son los consensos acordados y codificados en un documento válido para todos los miembros que se rijan bajo dicha jurisdicción. Esto es evidente si comparamos en cualquier acervo y/o repositorio las investigaciones sobre economía, sociología, antropología, psicología y educación frente a los artículos o libros sobre cuestiones jurídicas, y qué decir frente a las ciencias duras.

Por otro lado, la obra apuesta a que una tesis de grado o posgrado es una oportunidad para que los futuros profesionales de lo jurídico ponga a prueba las competencias adquiridas en su formación, dejando ver que la universidad solo es un ejercicio de vida que tiene que decantar en el mundo real. No estamos diciendo que en las disciplinas jurídicas no se hagan tesis, sino que en realidad muchas de estas se remiten a

\* Jorge Olvera, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2015, 205 pp.

<sup>1</sup> Licenciado en Sociología (Universidad Autónoma Metropolitana), Estudios de Doctorado en Sociología (Universidad Autónoma de México), Becario de CONACYT.

una mera descripción de hechos o casos tan particulares que no tienen réplica ni siquiera en casos semejantes. No se trata de saber qué dicen los autores citados, sino cómo el investigador los interpreta a la luz de su objeto de estudio, de ahí que el autor enfatice que la normalización y sistematización de información insumo se gestionen bajo estándares internacionales de citación, y que de no hacerlo, pueda traducirse en una demanda por plagio de información. De esta manera, en una investigación que se precie de ser científica, el investigador tendrá que ponerse a discutir con los autores, hacer que estos hablen entre sí, realizar un ejercicio hermético bajo el supuesto de que la realidad es social y dinámica, y, en consecuencia, los marcos teóricos tienen fecha de caducidad, por no hablar de los datos.

Evidentemente que si a lo anterior le sumamos una práctica meramente profesionalizante, las disciplinas jurídicas quedan entrampadas en un círculo vicioso que no les permite llegar a consolidarse como un saber científico como el que han alcanzado disciplinas con mayor tradición investigativa. En este sentido, el autor valida que el método científico no es propiedad de ninguna ciencia porque la realidad tampoco pertenece a ningún saber disciplinar en específico, sino que está ahí para quien la quiera estudiar y, en consecuencia, vale para todos los saberes científicos bajo el corolario de que no podemos conocer todo lo cognoscible. Es así que lo que puede variar son nuestras formas de percepción de los objetos de estudio y, por ende, las formas de aprender y aprehender la realidad. Es aquí donde está el valor del presente libro, es decir, en subrayar que el método científico, junto con sus instrumentos de operación, solo es una modelación de la realidad que necesita de ajustes que permitan pasar de las unidades de análisis a las unidades de observación, o bien, como lo planteó Paul Lazarsfeld en la década de los años ochenta del siglo pasado, transitar de los conceptos a los índices empíricos. Esto porque ningún enunciado secuencial resuelto –llamémosle teoría–, ningún instrumento ni mucho menos ninguna técnica fue creada ex profeso para nuestros objetos de investigación. Entonces, el objetivo científico no solo es controlar la naturaleza sino también la capacidad del investigador de crear escenarios a partir de los hechos investigados que nos permitan seguir existiendo como especie. Sea dicho de paso, dentro de las ciencias de lo social, solo la economía ha llegado a esta madurez científica.

En el marco de estas breves reflexiones, se halla la presente obra, que deja ver que seleccionar nuestros objetos de investigación es una tarea que la más de las veces nos resulta compleja. Al no poder hacer lo anterior, nos incapacitamos para delimitar nuestra realidad a estudiar y hacemos una dudosa elección de nuestra unidad de observación y de las dimensiones metodológicas que realmente queremos y podemos investigar. El creer que entre más temas manejemos es garantía de cientificidad es algo totalmente erróneo aun reconociendo las reflexiones en torno a que las fronteras del conocimiento están establecidas; tenemos que hacer una selección de un conjunto de autores, enfoques, teorías o paradigmas que puedan ayudarnos a resolver nuestras dudas de investigación de manera plausible y que guarde pertinencia con nuestra unidad de observación.

El asumir nuestras dudas de investigación como novedosas y aportadoras para el conocimiento sin ubicar a estas en el estatus de hallazgos previos es ir en contra de la construcción del conocimiento científico porque no solo la ciencia, sino todo el conocimiento, no tienen año cero. No habrá posibilidad de avanzar en la ciencia mientras mantengamos dicha actitud debido a que las investigaciones previas y con temáticas relacionadas a las nuestras nos sirven para probar y validar nuestros hallazgos, así como los nuestros servirán para dar luz a investigaciones posteriores.

El investigar en un abismo de literatura aparentemente relacionado a nuestro tema de investigación nos lleva a confundir cuál es realmente nuestra unidad de observación y a medianamente resolver nuestro problema de investigación. El saber cómo se debe integrar nuestras unidades de análisis nos abre la posibilidad de llegar sin problemas estructurales al final de nuestra investigación, por lo menos, en el ámbito teórico.

El pretender que nuestras hipótesis son actos de fe nos lleva a esperar ciegamente a que estas sean siempre válidas en los términos y en los tiempos en los que las estamos planteando, causándonos una especie de angustia por el hecho de que los resultados sean los que obsesivamente nunca esperamos, como si el hecho de que una hipótesis no cumplida sea equivalente a no avanzar en el conocimiento ya que la investigación científica va más allá de probar o disprobar hipótesis. Aunado a esto, la disyuntiva de escoger entre un método u otro, o entre un instrumento

de medición u otro, casi siempre nos lleva a elegir apresuradamente un método que no puede ayudarnos a operacionalizar los supuestos que hemos hecho al comienzo de nuestra investigación, o solo puede hacerlo parcialmente.

Este es solo uno de los problemas ante los que nos enfrentamos cuando queremos hacer investigaciones científicas y que es explicado por el autor, quien enfatiza que las tesis licenciatura y posgrado, no solo en las disciplinas jurídicas, sino en cualquier investigación que pretenda pasar como científica, deben de ir más allá de la descripción y repetición de hechos. Por el contrario, debe de quedar expuesta la relevancia social, el valor teórico-metodológico y por lo menos alguna aportación al área de conocimiento, es decir: i) a la generación de nuevas estructuras de pensamiento científico validado empíricamente y que permiten explicar los fenómenos de estudio); ii) a la metodología, en donde se haga alguna adaptación o desarrollo de novedosos métodos de aplicación en la disciplina en particular; iii) a la generación de técnicas, integración o adaptación de herramientas de la disciplina en particular; iv) a la validación de modelos teóricos que permitan analizar empíricamente el grado en el que las teorías explican los fenómenos de estudio; v) a la comprobación científica acerca del grado en el que los instrumentos miden lo que pretenden medir (grado de saturación, validación, confiabilidad y estandarización de instrumentos, cuando sea el caso); vi) a la consistencia interna entre las distintas mediciones del instrumento y la obtención de normas que permitan ubicar a los individuos con respecto a su población; vii) a la solución de problemas prácticos en donde se expliciten las sugerencias o acciones derivadas de los estudios o investigaciones que permiten tomar decisiones que responden a las necesidades de la sociedad y a la resolución de problemas reales que se presentan en las organizaciones o en la sociedad en general; viii) a la disciplina en particular, resaltando los distintos beneficios de índole práctica, que permiten generar distintas aplicaciones novedosas en el campo de acción; ix) a alguna contribución metodológica como de originalidad o creatividad para la línea de investigación en la que se adscribe nuestro proyecto o para alguna disciplina científica; x) a la generación de nuevas líneas de investigación, en tanto que los resultados de las investigaciones podrán orientar a otros investigadores hacia elementos nuevos en el campo de la teoría, donde es

necesaria su explicación, y xi) si los resultados de investigación tienen posibilidad de generalizarse a otros casos o contextos similares.

Las recomendaciones que hace Jorge Olvera García están concentradas en *Metodología de la Investigación Jurídica para la investigación y elaboración de tesis de licenciatura y posgrado* y devienen de su experiencia como investigador, lo cual no hace más que validar que, si bien la investigación se aprende investigando, el recurrir a trazos protocolarios como el del presente libro ayuda al investigador en ciernes a acercarse al proceso de investigación científica.

Fecha de recepción: 23-6-2016.

Fecha de aceptación: 25-6-2016.



## Pautas para la presentación de originales

*Academia* es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires orientada a promover y difundir estudios, discusiones, debates, reflexiones y trabajos sobre teoría e investigación en la enseñanza de las ciencias jurídicas, entre profesores, docentes e investigadores nacionales e internacionales.

Se recibirán para su publicación trabajos originales, inéditos o con escasa difusión en América Latina o España, actualizados y que signifiquen aportes empíricos o teóricos de singular relevancia. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos, resultados de estudios e investigaciones, informes, reseñas de libros sobre enseñanza y aprendizaje del Derecho o temas afines. Las mismas no pueden estar postuladas simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los autores, al postular un trabajo para su publicación en *Academia*, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA).

La recepción de una colaboración no implica asumir un compromiso de publicación. Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1) La **Dirección** y el **Consejo Editorial** seleccionarán y decidirán qué trabajos resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación en *Academia* de acuerdo con los objetivos de la revista.

2) Las colaboraciones escogidas serán enviadas (bajo anonimato de autor/es) a un **evaluador externo** experto en la temática, quien a los 30 (treinta) días de recibido el trabajo a evaluar, lo devolverá junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.
- b) Para su publicación se sugieren modificaciones.
- c) No se recomienda su publicación.

3) Los autores de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de:

- a) La publicación del trabajo sin modificaciones.
- b) Posibles cambios o modificaciones para su posterior publicación.
- c) La decisión de no publicar su trabajo.

## 1. ENTREGA DE ORIGINALES

1.1. Los trabajos se remitirán al Departamento de Publicaciones en los soportes que se mencionan a continuación:

- Un archivo digital que contenga el texto completo en su versión definitiva. Puede ser enviado por e-mail al Departamento o entregado en diskette o CD. En la etiqueta (o superficie del CD) deben figurar los siguientes datos: nombre de la colaboración, nombre del documento que contiene el artículo, nombre del autor, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deberán ser aptos para entorno Windows (es recomendable el formato de Microsoft Word, en todas sus versiones).
- Un original firmado por el/los autor/es y dos copias en papel, con la aclaración de firma y fecha de entrega, que correspondan exactamente a la versión final del archivo digital. Las copias no incluirán los nombres de los autores, a fin de que los árbitros del Comité Evaluador puedan efectuar su dictamen a ciegas.
- Todos los elementos complementarios que integran el documento (tablas, gráficos, cuadros, fotografías, etc.) serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con el editor.

1.2. Los originales deberán observar las **pautas de estilo** contenidas en un documento denominado *hoja de estilo*, que deberá solicitarse al Departamento de Publicaciones.

1.3. Junto al artículo, el/la autor/a deberá aportar un **resumen biográfico** que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. La totalidad de los trabajos que se publiquen incluirán, al menos, una dirección de e-mail de por los menos uno de sus autores.

1.4. Todos los trabajos deben contener un **resumen** en español y en inglés (o el idioma de escritura), de un máximo de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras). Cada uno deberá estar seguido de cinco palabras clave.

1.5. Las fuentes, las **referencias bibliográficas y bibliografía** deberán estar especificadas correctamente y acordes a las pautas de estilo (solicitar documento a nuestro Departamento de Publicaciones) y deben incluirse al final del manuscrito en orden alfabético.

- 1.5.1. Las citas directas extensas, cuando superen (aprox.) los 330 caracteres, se escribirán en párrafo aparte, con tipografía de un tamaño dos puntos más pequeño que el del cuerpo y separadas por doble interlineado del mismo, sin comillas ni cursiva (en redonda). Las citas directas con menos de 330 caracteres irán en igual formato que el cuerpo entre comillas y en redonda.
- 1.5.2. Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor, el nombre del autor, nombre de artículo, parte, o libro, el lugar, la editorial, el año y el número de la/s página/s, por ejemplo:
  - Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
  - Gargarella, Roberto, “El valor especial de la expresión”, en *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, ps. 23, 30.
- 1.5.3. Si el artículo presentado es una traducción, deberá indicarse una primera nota al pie con la siguiente estructura y completando los datos que faltan en el modelo: \*Publicado originalmente como... <título en inglés> en... <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por... <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.
- 1.6. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y estar numeradas consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.), o bien, debe indicarse su ubicación dentro del texto entre antilambdas <>, por ejemplo: <Insertar aquí figura 1>. Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en Excel u otro programa de gráficos deberán enviarse adicionalmente en archivo digital.
- 1.7. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los mismos requisitos antes mencionados y estar en una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando éstas no fueran obra del autor del artículo, se requiere que las mismas se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.
- 1.8. El autor debe indicar por medio de una nota a pie donde aparezca su nombre (debajo del título del artículo) lo siguiente (igual estructura y completar con los datos que faltan): \*\* <cargo o profesión del autor>. <Pueden incluirse agradecimientos del autor>.

## 2. CONFIGURACIÓN DE LA PÁGINA Y TIPEADO

- 2.1. El texto debe configurarse de acuerdo con las siguientes características:
  - Tamaño de página: A4.
  - Márgenes: Superior: 3 cm; inferior 2,5 cm; derecho e izquierdo: 3 cm.
  - Fuente: Times New Roman 12.

- Párrafo: interlineado 1,5. Sin sangrías, ni espacios adicionales antes o después de los párrafos. Sin justificar.
- Páginas numeradas consecutivamente a partir del número 1.
- En los títulos no se usarán mayúsculas ni otras variantes (por ejemplo, no debe escribirse “LA INFORMACIÓN Y SU TRATAMIENTO”, sino “La información y su tratamiento”).
- Los títulos se numerarán de acuerdo al siguiente esquema:
  - I. Título principal
    - A. Subtítulo
      - 1. Subtítulo de segunda jerarquía
- El título del artículo debe estar en español y en inglés.
- Para enviar los trabajos o solicitar la hoja de estilo, puede contactarnos a:

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires  
Av. Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Argentina  
Tel./fax: (54 11) 4809-5668  
[academia@derecho.uba.ar](mailto:academia@derecho.uba.ar)

# Guidelines to submit originals

*Academia* is a publication of the University of Buenos Aires Law School aimed at disclosing works related to law teaching theory and investigation.

In order to be considered for publication, works must be unpublished or not widespread in Latin-America or Spain, they must be updated and they must involve a relevant contribution on theoretical or empirical issues.

Submittal of a work for its publication involves the author's authorization for its reproduction, in any format and by any means whatsoever, at any time deemed appropriate by the journal. Originals shall not be returned.

Receipt of a work does not involve an obligation to publish it. The Evaluation Committee will evaluate works considering both content and formal aspects.

## 1. REQUIREMENTS TO SUBMIT ORIGINAL WORKS

- 1.1. Works should be submitted to the Publications Department including:
  - A CD or diskette containing an electronic Windows-compatible file (Microsoft Word) with the full text of the work's final version.
  - A hardcopy of the same version provided in electronic format, subscribed by the author together with his or her name and submission date.
  - Supplementary material (tables, graphics, photographs, etc.) should be included in the format previously agreed on with the editor.
- 1.2. Original documents must comply with the style guidelines stated in the document named *hoja de estilo* available at the Publications Department.
- 1.3. A summary of a maximum extension of 200 words must be submitted in Spanish and in English, and the keywords identifying the article's main contents may be highlighted in the same text or stated in a separate paragraph. The text's heading must include the name and biographical information of the author/s, the institution/s they work for, e-mail address, telephone and fax numbers.
- 1.4. Sources, references and bibliography must be adequately stated pursuant to the *hoja de estilo* (this document is available at the Publications Department) and must be included at the end of the text, following an alphabetical order.
  - 1.4.1. Direct quotes longer than (about) 330 characters must be stated in a separate paragraph, with a roman type two points larger than the

one used for the text and double-spaced; inverted commas and italics should be avoided. Direct quotes shorter than 330 characters must have the same type as the body, and must be included in roman type, between inverted commas.

1.4.2. Bibliographical references must be contained in the text and must include: the author's full name, the article's name, part, book, place, publisher, year and page number/s; for instance:

- Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- Gargarella, Roberto, "El valor especial de la expresión", in *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 23, 30.

1.4.3. If the article is a translation, the first footnote must be completed including the following information: \*Published originally as... [original article's title] in <source of the original text>. Translation into Spanish made by... [full name of the translator, job or position, place where he/she works].

1.5. Tables and figures should be inserted in the pages of the text and numbered consecutively (figure 1, table 1, etc.). Otherwise, their location within the text should be specified between antilambdas <>, for example: <figure 1 should be inserted here> as well as the source and title and the original excel or other files containing graphics should be sent separately.

1.6. Photographs and images must comply with the requirements previously mentioned and their resolution must be at least 300 dpi. If these are not the author's creation, a copyright's holder authorization for reproduction must be attached.

1.7. The following information must be included in a footnote inserted under the work's title (using the same structure to complete the relevant information)\*\* <author's job or position> <the author may include words of gratitude>.

## 2. CD OR DISKETTE SUBMITTANCE

2.1. Before accepting the diskette or CD the following items will be checked:

- That the diskette or CD work properly, i.e., that access to their content is possible.
- That the files stored do not contain viruses (otherwise, they shall not be accepted).
- That files related to other works or materials are not included in the diskette or CD.

2.2. The diskette or CD should be correctly labeled (using permanent marker for inscriptions) Strikeouts or alterations shall invalidate the label.

2.3. The label or CD surface should bear the following information:

- Publication's name.

- Work's name.
- Author's name.
- Date when the work was completed.

### 3. PAGE AND TYPE SET-UP

3.1. The text must be set according to the following features:

- Page size: A4.
- Margins: superior: 3 cm; inferior: 2.5 cm; right and left: 3 cm.
- Type: Times New Roman 12.
- Paragraph: 1.5-spaced. Indentation, additional spaces before or after the paragraphs and justification should be avoided.
- Pages should be numbered consecutively starting from number 1.
- Titles should not be written in capital letters (for instance, "Information and its treatment" should be written instead of "INFORMATION AND ITS TREATMENT").
- Titles should be numbered according to the following structure:
  - I. Main title
    - A. Subtitle
      - 1. Second subtitle
- In order to request an *hoja de estilo* or send a work, please e-mail us to:

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires  
Av. Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Argentina  
Tel. /fax: (54 11) 4809-5668  
[academia@derecho.uba.ar](mailto:academia@derecho.uba.ar)



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS  
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE,  
EN EL MES DE JUNIO DE 2017





