

ISSN 1667-4154

# Academia

Año 14 - número 27 - primer 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 Burgogue 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**

Juan Ángel Vásquez (Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA)

Malvina Zacari (Departamento de Publicaciones, 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)

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

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)

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)

Andrea Molinari (Facultad de Filosofía y Letras, UBA)

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)

Silvina Pezzetta (UBA/CONICET)

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

Guillermo Ruiz (Facultad de Psicología, UBA/ CONICET)

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

Sebastián Scioscioli (Departamento de Derecho Público I, Facultad de Derecho, UBA; CIEP/UNSAM)

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 Loiano  
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

**Secretaría Académica:** Silvia C. Nonna

**Secretario de Administración:** Carlos A. Bedini

**Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:** Oscar M. Zoppi

**Secretario de Investigación:** Eduardo Marcelo Alegre

**Secretario Técnico:** Alejandro Gómez

**Secretario de Vinculación Ciudadana:** Nicolás de la Cruz García

**Subsecretario Académico:** Lucas Bettendorff

**Subsecretario de Administración:** Rodrigo Masini

**Subsecretaria de Relaciones Institucionales:** Isabel Sábato

**Subsecretario de Planificación Educativa:** Enrique Rodríguez Chiantore

**DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

**Directora:** Mary Beloff

**Subdirector:** Sebastián Picasso

**Secretaria:** Malvina Zacari

## 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 **Biblioteca Jurídica Virtual (BJV)** 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 27, 2016, Buenos Aires (ISSN 1667-4154)

---

## Artículos

Academia jurídica en acción. El poder,  
las posibilidades y las dificultades de los  
profesores que administran blogs de derecho 15-40  
Douglas A. BERMAN

Dogmáticas de transição, evolução dos  
sistemas e desafios ao ensino do Direito 41-77  
Diogo COSTA GONÇALVES

Los albores del derecho internacional en la  
Universidad de Buenos Aires: la enseñanza  
de la materia según Antonio Sáenz 79-99  
Juan Francisco PADÍN

La enseñanza de la asignatura “Finanzas Públicas  
y Derecho Tributario” en la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Buenos Aires: reflexiones a  
una década de su incorporación al plan de estudios 101-129  
Anahí Flavia PÉREZ

El lenguaje y sus funciones. Conceptos teóricos y aplicaciones  
en la investigación sobre la enseñanza del Derecho 131-162  
Silvina PEZZETTA

## Actualidad universitaria

En pos de aunar teoría y práctica. Una experiencia  
alternativa a la tradicional clase teórica expositiva 165-198  
Eduardo Adolfo DÍAZ

Universidad y democracia. ¿Investigación y anamnesis? 199-212  
Alicia Noemí FARINATI

## Bibliográficas

Reseña bibliográfica: *Teoría del Estado. Miradas desde el Sur del  
Continente Americano*, de J. C. Balerdi y M. A. Peri Guedes 215-221  
María Emilia BARREYRO

- Reseña bibliográfica: *Repensando la educación comparada. Lecturas desde Iberoamérica. Entre las viajeros del siglo XIX y la globalización*, de Guillermo Ramón Ruiz y Felicitas Acosta  
Adrián AZRAK 223-229
- Reseña bibliográfica: *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, de Jorge Roggero  
M. Jimena SÁENZ 231-238

# INDEX

---

*Academia. Law Teaching Journal*

Year 14, number 27, 2016, Buenos Aires (ISSN 1667-4154)

---

## Essays

Scholarship in Action. The Power, Possibilities,  
and Pitfalls for Law Professor Blogs 15-40  
Douglas A. BERMAN

Dogmática de transição (dogmatic of transition),  
evolution of systems and challenges to the legal studies 41-77  
Diogo COSTA GONÇALVES

At the dawn of International Law at the  
University of Buenos Aires: the teaching  
of the subject as proposed by Antonio Sáenz 79-99  
Juan Francisco PADÍN

Teaching “Public Finance and Tax Law” at the  
University of Buenos Aires Law School: reflections  
ten years after its incorporation into the curriculum 101-129  
Anahí Flavia PÉREZ

Language functions. Theoretical concepts  
and applications in legal education research 131-162  
Silvina PEZZETTA

## University news

After combining theory and practice. An alternative  
to the traditional exhibition experience lecture 165-198  
Eduardo Adolfo DÍAZ

University and democracy. Research and history? 199-212  
Alicia Noemí FARINATI

## Book Review

Book review: *Teoría del Estado. Miradas desde  
el Sur del Continente Americano*, by J. C. Balerdi  
and M. A. Peri Guedes 215-221  
María Emilia BARREYRO

- Book review: *Repensando la educación comparada. Lecturas desde Iberoamérica. Entre los viajeros del siglo XIX y la globalización*, by Guillermo Ramón Ruiz and Felicitas Acosta 223-229  
Adrián AZRAK
- Book review: *Derecho y Literatura. Textos y contextos*, by Jorge Roggero 231-238  
M. Jimena SÁENZ

# Artículos



## **Academia jurídica en acción. El poder, las posibilidades y las dificultades de los profesores que administran blogs de derecho<sup>1</sup>**

DOUGLAS A. BERMAN<sup>2</sup>

### RESUMEN

Al observar a través del debate sobre los blogs de derecho como parte de la academia jurídica, observo un grupo grande e importante de cuestiones (y quizá también algo preocupantes) acerca de la academia jurídica y de las actividades de los profesores de derecho. Los debates sobre el blog como elemento académico suscitan cuestiones importantes acerca de qué es exactamente la academia jurídica y por qué debe considerársela una parte esencial de la vocación de los profesores de derecho. La cuestión central que sigue consiste en establecer si interactuar con los blogs debe ser parte de dicha vocación. En este breve texto expondré algunas observaciones iniciales sobre la evolución y el valor de la academia jurídica, y compartiré, en consecuencia, algunas reflexiones y consideraciones sobre el poder, las posibilidades y las dificultades de los profesores que tenemos blogs jurídicos para explicar por qué espero que la interacción con los blogs se convierta en una parte aceptada y valorada de la vocación de los profesores de derecho.

### PALABRAS CLAVE

Enseñanza del derecho - Blogs jurídicos - Profesores - Académicos - Profesionales del derecho.

<sup>1</sup> Traducción de Leonardo García Jaramillo (Medellín, Colombia), publicada con la autorización del autor.

<sup>2</sup> Ohio State University Moritz College of Law.

Blog: Sentencing Law and Policy, <<http://sentencing.typepad.com>>.

## **Scholarship in Action. The Power, Possibilities, and Pitfalls for Law Professor Blogs**

### **ABSTRACT**

Looking through the debate over law blogs as legal scholarship, I see a set of bigger and more important (and perhaps scarier) questions about legal scholarship and the activities of law professors. The blog-as-scholarship debate raises fundamental questions about what exactly legal scholarship is and why legal scholarship should be considered an essential part of a law professor's vocation. And the key follow-up question is whether blogging should be part of that vocation. In this short paper, I set out a few initial observations about the evolution and value of legal scholarship, and then share some thoughts on the power, possibilities, and pitfalls of law professors blogging to explain why I hope blogging will become an accepted and valued part of a law professor's vocation.

### **KEYWORDS**

Teaching of the law - Legal blogs - Professors - Scholars - Legal practitioners.

### **INTRODUCCIÓN**

Un gran debate sobre si los blogs de derecho pueden ser parte de la academia jurídica tiene un poco más de sentido que un debate general sobre si los trabajos publicados en revistas o libros de derecho constituyen un grupo de materiales que pueden integrar efectivamente la academia jurídica. Los blogs, como otros medios, pueden usarse con certeza para promover un objetivo académico o un rango de otros objetivos.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Obviamente, no todos los artículos ni todos los libros, ni siquiera todos los artículos o libros estrictamente jurídicos, tienen una misión académica. No obstante, cuando un profesor de derecho anuncia que está trabajando en un libro o en un artículo próximo a publicarse, nadie cuestiona si el medio de expresión es suficientemente académico. La razón es, claramente, que se espera que el profesor de derecho esté trabajando en un tipo de libro o artículo que encaje en las normas actuales de la academia jurídica. Se espera que escriba un libro académico que se publique o un



Al examinar el debate sobre los blogs de derecho como parte de la academia jurídica, observo un grupo grande e importante de cuestiones (y quizá también algo preocupantes) sobre la academia jurídica y las actividades de los profesores de derecho. Primero, los debates sobre el blog como elemento académico suscitan cuestiones importantes acerca de qué es exactamente la academia jurídica y por qué debe considerársela una parte esencial de la vocación de los profesores de derecho. La cuestión central subsiguiente consiste en establecer si interactuar con los blogs debe ser parte de dicha vocación.

En este breve texto expondré algunas observaciones iniciales sobre la evolución y el valor de la academia jurídica, y compartiré, en consecuencia, algunas reflexiones y consideraciones sobre el poder, las posibilidades y las dificultades de los profesores que tenemos blogs jurídicos para explicar por qué espero que la interacción con los blogs se convierta en una parte aceptada y valorada de la vocación de los profesores de derecho.

## I. SOBRE LA EVOLUCIÓN Y EL VALOR DE LA ACADEMIA JURÍDICA

El tema general de la academia jurídica va, por supuesto, mucho más allá de los pretendidos alcances de este texto.<sup>4</sup> Pero en este escenario

artículo extenso, y numeroso en notas a pie de página, sobre un tema teórico o político de alto interés para la academia jurídica. Por supuesto que incluso dentro del género de libros y artículos de autoría de profesores de derecho hay muy a menudo debates explícitos o tácitos, no expresados, sobre si los libros de casos o los comentarios a las leyes o decretos deberían o no contar como parte de la producción académica o intelectual de un profesor (*scholarly output*). Estas cuestiones amplias acerca de los medios de difusión tradicionales del trabajo académico de los profesores de derecho deben reportar análisis de diverso tipo acerca de los blogs de profesores de derecho. Algunos de estos blogs –tal como algunos libros y artículos de profesores de derecho– claramente no pretenden lograr un avance o un progreso en las ideas académicas acerca del derecho y las instituciones jurídicas: el *InstaPundit* de Glenn Reynolds es el ejemplo paradigmático aquí. Pero otros blogs administrados por profesores de derecho contienen claramente elementos académicos: la interpretación (*exégesis*) de asuntos jurídicos candentes algunas veces aparecen en blogs como *Concurring Opinions*, *PrawfsBlawg* y *The Volokh Conspiracy*, así como en *posts* que hacen parte del blog de Larry Solum, *Legal Theory*, los cuales definitivamente concuerdan con esta descripción. Algunos blogs, tal como *The Becker-Posner blog*, están exclusivamente dedicados a difundir ideas académicas.

<sup>4</sup> Muchos volúmenes que han sido escritos (y seguramente muchos más que serán escritos) se ocupan de lo que la academia jurídica es y de lo que debe ser. Mi propia

quisiera señalar brevemente cómo han evolucionado las normas de la academia jurídica “tradicional” en las recientes generaciones de profesores. Iniciemos con los artículos y el uso de la *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard* (*Harvard Law Review*) como un signo de la academia jurídica “tradicional”. Considérese la extensión y las notas al pie de página de los primeros cuatro artículos centrales de los volúmenes publicados aproximadamente hace dos generaciones, hace una generación y recientemente:

Tabla 1. La evolución de la “Revista de Derecho de Harvard”

|  | Vol. 64<br>(1950-1951)  | Vol. 89<br>(1975-1976)  | Vol. 114<br>(2000-2001)  |
|--|---|---|--|
| <b>Extensión promedio de los primeros cuatro artículos</b>             | 24 páginas<br>(26, 34, 17, 17)  | 42 páginas<br>(45, 22, 38, 61)  | 109 páginas<br>(108, 80, 95, 151)  |
| <b>Número promedio de notas al pie de página en tales artículos</b>    | 86 notas al pie<br>(88, 131, 74, 50)  | 184 notas al pie<br>(229, 51, 205, 249)   | 494 notas al pie<br>(384, 273, 525, 830)   |
| <b>Algunos otros puntos importantes en tales números de la revista</b> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Muchos artículos de autoría de abogados practicantes.</li> <li>2. Dos “comentarios” de profesores de Harvard con un promedio de 7 páginas de extensión y 25 notas.</li> <li>3. El número de enero tiene 22 páginas dedicadas al intercambio de correspondencia entre el decano Griswold y un miembro de la Barra de Abogados de Texas.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Algunos artículos de autoría de abogados practicantes.</li> <li>2. El artículo corto fue un estudio empírico que concluyó con 3 páginas de datos.</li> <li>3. El número de enero incluye un comentario de 17 páginas, con 4 de apéndice, con legislación modelo.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ningún artículo de autoría de abogado practicante.</li> <li>2. Un texto que tiene 95 páginas y 525 notas es denominado “Comentario”.</li> <li>3. El número de diciembre incluye reseñas a libros de 32 páginas y 90 notas al pie.</li> </ol> |

perspectiva es ilustrada por la noción en virtud de la cual los profesores de derecho se dedican a investigar y escribir con miras a desarrollar y difundir nuevas comprensiones sobre el fenómeno jurídico e ideas sobre la naturaleza y el influjo de las leyes y las instituciones jurídicas.

Este trabajo empírico aficionado muestra, entre otras cosas, que el tamaño y los estilos propios de la academia jurídica tradicional, al menos en la *Revista de Derecho de Harvard*, han evolucionado considerablemente con cada generación.<sup>5</sup>

Aunque mucho podría decirse sobre esta evolución, quiero centrar la atención en el papel tecnológico en esta historia. Las tecnologías modernas han hecho más fácil de encontrar materiales jurídicos importantes; han hecho más fácil de revisar, producir y distribuir las páginas de las revistas jurídicas, y han hecho más fácil de encontrar, citar y comprobar las fuentes en las notas al pie. A su turno, el contorno general de la producción académica ha crecido dramáticamente, las normas de la academia jurídica tradicional han evolucionado sin interrupción y el trabajo académico de los profesores de derecho ha cambiado de manera considerable.

Los libros jurídicos escritos por profesores de derecho reflejan una evolución similar, la cual muestra también la huella de los desarrollos tecnológicos. En generaciones anteriores, los tratados y los libros de casos eran los principales materiales que escribían los profesores de derecho más destacados (y era por ellos por los que fundamentalmente aspiraban a convertirse en profesores destacados). Muchos personajes notables en la academia jurídica son mejor conocidos y recordados por su trabajo consagrado en los tratados y libros de casos.<sup>6</sup> Pero una vez que las bases de datos electrónicas hicieron mucho más fácil para los abogados practicantes encontrar y acceder a las fuentes originales, los tratados se fueron convirtiendo con cada vez mayor frecuencia en un proyecto para abogados practicantes particularmente laboriosos o incluso en un servicio

<sup>5</sup> De forma similar, el contexto de la productividad académica en la Facultad de Derecho de Harvard también ha evolucionado en cada generación, pues de ninguna revista especializada en 1950, pasó a tener tres en 1975, llegando a un número total de 11 revistas especializadas en 2000. Carezco de la energía suficiente para contar el número total de páginas y notas a pie de página en todas las revistas que actualmente edita dicha Facultad, pero sospecho que también sería observado un crecimiento geométrico similar a partir de dichos datos.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Arthur Linton CORBIN, *Corbin on Contracts* (1950); William L. PROSSER, *Handbook of The Law of Torts* (1941) y John Henry WIGMORE, *A Treatise on The Anglo American System of Evidence In Trials At Common Law* (1923); Samuel WILLISTON, *A Treatise on The Law of Contracts* (1920-22).

comercial, y muchos profesores de derecho emigraron entonces hacia la escritura de extensas monografías destinadas a editoriales académicas. De nuevo, vemos a la tecnología contribuyendo decisivamente en los cambios en las normas de la academia jurídica y en las actividades intelectuales de los profesores de derecho.

Estas observaciones constituyen un precursor histórico a los desarrollos modernos bien conocidos para todo aquel involucrado en seminarios o eventos académicos sobre los blogs de derecho que, juntamente con otros servicios tecnológicos, ya han ejercido un considerable influjo –y seguramente continuarán haciéndolo– en las normas que regulan la academia jurídica tradicional y en las actividades intelectuales de los profesores de derecho. La evidencia de estas realidades proviene no solo de seminarios y de todas nuestras actividades colectivas en línea, sino también de algunos desarrollos recientes presentados por las revistas jurídicas. Orin Kerr y otros han indicado con sensatez que los blogs han desempeñado un rol importante en las políticas de extensión de los nuevos artículos en numerosas revistas; el nuevo apéndice de la *Revista de Derecho de Harvard* y la Sección de Bolsillo (*Pocket Part*) de la *Revista de Derecho de la Universidad de Yale* reflejan también nuestro valiente nuevo mundo *on-line*.<sup>7</sup>

Antes de enfocarnos en la cuestión acerca de si debemos acoger el potencial transformativo de los blogs y de otras tecnologías web sobre la academia jurídica o rehuir de él, quiero considerar brevemente el valor de la academia jurídica y su rol en las actividades de los profesores de derecho. O, para ser más preciso, quiero destacar lo sorprendentemente difícil que es ofrecer una respuesta totalmente satisfactoria acerca de por qué la academia jurídica es considerada una parte esencial (y quizá la más esencial de todas) de la vocación de un profesor de derecho. Una respuesta instrumental, por supuesto, ya está disponible: se puede afirmar con seguridad que, al participar en investigaciones y en la escritura de textos académicos, aumenta nuestra capacidad para servir a nuestros estudiantes de derecho en la clase y para servir a la profesión jurídica

<sup>7</sup> Véase, en general, Posting of Douglas A. Berman to Sentencing Law and Policy blog <[http://sentencing.typepad.com/sentencing\\_law\\_and\\_policy/2006/10/yet\\_another\\_not.html](http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2006/10/yet_another_not.html)> [oct. 4, 2006, 9:04 p. m.] (discutiendo la proliferación de comparaciones de revistas *on-line*).

por fuera de ella. De forma interesante, las reglas de mi propia facultad de derecho parecen justificar un compromiso con la academia jurídica en estos términos instrumentales respecto de la enseñanza:

“Hay diversas razones que subyacen al criterio académico (para ser ascendido al grado de permanente *-tenure-*). Primero, hay una estrecha relación entre la enseñanza y la academia. Un miembro del cuerpo docente de la Facultad que está entusiastamente comprometido con la investigación de importantes problemas jurídicos y con la formulación de nuevas comprensiones que sean útiles para ellos, encontrará este entusiasmo continuado y proyectado en la enseñanza. La investigación también mejora la calidad de la enseñanza al ampliar y profundizar el conocimiento de un tema específico y al incrementar la confianza del profesor dentro del aula. Segundo (...) el estatus de la facultad (...) constituye un privilegio que provee el tiempo para investigar importantes cuestiones y permite de igual forma acceder a facilidades y apoyos extraordinarios para investigar. El privilegio de tener una posición docente en el interior de una facultad comporta la obligación correlativa de extender el conjunto de conocimientos acerca del derecho, las instituciones jurídicas y los procedimientos. Tercero, la investigación y la publicación contribuyen a alcanzar una mayor comprensión y un funcionamiento más efectivo del sistema jurídico. Finalmente, a través de las publicaciones de los resultados de las investigaciones, un profesor extiende el alcance de su enseñanza más allá de la Facultad y de la Universidad. Se sigue de estas razones que los miembros del cuerpo docente de la facultad deben considerar la investigación, la escritura y la publicación como partes integrales de sus vidas profesionales”.<sup>8</sup>

Pasé un mal rato buscando los propósitos y el valor de la academia jurídica en la normatividad de otras facultades, pero aquellas que encontré también tienden a articular un fuerte compromiso entre la academia jurídica, la enseñanza y el servicio profesional.<sup>9</sup> Mi punto aquí

<sup>8</sup> *The Ohio State University Moritz College of Law Faculty Rule 14.06 (B)(2)*, disponible en <<http://moritzlaw.osu.edu/registrar/docs/faculty-rules.rtf>>.

<sup>9</sup> De forma destacada, rara vez juzgamos de hecho a la academia jurídica en términos de enseñanza a los estudiantes y de servicio a la profesión. En el proceso de ascenso en el escalafón docente hasta el grado de *tenure*, solo preguntamos por las opiniones que otros profesores tienen de una parte de la academia; los estudiantes de derecho a quienes enseñamos y la profesión jurídica a la que servimos nunca tienen la

consiste en destacar que, cuando somos forzados a justificar explícitamente nuestros compromisos con la academia, a menudo nos dirigimos hacia las presuntamente claras misiones de enseñanza y servicio profesional de las facultades de derecho y sus profesores.<sup>10</sup>

Percibir las sinergias potenciales entre la academia, la enseñanza y el servicio profesional en el derecho agrega una perspectiva adicional respecto de la evolución de la academia jurídica durante las últimas generaciones. La relación entre la labor académica, la enseñanza y el servicio profesional de los profesores era mucho más tangible y significativa cuando los profesores eran fundamentalmente escritores de tratados, de libros de casos y de artículos relativamente cortos (y solo con notas al pie esenciales) que se enfocaban en temas doctrinarios. Tales formas de trabajo académico necesariamente fomentan –es más, dependen de– mucho compromiso e interacción profesional entre los profesores de derecho y los jueces, los abogados litigantes y los legisladores. Pero como han cambiado las normas de la academia jurídica “tradicional”, los vínculos entre academia, enseñanza y servicio profesional, en el mejor de los casos, se han atenuado y, en el peor de los casos, se han roto. Ahora que, fundamentalmente, los profesores están escribiendo libros para editoriales académicas y artículos extensos y repletos de notas al pie que se enfocan en tópicos teóricos o interdisciplinarios, nuestro compromiso e interacción profesional se da fundamentalmente con el trabajo de otros académicos (tanto académicos jurídicos como de otras disciplinas).<sup>11</sup>

En este punto, seguramente, los lectores escuchan ecos del famoso reclamo del juez Harry Edwards acerca de “la academia jurídica poco práctica” y de la “creciente desconexión entre la educación y la práctica

oportunidad de tener un peso en el mismo. Además, cuando los profesores opinan acerca de los méritos de una parte de la academia, excepcionalmente se encuentran consideraciones serias sobre si la parte podría haber contribuido al desarrollo como profesor del autor o como servidor de la profesión.

<sup>10</sup> Un realista cínico podría tener la siguiente afirmación para explicar la afinidad colectiva de los profesores por la academia jurídica: quizá volvemos fetiche el compromiso con la academia para justificar y legitimar el poder contar con nuestros veranos libres, mantener una ligera carga docente y años sabáticos regulares.

<sup>11</sup> El movimiento que recientemente se ha visto en algunos lugares, lejos de las revistas de derecho editadas por estudiantes, y hacia revistas arbitradas con altos estándares de admisión, también es un aspecto de la evolución de la academia jurídica moderna.

jurídicas".<sup>12</sup> Por el año 1992, en un artículo ampliamente discutido que se publicó en la *Revista de Derecho de Michigan*, Edwards explicó su perspectiva sobre la importancia de lo que denominó "academia práctica" y se lamentó de que "en ese momento hubiera tan pocos libros, tratados y artículos publicados en revistas jurídicas que de forma útil trazaran la línea del desarrollo y del progreso (del derecho) para los jueces y otros miembros del gobierno y legisladores".<sup>13</sup> Al manifestar su preocupación por que "hay muchas cuestiones sociales de gran importancia que son resueltas sin la necesaria contribución de los abogados académicos", Edwards apeló a la necesidad imperativa de que los profesores de derecho produjeran más "artículos o tratados que tengan utilidad directa para los jueces, administradores, legisladores y abogados litigantes".<sup>14</sup>

No deseo repetir aquí los animados debates que siguieron a las críticas del juez Edwards acerca de la sustancia de la academia jurídica moderna, sino que articularé mis observaciones relativas a los blogs al sugerir una adenda tecnológica a los puntos de Edwards. En nuestra, así llamada, era de la información –donde los desarrollos de la disciplina jurídica tienen lugar a alta velocidad, o a cibervelocidad, y en la cual todo el mundo lucha con la información sobrecargada–, sencillamente la forma que adquiere la mayor parte de la academia jurídica mantiene actualmente alejada gran parte de lo que producen los profesores de derecho de aquello que es particularmente útil para los jueces, administradores, legisladores y abogados que se desempeñan en el ejercicio práctico de la profesión. Las líneas del tiempo modernas de la producción de las revistas de derecho y de la publicación de libros, combinadas con las normas actuales de la academia jurídica tradicional, llevan a que incluso aquellos artículos y libros que podrían llegar a ser "prácticos" por su contenido, a menudo continúan siendo poco prácticos por su forma. Estas realidades significan que con frecuencia sólo los académicos tendrán el tiempo y la inclinación para leer la mayoría de materiales frecuentes que produce la academia jurídica.

<sup>12</sup> EDWARDS, Harry T., "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", en 91 *Michigan Law Review* 34, 1992.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 50.

*Ibidem*, p. 36.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 36.

## II. SOBRE PROFESORES DE DERECHO Y LA DINÁMICA DE LOS BLOGS

Mis reflexiones sobre la evolución y el valor de la academia jurídica, así como mis propias experiencias con blogs, ilustran mis perspectivas sobre el poder, las posibilidades y dificultades de las actividades relacionadas con blogs académicos, y por qué considero que dichas actividades deben constituirse en una parte aceptada de nuestra concepción moderna de la vocación de los profesores de derecho.

### A. *EL PODER DE LOS BLOGS POR PARTE DE LOS PROFESORES DE DERECHO...*

#### 1. *COMO UN MEDIO DE EXPRESAR IDEAS ACADÉMICAS*

Mi afinidad por las actividades relacionadas con los blogs es, en parte, consecuencia de la tendencia a trabajar en contra de los peores excesos y de los aspectos más limitantes de las formas tradicionales de la academia jurídica para expresar ideas académicas. Las formas tradicionales de la academia jurídica fomentan el que cualquier idea producida en el campo académico tenga que extenderse por lo menos 75 páginas y que adornarse con interminables notas al pie de página y citas. Pero muchas ideas importantes no necesitan o ameritan más que unas pocas páginas o incluso unos pocos párrafos. Los blogs no solo proporcionan un medio para expresar ideas más pequeñas, sino que también animan eficazmente a los profesores de derecho para que piensen con seriedad acerca de cuáles ideas justifican 75 páginas y cuáles necesitan solo 750 palabras.

Igualmente, el medio proporcionado por los blogs, afortunadamente, no admite con facilidad ideas cargadas con interminables notas al pie y citas. Mis propias experiencias indican que tanto la escritura jurídica como los escritores jurídicos pueden ser útilmente liberados debido a que algunas veces se pueden sentir cómodos al ser autores de todo un párrafo sin tener que escribir "Véase, por ejemplo..." al final de la página. Por supuesto, quienes escriben en blogs de derecho pueden proporcionar citas, en cierto modo, a través de *links*, y pueden igualmente vincular otros sitios web o blogs que desean destacarse; estos aspectos constituyen otra virtud de las potencialidades que brindan los blogs como medio para desarrollar y expresar ideas académicas. Debido a la posibilidad de vincular otras fuentes de información, los blogs facilitan que se dé una relación más directa e inmediata con materiales jurídicos originales



(casos, leyes, reportes, escritos ante los tribunales o artículos), tanto para el *blogger* como para el lector de blogs. Mediante la vinculación con otras fuentes de información, los blogs también, obviamente, facilitan relaciones más directas e inmediatas con otros *blawggers* y otras personas e ideas que circulan *on-line*. La correspondencia personal del decano Griswold que ocupó las primeras 22 páginas del número de la *Revista de Derecho de Harvard* correspondiente a enero de 1951, debe recordarnos que ideas académicas profundas, inesperadas y únicas pueden surgir a menudo de intercambios informales. Es probable que los blogs promuevan (y muchísimo más que permitan la publicación de) el desarrollo y las nuevas comprensiones de tales intercambios.

## **2. COMO FORMA DE PARTICIPAR EN UNA COMUNIDAD ACADÉMICA MÁS ROBUSTA Y DIVERSA**

Más que cualquier otro medio de comunicación, los blogs permiten que un profesor de derecho acceda y se relacione como ciberpar en una audiencia extensa y extraordinariamente diversa. Mi propio trabajo en blogs facilita la exposición y el examen de mis ideas jurídicas por parte de lectores nacionales e internacionales que no solo incluyen a jueces, legisladores y abogados litigantes de todos los niveles y de muchas jurisdicciones, sino también académicos de otras disciplinas, periodistas de diversa clase, muchas personas que no son abogados pero que están interesadas en cuestiones de justicia penal y, también, quizás de forma más valiosa, personas de carne y hueso cuyas vidas son impactadas por las políticas y doctrinas que discuto en mi trabajo académico.

En parte importante, debido a mis lectores diversos, comprometidos e interactivos, estoy bien informado acerca de muchos desarrollos jurídicos que nunca habría descubierto y sobre los cuales nunca habría escuchado, así como de ideas jurídicas y no jurídicas, y de experiencias, que nunca habría incluso imaginado. En este sentido, la actividad relacionada con los blogs se ha convertido para mí en una herramienta de investigación única y extraordinaria para todo mi otro trabajo profesional. Realmente he aprendido más acerca de mi campo y he conseguido un mayor número de formas originales de comprender diversas cuestiones

jurídicas durante los dos años de *blogging* que durante una década previa de investigación en la forma tradicional.

### **3. COMO NUEVO MODO DE RESPETAR LA DIVERSIDAD DE LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA**

En la evolución de la academia jurídica, aparentemente los enfoques nuevos y radicales sobre el oficio jurídico (del realismo jurídico al trabajo empírico y del trabajo crítico a las narrativas) a menudo quedan absorbidos por la cultura establecida. Una justificación para una amplia perspectiva de un contenido apropiado para la academia jurídica es quizá la comprensión de que los estudiosos del derecho tienen diferentes medios y fortalezas para expresar diversas ideas académicas. Por razones similares, considero que siempre deben respetarse las diferentes *formas* de practicar la academia jurídica. Algunos profesores de derecho son muy competentes escribiendo libros y otros lo son escribiendo extensos artículos, pero hay quienes se sienten más cómodos y capaces de escribir artículos cortos, comentarios o *post* en blogs. De hecho, considero que los profesores de derecho deberían ser activamente animados a desarrollar su trabajo académico en un rango más amplio de medios. Siempre hay conexiones inesperadas entre forma y función, nuevas formas de expresión son a menudo descubiertas solo en el proceso de tratar de expresar ideas de formas nuevas y diferentes.

Experimenté personalmente el valor de la diversidad en las formas de academia jurídica no solo a través de mi blog sino también al tener la buena fortuna de coeditar dos revistas excepcionales. A través de mi trabajo en la *Federal Sentencing Reporter* –una revista con evaluación de pares que solicita textos escritos para audiencias judiciales– y la *Ohio State Journal of Criminal Law* –una revista también con evaluación de pares que incluye un simposio en cada número juntamente con comentarios poco tradicionales–, observo con frecuencia cómo particulares formas de academia pueden resultar en distintos conocimientos académicos. Especialmente, debido a que las nuevas tecnologías hacen más barato y más eficiente experimentar con nuevos tipos de expresión académica –no solo sitios web y blogs sino también *podcasts* y archivos en video–, soy optimista de que la academia jurídica tendrá el coraje para explorar y acoger

nuevas formas para el foro académico tradicional (como diferentes clases de revistas jurídicas) y para el aparentemente radical nuevo foro académico (como los blogs). No puede y no debe haber respuestas de talla única (*one-size-fits-all answers*) respecto del desarrollo y la difusión de ideas jurídicas. Para algunos temas, en algunos momentos, pueden ser ideales los artículos publicados en las revistas jurídicas tradicionales o en los libros. Para otros temas y en otros momentos, puede que resulte adecuado un medio distinto, tal como el que proveen los blogs. Debido a que las grandes ideas jurídicas no están necesariamente formuladas en forma platónica, debemos reconocer que las convenciones acerca de lo que verdaderamente “cuenta” como parte de la academia no son solo artificiales sino también potencialmente perjudiciales para el mercado de las ideas más grande.

#### **4. COMO UN MEDIO PARA RECONECTAR NUESTRA ACADEMIA CON LA ENSEÑANZA Y EL SERVICIO PROFESIONAL**

Como se señaló atrás, las formas tradicionales de ejercer la academia jurídica tienden a desconectar nuestra misión académica de nuestras misiones pedagógicas. Aunque yo nunca he podido, quizá algunos profesores encuentren formas efectivas de articular su clase con artículos de 100 páginas. Pero en un marcado contraste, he descubierto sinergias notables y valiosas entre mis actividades con los blogs y mis labores docentes. Mis clases a menudo estimulan nuevas ideas concernientes a los blogs y viceversa. He usado mi blog de formas distintas en clases muy diferentes, y estoy bastante complacido de que muchos de mis estudiantes (y estudiantes de otras facultades de derecho) sean lectores regulares y comentaristas ocasionales de mi blog, así como de otros. De forma similar, cuando me estoy preparando para dirigirme hacia un auditorio de jueces o abogados, el blog siempre me ayuda a preparar el esbozo de mi conferencia. El compromiso y la retroalimentación por parte de las audiencias de tales conferencias siempre encuentran un camino de vuelta en mis actividades con los blogs.

De hecho, me he dado cuenta recientemente de que mi obsesión con los blogs proviene en gran parte del hecho de que las actividades relacionadas con la comunidad de *bloggers* son las únicas actividades que

me permiten articular simultáneamente la troica de la academia, la enseñanza y el ejercicio profesional. Expresado de otra forma, la actividad con los blogs me ha recordado que los profesores de derecho realmente no tienen tres misiones definidas, sino solo la misión puntual de mejorar la comprensión, el desarrollo y la práctica del derecho, así como de las instituciones jurídicas. Quiero denominar la actividad con los blogs “academia en acción”, debido a que ese manido eslogan refleja el que dicha actividad puede estar entre las formas más efectivas y eficientes de servir a su misión.

**B. LAS POSIBILIDADES DE LAS ACTIVIDADES CON LOS BLOGS POR PARTE DE LOS PROFESORES DE DERECHO**

Las virtudes propias de las actividades docentes relacionadas con los blogs, detalladas en los párrafos anteriores, fluyen desde las formas actuales y las convenciones propias de los intercambios entre blogs de derecho. Pero liberarlas propiamente de los modelos académicos contemporáneos revela posibilidades adicionales para dichos intercambios. La flexibilidad de las tecnologías web y la ausencia de muchas convenciones limitantes sugieren una gran cantidad de nuevas formas en las cuales los blogs pueden contribuir a mejorar el desarrollo y la difusión de ideas académicas por parte de los profesores de derecho.

**1. PARA LA COLABORACIÓN ACADÉMICA INTERDISCIPLINARIA**

El fascinante blog de Becker-Posner<sup>15</sup> destaca con mucha claridad cómo un blog puede promover la colaboración interdisciplinaria en la academia. Aunque he estado interesado por mucho tiempo en el trabajo con colegas de otras disciplinas, frecuentemente me enfrento con problemas prácticos cuando intento hacer academia tradicional con académicos de otros campos. Considero que los blogs proporcionan un medio único y promisorio que facilita los intercambios interdisciplinarios, lo cual sucesivamente debe catalizar más trabajo académico interdisciplinario tradicional y no tradicional.

<sup>15</sup> <<http://www.becker-posner-blog.com/>>.

## 2. PARA LA COLABORACIÓN ACADÉMICA ENTRE PROFESORES Y ESTUDIANTES

La tradición en virtud de la cual los profesores trabajan encerrados con sus estudiantes asistentes de investigación, e inclusive con estudiantes coautores de sus trabajos, probablemente ha evolucionado por las formas de academia jurídica que se han movido hacia la mayor extensión de sus textos que son, a su vez, cargados de notas al pie de página. No obstante, las realidades de la academia tradicional llevan a que, con toda probabilidad, solo quienes quieren llegar a ser académicos estarán seriamente interesados en colaborar con profesores en sus proyectos académicos. Pero el trabajo en un blog (debido a que es más inmediato y diverso) posibilita necesariamente un grupo de oportunidades que resulta ser más rico y vigoroso para la colaboración en el trabajo académico entre el profesor y los estudiantes. Ian Best fue mi estudiante y aún es mi asistente investigativo. Su compromiso con mi blog como estudiante me condujo a animarlo para que desarrollara su propio blog como un proyecto de estudio independiente, y me he beneficiado enormemente del emocionante “*metablogging*” que ha hecho en *3L Epiphany*.<sup>16</sup> Aunque no somos formalmente coautores de un blog o de alguna pieza propia de la tradicional academia jurídica, creo que estamos constantemente realzando nuestras propias comprensiones y nuestra producción a través de nuestro trabajo conjunto.

## 3. PARA EL COMPLEMENTO DE LA ACADEMIA (ESPECIALMENTE RESPECTO DE LOS LIBROS DE CASOS)

Mi blog surgió inicialmente por un interés en proveer una fuente dinámica para la enseñanza, por parte de los profesores de derecho, de mi libro de casos *Sentencing Law and Policy: Cases, Statutes, and Guidelines*. Por supuesto, debido fundamentalmente a la sentencia de la Corte Suprema en el caso “*Blakely vs. Washington*”, mi blog se transformó en un punto de encuentro para informarse y comentar acerca de doctrinas penales y cuestiones constitucionales que se estaban desarrollando a pasos rápidos. Pero todavía creo que los blogs tienen un extraordinario potencial como complemento académico –o para imitar el ingenioso título

<sup>16</sup> <<http://3lepiphany.typepad.com/>>.

de la *Revista de Derecho de Yale: partes electrónicas de bolsillo*— para libros y artículos de todos los tipos. Dudo que los blogs vuelvan obsoletos los suplementos tradicionales, pero puedo prever fácilmente que los blogs se van a convertir en una clase de supersuplemento para los libros de casos y servirán de otras maneras como una forma común de avanzar en la academia jurídica.

#### **4. PARA LOS TRATADOS-WEB**

Aunque no puedo prever ahora que mi blog será un suplemento para los libros de casos, algunas veces lo considero un tratado continuamente actualizado sobre los desarrollos de los campos propios de casos políticos y jurídicos. Si bien el actual *software* de los blogs no facilita realmente la creación de tratados-web, puedo ver —y espero que veamos— surgir tecnologías web que fomentarán la transformación de *posts* en los blogs en verdaderos tratados-web (supongo que podemos denominarlos *bleatises*, *weatises* o quizás solo *e-treatises*). De manera notable, un grupo de colegas de la Universidad Estatal de Ohio hicieron un trabajo extraordinario en la elección de 2004 mediante un proyecto con base en una web conocida como *Election Law @ Moritz*. Adicionalmente a tener actualizaciones mediante blogs de los desarrollos del derecho electoral, el proyecto incluyó un *e-book* con entradas relativamente breves parecidas a las de una enciclopedia jurídica que proveían explicaciones accesibles y sofisticadas de los asuntos y las doctrinas de las normas electorales. Tengo muy pocas dudas de que la aparición y el impacto de la blogósfera jurídica contribuye a la creación y al éxito de este innovador proyecto académico *on-line*.

#### **5. PARA LA COLABORACIÓN ACADÉMICA ENTRE PROFESORES Y PRACTICANTES DEL DERECHO**

Los blogs pueden (de hecho, casi necesariamente lo hacen) fomentar el trabajo académico colaborativo entre profesores y practicantes del derecho. La revisión que hice de los números viejos de la *Revista de Derecho de Harvard* me recordó la fructífera tradición del trabajo académico colaborativo entre profesores y practicantes del derecho. Sugiero que acojamos y fomentemos la oportunidad brindada por los blogs para iniciar

de nuevo el acrecimiento de tales colaboraciones. A través de mi trabajo en los blogs, he tenido nuevas oportunidades extraordinarias de trabajar con abogados practicantes en la redacción de escritos ante los tribunales (*amicus briefs*) y peticiones, así como testimonios a congresistas, y he realizado muchas sesiones de lluvia de ideas colectivas acerca de nuevos planteamientos que podrían intentar presentarse en juicio. Estos trabajos articulados no solo han aumentado mis propias comprensiones académicas, sino que han avivado, asimismo, un nuevo interés en explorar las oportunidades para realizar diferentes tipos de trabajo académico colaborativo entre profesores y abogados practicantes.

### **C. LAS DIFICULTADES DE LAS ACTIVIDADES CON LOS BLOGS POR PARTE DE LOS PROFESORES DE DERECHO**

Después de esta extensa explicación de los beneficios actuales y potenciales de las actividades con los blogs, sería descuidado dejar de realizar otra serie de consideraciones. Por tanto, consignaré algunas dificultades con las que me he encontrado en mis propias experiencias cuando he trabajado con blogs de derecho.

#### **1. COMO UN SUCCIONADOR DE TIEMPO Y ADICCIÓN**

A menudo me cuesta sopesar el tiempo que paso trabajando en mi blog respecto de otros compromisos profesionales y personales. Encontré un medio tan agradable y satisfactorio por lo que varios días me siento enfadado debido a que tengo otras cosas por hacer, pero las actividades con los blogs consumen mucho tiempo. Aun así, seré el primero en reconocer que dedicarse a los blogs en forma intensa puede llegar a ser profesional y personalmente malsano. La sinergia entre el trabajo con los blogs y otra clase de trabajos como profesor de derecho corre en ambos sentidos, ya que mediante el blog informo gran parte de lo que realizo en clase y en otro tipo de actividades como la escritura académica; sin embargo, las demás actividades también me resultan altamente productivas e importantes. Mi afinidad por los blogs está fundamentalmente basada en la creencia de las virtudes del equilibrio entre las actividades profesionales y la diversidad, pero una adicción a las actividades con los blogs puede derrotar estos objetivos en lugar de servirlos.



## 2. COMO UNA COMPETENCIA DISTORSIONADORA DE LA POPULARIDAD

Debido a que los profesores de derecho conseguimos tan poca retroalimentación de todos los otros trabajos que desempeñamos, la retroalimentación mediante los blogs (*posts*, comentarios, discusiones, *links* de nueva información y contadores de visitas) puede llegar a adquirir relevancia cósmica. Odio sentirme incómodo cuando mi contador de visitas decae o cuando pocos lectores comentan los *posts*, pero la realidad es que así me siento, quizás en parte porque la poca cantidad de dinero que hago por mis actividades en el blog depende del total de personas que visitan la página. Esta realidad, sucesivamente, puede algunas veces determinar de forma perniciosa mi agenda y mis formas de expresión.<sup>17</sup> A menudo me afecta cuando los lectores comentan algún *post* o me escriben un *e-mail* con quejas o reclamos acerca del blog. De manera más importante, no percibo ninguna preocupación en el hecho de que la receptividad o popularidad de los escritos propios pueda llegar a ser algo completamente inapropiado para un académico. Pero cuando la popularidad empieza a distorsionar la agenda o la forma de expresión de un académico, algunos problemas pueden estar al acecho. Este riesgo de distorsión parece ser potencialmente penetrante en el actual ambiente de los blogs.

## 3. COMO LIMITACIÓN EN LUGAR DE COMO LIBERACIÓN

Hay algunos días en los cuales las actividades relacionadas con los blogs se sienten más como una carga que como una bendición. En particular para los *bloggers* solitarios (o como Ian nos ha denominado, “*uni-bloggers*”) hay a menudo sentimientos persistentes sobre la necesidad de alimentar a la bestia. Fundamentalmente cuando tengo muchos otros compromisos personales y profesionales, y entonces irrumpen noticias acerca de un gran desarrollo en mi campo, lucho con sentimientos de obligación y culpa que no son sanos para mi desarrollo profesional. Las flexibilidades y libertades del trabajo en los blogs deben mantener

<sup>17</sup> Coloqué varios *posts* y me dediqué a responder comentarios sobre las últimas discusiones que se llevaron a cabo en el Senado cuando se confirmó un nominado para ocupar el cargo de Magistrado en la Corte Suprema, no solo porque son cuestiones interesantes y porque tenía cosas que quería decir al respecto, sino también porque así parecía que se aumentaba el tráfico de personas que pasaban por el blog.



siempre este tipo de tareas lejos de sentimientos como la angustia o el tedio, pero la verdad es que la presencia incesante de información espontánea en la Web puede algunas veces convertir a los blogs en una tarea más tediosa de lo que debería ser.

## CONCLUSIÓN

Permítanme concluir explicando mi objetivo primordial en este texto acerca de las actividades académicas y pedagógicas con los blogs de derecho. Aunque sinceramente espero que los blogs puedan llegar a convertirse en un medio más respetado y aceptado para que los profesores de derecho desarrollen y difundan trabajos académicos, no deseo en forma alguna que el trabajo en los blogs de derecho se convierta en una obligación profesional agobiante para quienes no disfrutan trabajando en dicho medio.

Tampoco me parece adecuado que la forma de algún blog en particular emerja como un estándar definitorio del trabajo en línea de los profesores de derecho. Pero, por ahora, observo muchas más oportunidades en lugar de limitaciones fluyendo de la academia jurídica, en virtud de las cuales se acoge el trabajo con los blogs como una parte integral de la vocación de un profesor de derecho. De manera notable, el mismo año en el que se realizó el evento académico en el cual fue presentado este texto, en la sesión sobre los blogs del evento anual de la Asociación Norteamericana de Facultades de Derecho, jóvenes profesores necesitaban preguntar y ser tranquilizados acerca de si está bien trabajar con blogs antes de ascender al grado de *tenure*. Considero que los desarrollos y la difusión de importantes ideas jurídicas -y, así, la buena salud general del derecho y de la profesión jurídica- avanzará cuando se cambie el paradigma actual y jóvenes profesores tengan que preguntar y ser tranquilizados de que está bien *no* trabajar con blogs antes de ascender a *tenure*.

## CODA:\* EL RESTO DEL ICEBERG

Los estupendos escritos presentados en este congreso han reforzado mi idea de que el debate relativo a los blogs y la academia jurídica es

\* Coda: conjunto de versos que se añaden como remate a ciertos poemas o escritos. N. del T.

la punta del iceberg acerca de la misión de las facultades de derecho y las actividades de sus profesores. Las conferencias demuestran que nuestra discusión acerca de la academia jurídica no es un debate meramente descriptivo sobre las diferentes formas que pueden tomar los textos jurídicos, sino que es un debate prescriptivo sobre cómo los profesores de derecho deben invertir el tiempo que dedican a sus actividades académicas. En el mercado moderno de la academia jurídica, el sello “academia jurídica seria” es fundamentalmente una conclusión normativa que nosotros ponemos en las formas preferidas de las actividades que desempeñan los profesores de derecho, la cual a su turno rechaza las formas menos preferidas de dichas actividades.<sup>18</sup> Al observar ahora el debate acerca de los blogs como forma de academia en tanto punta de nuestro iceberg profesional, quiero decir un poco más acerca del resto del iceberg y cómo los blogs encajan dentro de un debate más amplio sobre las misiones propias de las facultades de derecho y sus profesores.

Por indicarlo un tanto superficialmente, las facultades de derecho (en particular, aquellas que conforman la élite) se han alejado del hecho de convertirse en institutos profesionales propios de la práctica jurídica para convertirse en programas de graduados en ideas jurídicas. Los profesores de derecho (y en particular los de la élite) están ahora menos preocupados por entrenar abogados y progresar en las doctrinas jurídicas respecto de lo que están por explorar nuevos entendimientos relacionados con el derecho y por progresar en las teorías jurídicas. Fueron estos cambios los que llevaron a que el juez Edwards se lamentara de la “creciente desconexión entre la educación y la práctica jurídicas”, pero su reclamo no ha reducido el alejamiento de las facultades de derecho y sus profesores respecto de la práctica del derecho y las doctrinas jurídicas, así como de las teorías e ideas relacionadas con el derecho.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Por fuera del debate propio de los blogs, esta realidad es más evidente en las discusiones acerca de si los libros de casos, los libros para estudiantes de primer año (*hornbooks*) o los comentarios a las leyes deberían “contar” como parte de la academia jurídica.

<sup>19</sup> Las conferencias presentadas en el seminario por parte de mis compañeros de panel, Kate Litvak y Larry Solum, documentan tales desarrollos de varias formas: Kate anotó en su conferencia *Blog as a Bugged Water Cooler*, por ejemplo, “el influjo de los J. D.-Ph. D. (y de los no J. D.-Ph. D.) dentro de la academia jurídica” y la “cercana

Contrario a lo que piensa el juez Edwards, no considero completamente problemático este giro significativo en la misión de las facultades de derecho y en las actividades de sus profesores. Creo que la profesión jurídica así como la sociedad se encuentran bien servidas cuando las facultades y sus profesores tienen una visión clara de los objetivos por alcanzar, los cuales trascienden el solo entrenamiento de los abogados practicantes, pues debemos acoger una concepción amplia y diversa acerca de cómo los profesores de derecho dentro y fuera del salón de clases pueden mejorar la comprensión, el desarrollo y la práctica del derecho y de las instituciones jurídicas. Y así y todo, aún hay aspectos problemáticos por el alejamiento de las facultades y de sus profesores. He llegado a comprender recientemente que mi afinidad por los blogs de derecho proviene del potencial mismo de la tecnología para ayudar y servir en los procesos de enseñanza y aprendizaje en la academia jurídica.

#### LA DISPERSIÓN INCOMPLETA EN LA ENSEÑANZA

Los cambios en los planes de estudios de las facultades de derecho y en la enseñanza durante el desarrollo de las clases documentan la evolución de las facultades de derecho fuera del estrecho enfoque propio de los institutos profesionales. Actualmente, hay algunos cursos obligatorios de nivel superior, mientras que el programa estándar de primer año se ha alejado de los cursos anuales en materias como contratos, propiedad, responsabilidad extracontractual y procedimiento civil. Los profesores de derecho brindan ahora en los cursos tradicionales perspectivas más teóricas, políticas e interdisciplinarias dentro del salón de clases. Los profesores tenemos ahora también una mayor libertad para desarrollar cursos especializados que miran mucho más allá de los asuntos doctrinales que ocupan a la mayoría de los abogados practicantes.

Aplaudo estos desarrollos, especialmente porque reflejan realidades de la práctica del derecho así como fortalezas particulares de los

incorporación de las facultades de derecho en sus respectivas universidades” en su examen de las recientes tendencias de la academia jurídica. Larry indicó, en *Bloggging and the Transformation of Legal Scholarship*, que algunos (¿muchos?) profesores de derecho solo están interesados en que sus trabajos sean leídos por una “comunidad puntual de altamente cualificados lectores”.

profesores y las facultades modernas. La práctica del derecho se ha vuelto cada vez más complicada e intrincada en muchos campos especializados; importantes habilidades para los abogados practicantes evolucionan rápidamente debido a la tecnología y a otras fuerzas.<sup>20</sup> La estructura institucional y económica de las facultades de derecho modernas está mal diseñada, tal como si fuera solo un instituto profesional efectivo. La base profesional y las inclinaciones de los profesores de derecho actuales proveen un pobre fundamento para la instrucción efectiva en las habilidades necesarias para la práctica jurídica. Consecuentemente, adquiere sentido en la actualidad que las facultades de derecho y sus profesores tengan una perspectiva mucho más amplia respecto de la tradicional sobre la instrucción apropiada dentro de la enseñanza del derecho, para evitar así el tener que definir su misión solo en términos de entrenar abogados para el litigio.

Sin embargo, en las reformas a los planes de estudios y en la enseñanza del derecho dentro de los salones, la evolución lejos de la filosofía propia de un instituto de enseñanza ha sido deplorablemente incompleta. El derecho privado constituye una parte desproporcionadamente alta del plan de estudios que se debe cursar durante el primer año; esto se constata de esta forma si nuestra meta genuina consiste en introducir a los estudiantes en un rango de importantes ideas y concepciones jurídicas, así como de tendencias modernas del derecho. Grant Gilmore nos dijo hace 30 años que el derecho de contratos estaba muerto,<sup>21</sup> pero todavía sigue siendo el arquetipo de enseñanza en los cursos del primer año. Guido Calabresi puso de relieve hace más de 20 años que vivimos actualmente en la era de las leyes<sup>22</sup> y aun el texto principal en un curso tradicional sigue siendo un libro de casos (*casebook*) no un código (*statutebook*). Y muy pocas facultades de derecho exigen que los estudiantes sean

<sup>20</sup> Cuando estaba aún desempeñando un trabajo en la práctica profesional del derecho, menos de diez años atrás, nadie podía concebir siquiera desarrollar una simulación por computadora para un juicio; la sofisticada tecnología de las salas de juicios comporta el que los documentos ya no se explican recurriendo a una cartulina. Una década después, los modernos abogados que se desempeñan ante los tribunales aparentemente tienen que ser muy inteligentes en asuntos relacionados con la tecnología para servir debida y efectivamente a sus clientes en las modernas salas de juicios.

<sup>21</sup> GILMORE, Grant, *The death of contract* (1974).

<sup>22</sup> CALABRESI, Guido, *A common law for the age of statutes* (1982).

expuestos ante cuestiones relativas al trabajo de las legislaturas y de las instituciones administrativas, así como a los sistemas de resolución alternativa de conflictos, a la economía, a la política y a otras ciencias sociales que impactan directamente al derecho y a las instituciones jurídicas.

En síntesis, aunque no creemos ya que el plan de estudios de una facultad de derecho tiene que limitarse a enseñar una técnica, hemos iniciado apenas el tipo de reformas curriculares requeridas para asegurar una mejor calidad en nuestra enseñanza y que, en realidad, la experiencia general de la clase exponga a nuestros estudiantes las más importantes ideas jurídicas y tendencias modernas con que se encontrarán, independientemente de la manera en la cual utilicen sus títulos jurídicos universitarios.

#### LA DISPERSIÓN EXCESIVA EN LA ACADEMIA

Mientras que las realidades propias de la enseñanza en el interior de las facultades de derecho continúan reflejando excesivamente nuestra historia de formación a la manera de institutos profesionales, las realidades de la academia respecto de los profesores de derecho reflejan actualmente en exceso una afinidad con las instituciones para realizar posgrado. Tanto formal como informalmente, a los profesores de derecho se les disuade de investigar y escribir sobre asuntos doctrinales, tales como las formas y contenidos de los más alabados (y cuestionados) tipos de academia jurídica, que empujan a los profesores –en particular a quienes no ascienden aún a la categoría de *tenure*– a enfocarse en cuestiones grandes y abstractas que interesarán a otros académicos, y a evitar el trabajo sobre asuntos pequeños y concretos que interesan fundamentalmente a abogados litigantes, jueces y políticos.

Para algunos profesores de derecho que enseñan actualmente, y para quienes lo harán más adelante, la concepción moderna de “academia jurídica seria” constituye un motivo para celebrar. Para quienes disfrutan investigando y escribiendo acerca de temas grandes y abstractos, las normas actuales de la academia jurídica justifican el dedicar mucho tiempo profesional en actividades que tienen buena acogida. Pero para los interesados en los desarrollos de las doctrinas jurídicas y en la práctica del derecho, la ecuación profesional moderna es muy diferente, en particular

porque un énfasis en ciertos tipos de academia no solo desanima el trabajo en cuestiones doctrinales, sino que también recompensa a los profesores de derecho por maximizar el tiempo que se dedica al trabajo con otros académicos y minimizar el tiempo que se invierte a los estudiantes y a los practicantes. En el lugar de mercado de los profesores de derecho, una buena evaluación por parte de los estudiantes o una importante conferencia son cosas buenas, pero una invitación para orientar un taller en Chicago o una conferencia en Harvard es oro puro (incluso si tienen que cubrir los costos de desplazamiento). Artículos extensos, especialmente si se publican en lugares reputados y si son citados con frecuencia, conducen a un ascenso casi instantáneo; materiales innovadores en el proceso de enseñanza o una intervención ante la Corte Suprema que surta efectos genera inquietudes acerca de cómo un artículo tradicional está progresando.

#### EL SALUDABLE IMPACTO DE LOS BLOGS EN LA ENSEÑANZA Y LA ACADEMIA

Las anteriores observaciones acerca del estado actual de la enseñanza del derecho y de la academia jurídica alumbran razones adicionales acerca del porqué considero a las actividades concernientes con los blogs de derecho una actividad valiosa para los profesores de derecho. Como he sugerido, dichas actividades producen una extraordinaria sinergia e interconexión entre la enseñanza y la academia (y el litigio también). He utilizado mi blog de diferentes formas en las cinco clases que he orientado durante los últimos dos años. Los *posts* han proveído un importante estímulo (y uno que otro texto) para gran parte de la academia jurídica “tradicional” que he producido recientemente.<sup>23</sup> Directa o indirectamente, las actividades con los blogs de derecho han desempeñado un papel en

<sup>23</sup> En mi experiencia, las actividades relacionadas con los blogs han impulsado mis propias formas de hacer academia jurídica, en lugar de quitarme el tiempo que usualmente dedicaba a ellas. Eugene Volokh (*Scholarship, Blogging and Trade-offs: On Discovering, Disseminating, and Doing*) sugiere que los blogs no son una forma adecuada de “dedicar el tiempo si se está puramente interesado en descubrir o en hacer”). Quizá debido a que desde que inicié mi blog, hace dos años, he adquirido tantos elementos nuevos para comprender la academia jurídica y, así, tener muchas cosas nuevas que decir, de hecho me he vuelto más productivo (y eficiente) de lo que era cuando estaba por fuera de la blogósfera.

una amplia selección de servicios y oportunidades de trabajo jurídico y otras actividades. De hecho, mis *posts* o series de *posts* más concienzudos a menudo han servido enseguida como materiales innovadores de enseñanza, como efectivas intervenciones ante tribunales y como primeros borradores de parte de un artículo tradicional.<sup>24</sup>

Mediante el uso de mi propio blog en las clases y por tener a estudiantes como lectores habituales y comentaristas ocasionales, me ayudo a asegurarme de que mis formas de enseñanza y mi compromiso con los estudiantes no refleja excesivamente nuestra historia de formación en institutos profesionales. A través de los temas que elijo tratar en clase, las cuestiones que enfatizo y los materiales que señalo se deben analizar, expongo a los estudiantes ante importantes ideas jurídicas y tendencias modernas en mi campo. Utilizar mi blog para desarrollar y expresar mis ideas académicas también me ayuda a asegurarme de que mi trabajo académico no es demasiado proclive hacia las instituciones para posgraduarse. Debido a los temas que reviso, las cuestiones que ahora llaman más mi atención y los materiales que me envían (así como los que encuentro en los numerosos blogs que frecuento), estoy necesariamente influenciado por las ideas jurídicas y las tendencias modernas tanto en la academia jurídica como en la práctica jurídica actuales.

Al principio, pensaba que el mejor concepto para explicar mi afinidad por las actividades con los blogs era “diversidad”: las distintas formas de expresión que son inherentes a la tecnología de los blogs expanden las perspectivas y los entendimientos de un académico jurídico.<sup>25</sup> Y aún

<sup>24</sup> El texto de Christine Hurt y Tung Yin discute un reciente *post* que escribí en mi blog en el cual cavilaba brevemente sobre asuntos relativos a la desigualdad de género, sentenciando, y sugiriendo amablemente, que “hay un valor definido para la comunidad académica (y práctica) en contar con tales pensamientos posteados”. HURT, Christine y Tung Yin, *Blogging While Untenured and Other Extreme Sports*. Cfr.: GORDON SMITH, D., *Bit by Bit: A Case Study of Bloggership*, donde muestra que los blogs sirven a muchos propósitos y que los asuntos con los blogs podrían contar tanto para la práctica del derecho como para la academia jurídica; Larry E. Ribstein (*The Public Face of Scholarship*) sugiere que “los blogs podrían permitir que los académicos bajaran de la torre de marfil, mientras que traen con ellos algo del aire puro que respiraban allá arriba”.

<sup>25</sup> La conferencia de Ann Althouse en este seminario, *Why a Narrowly Defined Legal Scholarship Blog Is Not What I Want: An Argument in Pseudo-Blog Form*, es verdaderamente un elogio que sin duda se extiende a la diversidad de expresiones y a los beneficios que pueden venir por delante.



hoy considero que las consideraciones relativas a la diversidad son las que mejor justifican el que los profesores de derecho –o al menos algunos tipos de trabajos con blogs por parte de dichos profesores– le otorguen el importante sello normativo de “academia” que le otorgamos a nuestras formas preferidas de las actividades propias de los profesores de derecho.

Pero, después de numerosas lecturas y reflexiones, considero ahora que el mejor concepto para explicar mi afinidad por las actividades concernientes a los blogs es “sinergia”, debido a las positivas conexiones entre la enseñanza, la academia y el litigio que son facilitadas por los blogs; el medio puede y debe impactar positivamente el trabajo de las facultades de derecho y sus profesores dentro y fuera del salón de clases. Pero, obviamente, si consideramos que las facultades de derecho aún deben seguir la filosofía propia de los institutos profesionales o si aspiramos a que se conviertan en verdaderas instituciones de posgrado, entonces quizá las actividades relacionadas con los blogs no deben considerarse como una forma preferida de las actividades que desempeñan los profesores de derecho. Siempre he concebido a las facultades de derecho como instituciones que deben acoger una concepción amplia y diversa acerca de cómo los profesores pueden mejorar la comprensión, los desarrollos y la práctica del derecho y las instituciones jurídicas. Es con este modelo en mente que definiendo el que los blogs y las actividades relacionadas con ellos deben considerarse una forma de enseñanza que debe favorecerse dentro de las actividades propias de los profesores de derecho.<sup>26</sup>

Fecha de recepción: 10-6-2016.

Fecha de aceptación: 30-6-2016.

<sup>26</sup> Correctamente se predice que para algunos profesores de derecho los blogs “tenderán a presentar un retrato optimista” del medio en virtud del cual “se puede quedar con un sabor ligeramente autocongratulatorio”.



## **Dogmáticas de transição, evolução dos sistemas e desafios ao ensino do Direito**

DIOGO COSTA GONÇALVES\*

### **RESUMO**

As dogmáticas de transição são formulações doutrinárias que permitem a mudança de um paradigma explicativo para outro, sem rupturas jurídico-científicas e com a preservação a identidade dos institutos. A partir do estudo de três institutos, procuramos (i) identificar a estrutura da dogmática de transição e (ii) explicitar a sua função na evolução dos sistemas. Apresentamos ainda os principais desafios que as dogmáticas de transição colocam ao ensino do Direito.

### **PALAVRAS CHAVE**

Dogmática jurídica - História do direito - Filosofia do direito - Ensino do direito.

## **Dogmática de transição (dogmatic of transition), evolution of systems and challenges to the legal studies**

### **ABSTRACT**

Dogmáticas de transição (dogmatics of transition) are those doctrinal formulations that allow the change of an explanatory paradigm to another without legal and scientific breaks and preserving the identity of the

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

institutes. From the study of three institutes we propose to (i) identify the structure of dogmática de transição and (ii) explain its role in the evolution of systems. We also identify the main challenges that the dogmáticas de transição puts to the legal studies.

#### KEYWORDS

Legal doctrine - History of law - Philosophy of law - Teaching law.

Na história da dogmática jurídico-privada, encontramos variadíssimas figuras que, surgindo num concreto contexto jurídico-cultural, vieram a ser abandonadas ou definitivamente superadas por construções jurídicas posteriores. Tais figuras apresentam-se, à ciência jurídica hodierna, como relíquias de uma museologia dogmática que muito estimamos mas das quais não esperamos soluções válidas para a casuística contemporânea.

Porém, na maioria dos casos, não é isto o que acontece. Nos institutos do Direito privado continental, o que observamos com mais frequência são *evoluções dogmáticas internas*: mudanças do paradigma explicativa da figura, com a manutenção da sua identidade jurídica e dos traços essenciais da sua aplicabilidade prática.

Observamos, com efeito, que os institutos são os mesmos ao longo dos séculos (na sua maioria herdados do *jus romanum*); o se altera, são os quadros dogmáticos ao abrigo dos quais os institutos logram inteligibilidade jurídica e aplicabilidade prática.

As soluções jurídicas são (tendencialmente) as mesmas, o instituto que as acolhe e revela também, o que varia (e por vezes substancialmente) é o quadro explicativo de base.

Na evolução interna dos institutos existe, assim, como que um *movimento dialético*.<sup>1</sup> Com efeito, é possível documentar uma dogmática “*de partida*”, uma dogmática “*de transição*” e uma dogmática “*de chegada*” que, num determinado momento histórico, surge novamente como ponto de partida para uma nova síntese dogmática.

<sup>1</sup> Usamos aqui a noção de *dialética*, longe de qualquer compreensão dialética da histórica (própria de um sistema marxista, por exemplo).

Esta realidade é, em primeiro lugar, uma evidência empírica: o jurista constata esta evolução no sistema, assinala-a e descreve-a, por vezes com acentuado ênfase, ainda que sem consciência clara da sua existência.

No presente estudo, iremos centrar a nossa atenção nas *dogmáticas de transição*: precisamente naquelas construções intermédias que permitem a mudança de um paradigma dogmático para outro, sem rupturas jurídico-científicas e com a preservação a identidade ôntica dos institutos.

Para o efeito, tomaremos por exemplo a evolução documentada em três institutos distintos: a *confusão*, a *transformação das sociedades comerciais* e a *capacidade de gozo das pessoas coletivas*.

Em qualquer um deles encontramos, como se verá, exemplos paradigmáticos de *dogmáticas de transição*.

A partir dos exemplos apontados procuraremos, de seguida, (i) identificar a estrutura da dogmática de transição e (ii) explicitar a sua dimensão funcional na evolução dos sistemas.

A constatação da existência de construções dogmáticas que desempenham uma função de transição na evolução dos sistemas, traz inegáveis desafios ao ensino do Direito que merecem uma reflexão detalhada.

Procuraremos assinalar, em traços muito gerais e necessariamente carecidos de maior desenvolvimento, aqueles que se nos afiguram ser os principais reptos que as dogmáticas de transição colocam ao ensino universitário.

Antes de avançarmos, cumpre, porém, esclarecer o que entendemos por dogmática jurídica e qual o quadro juscientífico de base em que nos movemos.

## § 1.º ELEMENTOS PRÉ-COMPREENSIVOS DA DOGMÁTICA DE TRANSIÇÃO

### 1. APROXIMAÇÃO À NOÇÃO DE DOGMÁTICA

I. Não sem ironia, Walter Selb fez notar que poucos conceitos são utilizados no discurso jurídico de forma tão temerária e imprecisa como o conceito de *dogmática*.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> SELB, Walter, "Dogmen und Dogmatik, Dogmengeschichte und Dogmatikgeschichte in der Rechtswissenschaft", em *FS Karl Larenz 80. Geburtstag*, 1983, 605-614, 605.

Há, com efeito, uma acentuada dificuldade em determinar exatamente o que se entende por dogmática jurídica e o que se está verdadeiramente a querer dizer quando se qualifica como dogmático algum labor do jurista. Não poucas vezes, até, dogmática e ciência jurídica são tomadas por equivalentes, o que acentua a dificuldade de uma determinação conceptual rigorosa.

Num esforço de sintetização, a dogmática pode ser perspectivada sob três ângulos distintos:<sup>3</sup> (i) enquanto *função*; (ii) enquanto *proposição lógica*; e (iii) enquanto *hermenêutica*.

Estas três perspetivas têm, naturalmente, pontos de contacto, tanto mais intensos quanto a orientação jusfilosófica de base o sustente.

II. Sob uma *perspetiva funcional*, procura determinar-se o que seja a dogmática tendo em conta a concreta função que ela desempenha no universo da *praxis* jurídica (*perspetiva funcional teórica*).<sup>4</sup>

De acordo com esta perspetiva, a dogmática goza de (i) uma *função generalizadora* (*Generalisierungsfunktion*), na medida em que promove a passagem do justo individual para a enunciação deontica geral e abstrata; (ii) uma *função sistematizadora* (*Systematisierungsfunktion*), conferindo uma ordem (axiológica e formal) aos elementos deonticos e tornando-os operativos na realização do Direito, *i.e.*: constituindo-os em sistema; e (iii) uma *função controladora* (*Kontrollfunktion*), inerente à constituição sistemática oferecida.<sup>5</sup>

Próxima destas três funções, ou delas decorrendo, está o *carácter heurístico* (ou função heurística) da dogmática, que a constitui em ponto de partida para novas abordagens e novos elementos de conexão.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Seguindo de perto SCHLAPP, Thomas, *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik*, 1989, 47 e ss.

<sup>4</sup> SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 52 e ss. O autor distingue entre o que podemos chamar uma perspetiva funcional *teórica* de uma outra perspetiva funcional *sistémica* (*Theorienstrukturen* cit., 48 e ss.). Esta última é distinta da noção de sistema jurídico. Parte de uma análise sociológica que compreende toda a sociedade como um sistema complexo, na qual o Direito surgiria como um subsistema, diferenciado em razão dos seus concretos mecanismos de percepção e atuação na vida social (LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3.<sup>a</sup> ed., 1987, *passim*). A dogmática consistiria, justamente, em tais mecanismos, cuja validade dependeria da sua eficácia social (SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 49).

<sup>5</sup> SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 53-54.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 332.

III. Distinta é a perspectiva que aborda a dogmática a partir da lógica. De acordo com esta perspectiva, a dogmática corresponde a um conjunto articulado de proposições, sujeitas ao escrutínio da lógica jurídica<sup>7</sup> e destinado a operar como um *modelo lógico* no discurso jurídico.<sup>8</sup>

Esta perspectiva é especialmente grata às construções conceptualistas do Direito e, em particular, às correntes analíticas, sempre que se reduza o Direito a um problema de linguagem.<sup>9</sup>

IV. Próxima desta última abordagem, está a perspectiva hermenêutica da dogmática. Numa primeira orientação hermenêutica, a dogmática tem por referencial o Direito positivo vigente<sup>10</sup> e por objeto fixar o sentido das fontes positivas.

Assim o expressava Esser ao afirmar que “*pode ser definido como dogmática qualquer método de trabalho que tenha por base a autoridade dos textos vinculativos, das leis, das decisões judiciais e dos seus critérios relevantes*”.<sup>11</sup>

A esta perspectiva –própria da dita *dogmática clássica*,<sup>12</sup> mas presente muito para além dela– está associada uma auto-suficiência hermenêutica e uma neutralidade valorativa. Sublinha-o, igualmente Esser quando afirma que a *autodeterminabilidade* e a *autovinculatividade* são características da dogmática.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Com desenvolvimento, KLUG, Ulrich, *Juristische Logik*, 1982.

<sup>8</sup> SCHLAPP, *Theorienstrukturen* cit., 56.

<sup>9</sup> Com referências, cfr. o nosso, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais. Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 394 e ss.

<sup>10</sup> SELB, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 605.

<sup>11</sup> ESSER, Josef, “Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht”, em *AcP* 172 (1972), 97-130, 97.

<sup>12</sup> Seguindo a terminologia de TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, in “Da crítica dogmática à dogmática crítica”, *O Direito* 121 (1989) IV, 729-739, 730.

<sup>13</sup> ESSER, Josef, “Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht”, em *AcP* 172 (1972), 97-130, 97: “A dogmática é, em última análise, autodeterminação e autovinculação temporária”.

A dogmática assim construída requeria-se valorativamente neutra, o que não significa que fosse axiologicamente indiferente (TEIXEIRA DE SOUSA, “Da crítica dogmática à dogmática crítica” cit., 730). Significava, outrossim, que à dogmática era estranha qualquer subjetividade valorativa, dependente de uma pré-compreensão ou de alguma ponderação extradogmática.

Wieacker dá nota desta realidade, citando um discurso de Windscheid, de 1884, no qual este afirmava que “*considerações de carácter ético, político ou económico não são*

Numa segunda orientação, a dogmática é entendida como o processo constitutivo do Direito (*sinnkonstituierendes Medium*).<sup>14</sup> Ela opera numa espiral hermenêutica entre a norma e o caso, num *continuum* normativo-interpretativo-aplicativo. O Direito *existe* não na exegese, não na aplicação, mas num único *momento constituinte*, simultaneamente hermenêutico e aplicativo, aberto à realidade do caso, da qual a própria fonte recebe sentido.

V. Na perspectiva de que partimos, a dogmática corresponde a este último sentido hermenêutico que não exclui, antes reclama, aquela outra função teórica, que constitui o Direito em sistema.

O Direito revela-se, portanto, num perpétuo movimento espiral hermenêutico-aplicativo, do caso à norma e da norma ao caso, no qual o intérprete-aplicador define em cada rotação, e simultaneamente, a relevância jurídica do problema e o próprio sentido normativo da fonte que a estabelece.

Nesta espiral hermenêutica revela-se, justamente, a síntese entre a natureza *problemática* e *sistemática* do pensamento jurídico.

Nesta concepção da dogmática, não há espaço para neutralidades valorativas. Tal decorre da sua função sistematizadora (*Systematisierungsfunktion*). Um sistema postula uma ordenação axiológica e, tratando-se do sistema jurídico, tal ordenação não pode ser valorativamente neutra.

A função sistematizadora acima assinalada exige, portanto, uma *dogmática crítica* (*kritische Rechtsdogmatik*),<sup>15</sup> estribada num “pensamento

*assuntos de juristas, enquanto tais*” (WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 1980, 492).

Também Larenz ilustra esta almejada neutralidade valorativa, sustentando que à concepção de dogmática, tal como a encontramos em Esser, subjaz “a ideia da possibilidade de apreender todos os fenômenos jurídicos em conceitos, aos quais se possa subsumir; a ideia de um sistema conceptual mais ou menos concluso, que possibilite responder também às novas questões que venham a surgir por via de operações lógicas de pensamento, e a ideia que o pensamento científico no âmbito da jurisprudência não poder[á] ser mais que o conhecimento de objeto valorativamente neutro, quer dizer, o conceito cientificista de ciência” (*Metodologia da Ciência do Direito*, 4.<sup>a</sup> ed., 2005, 313).

<sup>14</sup> SCHLAPP, Thomas, *Theorienstrukturen* cit., 71.

<sup>15</sup> WOLF, Paul, “Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik”, em *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis* (Arthur Kaufmann), 1971, 53-70, 53 e ss., em especial, 62-64. Entre nós, veja-se, com referências, TEIXEIRA DE SOUSA, “Da crítica dogmática à dogmática crítica” cit., 729-739.

*compreensivo e orientado a valores*”,<sup>16</sup> comprometida com a justiça material do caso concreto.

## 2. A NATUREZA CULTURAL DO DIREITO

I. Todavia, tal labor dogmático não pode ser realizado se o intérprete-aplicador não compreender a natureza histórico-cultural dos sistemas jurídicos. Os institutos jurídicos não são resultado de uma razão laboratorial, mas sim de uma cultura. Isto significa que compreender o sistema implica compreender a ambiência cultural em que este surge e se desenvolve; o mesmo é dizer: as representações filosóficas, religiosas, sociais e até emocionais que perpassam o ordenamento; os circunstancialismos políticos em que o sistema se desenvolve e as suas vicissitudes.

Tal não significa reduzir o Direito à História. O *suum cuique tribuere* não encontra legitimação na História, como não encontra na democracia ou em qualquer outra conceção da *potestas*.

Não se trata, portanto, de um *positivismo histórico*, que substitua os positivismos lógicos ou científicos das últimas centúrias. O jurista não está exonerado, portanto, das questões metajurídicas ao reconhecer a natureza histórica dos sistemas.

Trata-se, outrossim, de reconhecer que só a natureza histórico-cultural do Direito confere *identidade* aos institutos jurídicos e, deste modo, permite um suficiente grau de *objetividade* no conhecimento para que este possa ser ainda dogmático: não há ensaio jurídico que, para ser dogmático, possa ser absolutamente alheio ou contrário à dimensão histórico-cultural do instituto que estuda.

II. As considerações que acabamos de tecer estão diretamente associadas ao lugar da denominada *Dogmengeschichte* na própria dogmática jurídica. Com efeito, da dimensão histórico-cultural do Direito não se duvida. As dúvidas colocam-se, outrossim, quanto ao carácter constitutivo, para a dogmática, de tal dimensão histórico-cultural.

Concretizando: a *Dogmengeschichte* deve ser entendida como objeto da História do Direito, tendo em conta a natureza histórica da positividade

<sup>16</sup> LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* cit., 319. Veja-se, com interesse, PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, 2000, 143 e ss.

vigente, devendo ser ponderada a par de outras ciências auxiliares da dogmática, como a sociologia do Direito, a filosofia do Direito, etc.; ou, ao contrário, a dogmática é ela própria *Dogmengeschichte*, porquanto dinâmica e incrustada no próprio devir histórico (*zeitgebundene Dogmatik*)?<sup>17</sup>

III. Em nosso entender, a dogmática é, estruturalmente, *Dogmengeschichte*. Com efeito, as ordens jurídicas manifestam sinais de evolução, de continuidade, mas também de rutura e descontinuidade nos seus elementos formativos. Tais vicissitudes reclamam um *sentido integrador*, capaz de lançar luz sobre as próprias vicissitudes e de as integrar no presente aplicativo. A perspectiva facultada pela *Dogmengeschichte* opera tal desiderato.

IV. Do mesmo modo, o próprio pensamento jurídico é um *continuum* histórico. Toda a produção científica encerra um ato de *traditio*: o jurista recebe uma concreta *forma mentis* jurídica, nela evolui e com ela desenvolve o seu labor, e transmite-a à geração seguinte, *maxime* na escola. Ignorar o percurso do pensamento dogmático, o seu contexto e fundamentação, é pressupor um conhecimento jurídico sem genealogia, o que não existe.

O que hoje se pensa, pensa-se porque antes se pensou de determinado modo. Ignorá-lo é, no fundo, ignorar a própria dogmática e ser incapaz de compreender o próprio momento aplicativo.

Mais se diga ainda que qualquer exercício comparativo exige uma compreensão histórico-dogmática. Só ela permite identificar a proximidade problemática de soluções aparentemente distantes no tempo, revelando a estrutura decisória fundamental.

Por fim, a *Dogmengeschichte* integra uma reflexão sistemático-filosófica: tal é exigido –como salienta Selb– em todos os sistemas da matriz jusnaturalista e não menos nos sistemas positivistas.<sup>18</sup>

V. Temos, portanto, que qualquer investigação histórico-dogmática é, fundamentalmente, mais dogmática que histórica.<sup>19</sup> Nela o jurista não

<sup>17</sup> SELB, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 605.

<sup>18</sup> SELB, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 606.

<sup>19</sup> Neste sentido, DE ALBUQUERQUE, Pedro, *Direitos Reais. Relatório*, 2009, 589 e ss., com abundantes referências.



procura uma pura reconstituição de ordenamentos jurídicos antigos, mas a reconstituição do sentido evolutivo do pensamento jurídico, daquela conexão interior que permite identificar, na atualidade dogmática, a presença determinante desses elementos pretéritos que moldam e configuram o Direito vigente.

VI. Sublinhem-se ainda dois aspetos importantes relacionados com a *Dogmengeschichte* e que têm que ver com a noção de autoridade na dogmática e de cientificidade do próprio conhecimento jurídico.

À dogmática está naturalmente associada uma noção de autoridade,<sup>20</sup> presente em todas as escolas.<sup>21</sup> Controverso é, porém, estabelecer os critérios da autoridade: que requisitos deverá ter a *opinio* para que goze de *auctoritas*?<sup>22</sup>

Num contexto marcadamente positivista, a autoridade advém de alguma forma de *potesta*, de onde decorre que a autoridade é ela própria o resultado de um exercício de autoridade (no sentido de poder). Tal circunstância merece, naturalmente, a interrogação crítica se a dogmática, assim compreendida, não será afinal uma “*dogmática sem dogmas*”,<sup>23</sup> porque carecida de uma autoridade pré-definida, externa, que controle ela própria o exercício do poder, definindo o que é o jurídico.

A compreensão da natureza histórico-cultural do Direito é um fator de liberdade face à *potestas* que não pode deixar de ser considerado.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno* cit., 54 e TEIXEIRA DE SOUSA, “Da crítica dogmática à dogmática crítica” cit., 729.

<sup>21</sup> Sobre a evolução do conceito de dogmática, cfr., por todos, PIANO MORTARI, Vincenzo, *Dogmatica e Interpretazioni. I giuristi medievali*, 1976; *Gli inizi del Diritto Moderno in Europa*, 1980 e “Dogmatica giuridica. Premessa storica”, em *ED XIII* (1964), 671-678. Cfr., ainda, GARCÍA AMADO, *Teorías de la Tópica Jurídica*, 1988; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> ed. 1976; MULLER, *Juristische Methodik*, 2.<sup>a</sup> ed., 1976; OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, 1971; HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken*, 1977 e ROTTLEUTNER, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973.

<sup>22</sup> Sobre a *auctoritas* e a juridicidade, cfr., por todos, o nosso “Da *auctoritas* como elemento constitutivo da juridicidade: a gênese do jurídico”, em *RFDUL XLIII* (2002) 1, 585-610. Veja-se ainda, com especial relevância, RUY DE ALBUQUERQUE, “Direito de juristas. Direito de Estado”, em *RFDUL XLII* (2001) 2, 751-807.

<sup>23</sup> Neste sentido, SELB, Walter, “Dogmen und Dogmatik...” cit., 607.

<sup>24</sup> Neste sentido, DE ALBUQUERQUE, Pedro, *Direitos Reais. Relatório* cit., 595, referindo-se ao conhecimento histórico-jurídico como “*escola de liberdade*”.

Com efeito, no momento em que o jurídico é compreendido a partir do elemento de historicidade que o integra, a sua definição deixa de estar na mãos exclusivas de um poder circunstanciado. A compreensão do papel constitutivo da história na dogmática, liberta a própria dogmática da domesticação pela *potestas*, na medida em que não recebe desta a fundamentação última.

VII. A própria historicidade da dogmática confere objetividade aos limites das suas fronteiras. Reconhecer a natureza histórico-cultural do Direito significa assumir que, para que de dogmática se possa falar, a *endoxa* respeite o universo histórico-cultural de referência.

Tal não significa, naturalmente, que um ensaio dogmático resulte necessariamente numa revitalização histórica dos institutos ou numa rejeição apriorística de ventos de mudança; significa, outrossim, que os avanços eventualmente alcançados devem revelar uma conexão interna com o lastro histórico das figuras. De outra sorte, tal labor poderá ter sido muita coisa, mas não um trabalho dogmático.

É neste contexto vital que deve ser compreendida a ideia de *dogmática de transição*.

### 3. JURISPRUDÊNCIA PROBLEMÁTICA E O PENSAMENTO SISTEMÁTICO

I. Todo o pensamento jurídico é estruturalmente *problemático*: a ciência jurídica nasce da solução de casos concretos que reclamam uma resposta em razão de justiça. No processo de realização do Direito, o *casus* –o problema– é o verdadeiro *prius* metodológico em torno do qual se articula todo o discurso jurídico<sup>25</sup> e todo o processo realizador ou constitutivo do Direito.

Mas o pensamento jurídico não se esgota na sua dimensão *problemática*. Ele é também estruturalmente *sistemático*: nasce do problema e temo sempre por referencial concreto, mas não prescinde do esforço de uma estruturação racional, enquanto ordenação de conhecimento segundo princípios (Kant).

<sup>25</sup> CASTANHEIRA NEVES, António, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, 1993, 142 e ss. Num desenvolvimento relevante desta perspectiva, cfr. DE ALBUQUERQUE, Pedro, *Direitos Reais. Relatório cit.*, 33 e ss. Com especial interesse, e com referências quanto à evolução do seu pensamento, cfr. SCAPP, Jan, “Der Fall in der juristischen Methodenlehre”, em *Subsumtion (Gottfried Gabriel/Rolf Gröschner)*, 2012, 227-257.

II. O que ora se afirma não levanta especiais dúvidas. Corresponde, porém, em traços largos, à síntese metodológica resultante da querela do pós-guerra que opôs a tópica jurídica à compreensão sistemática do Direito, e que assumimos como pano de fundo metodológico da presente investigação.

A identificação entre ciência do Direito e tópica jurídica foi especialmente divulgada a partir da obra de Wiehweg,<sup>26</sup> *Topik und jurisprudentz* (1953). A aplicação do pensamento (tópico ou problemático) ao *jus civile* foi sintetizada pelo autor do seguinte modo:<sup>27</sup>

- (i) a estrutura geral (*Gesamtstruktur*) da ciência jurídica encontra-se dependente do problema;
- (ii) do mesmo modo, também os seus elementos integrantes (*Bestandteile*), conceitos e proposições, devem permanecer especialmente vinculados ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele;
- (iii) os conceitos e proposições jurídicas só podem ser manuseados num sentido que mantenha uma implicação direta com o problema.

A natureza sistemática do Direito era, assim, segundo Viehweg, uma mera aparência. Na verdade, a ciência jurídica outra coisa não era do que um “*processo especial de discussão de problemas*”<sup>28</sup> e nunca uma articulação unitária, axiológico-dedutiva, de soluções normativas.

III. A compreensão da ciência jurídica como tópica ou *jurisprudência problemática* parecia uma proposta metodológica especialmente feliz no contexto juscientífico do segundo pós-guerra: prometia libertar a ciência jurídica do juspositivismo e permitia manusear valorações jurídico-materiais de natureza ética. Para além disso, a proeminência do problema no processo aplicativo do Direito dotava o discurso de um necessário realismo jusfilosófico e metodológico, tão arredado das grandes escolas oitocentistas.

<sup>26</sup> Antes ainda de Wiehweg, outros autores se ocuparam do tema, com especial destaque para Nicolai Hartmann, Max Salomon e os trabalhos de Fritz von Hippel na década de trinta. Cfr., quanto a estes autores, com referências, REHBOCK, Klaus, *Topik und Recht eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, 1988, 169 e ss.

<sup>27</sup> VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 3.<sup>a</sup> ed., 1965, 66.

<sup>28</sup> Na expressão de Menezes Cordeiro, in introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 1989, XLVII.

Não faltou ainda a Viehweg uma legitimação história, marcadamente presente na estrutura do seu *Topik und Jurisprudenz*: da antiguidade clássica à modernidade, a jurisprudência fora sempre problemática e retórica.

As evoluções mais recentes da civilística coeva tornavam, ainda, a jurisprudência problemática, mais que uma proposta, uma realidade: a configuração do *Schadenrecht* como *sistema móvel*, na proposta de Wilburg,<sup>29</sup> era tida por Viehweg uma “*evidência da estrutura tópica*”<sup>30</sup> da civilística coeva, desenvolvida no “*centro nevrálgico do Direito privado*”.<sup>31</sup>

Com efeito, Wilburg veio sustentar que a pretensão indemnizatória se concretizava na esfera jurídica do credor não pela verificação exaustiva de um conjunto normativo de requisitos mas antes pela verificação, em grau e intensidade diversa, dos vários elementos constitutivos do dever de indemnizar.<sup>32</sup>

A aplicação de um instituto jurídico *-in casu*, a responsabilidade civil extracontratual- ocorrência, assim, ainda que não se encontrasse preenchido ou suficientemente indiciado algum dos elementos constitutivos, ante a presença ou maior intensidade de outros elementos.<sup>33</sup>

O que caracteriza, assim, a realização do Direito em *sistema móvel* é a meabilidade aplicativa conferida ao intérprete-aplicador (distante de um paradigma axiomático-dedutivo), marcada pela proeminência do próprio *casus* no processo aplicativo.

<sup>29</sup> WILBURG, Walter, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941, 26 e ss. Já denotando maior desenvolvimento dogmático e precisão terminológica, cfr., do autor, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.

<sup>30</sup> VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., 1965, 72 (*Beleg für topische Struktur in der gegenwärtigen Zivilistik*).

<sup>31</sup> VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 3.<sup>a</sup> ed. cit., 1965, 73, citando o *Die Elemente des Schadensrechts* de Wilburg.

<sup>32</sup> WILBURG, Walter, *Die Elemente des Schadensrechts* cit., 28: “Entre a recorrente aspiração a um princípio unitário, por um lado, e a resignação ante uma multiplicidade desordenada de fundamentos de responsabilidade civil, impõe-se como tarefa desta obra, encontrar um meio termo que conduza ao desiderato comum de uma integração orgânica do pensamento”.

<sup>33</sup> Na proposta de Wilburg, a responsabilidade extracontratual fundar-se-ia em quatro elementos: (i) atuação que interfere em área jurídica alheia ou a coloca em perigo; (ii) a verificação do dano; (iii) a censurabilidade da conduta; e (iv) o poder económico do responsável ou a exigibilidade de o assegurar (WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts* cit., 28-29). Mais tarde, o autor acrescentou ainda um quinto elemento: concentração de vantagens e perigo numa empresa. Cfr. WILBURG, Walter, “Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts”, em *AcP* 163 (1946), 246-379 (346).

A lição de Wilburg cedo foi desenvolvida por outros autores. Com especial relevância, Leenen introduziu a ideia no discurso tipológico ao referir-se à abertura do tipo (*Offenheit des Typus*) e definindo-o como “*elastisches Merkmalsgefüge*”.<sup>34</sup>

Acusando claramente a recepção da construção *móvel* de Wilburg, afirmava o autor:

“O tipo não constitui apenas uma estrutura de características (Merkmalsgefüge) elástica mas sobretudo interdependente, que é precisamente a forma de ligação que contribui para o conhecimento do todo a partir da mútua complementaridade e limitação.

“A interdependência das características tipológicas é, por outro lado, uma das principais razões para a ‘clareza’ ou ‘vitalidade’ do tipo: na medida em que cada característica é limitada no seu conteúdo tanto pelas restantes características como pelos aspetos constitutivos de natureza valorativa (konstitutiver Wertaspekt), a descrição tipológica goza de uma riqueza muito maior para ilustrar o tipo, tal como aplicada no processo de delimitação da elaboração conceptual, do que recorrendo às poucas e abstratas características (...) do seu conteúdo conceptual”.<sup>35</sup>

Como sublinha Larenz, uma ligeira modificação conceptual na terminologia de Leenen e a estrutura de pensamento (*Denkform*) do autor coincidem com a proposta de Wilburg.<sup>36</sup>

No mesmo sentido seguiu Engisch, referindo-se com frequência à variabilidade (*Variabilität*) e graduabilidade (*Graduierbarkeit*) das características constitutivas do tipo.<sup>37</sup>

IV. Em poucos anos multiplicaram-se os autores que sublinhavam os méritos da proposta de Viehweg e a tópica tornou-se um lugar obrigatório na literatura da especialidade.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> LEENEN, Detlef, *Typus und Rechtsfindung*, 1971, 34, “*estrutura elástica de características*”.

<sup>35</sup> LEENEN, *Typus und Rechtsfindung* cit., 47-48.

<sup>36</sup> LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.<sup>a</sup> ed., 1991, 470.

<sup>37</sup> Por exemplo, ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.<sup>a</sup> ed., 1968, 242.

<sup>38</sup> Cfr., por exemplo, ARNDT, Adolf, “Gesetzesrecht und Richterrecht”, em *NJW* 16 (1963) 29, 1273-1284, em especial, 1277 e ss.; HORN, Norbert, “Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens”, em *NJW* 20 (1967) 14, 601- 608; ZIPPELIUS, Reinhold, *Das Wesen des Rechts*, 1973, 172 e ss.; *Rechtsphilosophie*, 3.<sup>a</sup> ed., 1994, 261-265 e *Juristische Methodenlehre*, 8.<sup>a</sup> ed., 2003, 88-89; LÜDERSSEN, Klaus, “Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung”, em

À medida, porém, que se usava (e, em parte, abusava)<sup>39</sup> da tópica, ia crescendo a tensão entre uma *jurisprudência problemática* e o *pensamento sistemático*.

De modo sintético, dir-se-ia: o pensamento problemático e sistemático surgiam como duas estruturas metodológicas antagônicas, entre as quais o jurista deveria optar. Ou assumia a natureza problemática do Direito e prescindia da sistemática; ou, ao contrário, acolhia o pensamento sistemático e renunciava às vantagens metodológicas e jusfilosóficas ganjeadas pela tópica.<sup>40</sup>

Palco especialmente favorável à discussão sobre o lugar epistemológico da tópica jurídica na metodologia da ciência do Direito era a noção de *sistema móvel*.

Como se disse, Viehweg tinha acusado a construção de Wilburg de consubstanciar uma manifestação de *tópica jurídica*. A aplicação do Direito em sistema móvel tornava-se, assim, e afinal, uma forma *a-sistemática* de realização do Direito.

Em resposta a esta crítica, Canaris veio defender a natureza sistemática da proposta de Wilburg, sustentando que a aplicação do Direito em sistema móvel manifestava ainda a *unidade* e *ordem* própria de um sistema, que se garante na pluralidade não estaticamente hierarquizada dos seus elementos.<sup>41</sup>

*Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. FS Helmut Coing 70. Geburtstag*, I, 1982, 549-564; ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.<sup>a</sup> ed., 1983, 381 e ss. Para uma visão panorâmica dos termos globais da discussão coeva, cfr. WIEACKER, Franz, "Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft", em *Ausgewählte Schriften (Dieter Simon)*, II (*Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*), 1983, 205-221.

<sup>39</sup> No sentido de uso impreciso do termo e da construção de MENEZES CORDEIRO, Viehweg in introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* cit., XLVIII.

<sup>40</sup> Na obra de Zippelius, por exemplo, é notório como o pensamento jurídico surge explanado a partir da dicotomia pensamento conceptual-sistemático (*Begrifflich-systematische Denken*) versus argumentação jurídica (*Argumentierendes Erwägen*), na qual a tópica se inclui. Cfr. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., 247 e ss.

<sup>41</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 1989, 131 e ss. Veja-se, também, sobre a mútua interpenetração entre pensamento sistemático e tópica jurídica, REHBOCK, Klaus, *Topik und Recht eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik*, 1988, 181 e ss.

Mais sublinha Canaris serem abundantes as manifestações de mobilidade do sistema, concluindo que o Direito positivo compreende partes do sistema imóveis e móveis, com o predomínio das primeiras.<sup>42</sup> Os elementos móveis do sistema surgem como uma *posição intermédia entre a previsão rígida e a cláusula geral*<sup>43</sup> (tida, esta última, como uma *erupção de equidade*).<sup>44</sup>

V. Temos, portanto, que da estrutura simultaneamente problemática e sistemática da ciência jurídica resultam, as notas de *abertura e mobilidade* do sistema jurídico. A unidade de sistema interno não é prejudicada pela inexistência de uma hierarquia estática dos elementos intra-sistemáticos.

À parte da estaticidade conferida a alguns vetores, o processo realizador do Direito exige a ponderação da intensidade diversa com que os fatores normativos e axiológicos surgem no caso concreto. Tal ponderação é problemática, mas não a-sistemática.

Assim compreendida, a mobilidade do sistema não só não causa embaraço ao jurista como se torna um elemento fundamental no processo realizador do Direito. Por um lado, a mobilidade garante a segurança jurídica já que, por ser uma forma de realização do Direito *sistemática*, não prescinde da unidade axiológico-valorativa interna e de alguma hierarquização normativa; por outro, garante a justiça, que sempre exige um processo individualizador, maleável às características do caso concreto, que garanta, no particular, o todo.

Compreende-se, assim, que Canaris veja no sistema móvel um “*compromisso particularmente feliz entre os diversos postulados da ideia de Direito*”<sup>45</sup> e uma descoberta metodológica especialmente significativa no séc. XX jurídico.<sup>46</sup>

A ela está também associada a ideia de *dogmática de transição*.

<sup>42</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 138.

<sup>43</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 143.

<sup>44</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 142.

<sup>45</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 145.

<sup>46</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático cit.*, 148.

Entre nós, é já significativa a doutrina que vem recorrendo ao sistema móvel, com inegáveis alcances práticos. Menezes Cordeiro utiliza-o na reordenação dogmática da Boa Fé (*Da Boa Fé no Direito Civil*, 1984 [reimp. 2001], *passim*, em particular, 1258 e ss.) e Menezes Leitão na aplicação da cláusula geral do art. 473.º/1, em sede de

## § 2.º Base exemplificativa

### 4. A CONFUSÃO: DO “EXIMIT PERSONAM AB OBLIGATIONE” AO “EXTINGUIT OBLIGATIONEM”

I. Designa-se por *confusão*, em Direito civil, o modo de extinção das obrigações que opera mediante a reunião, no mesmo sujeito, da qualidade de credor e devedor.<sup>47</sup>

Os códigos da primeira geração, acolheram sem reservas o instituto. Assim sucedeu, desde logo, com o Código Napoleão que estatuiu, no art. 1300, a extinção de “*les deux créances*” assim que se reunisse na mesma pessoa a qualidade de credor e devedor.

Por sua influência, também o *Codice Civile* 1865, no art. 1296, associava a *confusione di diritto* à extinção do débito e do crédito em causa.

enriquecimento sem causa (*O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, 1996, 966-967.). Também Carneiro da Frada preconiza a aplicação dos pressupostos da responsabilidade pela confiança em sistema móvel (*Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 2004, 586 e ss.).

<sup>47</sup> Para melhor enquadramento e referências, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, IV, cit., 377-379.

A aplicação do instituto não se limita, porém, à extinção de situações jurídicas obrigacionais. Aplica-se, ainda, à extinção de direitos reais menores quando, na mesma esfera jurídica, se reúna a titularidade de outros direitos reais.

Assim o usufruto e o direito de superfície extinguem-se pela reunião na mesma pessoa de tais situações jurídicas com o direito de propriedade (arts. 1476.º/1 c) e 1536.º/1 d). Do mesmo modo, também as servidões se extinguem mediante a reunião na mesma pessoa do domínio dos prédios dominante e serviente (art. 1569.º/1 a).

A confusão, enquanto causa da extinção de obrigações ou de direitos reais, é radicalmente diversa: ocorre em universos dogmáticos estruturalmente distintos o que compromete a possibilidade de uma dogmática unitária da confusão. Neste sentido, veja-se DE LORENZO, Valeria, “Confusione nelle obbligazioni” cit., 452 e FAVERO, Gianantonio, “Confusione (diritto vigente)”, em *ED VIII* (1961), 1049-1057, 1052. Entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, IV, cit., 378.

Prevalece assim a opinião de que não é possível conceber a confusão como um instituto geral do Direito civil. Ante as diversas hipóteses normativas de confusão, caberia apenas assinalar o facto de terem em comum um efeito extintivo, decorrente de uma “*generica riunione di rapporti*” (DE LORENZO, Valeria, “Confusione nelle obbligazioni” cit., 452).

Nesta fragilidade da confusão, encontramos nós inegáveis potencialidades dogmáticas, como procurámos demonstrar in Pessoa coletiva e sociedades comerciais. Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada, 2015, 654 e ss.



O mesmo sucedia no Código Seabra, surgindo a figura regulada nos arts. 796.º e ss.

II. Curiosamente, o BGB não acolheu o instituto. Isto, sem prejuízo da confusão vir abundantemente tratada na manualística de referência.<sup>48</sup> O facto ficou a dever-se, segundo Heck, à especial evidência do processo extintivo em causa (ninguém pode ser devedor e credor de si mesmo), que tornava despcienda a sua consagração legal.<sup>49</sup>

Não obstante, os códigos da segunda geração mantiveram a previsão normativa da confusão, como é o caso do *Codice Civile* 1942 (art. 1253) e o nosso Código Civil 1966 (art. 868.º), por exemplo.

III. Uma primeira orientação dogmática, tendeu a negar à confusão um efeito extintivo: a reunião na mesma pessoa da qualidade de devedor e credor tinha apenas como consequência a *impossibilidade de facto*<sup>50</sup> do exercício do direito de ação, mas não a extinção das situações jurídicas em causa.<sup>51</sup>

O adágio romano segundo o qual *confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem* deveria assim, como sugeria Demolombe, conhecer uma outra leitura dogmática: (...) *eximit personam ab actione*.<sup>52</sup>

O crédito em causa ficaria assim como que adormecido, aguardando titulação por outro sujeito, momento no qual ocorreria uma reativação do direito, como surgia expressamente previsto no art. 453.º do Código helénico 1940.

<sup>48</sup> Cfr., por exemplo, ENNECERUS Ludwig y Heinrich LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1950, § 76 (290 e ss.); LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I (Allgemeiner Teil)*, 14.ª ed., 1987, 270 e GERNHUBER, Joachim, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, 2.ª ed., 1994, 416 e ss.

<sup>49</sup> HECK, Philipp, *Grundriss des Schuldrechts*, 1929, 191. Afirmava o autor: "A obrigação extingue-se, quando os direitos e obrigações se reúnem na mesma pessoa (reunião, confusão, coincidência da posição das partes) (...) Que a obrigação deve extinguir-se por este meio é evidente (...) O BGB considerou esta causa de extinção tão evidente que dispensou um reconhecimento especial"

<sup>50</sup> DE LORENZO, Valeria, "Confusione nelle obbligazioni", em *DDP* III (1998), 451-457, 452.

<sup>51</sup> Alguns autores admitiam, todavia, a extinção, ainda que com reservas e sempre como uma consequência da inoperacionalidade da ação. Neste sentido, DE LORENZO, Valeria, "Confusione nelle obbligazioni" cit., 452.

<sup>52</sup> Imputando esta orientação a Demolombe, cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, V, 1932, 91.

Esta orientação foi dominante na escola da exegese,<sup>53</sup> que influenciou naturalmente o enquadramento dogmático oferecido ao instituto em Itália<sup>54</sup> e também em Portugal.<sup>55</sup>

IV. No espaço germânico, alguns autores, porém, viram na confusão uma forma de extinção das obrigações estruturalmente idêntica à compensação. Neste sentido seguiu Windscheid,<sup>56</sup> cuja leitura no espaço italiano originou uma corrente doutrinal que, ao tratar da confusão, colocou a tónica na “*struttura del rapporto*”.

Com algumas variantes, o mote essencial passava por reconhecer na confusão o efeito económico ou “contabilístico” da compensação, permitindo uma idêntica “anulação de débitos”, mas desta sorte por referência a um crédito correlativo inscrito na mesma esfera jurídica.<sup>57</sup>

Este novo enquadramento dogmático ficou sobretudo marcado pela aceitação tendencialmente pacífica do efeito extintivo da compensação,<sup>58</sup> rejeitado na dogmática anterior.

<sup>53</sup> Cfr., por exemplo, POTHIER, *Traité des obligations*, II, 1848, 353; DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, V, s/d (187 ?), 528 e ss. e LAURENT, *Principes de Droit Civil*, XVIII, 3.<sup>a</sup> ed., 1878, 498 e ss.

<sup>54</sup> Cfr., por todos, RICCI, Francesco, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, VI, 3.<sup>a</sup> ed., 1923, 399 e ss.; GIORGI, Giorgio, *Teoria delle obbligazioni*, VIII, 1911, 178 e ss. e STOLFI, Nicola, *Diritto civile*, III, 1932, 464 e ss.

<sup>55</sup> CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, V, cit., 86 e ss. O autor qualifica a confusão como a “*neutralização de um direito*” (86) que não opera a sua extinção, mas antes paralisa a ação a ele correspondente (91). No mesmo sentido, MOREIRA, Guilherme, *Instituições*, II, cit., § 78.<sup>o</sup> (106 e ss.). O autor refere-se à confusão como facto extintivo do crédito e da dívida. Apressa-se, porém, a esclarecer que a extinção deve ser entendida no sentido de Demolombe: o que verdadeiramente se extingue é o direito de ação, não o crédito.

<sup>56</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, 1904, § 352, 365-367. De notar que HECK, Philipp, *Grundriss des Schuldrechts* cit., 191, apela à ideia de *impossibilidade* como causa da extinção por confusão.

<sup>57</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, em *Studi di Diritto Processuale in onore Chiovenda*, 1927, 221-341, 280 e ss. Cfr., igualmente, MARTONE, Luca, “La compensazione legale”, em *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento* (a cura di Mauro Paladino), 2010, 133-206, 204 e “La confusione”, em *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento* (a cura di Mauro Paladino), 2010, 351-382.

<sup>58</sup> Com referências a autores que, baseando-se na estrutura da *obligatio* como *Shuld und Haftung*, admitiam a extinção da garantia mas a subsistência da obrigação (sem possibilidade de ação), cfr. DE LORENZO, Valeria, “Confusione nelle obbligazioni” cit., 453.

Quedava, porém, aberto o flanco à discussão acerca da autonomia dogmática da confusão, como causa extintiva das obrigações e, em especial, quanto à sua natureza *satisfatória* ou não do interesse do credor.<sup>59</sup>

V. Em Portugal, aquando da elaboração do CC, prevaleceu a opinião segundo a qual seria conveniente manter uma consagração legal da confusão, não porque tal fosse essencial para reconhecer na figura uma causa de extinção de obrigações (recorde-se o caso do BGB), mas sim porque seria útil resolver algumas questões suscitadas pelo instituto.

Com este pressuposto surge o *Anteprojeto de Vaz Serra*<sup>60</sup> que, não obstante as modificações substanciais, está na origem dos art. 868.º e ss. CC que consagram a figura como uma causa de extinção das obrigações, para além do cumprimento.

#### 5. A TRANSFORMAÇÃO DE SOCIEDADES: DA TOTALE UNIVERSALSUKZESSION À IDENTITÄTSTHESE

III. Foi, contudo, no âmbito da transformação das sociedades que o princípio da identidade viria conhecer um importante desenvolvimento,<sup>61</sup> tendo vindo a tornar-se património comum do Direito societário continental.

Verificar-se-ia, depois, um refluxo dogmático: a tese da identidade, moldada em sede de transformação, viria novamente ajudar à compreensão do problema primeiro da relação entre sociedades registadas e não registadas. A sua capacidade explicativa e heurística estender-se-ia, depois, a abordagens já não institucionais do Direito societário.<sup>62</sup>

IV. Num primeiro momento, a transformação foi reconduzida à figura da *totale UniversalsukzeSSION*, hoje essencialmente conectada com a fusão, como melhor veremos.<sup>63</sup> Tal opção correspondeu a uma *dogmática*

<sup>59</sup> Para um enquadramento geral da discussão, DE LORENZO, Valeria, "Confusione nelle obbligazioni" cit., 454 e ss.

<sup>60</sup> VAZ SERRA, "Confusão", em *BMJ* 41 (1954), 17-55.

<sup>61</sup> SCHMIDT, Karsten, "Integrationswirkung des Umwandlungsgesetze..." cit., 564 e ss.

<sup>62</sup> Cfr. o nosso *Fusão, cisão e transformação de sociedades comerciais. A posição jurídica dos sócios e a delimitação do statuo viae*, 2008, 376 e ss., a propósito da incidência do princípio da identidade na compreensão dinâmica da participação social (*statuo viae*). Cfr., igualmente, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3ª ed. cit., 1135.

<sup>63</sup> Cfr. *infra*, 175/II.

*de transição*, dominante em finais do séc. XIX e paulatinamente abandonada durante o primeiro quartel do séc. XX.

De forma muito sumária, a transformação começou por ser enquadrada como uma operação societária composta por três atos jurídicos autónomos:<sup>64</sup> *dissolução* da sociedade, *liquidação* do seu património e *constituição*, com o património resultante da liquidação, de uma nova sociedade.

O elemento institucional da transformação residia essencialmente no escopo da tríplice operação, sem que no entanto existisse uma unidade normativa das operações.

Esta situação alterou-se com a *GmbHG* 1892.<sup>65</sup> Os §§ 80 e 81 (revogados pelo § 25 da *EGAktG* 1937), vinham dispensar, na hipótese de transformação de uma *AG* em *GmbH* (e só nesta hipótese) a liquidação da *AG* dissolvida.<sup>66</sup> De três, a transformação passou assim para um processo em dois atos: dissolução e constituição.

Esta simplificação do processo tinha uma iminente utilidade prática: (i) evitava a satisfação dos credores pela liquidação do passivo social, que uma transformação em três atos exigia; e (ii) abreviava a operação, já que dispensava a espera de um ano sobre a liquidação, como estatuiu o § 73.º *GmbHG*.

Excetuando, porém, os casos de transformação de uma *AG* em *GmbHG* (e não o inverso),<sup>67</sup> qualquer modificação da forma jurídica da sociedade estava sujeita à tríplice operação: dissolução-liquidação-constituição.

O cenário normativo desenhado pela *GmbHG* veio permitir uma primeira dogmática da transformação. A transformação encerrava, em primeiro lugar, um duplo efeito extintivo/constitutivo: deliberada a transformação, extinguia-se uma sociedade e constituía-se, no mesmo processo, uma sociedade de tipo diverso.

<sup>64</sup> Neste sentido, HACHENBURG, Max, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, II, 1959, 582.

<sup>65</sup> Já antes, porém, a *Novelle* 1884 (art. 206a ) tinha permitido a transformação de uma *AG* em *KGaA*. Com referências, SCHUBERT, Werner e Peter HOMMELHOFF, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, 1985, 41. O articulado da *Novelle* encontra-se reproduzido na obra (560-607).

<sup>66</sup> Com referências, STAUB, Hermann, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 1903, 416-419.

<sup>67</sup> HACHENBURG, *Kommentar zum Gesetz*, II, cit., 582. A restrição do regime compreende-se se atendermos à responsabilidade dos tipos sociais em causa e à ausência de personificação de algumas realidades societárias.

A nova sociedade surgia, porém, como a titular do universo de situações jurídicas antes titulada pela sociedade extinta. Tal efeito foi reconduzido a um paradigma sucessório (*Paradigma des Erbfalls*), de onde a transformação, enquanto processo de dissolução-constituição, sem liquidação, deveria ser entendida como uma hipótese de *Universalsukzession*.<sup>68</sup>

A *quidditas* da transformação residiria assim, na especialidade do regime da sucessão, o qual permitia que esta operasse sem os condicionantes do *Spezialitätsprinzip*.

Este enquadramento pressupunha, naturalmente, uma *dupla imputação* de situações jurídicas: à sociedade extinta, em primeiro lugar, e, por efeito sucessório, à nova sociedade.

V. Com efeito, nas primeiras décadas do séc. XX,<sup>69</sup> observa-se uma progressiva depuração dogmática que culminaria com a legislação sobre transformação da década de 30.

A evolução observada assentou na distinção entre o fenómeno de transformação (*Umwandlung*) das realidades personificadas e o fenómeno de transformação de outras formas de organização económica não personificadas.

Para as realidades personificadas, o duplo efeito extintivo/criativo –que estava na base da tese da *totale Universalsukzession*– foi abandonado e passou a entender-se que existia uma única e mesma sociedade: durante o processo de transformação e na sua finalização, existia sempre uma mesma realidade ôntica.

Daqui resultou a delimitação de um sentido técnico-jurídico de transformação baseado na manutenção da identidade da pessoa jurídica,<sup>70</sup> por oposição a outras modificações ocorridas entre realidades jurídico-económicas não personificadas.

<sup>68</sup> SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.<sup>a</sup> ed. cit., 355.

<sup>69</sup> Discutindo o tema, SCHREIBER, Otto, *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien*, 1925, *passim*; MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht* cit., 260 (a propósito da fusão, o autor invoca uma ideia de identidade, embora não com o alcance que viria a ter posteriormente) e VON GIERKE, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 8.<sup>a</sup> ed. cit., 281 e ss., com reservas quanto à tese da identidade. De notar que a primeira edição da obra é de 1921, procedendo a edição ora citada a uma súmula da evolução doutrinal da década de 30 e 40.

<sup>70</sup> BAUMBACH, Adolf e Alfred HUECK, *Aktiengesetz*, 8.<sup>a</sup> ed., 1954, 568.

Quanto a estas últimas, não seria possível falar de transformação em sentido próprio mas antes em transferência de ativos (*Vermögensübertragung*). A transferência de ativos poderia, ainda assim, ser qualificada como *Umwandlung*, mas apenas num sentido amplo, ou impróprio.

A transformação em sentido próprio (*Formwechsel*) passou assim a ser enquadrada sob a égide da *Identitätsthese*. A *Universalsukzession* restringiu o seu âmbito explicativo-dogmático aos demais casos de *Umwandlung*.<sup>71</sup>

VI. A evolução apontada encontrou respaldo na lei.<sup>72</sup> A *Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften*, de 1934, veio regular a hipótese de *Umwandlung* das sociedades personificadas (*AG*, *KGaA* e *GmbH*) em sociedades não personificadas (*OHG* ou *KG*). A operação é descrita no § 1 (I), como uma transmissão de ativos sem liquidação,<sup>73</sup> enquadrável dogmaticamente sob o paradigma sucessório.

Em 1937, a *AktG* viria regular com especial cuidado as hipóteses de transformação de sociedades personificadas (§§ 257.º a 287.º):<sup>74</sup> (i) a transformação de sociedades anónimas em sociedades em comandita por ações (§§ 257 a 259) e de comandita por ações em sociedades anónimas (§§ 260 a 262); (ii) a transformação de sociedades anónimas em sociedades por quotas (§§ 263 a 268) e de por quotas em anónimas (§§ 278 e 279); e, por fim, (iii) a transformação de sociedades em comandita por ações em sociedades por quotas (§§ 280 a 282) e por quotas em comandita por ações (§§ 283-286). No § 287, a *AktG* regulava ainda a transformação de uma *bergrechtliche Gewerkschaft* em sociedade em comandita por ações.

<sup>71</sup> Neste sentido, BAUMBACH, Adolf e Alfred HUECK, *Aktiengesetz*, 8.<sup>a</sup> ed. cit., 568. Sublinhando a presença de um entendimento dualista do instituto da transformação no antigo *Umwandlungsrecht*, PRIESTER, Hans-Joachim, "Gündungsrecht contra Identitätsprinzip. Kapitalausstattung beim Formwechsel", em *FS Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, I, 1998, 449-468, 451.

<sup>72</sup> Para um enquadramento geral das reformas em curso na década de 30, KLAUSING, Friedrich, *Reform des Aktienrechts*, 1933.

<sup>73</sup> "Uma sociedade anónima, uma sociedade em comandita por ações e uma sociedade por quotas pode, de acordo com as disposições seguintes, ser transformada numa sociedade em nome coletivo ou numa sociedade em comandita simples, de tal modo que o seu património seja transferido, sem liquidação, para um único acionista".

<sup>74</sup> KLAUSING, Friedrich, *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und "Amtlicher Begründung"*, 1937, 223 e ss.

A dogmática subjacente à *AktG* é claramente favorável à tese da identidade. Ao tratar dos efeitos do registo, em sede de transformação, o legislador utilizou repetidamente a expressão “*von der Eintragung der Umwandlung an besteht die Gesellschaft als (...) weiter*” (§§ 259, 262, 265, 274, 281 e 285).<sup>75</sup> A locução *weiter bestehen als* –continua a existir como– indicia a substituição do duplo efeito extintivo/criativo, próprio da *GmbHG* e da *Universalsukzession*, por uma noção de continuidade ou identidade de centros de imputação.

VII. Do período evolutivo seguinte<sup>76</sup> –convencionalmente fixado entre a *AktG* 1937 e 1988, aquando da discussão do *E-Umwandlungsrecht*– cumpre reter as seguintes notas: (i) resistência dogmática à tese da identidade; (ii) manutenção do conteúdo normativo essencial das fontes; e (iii) manutenção da *summa divisio* entre *Umwandlung* de realidades personificadas e não personificadas.

Com efeito, não obstante a evolução apontada, o princípio da identidade conheceu resistência de parte de alguma doutrina. A forma de pensamento identitária corre sempre o risco de conduzir a um elevado grau de substantivação, pressupondo a existência de uma mesma *res ontológica*, não obstante o distinto regime jurídico aplicável.

Ora, se a forma societária correspondia, justamente, a um concreto regime normativo, como era possível falar em identidade perante a transformação que, por antonomásia, expressa diferença?

Esta questão da compatibilidade lógico-dogmática entre a continuidade dos sujeitos, (*Kontinuität des Rechtsträgers*) e, ao mesmo tempo, a descontinuidade da sua estrutura jurídica (*Diskontinuität seiner Verfassung*),<sup>77</sup> foi diversas vezes levantada pelos autores.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Por exemplo, § 259: “A partir do registo da transformação, a sociedade continua a existir como sociedade em comandita por ações...”

<sup>76</sup> Sob outra perspetiva problemática, mas reportando-se a este período, cfr. SCHMIDT, Karsten, “Haftungskontinuität als unternehmensrechtliches Prinzip”, em *ZHR* 145 (1981), 2-28. O autor centra a sua análise sobretudo nos §§ 25 e 28, *HGB*, mas a argumentação está próxima da temática ora abordada e há referências para os diplomas legais deste arco temporal.

<sup>77</sup> SCHMIDT, Karsten, “Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts”, em *5 AcP* 191 (1991), 495-525, 506.

<sup>78</sup> Sobre esta problemática, cfr., por exemplo, SCHNORR VON CAROLSFELD, Ludwig, *Geschichte der juristischen Person, I* (Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen



Por outro lado, enquanto esta discussão conduzia ao apuramento dogmático da própria tese, as fontes não sofriam alteração substancial. A *AktG* 1965, nos seus §§ 362.º e ss., manteve praticamente inalterada a sistemática e o conteúdo normativo dos §§ 257 e ss. da *AktG* 1937: a locução *weiter bestehen als* é repetidamente utilizada.

A acrescer a este facto, a *summa diviso* entre *Umwandlung* de realidades personificadas e não personificadas manteve-se na construção do sistema. Os §§ 40 e ss. da *UmwG* 1969 tratavam a transformação de sociedades de pessoas em sociedades de capitais como uma reestruturação patrimonial, reconduzível à *Universalsukzession*, não cabendo aqui a ponderação do princípio da identidade.<sup>79</sup>

A reforma da *UmwG*, que conduziu à aprovação do diploma de 1994, impôs, porém, uma clarificação dogmática.

A questão principal foi logo colocada na exposição de motivos do diploma, em 1988: “*quais as propriedades e elementos estruturais que uma empresa deve apresentar antes e após a transformação para que de identidade se possa falar, não obstante as modificações verificadas*”,<sup>80</sup> era o que se questionava.

A resposta apontava para um critério material de natureza económica: bastava que durante o processo de transformação, e através dele, fossem servidos os mesmos interesses de natureza económica.<sup>81</sup> Numa síntese de Decher, “*a nota essencial da identidade é a continuidade económica do sujeito de direito, antes e após a transformação*”.<sup>82</sup>

As dificuldades conceptuais eram assim superadas em nome, também, de uma simplificação dogmática:<sup>83</sup> a rejeição da identidade tornava-se uma obstinação doutrinal (*eigensinniger Doktrinarismus*) de matriz

*Recht*), 1933, 123 e ss., a propósito da *universitas*, e *passim*; PRIESTER, Hans-Joachim, “Gründungsrecht contra Identitätsprinzip...” cit., 450 e ss. e ZÖLLNER, Wolfgang, “Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?”, em *FS Joachim Gernhuber 70. Geburtstag*, 1993, 563-578.

<sup>79</sup> SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., cit., 355.

<sup>80</sup> *Apud* SCHMIDT, Karsten, “Universalsukzession...” cit., 507.

<sup>81</sup> *Apud* SCHMIDT, Karsten, “Universalsukzession...” cit., 507.

<sup>82</sup> DECHER, Christian E., *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Lutter), 4.ª ed., 2009, § 190, 1.

<sup>83</sup> Neste sentido, PRIESTER, Hans-Joachim, “Gründungsrecht contra Identitätsprinzip...” cit., 452. À reforma do instituto, deveriam presidir a percepção económica da realidade (*Anschauung des Wirtschaftslebens*) em detrimento da construção jurídica. Veja-se ainda RAISER, Thomas, “Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts”, em *AcP* 194 (1994), 495-512, 499.



puramente conceptual que oferecia em alternativa um complexo processo de sucessão, em nada clarificador da natureza do instituto.<sup>84</sup> A mesma razão havia sido também invocada quanto à relação entre as sociedades registradas e não registradas.

O § 202.º (1) 1 da *UmwG* 1994 acabaria por consagrar com maior clareza o princípio da identidade, estatuidando que o sujeito de direito transformado permanece o mesmo, em outra forma jurídica.<sup>85</sup>

O princípio da identidade passava assim, definitivamente, a ser entendido sob o binómio *Identität des Rechtsträgers vs. Diskontinuität der Rechtsordnung*.<sup>86</sup>

VIII. O *Identitätsthese* pertence atualmente ao património comum da dogmática societária. Mantêm-se, todavia, correntes de resistências. Acusa-se a *Identitätsthese* de consubstanciar, no fundo, uma mera *ficção jurídica*, destinada a manter uma continuidade patrimonial entre realidades que não podem deixar de ser distintas.<sup>87</sup> Não estaríamos, portanto, diante

<sup>84</sup> SCHMIDT, Karsten, "Universalsukzession..." cit., 507.

<sup>85</sup> É este, aliás, o mote inicial lançado logo no § 190 (1) "Um sujeito de direito pode, mediante a transformação (Formwechsel), adquirir outra forma jurídica". Neste sentido, DECHER, Christian E., *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Lutter), 4.ª ed. cit., § 190, 1 e ss.

<sup>86</sup> Por todos, DECHER, Christian E., *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Lutter), 4.ª ed. cit., § 202, 7 e ss.; GANSKE, Joachim, *Umwandlungsrecht*, 2.ª ed., 1995, 226-228 e SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed. cit., 368 e ss.

<sup>87</sup> A acusação de uma natureza ficcional surge associada, em primeiro lugar, à aplicação da *Identitätsthese* a realidades não personificadas, à transformação de *Personengesellschaften* em *Kapitalgesellschaften*. Neste sentido, HENNRICH, Joachim, "Zum Formwechsel und zur Spaltung nach dem neuen Umwandlungsgesetz", em *ZIP* 10 (1995), 794-801, 798-797; ZÖLLNER, Wolfgang, "Bemerkungen zu allgemeinen Fragen des Referentenentwurfs eines Umwandlungsgesetzes", em *ZGR* 22 (1993) 3, 334-342, 336; MEISTER, Burkhardt W. e Ingo KLÖCKER, *Umwandlungsgesetz Kommentar* (Kallmeyer), 2010, § 190, 7 e PRIESTER, Hans-Joachim, "Gündungsrecht contra Identitätsprinzip..." cit., 453-454. Este último autor refere-se mesmo à presença de uma "bloÙe Fiktion" (454), não sendo possível ignorar uma leitura savignyana da expressão.

Porém, o carácter ficcional da identidade é igualmente afirmado em relação à transformação de sociedades personificadas (como por exemplo de uma *GmbH* em *AG*). Assim sucede em Timm, para quem, mesmo nestes casos, a manutenção da identidade é também ela uma pura técnica jurídica que permite a continuidade de relações jurídicas obrigacionais (TIMM, Wolfram, "Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung", em *NJW* 48 (1995) 49, 3209-3218, 3212).

Em Hans-Joachim Priester encontramos ainda identificada uma contradição entre a identidade postulada no § 202 e o disposto no § 197 (in "Gündungsrecht contra

de uma verdadeira identidade, mas apenas de uma identidade funcional (*funktionale Identität*)<sup>88</sup> ou, numa expressão de Zöllner, diante de uma fórmula sintética para designar uma transmissão automática de património (*Kurzformel für die automatische Überleitung des Vermögens*).<sup>89</sup> É a reação, quase epidérmica, a uma ponderação económica da identidade que assim a pretende reconduzir, do ponto de vista dogmático, a uma variação significativa ou linguística do mesmo quadro explicativo facultado pela *Universalsukzession*.

Não se afigura justificada, porém, a crítica. Pelo contrário: a formulação de Karsten Schmidt é tão exata quanto esclarecedora:

*“Os sujeitos jussocietários são construções jurídicas (Rechtsgebilde) e quando o Direito reconhece a manutenção da sua identidade na transformação, não procede a uma ficção irrelevante, mas antes à representação adequada do problema da continuidade e das suas soluções jurídicas. A Identitätsthese não é, naturalmente, um dado prévio ao regime jurídico a partir do qual tudo o resto decorre como consequência lógica. Porém admitir a identidade dos sujeitos antes e após a transformação significa garantir uma absoluta continuidade de imputação, apesar da descontinuidade da sua estrutura organizativa e associativa”.*<sup>90</sup>

A afirmação identidade não surge portanto como uma “*temeridade teórico-sistemática*” (*theoretisch-systematische Tollkühnheit*);<sup>91</sup> antes a sua negação, como uma obstinação doutrinal, com prejuízo para o desenvolvimento juscientífico.

## **6. O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE: DA LIMITAÇÃO À PLENA CAPACIDADE DAS PESSOAS COLETIVAS**

I. A consagração do princípio da especialidade no CC, enquanto limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas em razão da

Identitätsprinzip...” cit., 450), embora em causa esteja um problema mais de ordem prática do que de construção dogmática.

<sup>88</sup> PRIESTER, Hans-Joachim, “Gündungsrecht contra Identitätsprinzip...” cit., 454 e TIMM, Wolfram, “Die Rechtsfähigkeit...” cit., 3212.

<sup>89</sup> ZÖLLNER, “Grundsatzüberlegungen zur umfassenden Umstrukturierbarkeit der Gesellschaftsformen nach dem Umwandlungsgesetz”, em *FS Carsten Peter Claussen 70. Geburtstag*, 1997, 423-444, 430.

<sup>90</sup> Cfr. *Gesellschaftsrecht*, 4.<sup>a</sup> ed. cit., 354.

<sup>91</sup> ZÖLLNER, “Grundsatzüberlegungen...” cit., 424.

instrumentalidade da sua própria criação, não foi linear.<sup>92</sup> Guilherme Moreira formulou o princípio à luz do articulado do Código Seabra, muito associado à secular tradição das corporações de mão morta e à influência do art. 910.º do Código Napoleão.

Durante a primeira metade do séc. XX, o princípio foi conhecendo aberta resistência por diversos sectores da doutrina,<sup>93</sup> e acolhimento em outros autores que acabariam por fazer escola, como Manuel de Andrade.<sup>94</sup>

Ainda assim, mesmo entre os sufragantes do princípio da especialidade, observou-se uma progressiva mitigação do efeito limitativo da capacidade a ele associado, de tal sorte que se tornou possível sustentar, sob a sua égide, a mais ampla capacidade das pessoas coletivas, tratando como disciplina excecional os casos duvidosos, em particular referentes à propriedade imobiliária.

II. Na formação do Código Civil 1966, esta evolução dogmática conheceu corpo no *Anteprojeto* de Ferrer Correia,<sup>95</sup> que rejeitava o princípio da especialidade.

A *Segunda Revisão Ministerial*, porém, e contrariando a evolução apontada, veio reintroduzir o princípio no art. 160.º/1 do Código, por razões que não é possível documentar completamente.<sup>96</sup>

III. A sorte do princípio da especialidade depende absolutamente da possibilidade de identificação de um *conceito operacional* de *fim* para a pessoa coletiva, em razão do qual se possa aferir a sua capacidade jurídica.

Os repetidos insucessos de uma operacionalidade conceptual têm levado uma parte significativa da doutrina a sufragar a *superação do princípio da especialidade* e a afirmação da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas. Esta orientação segue suportada, ao menos em parte, por uma consistente evolução na jurisprudência.

<sup>92</sup> Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 514 e ss.

<sup>93</sup> Em especial José Tavares e Cunha Gonçalves. Cfr. *supra*, 154 e 155.

<sup>94</sup> COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 510 e ss.

<sup>95</sup> *BMJ* 67 (1957), 247-281.

<sup>96</sup> COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 518-520.

As *vias de superação* são, contudo, distintas, pese embora o facto de partilharem muitos lugares argumentativos. Podemos distinguir, todavia, uma (i) superação por via *pragmática*, de uma (ii) superação por via *dogmática*.

Na primeira hipótese, em causa está a manutenção do enquadramento dogmático tradicional do princípio da especialidade, enquanto delimitação positiva da capacidade das pessoas coletivas, mas acompanhada de um esvaziamento do seu alcance limitativo.

Na segunda hipótese, há uma modificação do enquadramento juscientífico da discussão. As soluções práticas coincidem em larga medida; o suporte científico é que é, naturalmente, distinto.<sup>97</sup>

IV. Para o que ora nos ocupa, interessa-nos sobretudo o que designámos por *formulação positiva do princípio da especialidade*.<sup>98</sup> Em causa está uma substancial modificação interpretativa do sentido limitativo da especialidade, passando a entender-se o princípio no sentido *confirmatório* da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas.

A sua primeira formulação pode ser encontrada em Pedro de Albuquerque:

“...nem o n.º 1 do artigo 160.º, nem o n.º 1 do artigo 6.º CSC, consagram qualquer regra a partir da qual se poderia definir uma incapacidade de gozo dos entes coletivos –afirma o autor–: eles limitam-se a afirmar, positivamente, a capacidade das coletividades para serem titulares de direitos e estarem adstritas às obrigações à prossecução dos respetivos fins...”<sup>99</sup>

V. A *formulação positiva* do princípio da especialidade –à qual aderimos<sup>100</sup> é um dado dogmático que importa reter.

Numa primeira apreciação, a formulação positiva parece de rejeitar. Há uma rutura com a *carreira histórica* do princípio,<sup>101</sup> sempre limitativa da capacidade, o que indicia uma construção dogmática estranha à dimensão histórico-cultural do instituto.

<sup>97</sup> Com maiores desenvolvimentos, cfr. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 726 e ss.

<sup>98</sup> *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 759 e ss.

<sup>99</sup> DE ALBUQUERQUE, Pedro, “Da prestação de garantias...” cit., 69 e ss., 104.

<sup>100</sup> *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 759.

<sup>101</sup> Utilizando a expressão de ESPÍRITO SANTO, João, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 156.

Porém, numa ponderação mais cuidada, a formulação positiva da especialidade acaba por consubstanciar a recuperação de uma orientação dogmática consolidada durante a primeira metade do séc. XX e que apenas a *Segunda Revisão Ministerial* do CC, inusitadamente, viria a afastar.

Recorde-se a proposta de Ferrer Correia (redação da *Primeira Revisão Ministerial*):

*“A capacidade das pessoas coletivas estende-se a todos os direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular”*.<sup>102</sup>

VI. Uma *formulação positiva* do princípio da especialidade não importa, portanto, uma rutura história mas antes, em bom rigor, um reencontro da dogmática com o fio condutor da sua evolução interna.

No respeito pela hermenêutica do Direito positivo –e através das limitações (práticas e doutrinárias) por ele introduzidas– chega-se a uma concretização normativa semelhante à possibilitada pelo articulado proposto no *Anteprojecto de Ferrer Correia*.

Os “*direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins*” são afinal todos aqueles que “*segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular*”.

A referência à “*prossecução dos seus fins*” não visa portanto limitar a capacidade das pessoas coletivas mas antes *confirmar* a sua capacidade plena para titular os direitos e contrair as obrigações que se houver por bem, em ordem à realização do fim a que se propõem.

### § 3.º ESTRUCTURA E FUNÇÃO SISTEMÁTICA DAS DOGMÁTICAS DE TRANSIÇÃO

#### 7. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DAS DOGMÁTICAS DE TRANSIÇÃO

I. Porque razão damos estes três exemplos como hipóteses de verificação empírica de dogmáticas de transição? Mais concretamente: porque razão a *tese da extinção da ação* (não da obrigação, no caso da confusão); a *tese da totale Universalsukzession* (no caso da transformação)

<sup>102</sup> Portugal, *Código Civil. Livro I. Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, 1961, art. 122.º.

e a *formulação positiva do princípio da especialidade* (no caso da capacidade das pessoas coletivas) são *dogmáticas de transição*?

Começemos por assinalar os traços comuns na evolução sumariamente descrita dos institutos em causa.

II. Em primeiro lugar, observa-se a *manutenção da identidade do instituto*.

O enquadramento dogmático, diríamos, de *partida*, de *transição* e de *chegada* é distinto –radicalmente distinto–, todavia o instituto mantém a sua entidade jurídica, nalguns casos sem alterações de sistema externo.

- (i) É o que se observa na *confusão*. O instituto é sempre o mesmo, quando se começou por entender que a reunião na mesma esfera jurídica da posição de credor e devedor não extinguiu o direito de crédito mas sim a correspondente ação (*eximit personam ab obligatione* ou –na formulação de Demolombe– *ab actione*); e quando se passou a entender que o direito de crédito se extinguiu, de facto, sem que tivesse havido lugar ao cumprimento (*extinguit obligationem*).

Nem a aproximação à compensação pôs em causa a autonomia do instituto.

- (ii) O mesmo se observa em sede de *transformação*. A operação societária é sempre a mesma: quer quando configurada como uma dissolução sem liquidação, seguida de uma sucessão universal a favor da sociedade transformada; quer quando configurada como uma alteração de estrutura societária com manutenção da identidade jurídica e económica da sociedade, antes e após a operação.
- (iii) Do mesmo modo, a *formulação positiva do princípio da especialidade* possibilita a manutenção do princípio e não exige «sublimação» ou «obliteração» das fontes normativas para chegar a um resultado aplicativo diverso da dogmática anterior (ou *de partida*).

Esta é uma diferença assinalável face a outras vias de superação dogmática.<sup>103</sup>

III. Em segundo lugar, em qualquer dos casos observa-se (ainda que só à luz do tempo) uma *tensão entre a realidade jurídico-formal e a materialidade*

<sup>103</sup> Com desenvolvimento, COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 726 e 744 e ss.

*subjacente*. A ciência jurídica rejeita abandonar os quadros dogmáticos de origem mas a sua própria enunciação é incapaz de calar o desajustamento face à realidade do comércio.

- (i) Tal fica patente no instituto da *confusão*. A ciência jurídica rejeitava o efeito extintivo do direito de crédito por vênua a uma compreensão da extinção das obrigações associada fundamentalmente à satisfação do interesse do credor mediante o cumprimento.

Todavia, era patente que a manutenção dogmática da existência de uma situação jurídica associada à supressão da possibilidade do seu exercício configura uma construção formal desfasada da própria materialidade jurídica em causa.

- (ii) O mesmo corre, de forma ainda mais expressiva, na hipótese da *transformação*: entender que era duas realidades onticamente distintas a sociedade transformanda e a sociedade transformada,<sup>104</sup> resultava absolutamente incompreensível face à realidade económica da própria sociedade.

Por tal razão, a incompatibilidade lógico-jurídica entre a continuidade dos sujeitos a descontinuidade da sua estrutura jurídica, cedeu passo à prevalência do princípio da identidade, como tradução dogmática da realidade sócio-económica.

- (iii) O mesmo se diga quanto à *formulação positiva do princípio da especialidade*: em causa está a superação dogmática da limitação da capacidade das pessoas coletivas, já obtida por *via pragmática*<sup>105</sup> (em particular na evolução jurisprudencial).

IV. Por fim, em todas as dogmáticas de transição assinaladas existe um *prenúncio negativo da dogmática "de chegada"*. A dogmática de transição contém, na sua formulação ou na discussão dos seus termos, uma negação ou uma reação a elementos da nova síntese dogmática que, rejeitados num primeiro momento, logram depois acolhimento.

- (i) O adágio *confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem* é disso exemplo claro. A construção segundo a qual

<sup>104</sup> A este propósito, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 700 e ss. sobre a dita transformação extintiva.

<sup>105</sup> COSTA GONÇALVES, Diogo, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 729 e ss.



- a confusão extingue a ação é ela própria uma negação do paradigma dogmático seguinte: *confusio extinguit obligationem*.
- (ii) Do mesmo modo, a tese da *totale Universalsukzession*, construída sob o *Paradigma des Erbfalls*, procura defender-se e negar uma possível *identidade jurídica* da sociedade antes e após a transformação, o que viria a ser justamente o paradigma dogmático posterior.
  - (iii) Sob a *formulação positiva do princípio da especialidade* esconde-se, como dissemos noutra lugar,<sup>106</sup> o anúncio da superação pura do princípio, em relação à qual esta reage, procurando evitar o seu abandono e, ao mesmo tempo, acompanhar a evolução que documenta a sua superação pragmática.

#### 8. DIMENSÃO FUNCIONAL DAS DOGMÁTICAS DE TRANSIÇÃO

I. O fica dito permite-nos uma aproximação à definição de dogmáticas de transição. Tendo por base o que entendemos ser a *dogmática*, em causa estão construções explicativo-constitutivas do Direito que fazem a ponte entre dois paradigmas dogmáticos referentes ao mesmo instituto ou figura normativa.

São temporalmente limitadas: sobrevivem na ciência do Direito o tempo necessário ao desempenho da sua função na evolução interna dos sistemas.

II. E pergunta-se agora: *que função é essa, a da dogmática de transição, no seio do sistema jurídico?*

Se bem vemos, em causa estão três funções distintas.

Em primeiro lugar, as dogmáticas de transição possibilitam um convívio pacífico com as fontes vigentes, o que é especialmente apreciado pela jurisprudência, tradicionalmente menos recetiva a soluções de casos concretos que exijam um esforço de construção distanciado das fontes.

Neste sentido, diríamos que as dogmáticas de transição desempenham um papel fundamental nas relações entre *sistema interno* e *sistema externo*,<sup>107</sup> permitindo que o desenvolvimento do primeiro não seja paralisado

<sup>106</sup> *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 760.

<sup>107</sup> BYDLINSKI, FRANZ, "Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht", em *FS Claus-Wilhelm Canaris 70. Geburtstag*, II, 2007, 1017-1040.



pelo segundo e, do mesmo modo, preparando o terreno para as necessárias alterações das fontes que, a ocorrerem, surgem como uma evolução natural do sistema.

III. Em segundo lugar, as dogmáticas de transição permitem burilar algumas questões práticas e metodológicas que sempre gravitam em torno das construções anteriores.

A *formulação positiva do princípio da especialidade* é disso exemplo. Com efeito, o alcance mitigador do princípio está associado a uma argumentação *a contrario sensu* do art. 160.º/1: se as pessoas coletivas são capazes dos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, deve entender-se *a contrario* que lhes está vedada a imputabilidade de quaisquer outras situações jurídicas.<sup>108</sup> A incapacidade surge assim como a regra geral, sendo preciso demonstrar a *necessidade* ou *conveniência* dos direitos e obrigações em causa para se concluir no sentido positivo da capacidade.

Ora, a formulação positiva do princípio impede o recurso a tal argumento, uma vez que preconiza o entendimento de que a regra geral é, já não a incapacidade, mas a plena capacidade de gozo das pessoas coletivas. Não há assim lugar a qualquer formulação deôntica que permita a utilização do argumento *a contrario*.

IV. Por fim, as dogmáticas de transição permitem uma transição gradual para os novos paradigmas que, de outra sorte, poderiam não resistir aos anticorpos presentes nas construções pretéritas.

Esta função é a que diverge mais de ordenamento para ordenamento, pois depende em larga medida de fatores culturais e significativo-ideológicos, e da concreta «*musculatura*» científica dos atores do palco jurídico.

A dimensão funcional está associada ao *prelúdio negativo da dogmática «de chegada»* que assinalámos. Com efeito, a negação antecipada de elementos dogmáticos do novo paradigma permite a sua assimilação progressiva, sem cortes ou rupturas no sistema.

<sup>108</sup> Sobre a utilização do argumento *a contrario* no quadro da especialidade, com referências, veja-se ESPÍRITO SANTO, João, *Sociedades por Quotas e Anónimas* cit., 157 e ss.

#### § 4.º DESAFIOS AO ENSINO DO DIREITO: DUAS LINHAS DE REFLEXÃO

##### 9. O “*JURISTENSRECHT*”: FOI MESMO SUPERADO?

I. Detenhamo-nos, agora, na ponderação dos desafios que as dogmáticas de transição trazem ao ensino do Direito. Procuraremos, aqui, traçar apenas duas linhas de reflexão que permitam lançar um debate posterior.

O primeiro desafio pode ser formulado através desta interrogação: *foi mesmo superado o tempo do Juristenrecht?*

II. Com efeito, é entendimento comum largamente difundido que o movimento da codificação pôs fim ao *Juristenrecht* –consolidado na longa tradição do *jus civile*, iniciada com jurisprudência romana<sup>109</sup> e prolongada com os glosadores e comentadores–,<sup>110</sup> dando lugar a uma sucessão de escolas (jurisprudência dos conceitos, dos interesses, etc.) já distantes do paradigma cultural e científico da pré-codificação.

O *Direito dos juristas* era agora substituído por um Direito de matriz científica, racional e sistemático, que o *código* –mais simbólica que realmente– corporalizava.

III. Se em tudo isto há verdade, convém não esquecer que esta concepção é filha do seu século e, como tal, tributária do *individualismo liberal* oitocentista e da acelerada modificação geo-política da Europa Continental que transformou o projeto codificador num marco determinante das desejadas reformas políticas e sociais,<sup>111</sup> nas então designadas nações civilizadas.

<sup>109</sup> Com interesse, cfr. WALDSTEIN, Wolfgang, “Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom”, em *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, 1980, 105-126.

<sup>110</sup> Sobre o progressivo abandono do *Juristenrecht* e o sucesso do movimento da codificação cfr., com extensa bibliografia, REIS MARQUES, Mario, *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, 2003, 483 e ss.

<sup>111</sup> Esta realidade era especialmente sentida na Alemanha, onde a codificação era vista como uma arma da unificação política. A codificação era entendida por Thibaut, por exemplo, como um instrumento de unidade nacional. Afirmava o autor, na sua obra *Weber die Rothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts für Deutschland*, de 1814, cuja tradução de José Díaz García utilizamos, “...eu sou da opinião, ao contrário, que o nosso direito civil (o qual entendo, aqui, como direito privado, penal e processual) necessita de uma rápida transformação e que os alemães não poderão ser felizes nas suas relações civis enquanto todos os governos alemães não tratarem de colocar em vigor, unindo as sua forças,

IV. As dogmáticas de transição apenas são identificadas pela ciência do Direito. Não são fruto das fontes positivas. Mesmo quando consagradas nas fontes, elas não perdem a sua natureza transitória, nem deixam de manifestar a sua funcionalidade própria, já assinalada.

O juízo sobre a transitoriedade das dogmáticas –mesmo, repita-se, quando respaldadas em fonte legal– é sempre o juízo de um jurista.

V. Esse juízo transcende as fontes, liberta-se delas, porque vive da tradição jurídico-cultural secular e sabe que o Direito –a dogmática jurídica– é uma realidade dinâmica, transtemporal, que transcende em muito o circunstancialismo histórico das fontes positivas com que em cada momento se lida.

A tensão entre *auctoritas* e *potestas*<sup>112</sup> renasce. O jurista descobre-se –na sua formação universitária– como o verdadeiro autor do Direito.

VI. Talvez seja a altura de voltar a recordar aos estudantes que a verdadeira invenção de Roma não foi o *jus romanum* mas o *jurisprudens* e que talvez o maior legado de Savigny à ciência jurídica tenha sido, justamente, a redescoberta ou a reinvenção do papel e da função social do jurista.

#### 10. MAIS QUE INFORMAÇÃO, UMA “FORMA MENTIS”

I. A redescoberta da função do jurista –tão necessária à formação acadêmica do séc. XXI– obriga, também, a repensar a relação entre a *informação* e *formação* no ensino do Direito.

A pós-modernidade vive marcada pelo *immediatismo* e pelo *utilitarismo cultural*: tudo se mede e valora em função do resultado prático imediato. O ensino do Direito não é exceção. Reclama-se, da formação jurídica, a capacidade de dotar os alunos do máximo de ferramentas possíveis que lhe permitam desempenhar o seu papel social: resolver casos concretos.

Neste contexto, não poucas vezes o *prático* (*maxime* o advogado), torna-se o modelo de jurista a copiar e a formar. Numa expressão de Carlos

*um código promulgado para toda a Alemanha, subtraído ao arbítrio dos governos singulares*”. STERN, Jacques, *Thibaut y Savigny. La codificación* (trad. de José Díaz García), 1970, 11.

<sup>112</sup> Cfr. o nosso “Da *auctoritas* como elemento constitutivo da juridicidade: a gênese do jurídico”, em *RFDUL* XLIII (2002) 1, 585-610.

Alberto Lista, o ensino adopta o perfil de “*un técnico, fuertemente orientado hacia el ejercicio de la racionalidade formal-instrumental*”.<sup>113</sup>

Isto é: alguém dotado de muita informação, com a capacidade da utilizar do modo mais expedito possível.

II. A existências de dogmáticas de transição faz perigar esta concepção do ensino do Direito. O jurista com toda a informação possível, atualizada e bem documentada não consegue identificar a presença de uma dogmática de transição.

Pelo contrário: desenvolverá naturais resistências à mudança e será ele próprio um ator da reação enérgica à alteração de paradigma, encarrecendo as dificuldades práticas da transição.

Compreende-se que assim seja. Apenas o desenvolvimento de uma verdadeira *forma mentis* jurídica é capaz de lidar com a alteração radical, e por vezes rápida, da informação recebida.

III. Formar uma tal *forma mentis* exige, contudo, que o ensino esteja mais preocupado em desenvolver as habilidades do aluno, do que em dotá-lo de informação. É necessário que o aluno seja capaz de apreender a dimensão problemática que subjaz a cada instituto e logre equacioná-lo sob a égide da justiça, independentemente do *sistema externo* em que se mova.

Mas tal desiderato, exige, porém, a resistência ao imediatismo utilitarista a que aludíamos. Exige que se reconheça o valor da aprendizagem de sólidas bases culturais, humanistas, etc., que aparentemente nada têm que ver com o tal “*ejercicio de la racionalidade formal-instrumental*”.

III. Pergunte-se: *o que é necessário para que um aluno identifica a presença de uma dogmática de transição?* A resposta mostrará o mapa do desafio que temos pela frente.

Em primeiro lugar, é preciso ter desenvolvido uma *jurisprudência problemática* que o ajude a identificar o *quaestio juris* que se esconde em cada instituto. Não é o problema do artigo “*x*” ou da sentença “*y*” ou do contrato “*z*”; mas sim aquela facticidade típica que reclama –nos seus termos essenciais– uma resposta *ratione justitiae*.

<sup>113</sup> LISTA, Carlos Alberto, “La educación jurídica en Argentina: tendencias y perspectivas”, en *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, 2006, 237-271, 255.

E como as razões da justiça estão a montante dos dados positivos do sistema, a *informação* não basta para aceder à dimensão problemática do Direito.

IV. A identificação do real problema permiti-lo-á olhar para o Direito como *experiência de juridicidade*, independentemente do concreto sistema de validade vigente.

Com esse (novo) olhar, a História ganha vida: em causa não está (apenas) a memória de sistemas de validade passados, mas sim a vida de uma mesma *experiência de juridicidade* que, em cada momento concreto, conhece uma formulação dogmática diversa.

O artigo “x”, a sentença “y” ou o contrato “z” ganham agora novas tonalidades: eles são *apenas* a solução historicamente condicionada de uma mesma e perene *quaestio juris*, que vive na cultura dogmática.

Não foram, não são e não têm porque ser a única solução.

V. Esta nova perspectiva permite uma relativização dos dados coevos do sistema jurídico. Afinal, eles são apenas “*lo que es tenido por jurídicamente ‘pensable’*” neste momento histórico.<sup>114</sup> O olhar do jurista alarga-se e torna-se capaz de intuir aquilo que “*es hoy considerado jurídicamente ‘impensable’*”,<sup>115</sup> isto é: capaz de intuir o novo paradigma dogmático.

Mais: porque na sua estrutura mental, mais do que informação, está a formulação da *quaestio juris*, o aluno é capaz de identificar as limitações da dogmática em que vive, descobrindo nela os elementos de transição.

Fecha de recepción: 8-1-2016.

Fecha de aceptación: 30-6-2016.

<sup>114</sup> LISTA, Carlos Alberto, “La educación jurídica en Argentina...” cit., 263.

<sup>115</sup> LISA, Carlos Alberto, “La educación jurídica en Argentina...” cit., 263.



## Los albores del derecho internacional en la Universidad de Buenos Aires: la enseñanza de la materia según Antonio Sáenz

JUAN FRANCISCO PADÍN<sup>1-2</sup>

### RESUMEN

Este trabajo refiere a la labor de Antonio Sáenz como profesor de Derecho Natural y de Gentes entre 1822 y 1823, haciendo especialmente hincapié en los aportes que esta materia tuvo en la enseñanza del Derecho Internacional en los orígenes de la Universidad de Buenos Aires. A fin de realizar un estudio comprehensivo de la obra del presbítero Sáenz, se establecen diferentes niveles de análisis que circundan la enseñanza de la materia y que, a consideración del autor, son determinantes en los contenidos impartidos en la cátedra. El análisis se divide en dos categorías, relevando elementos históricos y académicos, con el fin de obtener una dimensión acabada del contexto en el que se fundó la Universidad de Buenos Aires (1821). A fin de establecer la relevancia educativa y los aportes a la ciencia del Derecho hechos por el profesor Sáenz, se realizan comparaciones con autores contemporáneos (especialmente con Jeremy Bentham). Asimismo, se consideran qué innovaciones pudieron haber planteado estas contribuciones, considerando particularmente el texto redactado por Sáenz para impartir esta materia: *Instituciones Elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes* (1823).

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Quisiera agradecer al doctor José María Díaz Couselo cuya propuesta incentivó esta investigación y al doctor Emiliano Buis cuyas correcciones y paciencia fueron esenciales en la elaboración de este trabajo. A ambos agradezco sus contribuciones a mi formación profesional.

LOS ALBORES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES: LA ENSEÑANZA DE LA MATERIA SEGÚN ANTONIO SÁENZ  
JUAN FRANCISCO PADÍN

#### PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional - Derecho Internacional Público - Antonio Sáenz.

## **At the dawn of International Law at the University of Buenos Aires: the teaching of the subject as proposed by Antonio Sáenz**

#### ABSTRACT

This research refers to the work of Antonio Sáenz as a professor of Natural Law and Law of the Nations between 1822 and 1823. The paper stresses on the impact of this course on the teaching of International Law at the beginning of the University of Buenos Aires. This paper considers different levels of analysis involving the teaching of the subject with the purpose of achieving a comprehensive study of the work of Sáenz. According to him, these areas were essential to the contents of the course. The analysis is divided into two categories, addressing both historical and academic aspects, with the purpose of establishing a complete vision of the context in which the University of Buenos Aires was founded (1821). With the aim of establishing the educational relevance and contributions to legal science made by professor Sáenz, his work is confronted here with the developments offered by other relevant authors of international law (such as Jeremy Bentham). Also, this research deals with the innovations that these teachings could have had in the discipline, especially considering the text written by Sáenz for this course: Elements of Natural Law and the Law Of Nations (1823).

#### KEYWORDS

International Law - Public International Law - Antonio Sáenz.

#### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo está dedicado a la obra y aportes del presbítero Antonio Sáenz en el campo del Derecho Internacional (DI). La hipótesis que



consideramos en este trabajo es que la enseñanza que realizó el Rector de la Universidad de Buenos Aires como titular de la Cátedra de Derecho Natural y de Gentes estuvo influida por el contexto histórico y social, tanto internacional como nacional, de su época. Se postula como punto de partida que la enseñanza de cualquier ciencia en cualquier período histórico determinado suele estar motivada por los hechos circundantes a su desarrollo. En ese contexto se fundamenta la posición que coloca a Sáenz dentro de lo que se conoce como corrientes eclécticas, entendiendo por eclecticismo aquella escuela que propone tomar elementos de distintas corrientes de pensamiento en la búsqueda de la conformación de un conjunto coherente que, aunque original, a menudo falla en su propósito.

A fin de analizar las circunstancias históricas, se hará foco en la situación política europea, por la importancia que tenía (y tendría todavía por largo tiempo) en la realidad latinoamericana. Asimismo, se hace referencia sucintamente a algunos sucesos posteriores a la Revolución de Mayo en el camino hacia la construcción del Estado argentino y el desarrollo diplomático temprano del país.

La propuesta que aquí se ofrece es que el análisis no solo se limite a los hechos, sino que se complemente con la observación del desarrollo académico del período tratado. Con ese objetivo se analiza cómo evolucionó el derecho internacional en Europa, refiriendo de modo resumido a los aportes de Jeremy Bentham a la materia. También, y debido a que Sáenz comienza la enseñanza a partir de la fundación de la Universidad, se describe brevemente el contexto del nacimiento de esta casa de estudios. La hipótesis se completa considerando los ámbitos en los que Sáenz se acerca a las ideas predominantes de su época y también los puntos en los que se distingue de sus contemporáneos.

Dado que Antonio Sáenz fue el primer autor de un trabajo referido al DI en el continente americano, es importante rescatar su aporte a la ciencia, mérito tan poco conocido como reconocido.

#### **A. EL CONTEXTO EUROPEO (DE LA CAÍDA DE NAPOLEÓN AL REORDENAMIENTO DE LOS IMPERIOS)**

Con la derrota de Napoleón y la restauración borbónica, el siglo XIX dio inicio al llamado “Concierto Europeo”, período en el que Europa

encontró una relativa calma y las potencias coexistieron en armonía a partir del equilibrio de poder estipulado entre ellas. La derrota del imperio francés dio paso a un período de desacostumbrada paz entre los grandes Estados europeos.<sup>3</sup> El principal objetivo de las potencias de la época consistió en evitar que cualquiera de ellas intentara “superar” a las demás (Rusia, Gran Bretaña, Francia, Austria y Prusia), teniendo presentes todavía las expansiones de Francia sobre Italia, Egipto y Rusia, entre otras. Los cancilleres europeos entendieron que era imprescindible idear un mecanismo que permitiera evitar los recurrentes conflictos armados en los que irremediablemente tropezaban las potencias.<sup>4</sup>

Más allá de que el Concierto como sistema duraría unos pocos años a fuerza de las tensiones y los conflictos sobre las colonias fuera de Europa, en esta época acontecería un hecho determinante para las relaciones estatales de los años posteriores, el Congreso de Viena de 1815. En este encuentro, las grandes potencias europeas (incluyendo la Francia borbónica) reordenarían los márgenes del poder y en el proceso cambiarían el curso del derecho y de las relaciones internacionales.

Es importante destacar que estos Estados ya se habían reunido, buscando establecer lineamientos comunes, para firmar el Tratado de París de 1814. El Congreso se abocaría a reordenar el mapa territorial de Europa, pretendiendo retrotraer los límites territoriales al mapa anterior a la Revolución francesa de 1792. Fue determinante, a los efectos de esta conferencia en la historia, la posición que tuvo Tayllerand como Canciller de Francia, restableciendo el posicionamiento de Francia como una de

<sup>3</sup> “Después de más de veinte años de ininterrumpida guerra y revolución, los antiguos regímenes victoriosos se enfrentaban a problemas de pacificación y conservación de la paz (...) Y tuvieron un éxito desacostumbrado. Entre la derrota de Napoleón y la guerra de Crimea de 1854-1856, no hubo en efecto, guerra general europea o conflicto armado en el que las grandes potencias se enfrentaran en el campo de batalla. En realidad, aparte de la guerra de Crimea, no hubo entre 1815 y 1914 alguna guerra en que se vieran envueltas más de dos potencias”. HOBBSAWN, Eric, *La era de la revolución: 1789-1848*, Buenos Aires, Crítica, 2009, p. 106.

<sup>4</sup> Los estadistas del siglo XIX sabían que ningún sistema que regulara las relaciones internacionales podría durar por un largo plazo. Por ende, idearon un sistema de congresos en el cual restablecer el reequilibrio de poder periódicamente. Cf. KISSINGER, Henry, *Diplomacy*, Nueva York, Simon & Schuster Paperbacks, 1994, pp. 78-110.

las grandes potencias de Europa y determinando la política europea general de los años subsiguientes.<sup>5</sup>

Cabe agregar que este Congreso tuvo vital importancia en la afirmación de la libre circulación de los mares y los ríos transnacionales (Rin, Neckar, Main, Mosela, Meusa y Escalda). Este orden jurídico fue después extrapolado a otros ríos de importancia y sentaría las bases que se utilizarían para el derecho de la navegación; se considera incluso que aquí se halla un antecedente de la regulación actual en materia de derecho ambiental.<sup>6</sup>

Este orden territorial y político sería extremadamente endeble (por problemas internos de cada Estado) durante el transcurso de los años que lo precedieron; la realidad social amenazaría en numerosas oportunidades los intereses de la clase política europea. Luego de ocupar el comienzo del siglo XIX en vencer al imperio francés, las monarquías europeas temían el resurgir de un nuevo brote revolucionario.<sup>7</sup>

#### **B. LAS IDEAS EN LA EUROPA REVOLUCIONARIA. HACIA UNA SECULARIZACIÓN DEL PENSAMIENTO**

Entendemos que el siglo XIX expresa el punto álgido del pensamiento moderno, principalmente derivado del desarrollo del Racionalismo heredado de los siglos XVI y XVII y luego impulsado por el Romanticismo del siglo XIX. A partir del soporte de la burguesía en las revoluciones del siglo XVII, comenzó un proceso de laicización del pensamiento académico, que dio origen a un período de profundos cambios sociales y políticos.<sup>8</sup>

Es en este ciclo que, en muchas regiones de Europa, comienzan a difundirse el pensamiento racionalista y la ideología liberal, aunque su propagación y acatamiento fue mutando de acuerdo al lugar. En lugares

<sup>5</sup> Lord Wellington y Castlereagh (Reino Unido), Metternich (Austria) y Talleyrand (Francia) signaron una alianza militar con el propósito de asegurar el equilibrio de poder a fin de mantener la paz europea. Cf. COOPER, Alfred, *Talleyrand*, Buenos Aires, Claridad, 2007, p. 212.

<sup>6</sup> VAN HOOYDONK, Eric, *The Impact of EU Environmental Law on Waterways and Ports*, Amberes, Maklu Publishers, 2006, p. 83.

<sup>7</sup> "Jamás en la historia europea y rarísima vez en alguna otra, el morbo revolucionario ha sido tan endémico, tan general, tan dispuesto a extenderse tanto por contagio espontáneo como por deliberada propaganda", HOBBSBAWN, *op. cit.* (2009: 116).

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 216.

como España, en donde la Escolástica había tenido un amplio basamento, la corriente racionalista (al menos hasta la Revolución francesa) encontró su lugar principalmente en ámbitos académicos.

Luego de 1789, los pensadores posrevolucionarios franceses comenzaron a preocuparse por encontrar una ideología que reemplazara la moral cristiana y que sirviera de guía para los cambios sociopolíticos que proponía la Revolución. A partir de esta idea, planeaban difundir los ideales revolucionarios (solidaridad, igualdad, libertad) a través de la enseñanza laica, eliminando de esta manera la influencia de la Iglesia en el desarrollo del pensamiento académico.<sup>9</sup>

Esta corriente ideológica proponía entender el pensamiento de una manera plenamente racionalista y secular, impulsada por la Ilustración, al entender que el hombre era capaz de abarcar todo el conocimiento mediante la razón.<sup>10</sup> Los ideales revolucionarios proponían que fuera por primera vez el hombre el protagonista de la historia.

### 1. EL PENSAMIENTO DE JEREMY BENTHAM. LA CONCEPCIÓN DE LA EXPRESIÓN "DERECHO INTERNACIONAL"

Jeremy Bentham fue uno de los filósofos más importantes del siglo XIX. Más allá de ser conocido como padre del utilitarismo y como un influyente referente para la producción filosófica posterior,<sup>11</sup> también hizo un importante aporte en el campo del DI.

En una de sus primeras obras editadas de 1776 (*Fragmenton Goverment*) y principalmente en una obra incompleta que permaneció inédita hasta 1928 (*Commenton the Commentaries*), esbozó un acercamiento al Derecho Internacional ("Law of the Nations"). A partir de una crítica al trabajo de William Blackstone,<sup>12</sup> se opuso a las teorías que asimilaban el Derecho

<sup>9</sup> "Con el tiempo, el intento de mantener los signos exteriores de los antiguos cultos religiosos fue abandonado, pero no el de establecer una moralidad laica oficial (basada en varios conceptos morales como el de solidaridad) y, por encima de todo, una contrapartida laica de los sacerdotes, los maestros", *ibid.*, p. 224.

<sup>10</sup> Cf. *ibid.*, p. 239.

<sup>11</sup> Fue tutor de John Stuart Mill, padre del liberalismo moderno.

<sup>12</sup> William Blackstone (1723-1780) fue profesor de Derecho en la Universidad de Oxford; su definición de la Ley de las Naciones criticada por Bentham se encuentra en *Commentaries on the Laws of England*. Bentham conoció a Blackstone cuando atendió a su curso en Oxford.

Natural (DN) al DI. Si entendemos el DN como el derecho propio del estado de naturaleza y a la Ley de las Naciones como parte integrante de aquella, esta no puede ser ley en tanto el DN es incierto. El carácter cuasijurídico del DN se trasmite en el DI vaciándolo de contenido legal.<sup>13</sup>

Sin embargo, esta visión escéptica daría un giro cuatro años después con la publicación de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780). En vez de limitarse a criticar, aquí Bentham expuso un concepto propio de la materia. Creó la definición de Derecho Internacional ("International Law") y la asimiló a lo que usualmente se entendía como Ley de las Naciones ("Law of the Nations"), aunque con características originales.

Pero Bentham no solo renombró la Ley de las Naciones, sino que partió de una definición original de qué debía entenderse por esa noción, enunciando dos características definitorias del DI: primero, entendió que este Derecho refiere a las relaciones interestatales (distinguiéndolas de las relaciones entre personas). Y segundo, que las relaciones comerciales internacionales controvertidas en tribunales internos se regían por leyes internas, excluyéndolas así del ámbito de esta rama y dándole un cariz plenamente estado-céntrico.

Ahora bien, debe decirse que la legalidad del DI bajo estos parámetros ha sido muy discutida. John Austin, quien había sido discípulo de Bentham, en 1832 criticó esta teoría (en su obra *The Province of Jurisprudence Determined*) por entender que no había un soberano superior a los Estados (y esto está íntimamente vinculado a la definición prescripta por Bentham de qué entender por "law") y que la única sanción a la violación de una obligación internacional era moral.

Sin embargo, un estudio detallado de los escritos de *An Introduction* permite respaldar el criterio de un derecho internacional con particularidades jurídicas ("Law-likeequality of International Law"). Esto ocurre

<sup>13</sup> "Bentham therefore did not think that there was much to the Law of Nations except Natural Law and agreements, both of which were of doubtful legal content (...) This Law (Law of Nations) therefore consist partly of another Law, and partly of a thing that isn't a Law at all"; JANIS, W. N., "Jeremy Bentham and the fashioning of International Law", en *The American Journal of International Law*, Nueva York, 1984, pp. 405-418. Esta perspectiva recuerda, en cierta medida, a la establecida por Jean Bodin en *Les Six Livres de la République* (1576), N. del A.

en tanto entendía que las leyes podían ser obligatorias, ya que consideraba que las concesiones de los soberanos eran generadoras de derecho por medio de instrumentos (tales como los tratados) y porque, además, el hecho de que la sanción a la norma fuera únicamente moral o religiosa no obstruía su carácter legal.

### C. *EL NACIMIENTO DE UNA NACIÓN. EL GERMEN DE UNA UNIVERSIDAD NACIONAL*

El comienzo del siglo XIX no permitía, aún, confirmar la existencia de un Estado nacional, no existía un Estado supraprovincial que vinculara institucionalmente todas las provincias. En este contexto inestable, los gobiernos del Directorio emprenderían acciones decisivas en política exterior derivadas de las circunstancias internacionales. Así, se fijaron tres objetivos: asegurar la neutralidad de Portugal, para evitar que apoyara una expedición militar de Fernando VII en el Río de la Plata; estrechar los vínculos con Gran Bretaña, para que reconociera la independencia de las Provincias Unidas a cambio de ventajas comerciales, y lograr un arreglo pacífico con España que permitiese consolidar el gobierno propio.

Las provincias iniciaron un proceso de impulso en las relaciones diplomáticas con los países de Europa y América, a fin de obtener reconocimiento soberano y apoyo político. Estas cuestiones se verán reflejadas en las misiones de Sarratea (a Londres en 1814), de Paso (a Chile en 1814), de Belgrano y Rivadavia (a Brasil en 1815) y la resonantemente fallida de Rivadavia (a Madrid en 1816). Es de notar que “las relaciones con los países europeos aparecían como complicadas, dada la solidaridad de las dinastías con la Corona española”.<sup>14</sup>

En febrero de 1820 se convocó nuevamente a Cabildo Abierto, como consecuencia de la disolución del Congreso Constituyente, que daría origen al cuerpo parlamentario de la Provincia de Buenos Aires.<sup>15</sup> Luego de varias idas y venidas, derivadas de los conflictos internos, los intereses provinciales y los incipientes problemas entre unitarios y federales, fue

<sup>14</sup> SANCHIZ MUÑOZ, José R., *Historia diplomática argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 79.

<sup>15</sup> VILLAR, Jorge, *Nueva historia argentina*, t. III, Buenos Aires, Juan Carlos Granda, 1973, p. 721.

designado como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires el general Martín Rodríguez, bajo el apoyo del comandante Juan Manuel de Rosas.

Es en este dinámico contexto político y social que el 9 de agosto de 1821, Rodríguez y su ministro Rivadavia firman el *Edicto de erección de la Universidad de Buenos Aires* en el ámbito de la Provincia. El presbítero Antonio Sáenz venía realizando tramitaciones en favor de la creación de una Universidad desde la época del Directorio de Pueyrredón, proyectos que se dilataron debido a las turbulencias internas y a los constantes giros políticos de la época.

El 12 de agosto, la Universidad inauguró sus actividades en la iglesia de San Ignacio, dividida en departamentos de Primeras Letras, Estudios Preparatorios, Ciencias Exactas, Medicina, Jurisprudencia y Ciencias Sagradas, siendo designado como primer rector Antonio Sáenz. De esta manera, la Universidad se apartó deliberadamente del modelo salmantino organizado por facultades y optó por el modelo napoleónico, estructurado en departamentos. La novedosa estructura acaparó la enseñanza pública de la Provincia de Buenos Aires.

Esta Universidad se distinguía de la otra alta casa de estudios en el territorio nacional, la Universidad de Córdoba (1613), en la medida que esta última provenía de los viejos modelos de universidad escolástica (propia de su origen colonial), siendo su principal rama de estudios, hasta el siglo XIX, la teología. En cambio, la Universidad de Buenos Aires nació ya con este modelo en crisis a lo largo de todo el mundo occidental, signada por un sello más utilitarista y secular. Llamativamente, los primeros cinco rectores de la universidad serían sacerdotes.<sup>16</sup>

### 1. LA FACULTAD DE DERECHO: ANTECEDENTES

Ya en 1814, el Directorio había creado la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia,<sup>17</sup> bajo la dependencia de la Cámara de Apelaciones (que luego quedaría en la órbita de la Provincia de Buenos Aires), con el objeto de participar en la formación práctica de los futuros abogados

<sup>16</sup> Aun así, algunos historiadores del derecho, como Ricardo Levene, reconocen que el proyecto de la Universidad se apoya en gran medida en las ideas y proyecciones del proyecto de reforma de la Universidad de Córdoba de 1813, escrito por el Deán Funes.

<sup>17</sup> Vale distinguir que esta fue creada por un órgano de naturaleza nacional como fue el Directorio.



y otorgar las licencias mediante examen ante los miembros del Tribunal Superior de Justicia (que en ese momento era la Cámara de Apelaciones);<sup>18</sup> esto permitía a los abogados litigar profesionalmente. Las contingencias internas atrasaron la evolución de este organismo que, sin embargo, subsistió en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires hasta 1872. Cabe destacar que la Academia estaba integrada por abogados, licenciados y bachilleres egresados de otras universidades, es decir, no funcionó como una institución de formación de grado. Empero, fue precursora en la fundación de la Universidad de Buenos Aires, en tanto la clase política entendió que la instrucción de los jóvenes jamás sería completa si no se estudiaban previamente las leyes en la Universidad.

El Departamento de Jurisprudencia de la flamante universidad contaría en un primer momento con dos cátedras; por un lado, "Derecho Civil", a cargo de Pedro Somellera, y, por el otro, "Derecho Natural y de Gentes" (antecesora de lo que luego será "Derecho Internacional"), a cargo del Dr. Sáenz (quien también ejercía la presidencia de la Academia de Jurisprudencia y el cargo de Rector en la Universidad). La Cátedra de Sáenz se planteó en dos partes o Cursos: en 1822 impartió "Derecho Natural" y en 1823, "Derecho de Gentes". No parece casualidad que, así como en el Derecho Romano se distinguió entre el *ius civile* y el *ius gentium*, el Departamento de Jurisprudencia dividiera de la misma manera la enseñanza de esta ciencia ("Derecho Civil" / "Derecho de Gentes").

## 2. LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

La clase intelectual rioplatense fue formada a la luz de influencias, a veces, contradictorias. En el Virreinato no solo se leían a los autores clásicos españoles sino que circulaban los textos de los intelectuales provenientes de otras naciones europeas.<sup>19</sup> Algunos autores, como el Dr.

<sup>18</sup> Por disolución de la Audiencia Virreinal, en 1812.

<sup>19</sup> "El ideario de los intelectuales rioplatenses, a principios del siglo XIX, se iba formando con esas influencias diferentes y a veces contradictorias. Parte importante del Iluminismo (...), era la teoría del Derecho Natural y de Gentes porque era precisamente la filosofía de la razón aplicada al orden social e internacional para fijar con pretensiones de permanencia un sistema uniforme". ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, "Algo más sobre la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 1960, p. 47.



Zorraquín Becú, han defendido esta influencia ecléctica. Otros doctrinarios, como el Dr. Roberto Marfany, entienden que la Generación de Mayo, a la cual Sáenz pertenecía, era de filiación escolástica y netamente ortodoxa. No se puede confirmar que estos hombres se formaron solo a la luz de los clásicos o de los textos de Vitoria, Soto o Suárez (autores reconocidos del movimiento escolástico tradicional), entre otros. Ya a principios del siglo XIX, en el Río de la Plata circulaban también las obras de Grocio, Pufendorf, Wolff, Locke, Hobbes, Bodin y Vattel, por mencionar únicamente algunos.<sup>20</sup>

De hecho, la enseñanza del Derecho Natural y de Gentes ya se había impuesto oficialmente en España por Real Decreto del 19 de Enero de 1770.<sup>21</sup> Esta Cátedra funcionó hasta 1794,<sup>22</sup> cuando el Rey Carlos IV (bajo influencia de su ministro Godoy) resolvió suprimirla a la luz de los acontecimientos revolucionarios de Francia. A pesar de su carácter eminentemente anticatólico (recordemos que sus autores provienen en general de países de fuerte impronta protestante), estas doctrinas fueron difundidas por las clases cultas de España, en tanto compartían una concepción del mundo y articulaban lo tradicional con lo nuevo.

No es fácil encasillar el pensamiento de esta generación dentro de una escuela determinada. En rigor de verdad, ni eran fieles seguidores de los autores clásicos o de los filósofos medievales ni eran netamente escolásticos o seguidores de la escuela del Derecho Natural de Grocio (de corte humanista). Utilizaron todas estas ideas de una manera incluso contradictoria. A la luz de la interpretación de doctrinarios contemporáneos, entendemos que la corriente racionalista que comenzó el camino de la secularización era anterior incluso a Grocio y tenía ya indicios en Vitoria.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Como lo demuestran las citas y autores utilizados por Sáenz en su texto de estudio, al cual nos referiremos a continuación.

<sup>21</sup> Este decreto fijó las cátedras que iban a funcionar en el Colegio Imperial.

<sup>22</sup> Real Decreto del 31 de julio de 1794: *"Mandar a suprimir en todas las universidades y en todos los seminarios y estudios las cátedras del Derecho Público y del Natural y de Gentes, y la enseñanza de ellos donde sin haber cátedra se hubiera enseñado en la de otra asignatura; y por lo respectivo a estos estudios de San Isidro se comunicó Real orden a su director para que desde luego se entendiese suprimida su cátedra de Derecho Natural y de Gentes, sin darla por ahora otro destino"*.

<sup>23</sup> *"Vitoria vehemently denies each of these assertions and in the course of refuting the conventional basis for Spanish title creates a new system by a secular sovereign. Thus, the emergence*

Tal vez, el principal mérito de la Escuela del Derecho Natural fue poder distinguir entre la Ley Natural propia de la Escolástica Medieval y los “derechos naturales” propuestos por el Iluminismo.<sup>24</sup> Esta corriente relativizó el orden natural divino como fuente de derechos y lo distinguió de una concepción secular de la naturaleza, propia de las corrientes racionalistas y científicas.

Estas ideas marcaron a la clase intelectual rioplatense y más particularmente a quien nos interesa, Antonio Sáenz.

## II. ANTONIO SÁENZ: EL PADRE DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Antonio Sáenz fue una figura predominante en los orígenes de este país. Este criollo recibido de Bachiller en Leyes en la Real Universidad de San Francisco Javier (Universidad de Charcas) recibió su matrícula de abogado en 1804 y se ordenó como sacerdote en la Ciudad de Buenos Aires en 1805.<sup>25</sup> No solo fue el principal impulsor de la creación de la Universidad de Buenos Aires, sino que también tuvo participación en el Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810. Formó parte, entre otras, de la Sociedad Patriótica, la Asamblea General de 1812 y la Logia Lautaro. Representó a la Provincia de Buenos Aires en el Congreso Constituyente de 1816 (Tucumán) que luego se trasladó a Buenos Aires y fue disuelto en 1820. A su vez, participó en la comisión que en julio de 1818 inició la redacción de la Constitución de 1819.

Al momento de hacerse cargo de la cátedra, Sáenz se encontró con el problema de que no había ningún texto de enseñanza de la materia al que tuviera acceso o que pudiera facilitar a sus estudiantes. La solución

*of a secular natural law –the natural law which was proclaimed to be the basis of the new international law– is coeval with his resolution of the problem of the legal status of the Indian, for it is this problem which initiates Vitoria's inquiry of international law which essentially displaces divine law and its administrator, the Pope, and replaces it with natural law administered”. ANGHIE, Anthony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004, pp. 17-18.*

<sup>24</sup> BEAULAC, Stéphane, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 175.

<sup>25</sup> Según el padre Fasolino, en la vida de Sáenz siempre “primaba el abogado sobre el sacerdote”.

fue la redacción de *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*, editado como texto de estudio en 1823 por el propio Sáenz para la formación de los estudiantes de la flamante universidad.<sup>26</sup> Una de las críticas más encarnizadas que se hicieron a su trabajo alegaba que la obra se sustentaba en “teorías del siglo XII” y que sus ideas eran contrarias a los principios de Bentham, que eran ampliamente desarrollados por Somellera en su cátedra de “Derecho Civil”.<sup>27</sup> Según sus críticos, nuestro país nunca tendría “un rival de Montesquieu ni una legislación que cuadre a su posición política y moral”.<sup>28</sup> Suponemos que dichos cuestionamientos se fundaban en cierto “prejuicio” contra la producción intelectual local que, hasta Sáenz, no tenía predecesores.

Un antecedente cercano en la enseñanza de esta materia correspondía a la labor del padre Domingo Muriel, profesor de Filosofía de la Universidad de Córdoba, “que dejó de lado la filosofía aristotélica en muchos de sus temas e introdujo los problemas de América y de la filosofía moderna”.<sup>29</sup> Muriel había escrito su propio libro sobre la temática llamado *Elementos de Derecho Natural y de Gentes* (1791), que conserva las nociones de la escolástica.<sup>30</sup> Las *Instituciones* de Sáenz, por su parte, siguen la larga tradición del derecho clásico pero matizado por los autores modernos.

Sáenz sostuvo el método deductivo, partiendo de una verdad para alcanzar otra, con la prueba o la explicación adjunta, entendiendo que el Derecho de Gentes es el mismo Derecho Natural aplicado a las naciones y común a todas ellas. Debido a esta íntima unión entre una y otra ramas jurídicas, se comprende que cualquier contradicción entre el Derecho de

<sup>26</sup> “La enseñanza del Dr. Sáenz fue impartida de acuerdo con el método por él mismo preconizado e impuesto, de que el profesor debía inscribir extractos y suministrarlos a los alumnos, a fin de que, sin valerse de autor alguno, estos apuntes pudieran servir de texto, además de lo que el trabajo individual de los alumnos añadiera”; FASOLINO, Nicolás, *Vida y obra del Primer Rector y Cancelario de la Universidad de Buenos Aires, Presbítero Dr. Antonio Sáenz*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 262.

<sup>27</sup> *El centinela*, t. II, nro. 30, 23-2-1822, p. 104.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> SÁENZ, Antonio, *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1939, Introducción.

<sup>30</sup> El P. Muriel se había formado en España, ver CABRERA, Pablo, “Noticias bio-bibliográficas acerca del P. Domingo Muriel”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2, nro. 3, pp. 424-441.

Gentes y el Derecho Natural convertía al primero en absolutamente nulo. Entendemos que esto debería explicar por qué su enseñanza del Derecho Natural debía necesariamente anteceder el curso de Derecho de Gentes.

Sobre la parte del curso referida al Derecho Natural (1822), se conservan únicamente dos fragmentos referidos a los duelos, provenientes de publicaciones del periódico *La abeja argentina* y de las referencias dadas por el *Informe de la comisión nombrada para censurar el curso de Derecho Natural dictado por el doctor Antonio Sáenz y acuerdo de la muy Ilustre sala de doctores de esta universidad* (1823), de donde se conoce su teoría y opiniones sobre el Derecho Natural.

De este informe, en particular, se pueden extraer algunos conceptos sintéticos sobre los temas que abarcó el curso. Según la comisión, el curso comenzaba tratando las diferentes acepciones del derecho, para luego precisar lo que se comprendía por la palabra “ley” y las diferencias entre el Derecho Natural, el de Gentes y el Positivo. Sáenz reprochaba la definición de “Derecho Natural” correspondiente a las *Instituciones* de Justiniano, así como la que había expuesto Grocio al conceptualizar los dos tipos de derecho. Esto es así porque Sáenz entendió el Derecho de Gentes como integrante del Natural, siguiendo en este aspecto las ideas de Heinecio, Pufendorf, Wolff y Vattel.<sup>31</sup> Negaba, por otra parte, las corrientes que propugnaban como único principio y regla de la conducta del hombre su conveniencia y utilidad, sosteniendo que el Derecho Natural constituía la herramienta que permitía deslindar lo justo de lo injusto (ínsito en la razón instaurada en el hombre por Dios).

Respecto del Derecho de Gentes (1823), el curso ha sobrevivido en su totalidad; para Sáenz, el Derecho de Gentes no es más que “el mismo derecho natural aplicado o tomado en la parte que regla la vida social del hombre en común, o los negocios y actos de las sociedades”.<sup>32</sup>

Entendía que “el derecho de gentes es universal y sale de la naturaleza, dándose a conocer solamente por la recta razón”.<sup>33</sup> Sin embargo, lo separaba del Derecho Público, al que definió como aquel que regulaba el

<sup>31</sup> Ver BEAULAC, Stéphane, *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 157-165.

<sup>32</sup> SÁENZ, *op. cit.* (1939: 55).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 57.

régimen exterior de los Estados. Parece posible hallar en la obra ciertos indicios acerca de los usos y la costumbre como fuentes de derecho, en tanto considera que la práctica de los Estados puede modificar el derecho universal de gentes.<sup>34</sup> Empero, Sáenz reconoce el derecho consuetudinario aunque considerándolo imperativo solo para aquellas naciones que lo han adoptado, no por costumbre sino por el principio natural que prescribe la observancia de toda obligación. Así se advierte que, para él, el motor del DI no es la costumbre o los tratados (al menos no en un primer plano), sino que siempre en última instancia el derecho depende de los principios emanados del DN y su interrelación con la práctica de los Estados.

Existen dos clases de Derechos de Gentes: por un lado, el que referimos anteriormente (universal y propio de la razón humana, que llama "originario") y, por otro, uno secundario, "derivado" del primero y de carácter convencional. El derecho originario contenía reglas "sagradas e inviolables", mientras que el derivado surge de las reglas "que el bien y la salud común reclaman en los negocios públicos".<sup>35</sup>

La obra de Sáenz explora diferentes aspectos del derecho público a la luz del derecho natural. Las normas y estructuras que Sáenz considera, son concebidas mediante un análisis deductivo del derecho natural, del cual concluyen normas derivadas. A través de este método, define la estructura de la sociedad,<sup>36</sup> el derecho de todo pueblo a defenderse de agresiones externas,<sup>37</sup> la forma del Estado,<sup>38</sup> entre otras. Si bien ciertos principios regulaban el derecho de gentes y eran imprescriptibles, la mayoría de las normas fluctuaban a partir de los tiempos y las circunstancias de los Estados.<sup>39</sup>

El curso propuesto por Sáenz fue innovador en tanto concilió la tradición escolástica española con la escuela, predominantemente laica, de

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 302-305.

<sup>35</sup> SÁENZ, *op. cit.* (1939: 58, 59).

<sup>36</sup> Sáenz recepta las teorías contractualistas. *Ibid.*, pp. 61-72.

<sup>37</sup> "No solo hay un principio natural que concede a la sociedad el derecho de hacer todo lo que es indispensable para conservarse en incolumidad, sino que también le impone el deber de evitar todo aquello que puede causar su destrucción". *Ibid.*, p. 75.

<sup>38</sup> Concibe tres modelos: monárquico, aristocrático y democrático. *Ibid.*, pp. 108-128.

<sup>39</sup> Estas normas son llamadas hipotéticas. *Ibid.*, p. 227.

los profesores ingleses, franceses y germanos. Sin embargo, sus perspectivas no fueron tomadas con agrado por el cuerpo estudiantil. Se nos indica que los alumnos que cursaban en el Departamento de Jurisprudencia no querían asistir a las clases de Derecho Natural y de Gentes, considerando que concurrir a ellas no les reportaría ninguna ventaja. Realizaron una protesta masiva sosteniendo que la materia no tenía ninguna utilidad práctica y solicitando que dicho curso se cambiara por uno sobre Derecho Público o Historia del Derecho. El incidente, por la información con la que contamos, no se agravó y Sáenz pudo finalizar el curso de 1823 sin mayores complicaciones.<sup>40</sup>

En 1824 reinició la explicación del Derecho Natural, pero no pudo cerrar su enseñanza por fallecer súbitamente a los 44 años a causa de un aneurisma.<sup>41</sup>

### III. CONCLUSIONES

Si podemos extraer conclusiones del estudio de la obra de Sáenz, es posible afirmar que las ideas sobre las cuales se cimentaron sus definiciones acerca de lo que debía comprenderse como DI procedía de las elaboraciones técnicas de diferentes escuelas, no siempre compatibles. Es difícil tratar de perfilar a Sáenz dentro de una corriente de pensamiento determinada, precisamente porque fue víctima de la misma conflictividad de época que signó a toda la Generación de Mayo. Es curioso que, a pesar de que sus críticos se basaron en lo arcaico de sus fuentes, el análisis de los autores que menciona así como las citas y el uso de terminología y referencias a ensayistas contemporáneos evidencian que se trataba de un buen conocedor de las corrientes predominantes en los albores del siglo XIX. Puede notarse en su pensamiento la influencia de la tradición del realismo clásico, la escolástica y la escuela racionalista. Su elaboración doctrinaria podría ubicarse en el cruce de corrientes que fueron contrapuestas (como la escolástica y el racionalismo); sin embargo, supo utilizar

<sup>40</sup> Este episodio es relatado en FASOLINO, Nicolás, *Vida y obra del Primer Rector y Cancelario de la Universidad de Buenos Aires, Presbítero Dr. Antonio Sáenz*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, pp. 270, 271.

<sup>41</sup> CUTOLO, Vicente Osvaldo, *Nuevo diccionario biográfico argentino: 1750-1930*, Buenos Aires, Elche, 1968, p. 528.

elementos pertenecientes a ambas posturas conceptuales y logró acomodarlas a la particular realidad política del continente americano.<sup>42</sup>

Si tuviésemos que adoptar una posición con relación a su situación doctrinaria, parecería adecuado identificarlo con una postura ecléctica, posicionamiento que habría sido bastante común entre todos los actores del período revolucionario. El perfil innovador de su aporte, entonces, no se encontraría tal vez en las ideas, sino más bien en la selección que realizó de las diferentes corrientes que consideró en el proceso de lograr una selección original o propia. Este es entonces el eje vital de su obra: no el desarrollo de un conocimiento jurídico original, sino la creación de una mixtura original a partir de las lecturas de diferentes autores europeos.

Sáenz entendía el DI en un orden vertical al DN, tal como sostenían William Blackstone y Francisco de Vitoria.<sup>43</sup> Pero la definición que propone del DI es matizada por una visión del Derecho Público que se acerca a la perspectiva de Bentham y Vattel. Sáenz empodera el papel de las relaciones interestatales en la creación del DI acercándose así a la lógica soberanista y positivista de los pensadores de mediados del siglo XVIII.<sup>44</sup> A pesar de que en el espíritu de las *Instituciones* sigue presente la impronta escolástica del siglo XVI, a partir del acercamiento a un derecho soberano (propio de las relaciones interestatales) el texto se acerca a las corrientes que comenzaron con Vattel y se desarrollaron posteriormente a lo largo del siglo XIX.

Mientras que Europa discurría en una relativa paz, derivada del Congreso de Viena, las tensiones entre los imperios se trasladaron hacia

<sup>42</sup> DÍAZ COUSELO, José María, "Pensamiento jurídico y renovación legislativa", en *Nueva historia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 2000: "Sobre el pensamiento nacional en el período que abarca de 1810 a 1914, tuvo una fuerte influencia el desarrollado en Europa durante los siglos XVIII y XIX, sin que ello determinara el abandono de las corrientes tradicionales provenientes del mundo clásico y de la Escolástica española. A este panorama ideológico se lo trató de armonizar y adaptar a la realidad del nuevo Estado. No puede afirmarse que en el Río de la Plata se hayan manifestado creadores de ideas jurídicas originales. En esta área del mundo, solo estar bien informado era un mérito, lo que predominó fue la presencia de posiciones eclécticas, desarrolladas sobre la base de doctrinas elaboradas por pensadores europeos, con una construcción que presentaba, en algunos casos, cierto grado de originalidad (...) La mayoría de las veces las reflexiones aparecen entremezcladas con otras líneas de pensamiento, lo que va dando forma a ese eclecticismo".

<sup>43</sup> ANGHIE, *op. cit.* (2004: 20, 21).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 41, 42.



América, donde las potencias querían abrir el comercio de los puertos americanos para colocar sus productos.

En este proceso, las Provincias Unidas del Río de la Plata transcurrían por un período de sucesivas crisis políticas en la búsqueda de un sistema de gobierno y de Estado. Si algo caracterizó las relaciones exteriores argentinas de este periodo ha sido su profunda desestabilidad institucional. La Provincia de Buenos Aires ejerció, hasta la caída de Juan Manuel de Rosas, la representación exterior del conjunto de las Provincias. Este modelo no fue ni uniforme ni consistente, en la medida en que algunas Provincias, como la de Córdoba, establecieron sus propias delegaciones en el exterior.<sup>45</sup>

Fasolino sostiene que la necesidad de un curso de Derecho de Gentes tan precozmente en la historia de la Universidad de Buenos Aires se explicaba por que era preciso afianzar la representación exterior y la soberanía de las provincias a través de la capacitación de las futuras clases intelectuales de cada una de ellas. La falta de un gobierno central perdurable y el carácter endeble de algún tipo de autoridad que representara los intereses de las Provincias Unidas (rotando entre Buenos Aires y lo que decidiera cada provincia) hacían que esta necesidad se acentuara aún más. Todas estas circunstancias tornaban fundamental la existencia de una cátedra que tratara la cuestión del DI. A través del ámbito académico, entonces, se iniciaba el camino para formar un cuerpo profesional, conocedor del Derecho Público, que pudiera tanto administrar el país en el interior como representarlo en el exterior.

Así como el impulso de Sáenz en vida mantuvo el curso en pie, también hay que aclarar que con su muerte desapareció la importante producción intelectual local respecto de esta rama del derecho, al menos hasta 1874, cuando Amancio Alcorta asumiera como profesor titular de la materia.<sup>46</sup> No habrá hasta ese momento otro autor rioplatense que hiciera un aporte considerable al DI.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> SANCHEZ MUÑOZ, José R., *Historia diplomática argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

<sup>46</sup> RUIZ MORENO, Isidoro, "La enseñanza del derecho internacional público en la Universidad de Buenos Aires (1822-1968)", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, nro. 25, 1970.

<sup>47</sup> Sin embargo, a nivel regional, sí habrá aportes de importancia a partir de la publicación de *Principios de Derecho Internacional* (1832), del venezolano Andrés Bello, obra



En el momento en que Sáenz redactó las *Instituciones*, Sudamérica no contaba aún con ningún autor que hubiera investigado o escrito sobre la materia y los textos que llegaban sobre el tratamiento de la disciplina provenían de autores europeos (que escribían en un contexto ajeno a la realidad latinoamericana) y estaban en muchos casos desactualizados. Bien vale destacar, entonces, el extraordinario aporte de Sáenz en este aspecto, que quedaría, sin embargo, opacado parcialmente en la conciencia de la clase intelectual por la célebre y prolífica labor del venezolano Andrés Bello una década después.

Tal vez es verdad que en nuestras tierras no se llegó al proceso de secularización que alcanzó Europa en estos años, con el impulso del ideario racionalista y liberal que trajo la doble revolución. Pero también es verdad que el pensamiento americano, en el período revolucionario, estuvo fuertemente ligado a las corrientes peninsulares que ya eran blanco de críticas por gran parte de la clase intelectual europea, en tanto lo consideraban afectado por una fuerte impronta escolástica.

La corriente positivista, defendida en Europa por Vattel y Bentham, no tendría una recepción generalizada en América hasta mediados del siglo XIX. No por eso debería sostenerse que los autores contemporáneos de esta época eran desconocidos por parte de las clases intelectuales americanas. Sin embargo, como en todo proceso revolucionario (y por ende de crisis), las ideas nuevas convergieron con las antiguas dando lugar a que las clases intelectuales no se librasen nunca del todo del pasado ni abrazaran tampoco las nuevas ideas de modo incondicional.<sup>48</sup> Tal vez es con esta óptica que mejor podemos rever y llegar a entender la obra, injustamente olvidada, de Antonio Sáenz.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANGHIE, Anthony (2004), *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, CSICL, Nueva York, Cambridge University Press.
- BEAULAC, Stéphane (2004), *The Power of Language in the Making of International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

que incluso hoy es erróneamente considerada como el primer aporte latinoamericano a esta rama del Derecho.

<sup>48</sup> Tal como sostiene Díaz Couselo, ver nota 43.

LOS ALBORES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES: LA ENSEÑANZA DE LA MATERIA SEGÚN ANTONIO SÁENZ  
JUAN FRANCISCO PADÍN

- BLACKSTONE, William (2008 [1765-1769]), *Commentaries on the Law of England*, The Avalon Project, Lillian Goldman Law Library, Yale Law School. Versión digital revisada el 2-2015 [en línea], <[http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/blackstone.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp)>.
- CABRERA, Pablo, "Noticias bio-bibliográficas acerca del P. Domingo Muriel", en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 2, nro. 3, pp. 424-441.
- COOPER, Alfred Duff (2007 [1932]), *Talleyrand*, 2ª ed., Buenos Aires, Claridad.
- CUTOLO, Vicente Osvaldo (1968-1985), *Nuevo diccionario biográfico argentino: 1750-1930*, Buenos Aires, Elche.
- DÍAZ COUSELO, José María (1988), "Algunos problemas de la historiografía jurídica actual", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nro. 8, Buenos Aires.
- (2000), "Pensamiento jurídico y renovación legislativa", en *Nueva historia de la Nación Argentina*, t. V, Tercera Parte: La Configuración de la República Independiente (1810-1914), Buenos Aires, Planeta.
- FASOLINO, Nicolás (1969), *Vida y obra del Primer Rector y Cancelario de la Universidad de Buenos Aires, Presbítero Dr. Antonio Sáenz*, Buenos Aires, Eudeba.
- HOBBSBAWN, Eric (2009 [1962]), *La era de la revolución: 1789-1848*, 6ª ed., Buenos Aires, Crítica.
- JANIS, W. N. (1984), "Jeremy Bentham and the fashioning of International Law", en *The American Journal of International Law*, vol. 78, nro. 2, Nueva York, American Society of International Law, pp. 405-418.
- KISSINGER, Henry (1994), *Diplomacy*, Nueva York, Simon & Schuster Paperbacks.
- RUIZ MORENO, Isidoro (1970), "La enseñanza del derecho internacional público en la Universidad de Buenos Aires (1822-1968)", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, nro. 25, 1970, pp. 381-390.
- SÁENZ, Antonio (1939 [1823]), *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*, Colección de textos y documentos para la historia del Derecho Argentino, t. I. Introducción del Dr. Ricardo Levene, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
- SANCHIZ MUÑOZ, José R. (2010), *Historia diplomática argentina*, Buenos Aires, Eudeba.
- VAN HOOYDONK, Eric (2006), *The Impact of EU Environmental Law on Waterways and Ports*, Amberes, Maklu Publishers.

VILLAR, Jorge (1973), *Nueva historia argentina*, t. II, 3ª ed., Buenos Aires, Juan Carlos Granda.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo (1960), "Algo más sobre la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, t. XI, Buenos Aires, pp. 138-171.

Fecha de recepción: 14-12-2015.

Fecha de aceptación: 17-6-2016.



## **La enseñanza de la asignatura “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: reflexiones a una década de su incorporación al plan de estudios**

ANA HÍ FLAVIA PÉREZ<sup>1</sup>

### RESUMEN

El presente trabajo indaga el estado actual de la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario, a una década de su incorporación al plan de estudios de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Se enfoca desde una perspectiva que toma en cuenta tanto los aspectos históricos e institucionales del área como también las particularidades del campo disciplinar. Utilizando distintos métodos cualitativos y cuantitativos se busca, por un lado, determinar las razones de la inserción de la materia y, por otro, medir el nivel de concreción de objetivos, establecer el lugar que ocupa actualmente y recabar las percepciones, creencias y argumentaciones de los actores académicos. Se analiza también, a partir de datos cuantificables, la incidencia que la inserción de la asignatura ha tenido sobre la elección de la orientación en Derecho Tributario por parte de los estudiantes.

Esta investigación se inserta en el histórico debate sobre la pertinencia de las Finanzas Públicas en la formación e incumbencias del abogado.

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en Derecho Tributario (UBA). Profesora adjunta de la materia Derecho Constitucional Tributario en la FD de la UBA. Docente de posgrado en distintas universidades, [anahiperez@derecho.uba.ar](mailto:anahiperez@derecho.uba.ar).

LA ENSEÑANZA DE LA ASIGNATURA “FINANZAS PÚBLICAS Y DERECHO TRIBUTARIO” EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
ANAHÍ FLAVIA PÉREZ

#### PALABRAS CLAVE

Enseñanza del Derecho - Finanzas públicas - Derecho Tributario - Currícula.

## **Teaching “Public Finance and Tax Law” at the University of Buenos Aires Law School: reflections ten years after its incorporation into the curriculum**

#### ABSTRACT

In this paper we investigate the current status of the course “Public Finance and Tax Law” a decade after its inclusion in the University of Buenos Aires Law School curriculum. We focus both on general historical and institutional aspects and, also, on the specific characteristics of the field of study. Using several qualitative and quantitative methods we attempt to determine the reasons behind the inclusion of the course in the curriculum, to measure the level of goal achievement, establish the present status of the course and collect perceptions, beliefs and arguments from the academic community. We also intend to assess, from quantitative data, the incidence that the inclusion of the course in the curriculum has upon the students’ decision to choose the Tax Law orientation as their major. Our research inserts in the historic debate about the relevance of Public Finance for the Law Degree curriculum and for lawyers professional skills.

#### KEYWORDS

Law Teaching - Public Finance - Tax Law - Curriculum.

#### I. INTRODUCCIÓN

A más de diez años de la incorporación al plan de estudios aprobado por la Resolución CS 3798/04 de la materia “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” como obligatoria para todas las orientaciones de la carrera

de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pretendo indagar el estado actual de la asignatura desde una perspectiva que tome en cuenta tanto los aspectos históricos e institucionales involucrados en la larga historia del área así como las particularidades del campo disciplinar y recabar las narraciones de distintos actores académicos con respecto al devenir de la asignatura.

Desde el enfoque histórico, buscaré establecer cuáles fueron las razones que llevaron a su incorporación y cuáles las que habrían motivado su desaparición en el anterior plan de estudios. Desde el discurso institucional, intentaré responder qué lugar ocupa hoy la materia y qué perfil de egresado se buscó formar con su reinscripción. ¿Se pretendió dotarlo de nociones básicas o inclinarlo por la especialidad? ¿Y cuáles son esos contenidos elementales plasmados en el diseño curricular? ¿Refieren a las habilidades y destrezas que debe desarrollar un profesional para desempeñarse en el mercado y la empresa, es decir, a la adquisición de herramientas tributarias, o apuntan a promover el análisis de la actividad financiera del Estado como un todo, haciendo foco en su definición constitucional? ¿Estas dos concepciones se oponen o pueden complementarse? ¿Por qué la asignatura y la orientación, de neto corte publicista ambas, fueron y continúan insertas dentro del Departamento de Derecho Económico y Empresarial?

A su vez, desde las narraciones de los docentes y alumnos se analizarán las prácticas educativas buscando responder qué dificultades refieren los distintos actores y cómo transcurre el proceso de enseñanza y aprendizaje de los docentes y estudiantes. ¿Los alumnos han abordado algún contenido en materias anteriores? ¿Cuál es su percepción de la asignatura? ¿Hay resistencia a introducirse en su estudio? ¿Cuáles son las representaciones de los distintos sujetos, profesores y estudiantes? ¿Hay disociaciones entre unas y otras? Desde el campo disciplinar, ¿existe un debate acerca de su pertinencia? Su objeto de estudio ¿es fuente de controversias? Su nombre ¿lleva a confusión?

Por último, se buscará establecer si hay datos cuantificables relevantes, como la cantidad de alumnos volcados a la orientación en comparación con los del plan anterior (Resolución CS 809/85) u otros cambios verificables desde su incorporación.

El marco conceptual se asienta sobre las teorías del *curriculum*, de las organizaciones y del análisis institucional así como también sobre los trabajos de investigación de la enseñanza y, en particular, de la educación jurídica en el nivel superior.

Si bien existe una multiplicidad de definiciones de *curriculum*,<sup>2</sup> a los fines de este trabajo tomaré los aportes de la perspectiva crítica<sup>3</sup> que lo consideran una construcción social y, como tal, subsidiario del contexto histórico, los intereses políticos, las jerarquías y la estratificación social, y los instrumentos de control y presión ejercidos por distintos grupos. A diferencia de otros autores (por ej.: de Stenhouse) que ponen el foco de atención en el *curriculum* como asunto práctico en educación,<sup>4</sup> estos planteos no se centran en la elaboración pedagógica de propuestas sino que ponen de manifiesto el carácter ideológico de la selección.

En el análisis de la dimensión institucional, utilizaré como punto de apoyo teórico la distinción entre los términos “institución” y “organización” que hace Eugéne Enriquez (2002), esto es, refiriéndome al primer concepto como “lo que da el comienzo, lo que establece y lo que forma” y al segundo como “lo que da vida a la institución”. En otras palabras, la organización designa modos concretos en los que se materializan las instituciones.<sup>5</sup> Emplearé entonces tales términos para referirme, como institución, a la educación universitaria del derecho y, como organización, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos

<sup>2</sup> En el campo de la educación, el término *currículum* se asocia a una pluralidad de significados y cada definición es portadora de una visión sociopolítica específica sobre la educación, así como del conocimiento, del cambio social en general, del estudiante y la organización. Si bien su terminología es fuente de controversia, aquí utilizaré indistintamente su versión en latín (“el *curriculum*” sin tilde para singular o “los *curricula*” para el plural) o en castellano (“el currículum” o “los currículos”).

<sup>3</sup> Young, Bourdieu y Bernstein.

<sup>4</sup> Este autor lo califica como “una tentativa para comunicar los principios y rasgos esenciales de un propósito educativo, de forma tal que permanezca abierto a discusión crítica y pueda ser trasladado efectivamente a la práctica” (STENHOUSE, 1984: 29).

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, la institución “educación” se concreta en las escuelas, las universidades y otros establecimientos educativos, en tanto que la institución familiar se expresa en una familia dada (organización). Por ello, la institución está siempre detrás de la organización, es lo que la dota de sentido, de significación, pero con la que entramos en contacto efectivamente es con la organización que expresa a la institución.



Aires, centrándome en esta última aunque sin desconocer que siempre hay una interacción entre ambas.<sup>6</sup>

En cuanto al objeto de estudio de la disciplina y a su definición, las finanzas públicas examinan cómo el Estado obtiene sus ingresos y efectúa sus gastos. Ahora bien, al tratarse de un fenómeno complejo que involucra aspectos económicos, jurídicos, sociológicos y políticos, su estudio es posible de múltiples enfoques y requiere de un abordaje interdisciplinario. A los fines de este trabajo, me ceñiré principalmente a su contenido jurídico, aunque sin dejar de lado esta particular característica y, en especial, la de su fuerte sustrato económico, ya que puede ayudarnos a explicar algunas de las dificultades relatadas por los actores. El aspecto jurídico de la actividad financiera del Estado es estudiado por el Derecho Financiero y, tanto por su naturaleza como por su contenido, forma parte del Derecho Público. Por último, también haré referencia al Derecho Tributario, que es la rama del Derecho Financiero que estudia el conjunto de normas y principios jurídicos que se refieren a los ingresos públicos de carácter tributario. En el actual plan de estudios, al igual que en el anterior, la orientación se titula, precisamente, "Derecho Tributario", aunque algunas materias que allí se incluyen exceden su campo disciplinar y se encuadran dentro de uno más amplio, esto es, el Derecho Financiero o Constitucional.<sup>7</sup>

Para determinar las razones de la reinserción de la materia, medir el nivel de concreción de objetivos, establecer el lugar que ocupa actualmente la asignatura y recabar las percepciones, creencias y argumentaciones de los alumnos y docentes, he utilizado distintos métodos cualitativos y cuantitativos. En este sentido, examiné los planes de estudios aprobados por la Ordenanza 22/61, las Resoluciones (CS) 809/85 y 3798/04 y, también, los programas de la asignatura de las cátedras actuales así como uno vigente durante el plan aprobado por la Ordenanza

<sup>6</sup> La institución se realiza en cada organización y, al mismo tiempo, cada organización interpreta a su modo la institución. Esto está muy presente en las instituciones educativas ya que, para poder reproducirse, hay que socializar a los individuos según la concepción de la institución, darles una educación y una formación coherentes con sus principios.

<sup>7</sup> Por ejemplo, en la oferta de cursos para el segundo cuatrimestre del año 2015 aparece Derecho Constitucional Presupuestario.

22/61. Para el análisis de los discursos de los profesores se realizaron entrevistas semiestructuradas a dos profesores titulares de la asignatura y a un profesor emérito, a siete profesores adjuntos y a seis jefes de trabajos prácticos con comisión a cargo. Por otro lado, se encuestó a 173 alumnos de Finanzas Públicas y a 42 que ya siguen la orientación. También se sondeó entre profesionales abogados que hubieran cursado sus estudios bajo el plan 809/85, pero sin seguir la orientación en Derecho Tributario ni en Derecho Público. El universo de análisis varió según lo que se pretendió averiguar. Así, para responder a ciertas preguntas, como las percepciones de los estudiantes acerca de la asignatura, la población estuvo dada por todos los alumnos de abogacía que cursaban la materia por primera vez,<sup>8</sup> pero para analizar cómo juega la asignatura obligatoria “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” en la elección posterior de la orientación, el universo se compuso por todos los estudiantes que ya siguen la especialidad y aquí, además de haber tropezado con el inconveniente de la falta de registro de la elección durante la carrera,<sup>9</sup> la muestra fue menor, puesto que no hay gran cantidad de alumnos que la escojan. La forma que se utilizó para la estimación fue la realización de un muestreo aleatorio simple.

Por último, entiendo que el trabajo puede hacer “una aportación”, en palabras de King, Keohane y Verba (1994: 27), puesto que la bibliografía existente, referida al análisis de la enseñanza de “Finanzas Públicas” en la Facultad de Derecho, parece haberse detenido con el “logro” de su inclusión en la última reforma y no se han realizado estudios de diagnóstico de la situación actual. Entiendo que es esta una tarea pendiente porque, como diría Shulman (1989: 12), “los que investigan la

<sup>8</sup> Un número aproximado de 1.500 alumnos se inscribe cada cuatrimestre a la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario.

<sup>9</sup> Los estudiantes, al momento de inscribirse a las distintas materias de la orientación, no hacen una elección “formal” de la especialidad que seguirán (y que quede registrada como tal), sino que se anotan según su discreción y hasta pueden cursar una materia de una orientación sin seguirla o seguir más de una. Recién al solicitar el título podría determinarse la elección pero aquí también tropezamos con un inconveniente ya que la Facultad no lleva este tipo de estadísticas y solo podría cuantificarse entonces por la cantidad de certificados de la orientación requeridos. Sin embargo, al no ser su solicitud un requisito obligatorio para tramitar el título de la carrera, la exactitud de esta medición también se vería seriamente afectada.

enseñanza están comprometidos en la tarea de comprender sus fenómenos, de aprender cómo mejorar su realización, de descubrir mejores maneras de preparar a los individuos que quieren enseñar”.

## II. ¿POR QUÉ ESTUDIAR FINANZAS PÚBLICAS EN LA FACULTAD DE DERECHO? LA BÚSQUEDA DEL SENTIDO

Los términos en los que formulo la pregunta ya anticipan que se trata de una cuestión que ha sido controvertida y que estuvo presente en el debate académico a lo largo de los años. El interrogante también da cuenta de algunas dificultades que refieren los distintos actores académicos y que apuntan a la “ajenidad” con la que se percibe muchas veces la materia desde el núcleo duro de la enseñanza del derecho. Y es que si ella estuviese “naturalizada”, seguramente gran parte de este trabajo carecería de sentido. Resulta difícil imaginar a un alumno de la carrera de Abogacía cuestionando la inclusión de Elementos de Derecho Civil, podrá “no gustarle” pero es poco probable que dude acerca de su pertinencia. En ese escenario, también cuesta representarnos a un profesor de esa rama dedicando varias clases a legitimar el lugar de la asignatura y enfatizar su objeto de estudio como “jurídico”, fenómeno que sí refieren los docentes de Finanzas. “Los alumnos ya vienen con tres años de Derecho Privado casi exclusivamente y creen que acá verán números. Tengo que explicarles por qué hablamos de derecho”, describe un profesor, al preguntársele sobre las principales dificultades que observa en las prácticas, y otro señala que “no lo ven como algo jurídico, creen que les enseñarás a liquidar impuestos”. Un alumno que sigue la orientación refiere que estudiantes de otras ramas le dicen: “¿Para qué venís a abogacía para estudiar eso? ¿Por qué no seguiste para contador?”.

Una aclaración se impone aquí y es que no pretendo impugnar el carácter interdisciplinario de la asignatura o, más exactamente, los distintos aspectos –históricos, sociológicos, económicos, políticos, filosóficos y hasta contables– que su abordaje demanda sino analizar las consecuencias que esa característica irradia a los procesos de enseñanza y aprendizaje de la materia en la carrera de Abogacía.<sup>10</sup> Los referidos aspectos,

<sup>10</sup> Señala CORTI (2007: 27): “Las finanzas públicas contienen una teoría de la justicia y una ciencia social comprensiva de todos sus aspectos, económicos, sociales, políticos

que pueden enfatizarse en mayor o menor medida, hacen que se trate de una asignatura común a diversas carreras de grado, como, por ejemplo, las de Contador Público, Economía, Licenciatura en Ciencia Política e, incluso, se dictan posgrados en Derecho Tributario a los que asisten contadores y, en sentido inverso, Especializaciones en Tributación ofrecidos en las facultades de Ciencias Económicas, algunos de cuyos alumnos son abogados. Esta característica también se refleja en los profesores que dictan Finanzas Públicas en la Facultad de Derecho, ya que varios de ellos son contadores.<sup>11</sup>

El proceso de actualización curricular que culminó con la aprobación del plan 2004 (Resolución CS 3798/04) parece recoger el guante sobre esta cuestión señalando como uno de los objetivos de Finanzas: “Promover en el alumno el interés hacia la orientación en Derecho Tributario, apuntando a la necesidad de juridizar y codificar esta rama del Derecho vista hasta hoy desde una perspectiva fundamentalmente técnico-contable”, aunque por la forma en que está redactado se refiere a un propósito y no a un objetivo.<sup>12</sup>

Un abordaje histórico que refleje, entonces, las tensiones suscitadas en torno a su inclusión es determinante aquí para empezar a responder algunos de los interrogantes planteados. Y con ese análisis comenzaré el punto siguiente.

## II.A. RAZONES DESDE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

¿Por qué buscar explicaciones en el pasado? Porque los propios vaivenes de la asignatura, con sus apariciones y súbitas supresiones, nos hablan de un debate –no siempre explícito– acerca de su inclusión. En

e históricos que al fin solo pueden distinguirse a fines analíticos, en la medida en que toda institución social tiene una historia, así como aspectos económicos o políticos”.

<sup>11</sup> Para el segundo cuatrimestre de 2015, de los once adjuntos que figuran en la oferta de cursos, tres de ellos son contadores, si bien cuentan también con el título de abogados.

<sup>12</sup> Al referirse a la planificación del currículo, TYLER (1974: 47) señala: “En ocasiones se enuncian objetivos como algo que debe realizar el instructor [...] enunciados que pueden indicar lo que el educador se propone hacer pero que no son enunciados de fines educacionales [...] todo enunciado de objetivos estará relacionado con los cambios que experimenta el alumno”.

efecto, a pesar de lo tajante de las afirmaciones de quienes bregaron por su reinserción en la última reforma curricular, debemos preguntarnos qué pasó en los años previos y, en especial, en el plan aprobado por la Resolución (CS) 809/85, que llevó a su supresión.

#### II.A.1. *SU TEMPRANA INCLUSIÓN. BREVE SÍNTESIS DE LA HISTORIA DE LA ASIGNATURA*

¿Cuándo se introduce por primera vez la materia? Para responder a esta pregunta, Casás (1999: 9)<sup>13</sup> nos remonta al período comprendido por las dos últimas décadas del siglo XIX y señala que, en el marco del proceso renovador que experimentó la Facultad, la asignatura *Finanzas* aparece como materia a través de la previsión presupuestaria para dicha cátedra, contenida en la Ley de Presupuesto de Gastos de Administración de la Nación para el Ejercicio 1889 sustituyendo, en el plan de estudios, al segundo curso de *Economía Política* que se dictaba en el tercer año de la carrera de Abogacía.

Sin embargo, al detener su mirada en aquella época, el autor pone el acento en el aspecto jurídico de la cuestión para alertar que, aun cuando en los hechos bajo el rubro de *Finanzas* se estudiaba en la Facultad no sólo las instituciones y conocimientos propios de la *Ciencia de las Finanzas* sino también algunas incipientes nociones de *Derecho Financiero*, esta última rama jurídica recién hace su aparición independiente en el plan aprobado por la Ordenanza 383 del 29 de noviembre de 1947. Dicho plan se estructuraba en un Ciclo Básico, un Ciclo Orgánico y un Ciclo de Intensificación, y es precisamente en este último, en la Intensificación correspondiente a Derecho Público, donde se inserta la asignatura *Derecho Financiero*.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Ver también el relevamiento del plan de estudios 809/85 elaborado por el Profesor Doctor Gustavo J. Naveira de Casanova. Este informe, que puede consultarse en el portal académico de la Facultad de Derecho, en el link correspondiente a la Cátedra de Finanzas Públicas del Dr. Gustavo Naviera de Casanova: <<http://portalacademico.derecho.uba.ar>> [Consultada: 12-6-2015], es tomado como fuente por Casás en su trabajo "Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario. Apuntes sobre su enseñanza en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y necesidad de su implantación como materia obligatoria", en *Lecciones y Ensayos*, octubre de 2002.

<sup>14</sup> Por Resolución 570 del 23 de junio de 1948 del Delegado Interventor en la Facultad de Derecho, se precisaron los contenidos indispensables de las distintas materias. En

Según refiere Casás, su introducción fue bienvenida por los actores del momento y para dar cuenta de ello reseña un artículo de Juan Carlos Luqui (1948: 45), *La nueva cátedra de Derecho Financiero*, donde este comentaba que su incorporación “dará satisfacción a un requerimiento de la política, pues los egresados de la Facultad de Derecho podrán con idoneidad desempeñarse en la función pública vinculada con la hacienda del Estado, y los que ejerciten la abogacía han de ver facilitado su trabajo en la tan noble empresa de la defensa de los contribuyentes, sin tener que recurrir a las luces de los ‘prácticos o practicones’ de la Administración pública”.

No narraré aquí lo ocurrido en la década siguiente, limitándome a señalar que los distintos planes aprobados contemplaban la asignatura Finanzas y Derecho Financiero. Sí mencionaré, por su extensa duración, el plan de estudios aprobado por la Ordenanza 22/61 que estructuró la carrera de Abogacía en veintiocho materias, entre ellas, la asignatura Finanzas y Derecho Financiero, que se mantuvo en el tercer año<sup>15</sup> y así continuó durante 25 años,<sup>16</sup> hasta 1985, cuando fue modificado. Durante su vigencia, los entonces Profesores Titulares Ordinarios Doctores Juan

lo que respecta a Finanzas, se consignó que comprendería: Teoría Financiera, Derecho Financiero, Legislación Impositiva y Fueros Fiscales; mientras que en orden a la asignatura Derecho Financiero, se indican como contenidos: Principios generales, Legislación Fiscal y Legislación Administrativa de Aduanas.

<sup>15</sup> Previamente debía aprobarse *Economía Política* -del año anterior-, que era correlativa. A su vez, para cursar *Política Económica Argentina* debía aprobarse *Finanzas*.

<sup>16</sup> El diseño curricular era el siguiente: Primer Año: 1. “Introducción al Derecho”; 2. “Derecho Romano”; 3. “Derecho Civil I”; 4. “Derecho Penal I”; 5. “Derecho Político”. Segundo Año: 1. “Economía Política”; 2. “Derecho Internacional Público”; 3. “Derecho Civil II”; 4. “Derecho Penal II” y 5. “Derecho Constitucional I” (Argentino y Comparado). Tercer Año: 1. *Finanzas y Derecho Financiero*; 2. “Derecho Civil III”; 3. “Derecho Comercial I”; 4. “Derecho Procesal I”; 5. “Derecho Constitucional II” (Argentino y Comparado); 6. “Derecho del Trabajo y de la Previsión Social”. Cuarto Año: 1. “Derecho Civil IV”; 2. “Derecho Comercial II”; 3. “Derecho Procesal II”; 4. “Derecho Administrativo”; 5. “Sociología”; 6. “Filosofía del Derecho”. Quinto Año: 1. “Derecho Civil V”; 2. “Derecho de la Navegación”; 3. “Política Económica Argentina”; 4. “Derecho Agrario y Minería”; 5. “Historia del Derecho Argentino”; 6. “Derecho Internacional Privado”. Una información detallada puede leerse en el portal académico de la Facultad de Derecho, en el link correspondiente a la Cátedra de Finanzas Públicas del Dr. Gustavo Naviera de Casanova: <<http://portalacademico.derecho.uba.ar>> [Consultada: 13-6-2015].

Carlos Luqui y Horacio A. García Belsunce demandaron a las autoridades de la Facultad el cambio de denominación de la asignatura por la de *Finanzas y Derecho Tributario*, lo que fue favorablemente resuelto por el Consejo Académico a través de la Resolución 15.432 del 21 de junio de 1972, *ad referendum* de la Universidad.<sup>17</sup>

## II.A.2. EL PLAN 809/85: ¿QUÉ MOTIVÓ SU SUPRESIÓN?

En el año 1985 se produjo una ruptura en la historia de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En efecto, la estructura del “plan 85” (Resolución C. S. 809/85)<sup>18</sup> no contempló la materia Finanzas Públicas como obligatoria y la circunscribió al campo de las orientaciones. De esta forma, un estudiante podía egresar de la Facultad de Derecho sin nociones sobre este campo y ello estaba avalado por la currícula. Alertan Bourdieu y Gros (1990: 9): “A pesar de que, tanto dentro del sistema educativo como en otros ámbitos, la introducción de cambios como resultado de un esfuerzo de reflexión constituye una exigencia permanente, no se trata, como es obvio, de hacer tabla rasa del pasado”.

El currículum habla también por sus recortes y selecciones. Eisner (1985: 97) al tratar el *curriculum* nulo (o ausente o cero, según las traducciones) hace referencia a todo aquello que se excluye de la enseñanza. Esta dimensión da cuenta entonces de que lo que *no* se enseña es tan significativo como aquello que *sí* se enseña y el autor expresa: “La ignorancia no es simplemente un vacío neutral; ejerce efectos importantes sobre los tipos de opciones entre las que podemos elegir, las alternativas que podemos examinar y las perspectivas desde las cuales analizamos una situación o problema”.

¿Por qué perdió su espacio en la conformación del diseño curricular? Si bien no pretendo aquí hacer un estudio comparativo de la cuestión,

<sup>17</sup> Puede consultarse un programa de la asignatura “Finanzas y Derecho Tributario” vigente en aquel período en: <[http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan\\_estudio/asig\\_catedras\\_prog.asp?carr=1&depto=3&idmat=28&idcat=114&mat=Finanzas%20P%20FAblicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&matestud=0](http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_catedras_prog.asp?carr=1&depto=3&idmat=28&idcat=114&mat=Finanzas%20P%20FAblicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&matestud=0)> [Consultada: 4-7-2015].

<sup>18</sup> Su origen está en la Resolución 16.009 mediante la cual el entonces Decano Normalizador, Dr. Eugenio Buligin, elevó un proyecto al Consejo Superior de la Universidad.



es dable destacar que no se trató de un proceso reflejado en otras facultades.<sup>19</sup> En los aportes efectuados al “Segundo Encuentro de Profesores de Finanzas Públicas, Derecho Financiero y Derecho Tributario” por los profesores doctores Norberto J. Godoy y Sara M. Dichiará, estos referían la situación de “manifiesta inferioridad de condiciones” en la que se encontraba el alumno que egresaba de la Facultad (salvo los que seguían la Orientación en Derecho Tributario) con respecto a aquellos otros formados en la mayoría de las restantes Facultades de Derecho nacionales o privadas e, incluso, de los alumnos de otras unidades académicas de la misma Universidad, como los graduados en Ciencias Económicas, donde para alcanzar el título de grado, en el caso del Contador Público, se requería la aprobación de “Finanzas Públicas” y dos cursos de “Teoría y Técnica Impositiva”.<sup>20</sup>

En los textos que abordan la historia académica de la asignatura,<sup>21</sup> no parece profundizarse demasiado en las causas de su supresión sino que, claramente, el énfasis está puesto –de cara a la reforma que se estaba gestando– en justificar la necesidad de su incorporación como materia obligatoria.

Algo de ello sí dejan traslucir los relatos de docentes que enseñaban la materia en ese período. Uno de ellos afirma: “Sorprendió a todos esta decisión de excluirla por cuanto, más allá de que la materia aborda

<sup>19</sup> De ello da cuenta el informe que contiene el relevamiento relativo al Plan de Estudios 809/85 elaborado por el Profesor Gustavo J. Naverira de Casanova, citado en la nota al pie 13. Incluso allí se menciona el caso de las universidades españolas, donde un examen de su evolución muestra una decidida tendencia, a criterio del autor, a destinar dos espacios curriculares anuales para explicar, respectivamente, las partes general y especial. También Casás, en el trabajo citado en la misma nota al pie, da cuenta del estado de la cuestión en otras universidades argentinas.

<sup>20</sup> Este encuentro se realizó en la sede de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales los días 23 y 24 de junio de 1988.

<sup>21</sup> Ver: CASÁS, José O., “Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario. Apuntes sobre su enseñanza en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y necesidad de su implantación como materia obligatoria”, en *Lecciones y Ensayos*, octubre de 2002, y las recomendaciones presentadas por los profesores titulares regulares de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Doctores José Osvaldo Casás, Aristides H. M. Corti, Jorge H. Damarco, Rodolfo R. Spisso y Esteban J. Urresti) en el II Encuentro de Profesores y Alumnos organizado por la Revista *Lecciones y Ensayos* que tuvo como punto central de debate el plan de estudios 809/85.



cuestiones esenciales para los individuos como ser el presupuesto, el crédito, la deuda, el gasto público, los ingresos y la coparticipación, en el plan de estudios anterior con el que yo estudié nadie dudaba de su inclusión”.

Un profesor titular, hoy emérito, señala: “La razón de la quita fue que querían hacer orientaciones y no percibieron la importancia de sacar una materia troncal. Es fundamental saber a quién se le saca y en qué se gasta. Son los dineros públicos. La materia tiene dos partes, una, la de las finanzas, que es una pata más de la teoría del Estado –los fondos públicos y su destino– y, la otra, la del campo profesional (el Derecho Tributario), con creciente demanda de abogados especialistas y que, a diferencia de otras ramas donde sobran *abogados*, aquí faltan y es una excelente salida laboral”.

Naveira de Casanova también ensaya una explicación sosteniendo que el cambio “fue un producto de la nueva concepción docente y académica adoptada con la modificación del plan, con la que se pretendía lograr que los alumnos recibiesen una formación común en las materias codificadas o troncales, para luego completar su formación mediante las orientaciones ofrecidas. La orientación procura cubrir más acabadamente las necesidades académicas de aquellos que, una vez graduados, inclinarán su desempeño profesional hacia alguna de las diversas ramas del Derecho (Penal, Público, Privado, Empresarial, Tributario, Internacional o Laboral)”.<sup>22</sup>

Los profesores titulares reclamaban entonces una “revalorización del derecho tributario en la formación del abogado”.<sup>23</sup> En este escenario, ¿dónde se paraban los docentes que dictaban Finanzas Públicas (para la orientación en “Derecho Público”) o alguna asignatura de la orientación en Derecho Tributario? Para la organización (Facultad de Derecho) en la que enseñaban, la materia y la especialización<sup>24</sup> estaban destinadas

<sup>22</sup> Ver en el link del portal académico de la facultad: <[http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan\\_estudio/asig\\_catedras\\_info.asp?codcar=1&idmat=28&depto=3&idcat=114&mat=Finanzas%20P%20F%20Ablicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&departamento=Derecho%20Econ%20F3mico%20y%20Empresarial&matestud=0](http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_catedras_info.asp?codcar=1&idmat=28&depto=3&idcat=114&mat=Finanzas%20P%20F%20Ablicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&departamento=Derecho%20Econ%20F3mico%20y%20Empresarial&matestud=0)> [Consultada: 15-6-2015].

<sup>23</sup> Estas palabras pueden leerse en los trabajos de Casás citados en la nota al pie 21.

<sup>24</sup> Si bien la calificación “especialización” se usa generalmente para referirse a los estudios de posgrado, aquí está utilizada como sinónimo de orientación.

solamente a “aquellos que la eligieran”, pero “lejos de sentir que enseñábamos una materia *elegida*, muchas veces sentíamos que dábamos una materia residual”, afirma un profesor de Teoría General del Derecho Tributario<sup>25</sup> de aquella época, en tanto que otro refiere: “Era tan difícil que llegaran a la orientación si no tenían mínima idea. En Derecho Constitucional no se hablaba nada y en Derecho Administrativo tampoco”.

Surge entonces el interrogante: con el plan 809/85, ¿se abordaba algún tópico de la materia en otra asignatura? Desde un plano teórico podría pensarse que tanto en Derecho Constitucional como en Derecho Administrativo debían tratarse algunos de sus temas y sus programas así lo contemplaban. Sin embargo, muchas de las narraciones de quienes cursaron por aquella época (hoy abogados) refieren que ello no era así.<sup>26</sup> No escapa a nuestro conocimiento que esta afirmación, para tener validez epistemológica, requeriría de una investigación empírica adecuada pero ello excede el marco de este trabajo y aun así sería difícil medir sus resultados puesto que implicaría confiar en una memoria de registro lejano.<sup>27</sup>

Sus contenidos académicos quedaron disgregados entonces en distintas ramas del plan, siempre dentro de las orientaciones del CPO. La materia “Finanzas Públicas” (a secas), de cuatro puntos, era obligatoria para la Orientación en Derecho Público (sub-Orientación en Derecho Administrativo), sin que, a su vez, integrase la currícula de la Orientación en Derecho Tributario.<sup>28</sup> Por su parte, otros contenidos propios de la materia se veían en la asignatura “Derecho Constitucional Económico”, de cuatro puntos, obligatoria también para la Orientación en Derecho Empresarial, cuyos contenidos y docencia estaban a cargo de las Cátedras de Finanzas y Derecho Tributario, si bien impartida dentro de la órbita del Departamento de Derecho Público, de manera compartida con

<sup>25</sup> Obligatoria solo para aquellos que siguiesen la orientación.

<sup>26</sup> La pregunta se refería a si durante sus años de estudios universitarios cursaron alguna materia que abordase nociones de Finanzas Públicas o Derecho Tributario.

<sup>27</sup> Y si bien no pretendo fundar la investigación en mi experiencia como alumna de aquella época, puedo afirmar sin hesitación que comencé a cursar la orientación sin haber casi escuchado de ella.

<sup>28</sup> Llamativamente, la materia la dictaban los profesores de las cátedras de Finanzas Públicas y Derecho Tributario, ubicadas en el Departamento de Derecho Económico Empresarial.

profesores de Derecho Constitucional. Por último, los contenidos propios del Derecho Tributario quedaron exclusivamente destinados a cubrir la Orientación en Derecho Tributario, a lo largo de las materias obligatorias y optativas.<sup>29</sup>

### **II.A.3. EL PLAN APROBADO POR LA RESOLUCIÓN (CS) 3798/04. LA VUELTA AL PROTAGONISMO EN EL RELATO DE LOS ACTORES**

Como dan cuenta los documentos citados por Casás, las autoridades de la época se hicieron eco de “la preocupación demostrada por la implantación de planes de estudios en los que no se incluyen las Finanzas Públicas, el Derecho Financiero y el Derecho Tributario como materias obligatorias de la carrera de grado” y la Resolución (CS) 3798/04 la incluyó como asignatura obligatoria común a todas las orientaciones.<sup>30</sup>

¿Qué llevó a su reincorporación? Puede leerse en la exposición de motivos de la Resolución (CS) 3798/04 que su inserción respondió a la “necesidad de fortalecer las competencias, habilidades y destrezas de los egresados en esta disciplina” y también a “promover el interés en el conocimiento, la comprensión crítica y la evaluación de la actividad financiera del Estado, en sus aspectos económico, sociológico, técnico, político y jurídico”.<sup>31</sup>

Alentar al alumno a optar por la orientación también parece inscribirse en el proyecto académico y, en tal sentido, se propone “promover en el alumno el interés hacia la orientación en Derecho Tributario, apuntando a la necesidad de juridizar y codificar esta rama del Derecho vista hasta

<sup>29</sup> Remito nuevamente a la información brindada por la Cátedra del Dr. Naveira de Casanova, citada en nota al pie 13.

<sup>30</sup> En los referidos Encuentros, Casás alertaba sobre la necesidad de revalorización del Derecho Tributario en la formación del abogado y, con cita de Juan Bautista Alberdi, recordaba que en su ensayo sobre el *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, el tucumano sentó dos premisas fundamentales. La primera, atinente a la necesaria suficiencia de las rentas tributarias para todo Estado. La segunda, que importaba su contracara, alertando sobre los posibles desbordes en que pudiera incurrirse en el ejercicio de la potestad de crear contribuciones, infringiendo garantías consagradas en el Estatuto Fundamental.

<sup>31</sup> Señala Casás que en el proceso fueron muy importantes, además del aporte de los profesores, los alumnos de *Lecciones y Ensayos* que demandaron con insistencia su inclusión.

hoy desde una perspectiva fundamentalmente técnico-contable, sin descuidar, al mismo tiempo, la ingente demanda de recursos humanos con tal especialización, tanto desde la Administración fiscal (nacional, provincial y municipal), los órganos jurisdiccionales (Tribunal Fiscal de la Nación y justicia contencioso administrativa), como los estudios profesionales”.

## II.B. *DESDE LA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL*

Si ponemos ahora la mirada en la dimensión institucional de la Educación Superior, con particular referencia a sus fines y objetivos institucionales, nos preguntamos: ¿la educación jurídica universitaria debe incluir Finanzas Públicas? Y yendo al marco organizacional donde se concretiza la enseñanza de la materia, esto es, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: ¿esta considera esencial en la formación de un abogado tales contenidos? Si bien la respuesta a esta pregunta puede aparecer banal a la luz de su efectiva incorporación al plan de estudios vigente y de las razones esbozadas por todos aquellos que propugnaron por su inclusión, es una cuestión que lejos estuvo de ser pacífica y los vaivenes de la historia que se narraron en el punto anterior dan cuenta de ello. En efecto, no se trata de un “área novedosa del derecho” que, como tal, hace su aparición y se incorpora al diseño curricular, sino de una materia que formó parte durante muchos años de la carrera de Abogacía de esta Facultad hasta su súbita desaparición en el año 1985.

Por ello, este trabajo no circunscribe el estudio de la cuestión a la relación áulica –si bien se hacen referencias a ella– sino que pone el acento en el proyecto institucional intentando establecer qué rol juega en el estado actual de la situación.

El sistema de enseñanza universitaria incluye una especificación del conocimiento, una pedagogía y un modo de regular las tareas de enseñanza y las actividades de aprendizaje, lo que puede denominarse, régimen académico. El proceso educativo está constituido por la interacción de estas dimensiones.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> FELDMAN y PALAMIDESSI (2001: 14).

Antes de explorar la percepción del alumno, debemos preguntarnos, entonces, por la de los propios agentes del discurso. El estudio de las Finanzas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ¿se inscribe en el proyecto institucional?

Como vimos en el punto anterior, durante la vigencia del plan aprobado por la Resolución (CS) 809/85, la formación del futuro abogado en sus primeros años era marcadamente de Derecho Privado, mostrándonos el perfil de profesional al que aspiraba esa Facultad. Y ello por cuanto no podemos desconocer que en el diseño curricular se plasma el proyecto educativo de la Facultad. Los contenidos educativos marcan lo que “queda fuera” y, en tal sentido, las asignaturas “no obligatorias” nos hablan de una mirada organizacional condicionante. Si bien existía la orientación en Derecho Tributario, resultaba difícil conjeturar la motivación que llevaría a un alumno a escoger una orientación cuyas nociones básicas desconocía por completo, pero podemos aventurar que, en modo alguno, sería algo sencillo.<sup>33</sup> Y es que el significado de la palabra “orientación” se carga de sentido cuando se refiere a profundizar el estudio de una especialidad, pero si, como era el caso, anteriormente no se había dado una Teoría General (o elementos) que los aproximase a la materia, es dable preguntarse cómo podrían los estudiantes llegar a interesarse por algo que no conocían. Y aquí podríamos sugerir como hipótesis que la resistencia, la ajenidad y la baja cantidad de alumnos que se inclinaban por la orientación en aquella época venían determinadas por el recorte que hacía la organización. ¿Qué decía este recorte? Que la práctica de las finanzas no se consideraba esencial para la formación del abogado, aun cuando estuviese contemplada la orientación en Derecho Tributario dentro de la carrera. ¿Esta concepción cambió con la sanción del nuevo plan? Para intentar ver cómo se piensa desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –en tanto

<sup>33</sup> Las otras orientaciones eran las de Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Empresarial, Derecho Penal, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Derecho Notarial y Orientación General. Obsérvese que, a excepción de Notarial, el resto de las especialidades contaba con una puerta de entrada con carteles indicadores –la materia común– que orientaba el camino a seguir en caso de optar por ellas. Es interesante que la otra orientación que no tenía materia en el CPC, Notarial, estuviera relacionada con una profesión (el notariado) que sí tenía amplio conocimiento entre la población estudiantil.

organización– esta materia, analicemos sus datos de organización curricular, esto es, su ubicación en el plan de estudios, denominación, régimen de correlatividades, carga horaria, extensión y contenidos de la asignatura.

La reforma curricular fue sancionada en el año 2004 y resultó aplicable a los alumnos que ingresaron a la Facultad de Derecho en el año 2005. La primera camada estuvo en condiciones de cursar la materia el primer cuatrimestre de 2007, cuando se ofreció por primera vez. Su extensión es cuatrimestral y su carga horaria semanal de tres horas. Para estar habilitado a inscribirse,<sup>34</sup> el alumno debe tener aprobadas Derecho Administrativo (la cual exige a su vez tener aprobadas Obligaciones Civiles y Comerciales, Derechos Humanos y Derecho Constitucional, que requiere previamente Teoría del Estado), Derecho Penal y Sociedades.<sup>35</sup> En la actualidad, existen seis cátedras y todos sus titulares tienen el título de abogados. La cantidad de comisiones que figuran en la oferta de cursos para el segundo cuatrimestre del año 2015 es de veintidós, dos de las cuales son dictadas directamente por sus profesores titulares.<sup>36</sup> Las restantes veinte están a cargo de once profesores adjuntos, tres de

<sup>34</sup> Ver “Reglamento de Correlatividades, Plan 2004” aprobado por la Resolución (CD) 4657/07 cuyo extracto puede consultarse en: <[http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras\\_grado/anexo\\_correlatividades\\_2004.pdf](http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/anexo_correlatividades_2004.pdf)> [Consultada: 17-7-2015].

<sup>35</sup> Sin perjuicio de ello, los alumnos de la carrera de Abogacía que tengan aprobadas al menos once materias del Ciclo Profesional Común quedan autorizados a cursar las asignaturas que le resten de ese ciclo sin tener en cuenta el Régimen de correlatividades que existiere entre ellas, en la oportunidad de la segunda o tercera inscripción dispuesta para los cursos regulares (conforme Res. [CD] 4657/07).

Los estudiantes que se inscriban en las condiciones previstas, no estarán eximidos de tener los conocimientos que prevé el régimen de correlatividades, pudiendo los profesores exigir el estudio y trabajos necesarios para la nivelación de estos alumnos con relación a quienes aprobaron las materias correlativas (cfr. Res. nro. 2984/88). A su vez, los alumnos que tengan aprobadas al menos diez materias del Ciclo Profesional Común quedan autorizados a cursar las asignaturas “Derecho de Familia y Sucesiones”, “Derecho Internacional Público”, “Sociedades Civiles y Comerciales”, “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” y “Derecho Internacional Privado” simultáneamente con las materias correspondientes al Ciclo Profesional Común, teniendo en cuenta el régimen de correlatividades dispuesto para ellas (conforme Resolución [CD] 4657/07).

<sup>36</sup> Ver: <<http://lanuevoderecho2.com.ar/wp-content/uploads/2015/07/CPC.pdf>> [Consultada: 4-7-2015].

los cuales son contadores.<sup>37</sup> En cuatrimestres anteriores, esta cifra llegó a cuatro. ¿Modifica el abordaje de la materia esta condición? Una profesora adjunta que cuenta con esta doble titulación señala: “Creo que el hecho de ser contadora me permite bajar el tema un poco más a la práctica o realidad, de forma tal de no discutirlo estrictamente desde un punto de vista teórico sino de relacionarlo con aspectos cotidianos de la vida de todos”.

## II.C. *EL RELATO DE LOS ACTORES*

Examinar la dinámica de funcionamiento contextualizada desde las narraciones de los sujetos académicos puede aportar otra mirada. La experiencia educativa se construye en un espacio, un tiempo y un encuentro con el otro y, si bien en ese encuentro nada es lineal, mecánico ni repetitivo, en el relato de distintas experiencias se encuentran hilos conductores que pueden ayudarnos en la tarea de aportar soluciones para mejorar la enseñanza. Este apartado se refiere entonces a los distintos actores sociales y pretende explorar el modo en que estos sujetos dan forma al proyecto de la organización. ¿Cómo vivencian el discurso institucional? Recordemos que las tensiones –de existir– siempre se observan en la instancia de los sujetos, es decir, en el modo en que los profesores, alumnos y directivos se inscriben o se distancian del proyecto; en las relaciones y vínculos de estos con la organización. Surgirán aquí los interrogantes: ¿se sienten identificados con tal proyecto? ¿Se resisten o, por el contrario, son portadores de su discurso? ¿Hay resistencia inicial a introducirse en su estudio? ¿Cuáles son las representaciones de los profesores y estudiantes? ¿Hay disociaciones entre unas y otras?

### II.C.1. *LAS PERCEPCIONES Y CREENCIAS DE LOS ALUMNOS*

La indagación tuvo por objeto relevar en los alumnos: 1. Año de la carrera en el que se encuentran; 2. Percepciones y creencias referidas a la materia; 3. Si la consideran incluida dentro de las incumbencias profesionales; 4. Si ya han elegido una orientación. Opté por una estrategia cuantitativa, suministrando un cuestionario de cinco preguntas.

<sup>37</sup> Cabe aclarar que cuentan también con el título de abogados, aunque en los tres casos su primera titulación es la de contadores.



El interés por el objeto de conocimiento es una condición necesaria para un proceso de enseñanza-aprendizaje exitoso y, por ello, poner la mirada en las expectativas y motivaciones resulta determinante. Un total de 173 alumnos de distintas comisiones respondieron el cuestionario el primer día de clases.<sup>38</sup> Las preguntas del cuestionario fueron las siguientes: 1. ¿En qué año de la carrera se encuentra?; 2. ¿Ya cursó antes esta materia?; 3. ¿Qué cree que se estudia en la asignatura?; 4. ¿Considera que se trata de una materia que debe conocer todo futuro abogado? ¿Por qué?; 5. ¿Ya eligió qué orientación seguirá? De ser así: ¿Cuál? ¿Por qué?

Casi el 50% de los alumnos que no había cursado previamente la materia respondió a la tercera pregunta señalando que se estudiaban “las finanzas”, es decir, redujo su objeto al nombre, sin desarrollar mayores consideraciones. Al interrogante acerca de si consideraban que se trataba de una materia que debía conocer todo futuro abogado, más del 55% respondió que no y muchos de ellos agregaron que era una materia para contadores. Por último, más del 52% refirió haber ya escogido la orientación.<sup>39</sup>

La mayor cantidad de alumnos de la orientación en términos comparativos con el plan anterior es difícil de medir por la falta de estadísticas pero sí puede cuantificarse la eficacia de la asignatura común como determinante para la posterior elección del estudiante. En efecto, preguntados aquellos que seguían la orientación por la causa de su elección, más de un 75% contestó que se interesó por su contenido cuando la cursaron.<sup>40</sup>

## II.C.2. LA MIRADA DE LOS DOCENTES

La asignatura quedó a cargo de las cátedras de Finanzas y Derecho Tributario, que históricamente pertenecieron al Departamento de Derecho

<sup>38</sup> La finalidad de relevar la opinión de los alumnos en una instancia previa al primer encuentro con el profesor tiene que ver con el recorte investigado aquí, que refiere a la percepción de los alumnos antes de cursar la asignatura, es decir, que no se pretende tasar la eficacia del docente en términos de vinculación, motivación, interés, etc.

<sup>39</sup> También escapa al objeto del presente trabajo, aunque se deja planteada la inquietud, relevar la misma información una vez finalizado el cuatrimestre.

<sup>40</sup> Varios refieren incluso que ya tenían decidida otra orientación y cambiaron de parecer al cursar Finanzas.



Económico Empresarial, aun cuando la materia Finanzas se ofrecía anteriormente desde el Departamento de Público.<sup>41</sup> Como ya se mencionó, durante el plan 809/85, las seis cátedras se encargaban de distintas asignaturas (Constitucional Económico, Finanzas y todas las obligatorias de la orientación en Tributario), algunas de las cuales se ofrecían desde el Departamento de Derecho Público pero manteniendo los profesores su vínculo con el Departamento de Derecho Económico y Empresarial. ¿Cuál es la razón de que se encuentre inserta dentro de este Departamento? Distintos actores han coincidido en señalar que ello obedeció a que se le dio preponderancia al aspecto económico del tributo en tanto “carga” que debe afrontar la empresa. Desde ese punto de vista, es una especialidad demandada y se adecúa a las necesidades del mercado, por eso el Derecho Tributario ha tomado tanto desarrollo, opinan varios profesores.

¿Qué cambios se observan desde su inclusión como asignatura obligatoria? La mayoría de los docentes entrevistados –que ya dictaba alguna materia afín en el anterior plan– señala que la situación actual es un avance respecto del estado anterior pero que aún falta “inscribir” la materia en el proyecto de la Facultad. Advierten que la formación sigue siendo predominantemente de Derecho Privado y que no se trabaja sobre la difusión de las orientaciones.<sup>42</sup> Una profesora adjunta regular señala: “Haber incluido la materia fue un gran paso para su abordaje jurídico, lleva a pensar jurídicamente la asignatura. Sin embargo, a los alumnos

<sup>41</sup> Como se vio, en la actualidad la materia “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, común a todas las orientaciones, se encuentra en el Departamento de Derecho Económico y Empresarial. Los departamentos aparecen en la reforma del año 1985 como unidades de organización académica de la docencia (Resoluciones CSP 14.002 y CS 2044/87). La pertenencia a los departamentos tampoco será objeto de investigación aquí, no obstante lo cual no podemos dejar de preguntarnos acerca de la particularidad de que una materia de Derecho Público se encuentre en el Departamento de Derecho Económico y Empresarial. Para profundizar el estudio de las funciones de los departamentos remitimos al trabajo de CARDINAUX, Nancy, “Rupturas y continuidades en la historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA”, en *De cursos y de formaciones docentes*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2004.

<sup>42</sup> Sí existen charlas sobre las orientaciones organizadas por las distintas agrupaciones políticas, en especial, por el centro de estudiantes. La oficina de Asuntos estudiantiles, en su página (<[http://www.derecho.uba.ar/academica/asuntos\\_estudiantiles/](http://www.derecho.uba.ar/academica/asuntos_estudiantiles/)>), brinda alguna información pero no profundiza en las orientaciones.

les cuesta ingresar a ese mundo, a ese lenguaje particular de la materia, y el programa es muy largo. Yo le pondría ‘Elementos de Derecho Financiero’ y lo enfocaría en Finanzas Públicas, no en tributario”.

Respecto de los procesos de enseñanza y aprendizaje y la pregunta acerca de si advierten alguna resistencia en los estudiantes, muchos de ellos responden afirmativamente. Un jefe de trabajos prácticos con comisión a cargo señala que “salvo pocas excepciones, la mayoría de los alumnos la ven como el gran bodrio de la carrera. En un curso, una alumna me preguntó qué se sentía ser docente de la materia más odiada de la Facultad. Al finalizar el curso regular pasado, algunos alumnos se acercaron para expresar que la manera de abordar la materia, por parte de los profesores a cargo, la hicieron ‘menos densa’. Está en nosotros tratar de cambiar esa visión”. Otro docente destaca: “La percepción del alumno promedio al inicio de la cursada suele asemejarse a la de aquel que asume que desconoce completamente de qué le van a hablar. Cuando se les explica –y comprueban– que las nociones y conocimientos provienen de haber aprobado materias como Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, ellas les resultan un apoyo indispensable y facilitador de los nuevos conocimientos que introduce Finanzas. Esa desconfianza o postura que tenían *a priori* cede y, en algunos casos, hasta despierta vocaciones por esta rama”.

## II.D. *EL ¿PARTICULAR? CAMPO DISCIPLINAR*

En sus trabajos de la década de los 90, Corti pone de manifiesto una inconsistencia conceptual de los estudios locales del derecho financiero que involucra un desprecio por lo jurídico y exige ser revisada.<sup>43</sup> Se refiere a la asimetría en el análisis de la actividad financiera pública de la dogmática financiera en general, que otorga un tratamiento economista a los gastos (en el que predomina el lenguaje de las “necesidades” que implica, ante el carácter escaso de los recursos, la imposibilidad de satisfacer todas ellas), y uno jurídico a los ingresos públicos (en el que se estudian las garantías de los contribuyentes y su correlato: los límites del Estado a la hora de obtener ingresos del patrimonio de los particulares).

<sup>43</sup> Si bien menciona diferentes obras, analiza en particular el libro clásico de JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*.

En otras palabras, si el discurso es económico (necesidades, escasez, eficiencia, equilibrio, etc.), se legitima el argumento de oponer a un derecho (v. gr., salud) la falta de recursos. Por ello, enfatiza la necesidad de generalizar el análisis jurídico.<sup>44</sup> Y esto se conjuga con el carácter político de la actividad financiera del Estado, es decir, serán los fines estatales, eminentemente políticos, los que definan cuáles son estas necesidades.

¿Cuál es el abordaje que se desprende de los actuales programas de las diferentes cátedras de Finanzas?<sup>45</sup> La concepción de la asignatura, aun con matices, coincide en la visión jurídica de la disciplina. En este sentido, el programa de la cátedra del Profesor Naveira de Casanova destaca “que el conocimiento de las Finanzas y, fundamentalmente, del Derecho Financiero como componente destacado de ellas resulta imprescindible para el aprendizaje de toda la teoría del Estado y de sus derivaciones”,<sup>46</sup> en tanto que la cátedra del Profesor Corti estudia todas las instituciones financieras (presupuesto, crédito público, tributos, etc.) desde la perspectiva de los derechos humanos.<sup>47</sup>

A diferencia de esta concepción, los programas vigentes durante el plan aprobado por la ordenanza 22/61, en un reflejo de la doctrina de la época, abordaban la materia desde una distinción más tajante,

<sup>44</sup> Ver: CORTI, H., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; “La actividad financiera desde la Constitución”, en *La Ley* 1995-E-660; “Derecho y actividad financiera”, en *La Ley* 1995-E-1078/1097. En varias de ellas, el autor propone revisar la obra clásica de *Finanzas y Derecho Tributario* de Dino Jarach, a partir de categorías jurídicas.

<sup>45</sup> Los programas de las distintas Cátedras pueden consultarse en el portal académico de la facultad (<[http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan\\_estudio/asig\\_materias.asp](http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_materias.asp)>).

<sup>46</sup> Ver portal académico de la facultad: <[http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan\\_estudio/asig\\_catedras\\_info.asp?codcar=1&idmat=28&depto=3&idcat=114&mat=Finanzas%20P%FAblicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&departamento=Derecho%20Econ%F3mico%20y%20Empresarial&matestud=0](http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_catedras_info.asp?codcar=1&idmat=28&depto=3&idcat=114&mat=Finanzas%20P%FAblicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&departamento=Derecho%20Econ%F3mico%20y%20Empresarial&matestud=0)> [Consultada: 30-6-2015].

<sup>47</sup> Corti (2007: 5) entiende a la actividad financiera como “el conjunto de acciones financieras realizadas por el Estado con el fin de hacer efectivo el sistema constitucional de los derechos humanos”. Como vimos, el enfoque de este autor propone una unidad en el estudio del fenómeno financiero (ingresos-gastos), que implica abandonar la idea tradicional de definir la actividad financiera pública en función de las llamadas necesidades “públicas” o “colectivas”.

otorgándole un diferente trato a los gastos (en los cuales predominaba un análisis economicista) y a los recursos públicos (estudiados desde una perspectiva típicamente jurídica).<sup>48</sup> La actividad financiera del Estado era definida como aquella encaminada a obtener ingresos y realizar gastos, a fin de lograr la satisfacción de necesidades públicas.<sup>49</sup>

Sin embargo, si bien los programas de las cátedras actuales adhieren, con mayor o menor énfasis, a la unidad en el estudio del proceso ingreso-gasto público, varios de ellos mantienen las categorías economicistas y un diferente lenguaje que dejan traslucir que aún perdura la significativa escisión entre Finanzas y Derecho Tributario, que no siempre se justifica desde la didáctica. Es decir, que no se apela a las teorías de la enseñanza para explicar la división en el análisis de los recursos y los gastos y la asimetría del discurso.<sup>50</sup>

Dos profesores titulares han sostenido, en algún pasaje de la entrevista y sin que haya sido una pregunta puntual, que la materia debería designarse de otro modo, más precisamente, “Derecho Financiero”, haciendo énfasis en el objeto jurídico de la disciplina y en su estudio de las normas financieras desde la pirámide constitucional. Para contextualizar esta referencia, señalaremos que no la hicieron vinculándola a un problema del proceso de enseñanza, sino como teóricos de la materia. Sin embargo, esto podría llevarnos a sugerir algunas hipótesis acerca de las razones de la ajenidad con la que aún se percibe la asignatura. Si su nombre se asociase directamente a su objeto jurídico de estudio, tal vez se acortasen las distancias.

<sup>48</sup> Puede consultarse en: <[http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan\\_estudio/asig\\_catedras\\_prog.asp?carr=1&depto=3&idmat=28&idcat=114&mat=Finanzas%20P%20FAblicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&matestud=0](http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_catedras_prog.asp?carr=1&depto=3&idmat=28&idcat=114&mat=Finanzas%20P%20FAblicas%20y%20Derecho%20Tributario&cat=Gustavo%20Naveira%20de%20Casanova&matestud=0)> [Consultada: 20-7-2015].

<sup>49</sup> Corti (2007: 12) señala que existe aquí un genuino y claro “obstáculo epistemológico” (término que toma de Bachelard) ya que es un léxico conceptual que incluso perdura allí donde se ha asumido la relevancia del derecho constitucional que se expresa en términos de derechos, no de necesidades, más allá de que haya derechos que protejan necesidades básicas, en vez de ámbitos de preferencias.

<sup>50</sup> Cabe aclarar que el plan de estudios 3798/04, si bien menciona entre sus contenidos mínimos el estudio de las “necesidades” públicas, señala también sus aspectos constitucionales.

Un profesor titular enfatizaba: “La designación de nuestra disciplina (Finanzas Públicas y Derecho Tributario) tiene una ventaja y una desventaja. La desventaja es que, en vez de hablar del todo, habla de una parte (en vez de Derecho Financiero hablamos sólo del Derecho Tributario), pero tiene una ventaja y es que en nuestra propia materia hablamos de las ciencias sociales de lo jurídico que son las finanzas públicas, que en general no sucede en el Derecho Civil, en el Derecho Penal y en el Derecho Laboral (como si habláramos de ciencias sociales del trabajo y del Derecho del Trabajo), lo que pasa es que, a su vez, viene con una desventaja y es que cuando decimos ‘finanzas públicas’ no decimos ‘la totalidad de las ciencias sociales referidas al fenómeno financiero’, sino que hay una ciencia social que es la ciencia económica que ha pretendido tener la única mirada de las ciencias sociales sobre el fenómeno financiero, entonces no tenemos una visión de las ciencias políticas sobre el fenómeno financiero, una visión de las ciencias de la comunicación, la psicología o la sociología sobre el fenómeno financiero, y entonces las variables que hacen al fenómeno financiero parecen solo económicas y no tener, por ejemplo, un sustrato sociológico o un sustrato político, y entonces aparecen como si no existiese esa dimensión”.

Como ya señalé, la insistencia en referirme al objeto de estudio de la disciplina como jurídico no pretende dejar de lado el examen de todos sus aspectos ni tampoco afirmar que una determinada materia, por no tener un objeto de estudio “jurídico”, deba ser excluida de la currícula, sino examinar cómo incide esta característica en el debate sobre la pertinencia de las Finanzas Públicas en la formación e incumbencias del abogado.

¿Quiénes enseñan la materia? El Profesor Rafael Bielsa señalaba: “en nuestras Facultades, tanto de Derecho como de Ciencias Económicas, los profesores de Finanzas han sido abogados, salvo alguna excepción, y en la enseñanza que ellos han dado ha prevalecido siempre la dirección económica y política”, agregando: “casi se diría que han relegado a un segundo plano el elemento jurídico”.<sup>51</sup>

Como ya se vio, los profesores que dictan actualmente la materia son también en gran proporción abogados pero el enfoque que le imprimen

<sup>51</sup> BIELSA, Rafael, “Nociones preliminares de Derecho Fiscal”, p. 17, citado por Casás en el trabajo detallado en la nota al pie 21.

a la asignatura parece, a la luz de sus relatos, haberse modificado. Sin embargo, para corroborar tal hecho sería necesario realizar una observación y registro de clases que excede al objeto de este trabajo. Sí merecen destacarse algunas narraciones de los alumnos que dan cuenta de una concepción en términos de “rivalidad” de las profesiones. Así, un alumno que ya sigue la orientación expone como motivo de su elección que “es un campo relegado a los contadores y me agrada pensar que algún día ejerceré la profesión solucionando los problemas causados por los contadores”, en tanto otro sostiene que “los contadores se equivocan mucho y los abogados ganan plata por sus errores”.<sup>52</sup>

### III. CONCLUSIONES

El presente trabajo buscó dar un diagnóstico, a diez años de la reforma curricular, de la situación actual de la asignatura “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los últimos estudios del tema databan de los años previos a la reforma del plan de estudios y se enfocaban en la necesidad de su inclusión. Por ello, se pretendió relevar lo acontecido en esta última década y los cambios observables desde su incorporación. Si bien mucho de lo que se dijo aquí circula de manera informal entre los profesores, la intención ha sido explicitarlo e indagar, en clave epistemológica, su valor de verdad derivado de evidencia empírica. Está, por supuesto, sometido a limitaciones y abierto a refutaciones.<sup>53</sup>

Aclarado esto, podríamos decir que las consecuencias observables indican que la mayoría de los alumnos que comienza a cursar la materia cree que su objeto de estudio no es jurídico y muchos incluso cuestionan, *a priori*, su pertenencia a la carrera. Califican a la asignatura como “técnica” –con una connotación negativa del término– o “económica”

<sup>52</sup> Sería interesante, en otro trabajo, explorar el origen o motivación de estas opiniones. Un profesor titular entiende que la disputa de incumbencias “no suma, es fundamental el aporte de ambos campos y debe construirse un espacio común”.

<sup>53</sup> “Comprender el carácter social de la ciencia puede resultar liberador, ya que implica que nuestro trabajo no tiene que estar por encima de la crítica para hacer una aportación importante (...) Incluso la aportación de un artículo menor será siempre más grande que la de un *trabajo importante* que permanezca para siempre en un cajón o confinado en un ordenador” (KING, G., R. KEOHANE y S. VERBA, 1994: 20).

-utilizando el vocablo como contrario a jurídico- y su inclusión en el plan de estudios no ha llegado a revertir esta percepción. En sentido coincidente, lo referido por un gran porcentaje de los profesores acerca de la "resistencia" que observan en los estudiantes parece indicar que son conscientes de la situación e, incluso, muchos de los entrevistados señalan que sienten como su tarea cambiar esta percepción.

La indagación histórica reflejó las tensiones suscitadas en torno a la desaparición de la asignatura en el anterior plan de estudios y a su inclusión en la última reforma curricular, en el contexto de un profundo debate -aunque no siempre explícito- sobre la pertinencia de la materia en la formación e incumbencias del abogado. En sentido coincidente, el análisis de la dimensión institucional del área de conocimiento evidenció que el recorte vino dado desde la organización que, durante mucho tiempo, no consideró el estudio de las Finanzas Públicas como parte de su proyecto institucional, y esa ausencia en el diseño curricular condicionó fuertemente a los actores de la práctica educativa. En el relato de los profesores aparece la palabra "ajenidad" como un calificativo frecuente del vínculo entre estudiantes y la materia y nos lleva a preguntarnos si no es acaso la misma ajenidad con que la percibieron quienes diseñaron el plan de estudios 809/85.

Por otro lado, el examen del campo disciplinar, y de la construcción de una teoría del derecho financiero, mostró que si bien su íntima vinculación con las distintas ramas de las ciencias sociales demanda diversos enfoques, en la dogmática financiera del siglo veinte -con su fuerte impronta económica en el estudio del gasto- no ha primado un análisis jurídico. Podría incluso deslizarse como hipótesis que algunas de las dificultades que se observan en el proceso de enseñanza-aprendizaje de la materia provienen de dotarla de un sentido ajeno al mundo jurídico o, más precisamente, de emprender (y transitar) su estudio desde una marcada concepción económica.<sup>54</sup>

¿Qué cambios se observaron con posterioridad a la inserción de la asignatura en el último plan de estudios? Los profesores entrevistados

<sup>54</sup> Debe tenerse presente que estos textos y programas, con su marcada concepción economicista, constituían, lógicamente, el material de estudio y el primer acercamiento a la asignatura por parte de los estudiantes.



coincidieron en señalar como un gran paso su introducción pero resaltaron que aún falta “inscribir” la materia en el proyecto de la Facultad y en las incumbencias del abogado.

Por último, en cuanto al impacto en las prácticas educativas, la incidencia que la materia troncal ejerce sobre la elección posterior de la orientación en Derecho Tributario quedó demostrada. En efecto, si bien existe una dificultad para tasar la menor o mayor cantidad de alumnos que siguen –en comparación con el plan anterior– la orientación, sí puede señalarse que la mayoría de quienes la eligen lo hacen motivados por lo que estudiaron al cursar Finanzas Públicas.<sup>55</sup> Aun así, es una orientación con poca cantidad de alumnos en términos comparativos con otras ramas del derecho.<sup>56</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, P. y F. GROS, “Principios para una reflexión sobre los contenidos de la enseñanza”, en *Revista de Educación*, nro. 292, Madrid, 1990.
- CARDINAUX, N., “Rupturas y continuidades en la historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA”, en CARDINAUX, N.; L. CLÉRICO; A. MOLINARI *et al.* (coords.), *De cursos y de formaciones docentes*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2004.
- CASÁS, J. O., “Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario. Apuntes sobre su enseñanza en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Tercera Serie, nro. 2, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- “Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario. Apuntes sobre su enseñanza en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y necesidad de su implantación como materia obligatoria”, en *Lecciones y Ensayos*, octubre de 2002.

<sup>55</sup> Un futuro trabajo cualitativo que tome como base la observación y registro de clases podría apuntar a investigar la dinámica de la práctica educativa en cuestión. Por otro lado, el método cuantitativo de encuestas podría también utilizarse para tasar la mayor o menor eficacia de cada comisión en “atraer” a los alumnos para la orientación y desde allí explorar sus posibles causas.

<sup>56</sup> Esta estimación se hizo en base al número de estudiantes que cada cuatrimestre se inscribe a los cursos principales de la Orientación en Derecho Tributario (Resolución CD 4852/08), a saber: Teoría General del Derecho Tributario, Régimen tributario argentino y Procedimientos y procesos tributarios.



- CORTI, H. G., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- EISNER, E., *Los tres currículos que enseñan todas las escuelas. El currículum nulo*, trad. de “The educational imagination”, New York, Mac Millan Publishing, 1985.
- ENRIQUEZ, E., *La institución y las organizaciones en la educación y la formación*, Buenos Aires, Ediciones Novedades Educativas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 2002.
- FELDMAN, D. y M. PALAMIDESSI, *Programación de la enseñanza en la universidad: problemas y enfoques*, Universidad Nacional de General Sarmiento. Colección Universidad y Educación, Serie Formación Docente, nro. 1, 2001.
- KING, G.; R. KEOHANE y S. VERBA, *El diseño de la investigación social*, Madrid, Alianza, 1994.
- LUQUI, J. C., “La nueva cátedra de Derecho Financiero”, en *Jurisprudencia Argentina* 1948-IV, Sección Doctrina.
- NAVEIRA DE CASANOVA, G. J., *Finanzas Públicas y Derecho Financiero*, Buenos Aires, Estudio, 2013.
- SHULMAN, L. S., “Paradigmas y Programas de Investigación en el Estudio de la Enseñanza; una perspectiva contemporánea”, en *La investigación de la enseñanza*, Barcelona, Paidós, 1989.
- STENHOUSE, L., *Investigación y desarrollo del currículo*, Madrid, Troquel, 1984.
- TYLER, R. W., *Principios para la elaboración del currículo*, Buenos Aires, Troquel, 1974.

Fecha de recepción: 16-3-2016.

Fecha de aceptación: 30-4-2016.



## El lenguaje y sus funciones. Conceptos teóricos y aplicaciones en la investigación sobre la enseñanza del Derecho\*

SILVINA PEZZETTA\*\*

### RESUMEN

En este trabajo se presentan algunas concepciones importantes del lenguaje, y sus funciones, que forman parte de tradiciones filosóficas y de la antropología lingüística. Para ello se hará, en la primera sección, un desarrollo y análisis de estas cuestiones y una breve mención de su impacto en el campo de producción del conocimiento jurídico. En la segunda parte, se abordará un trabajo de investigación sobre la enseñanza del derecho en Estados Unidos, en el que se aplican las herramientas de la antropología lingüística, que propone una visión del lenguaje que rompe con tradiciones arraigadas en el sentido común y en algunas corrientes filosóficas sobre aquel. Se trata del análisis del trabajo de Elizabeth Mertz, *El lenguaje de la Facultad de Derecho. Aprendiendo a pensar como un abogado*. En este libro, la autora presenta su investigación sobre el lenguaje jurídico que se aprende en las clases de derecho a través de un análisis cualitativo de los diálogos entre profesores y alumnos.

### PALABRAS CLAVE

Filosofía - Lenguaje - Derecho - Enseñanza.

\* Este ensayo forma parte del marco teórico de mi investigación sobre las maneras en que los profesores de Derecho (Facultad de Derecho, UNR, Argentina) conciben su trabajo y sus relaciones dentro y fuera de la institución. Agradezco las correcciones y comentarios de los árbitros que he seguido tanto como me ha sido posible. Los errores y deficiencias son atribuibles enteramente a mi persona.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Investigadora Asistente de CONICET, Profesora en la Facultad de Derecho (UBA).

## Language functions. Theoretical concepts and applications in legal education research

### ABSTRACT

In this work I present some relevant conceptions about languages and its functions that has place in the philosophical and linguistic anthropology realm. This description will be made taking on account the impact that these discussions have in the legal knowledge production field. In the second section of this essay I will refer to a research about legal education conducted by Elizabeth Mertz and published in the book *The language of the Law School. Learning to think like a lawyer*. This work is a very good example of the research that can be made from an anthropological linguistic perspective. In this work the author used the theoretical and methodological tools of the discipline to investigate how the legal language is taught in Law Schools.

### KEYWORDS

Philosophy - Language - Law - Education.

### INTRODUCCIÓN

El lenguaje es hoy objeto de estudio privilegiado de las ciencias sociales<sup>1</sup> y, en este trabajo, me dedicaré al abordaje de este que hace la antropo-

<sup>1</sup> En particular, me refiero al interés que generaron especialmente las disciplinas que estudian el lenguaje en uso, o en contexto, en particular, al análisis del discurso y la antropología lingüística y otras disciplinas afines a este tipo de enfoques. En ambos casos, la aparición de estas herramientas teóricas significó la presencia de nuevas preguntas y también el interés de miembros de otras disciplinas respecto de estas. Sobre el análisis del discurso, Juan Eduardo Bonnín observa que su surgimiento generó una renovación de las ciencias sociales que alentó una esperanza a veces desmedida. El autor sitúa los orígenes del análisis del discurso en los trabajos de, entre otros, van Dijk, Mangineau, Halliday, Hasan, Benveniste, Jakobson, Foucault, Austin, Searle y Bajtin. En relación con la antropología lingüística, Alessandro Duranti ofrece un desarrollo histórico seccionado en tres etapas. Esta disciplina, de "nacionalidad" norteamericana, comenzó con los trabajos seminales de Franz Boas y tuvo su punto de inflexión en la tesis del relativismo lingüístico de Sapir-Whorf. Su última etapa, con-

logía lingüística. No obstante, es inevitable empezar con una referencia a la filosofía por su precedencia temporal en la atención a los problemas y desafíos que presenta el lenguaje. De hecho, la filosofía se ocupó, desde sus comienzos, de cuestiones tales como su origen y relaciones con el conocimiento y la verdad. Esto es consecuencia de la necesidad del previo análisis lingüístico que supone el abordaje de los tópicos filosóficos propiamente dichos.<sup>2</sup> Más cercano a nuestro tiempo fue también un movimiento producido en el interior de la filosofía, el giro lingüístico, en sus diferentes versiones, el que destacó la centralidad del lenguaje en el abordaje de los problemas clásicos de esta. Los miembros y las corrientes que componen el giro lingüístico se dedicaron a investigar la relación entre el lenguaje y la realidad para ofrecer una teoría del significado y la verdad así como, más tarde, una explicación sobre su función constituyente de nuestras experiencias; produjeron un impacto sin precedentes en la comprensión que tenemos del tema y su influencia se expandió a las ciencias sociales.

La aparición de la lingüística<sup>3</sup> como disciplina autónoma permitió avanzar también de manera notable en la comprensión del lenguaje. Sus estudios influyeron en posteriores enfoques de tipo empírico, tales como los de la sociolingüística y la antropología lingüística.<sup>4</sup> Es sobre esta

temporánea, muestra la asimilación por parte de los miembros de este campo de investigadores que no pertenecen a ella pero se muestran prontos a sumarse al estilo de investigación. Ver, BONNIN, Juan Eduardo, "Análisis del discurso" [en línea] <[www.felsemiotica.org/site/wp-content/uploads/2014/10/Bonin-Juan-Eduardo-Análisis-del-Discurso.PDF](http://www.felsemiotica.org/site/wp-content/uploads/2014/10/Bonin-Juan-Eduardo-Análisis-del-Discurso.PDF)>. DURANTI, Alessandro, "Lenguaje como cultura en la antropología norteamericana. Tres paradigmas" [en línea] <<http://www.sscnet.ucla.edu/anthro/faculty/duranti/reprints/lenguacultura.pdf>>.

<sup>2</sup> Como señala Juan José Acero: "La cuestión de qué es la verdad, cuáles los objetos de nuestro conocimiento y los principios de su expresión o crítica, o la cuestión de si existen objetivamente valores morales y éticos son, entre muchos otros ejemplos que cabría citar, problemas filosóficos para cuya resolución ha sido necesario afilar nuestras ideas sobre la naturaleza del lenguaje y sus funciones o diseñar otras nuevas. No es de extrañar, por tanto, que los filósofos hayan elaborado desde siempre, pero especialmente desde el siglo XVII, concepciones del lenguaje más y más complejas". *Filosofía del lenguaje I. Semántica*, Madrid, Trotta, 1998, p. 11.

<sup>3</sup> Aquí distingo entre lingüística y filosofía del lenguaje pero no todos los autores creen que la división sea tajante y pacífica. Se puede ver, en este sentido, ACERO, Juan José, Eduardo BUSTOS y Daniel QUESADA, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, 5ª ed., Madrid, Cátedra, 2001, p. 26 y p. 37.

<sup>4</sup> Por supuesto, esto es un salto que omite toda la evolución desde la lingüística que inaugura Saussure hasta una actualidad en que hay un fuerte interés por el lenguaje

última disciplina, o transdisciplina para ser más precisa, que tratará parte de este trabajo. El objetivo es ofrecer un desarrollo de las ideas principales de esta clase de abordaje del lenguaje y de sus puntos de contacto con la sociolingüística, aunque sin pretensiones de exhaustividad. La descripción tiene una finalidad ulterior, mostrar cómo esta nueva manera de entender la pregnancia del lenguaje en nuestras experiencias, y de estudiarlo empíricamente, ha sido utilizada en estudios sobre el derecho. En especial, me concentraré en el trabajo de Elizabeth Mertz sobre la educación jurídica. A fin de lograr los resultados propuestos, el texto se dividirá en dos partes. En la primera, haré una presentación muy breve de la forma en que la filosofía ha entendido al lenguaje y las implicancias de estos puntos de vista en los estudios del derecho. Luego, me adentraré en la antropología lingüística a través de la exposición de sus objetivos y de los conceptos centrales con los que trabaja. La antropología lingüística se muestra opuesta a la primera concepción del lenguaje que desarrollaré –como representación– y más ligada a la segunda –performance/persuasión–; por sobre todo, me interesa presentarla puesto que la disciplina es poco conocida en nuestro ámbito jurídico, tanto en sus presupuestos teóricos como metodológicos. En la segunda parte, se profundizará en la investigación sobre la educación legal en Estados Unidos, llevada adelante por la mencionada autora, a manera de ejemplo de lo productivos que pueden resultar este tipo de trabajos.

## I. EL LENGUAJE Y LA FILOSOFÍA. REPRESENTACIÓN Y VERDAD

Desarrollar un relato completo sobre la forma en que la filosofía se ocupó del lenguaje<sup>5</sup> está lejos de mis posibilidades, tanto por los límites

en uso o el habla, que en principio había sido considerado por el autor como un aspecto no analizable ni central. La pragmática, el análisis del discurso, la sociolingüística, la etnografía del habla, la antropología lingüística y los estudios de la cortesía son todos ejemplos, entre otros, de disciplinas que se concentran en el habla o el lenguaje en uso, subrayando incluso en algunos casos que es este el aspecto central del lenguaje. Para un desarrollo al respecto se puede ver: CALSAMIGLIA BLANCÁFORT, Helena y Amparo TUSÓN VALLS, *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 19 y ss.

<sup>5</sup> Es importante diferenciar la filosofía del lenguaje de la filosofía analítica. La primera se ocupa del lenguaje y de sus temas y se consolidó con Frege. La filosofía analítica, por su parte, es una manera de hacer filosofía partiendo del análisis del lenguaje y

propios de mi formación como por el objetivo de este trabajo. Sin embargo, intentaré trazar algunos aspectos útiles para entender las relaciones entre las distintas concepciones/funciones del lenguaje propuestas y su impacto en el campo de producción del conocimiento y la práctica jurídicos. Quisiera, en tal sentido, empezar señalando que es un lugar común resaltar la importancia que tiene dominar el lenguaje para el estudio del derecho, así como para su puesta en práctica. Mostraré, en cambio, que la idea de “dominar” el lenguaje en general y el jurídico en particular entró en crisis a partir del giro lingüístico. Por eso, es fundamental reflexionar respecto del papel que juega en nuestras prácticas y abordar los efectos que tiene en la construcción del mundo social.

De manera concisa me referiré en este apartado a aquellas ideas sobre el lenguaje que lo consideran un instrumento relativamente neutral, o perfectible en todo caso, para representar nuestras ideas sobre el mundo. Sin dudas este es un pequeño recorte de todo lo que podría abordarse.<sup>6</sup> Pero es de interés especial aquí la revisión de las funciones del lenguaje, en este caso, de la función descriptiva, puesto que es de relevancia para el estudio del derecho. Como señala Jonathan Yovel,<sup>7</sup> la función descriptiva del lenguaje es enfatizada en el mundo del derecho y esto sirve para disfrazar las dos funciones predominantes del lenguaje jurídico: la persuasiva y la performativa, que tienen lugar a través de su uso, y la imposición, del discurso jurídico oficial. Presentaré entonces un esquema bastante general de algunos temas centrales en relación con la función

los problemas que presenta para elucidar problemas de filosofía general. Por momentos, las fronteras parecen difuminarse pero se trata de dos disciplinas distintas. Por lo demás, el lenguaje está en relación con dos temas: las ideas –o mente o pensamiento– y la realidad. Al menos esta es la tríada clásica. El surgimiento de los estudios sobre la pragmática así como la sociolingüística y la antropología lingüística tienden a sustituir la mente o el pensamiento individual por la comunidad. Ver al respecto: VEGA REÑÓN, Luis y Paula OLMOS GÓMEZ, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 353 y ss.

<sup>6</sup> Así, sería posible pensar en una serie de cuestiones que podrían tratarse que incluirían, por ejemplo, el problema del origen del lenguaje, su relación con la cultura, con el pensamiento, su evolución, el relativismo lingüístico y las relaciones entre poder y lenguaje.

<sup>7</sup> YOVEL, Jonathan, “Rights and Rites: Initiation, Language and Performance in Law and Legal Education” [en línea] <<http://agora.stanford.edu/agora/volume2/yovel.shtml>> [Visitado el 20 de octubre de 2012].

descriptiva; el propósito es que sirva de base respecto de las investigaciones sobre el lenguaje en uso que son de particular interés para el objetivo de este trabajo. Seguiré para ello a Yovel y su tratamiento de lo que denomina “paradigmas” sobre las funciones del lenguaje. En el siguiente apartado abordaré las funciones persuasivas y performativas del lenguaje y las derivaciones posteriores del giro lingüístico.

Ahora bien, para presentar el lenguaje y su función representativa, un buen comienzo es referirnos a nuestras ideas de sentido común. Así, estas suelen asignarle al lenguaje, como característica definitoria, la función preponderante de representación o descripción de una realidad exterior, sea esta fáctica o normativa. Los filósofos han destacado también este rasgo considerándolo, incluso, el más importante del lenguaje. Esta idea del lenguaje como un medio para transmitir información sobre el mundo exterior se relaciona con posturas epistemológicas que sostienen la posibilidad de distinguir entre enunciados verdaderos y falsos. Siempre tomando en cuenta que aquí ofrezco un panorama simplificado, se puede decir que, en este caso, el lenguaje es entendido como representación.

Tanto en las ideas de Platón como en las de Aristóteles vemos los orígenes de esta posición. En particular, Platón postuló la tesis del lenguaje como representación del mundo no solo físico sino de lo que postuló como el *mundo de las ideas*. Su enfrentamiento con los sofistas se fundamenta en el desinterés, o más bien el escepticismo de los últimos, respecto de la posibilidad de decir algo verdadero. Los sofistas enseñaban el arte de convencer, la retórica, sin preocuparse por la búsqueda de la verdad;<sup>8</sup> el lenguaje más efectivo en escenarios sociales, explicaban, es el persuasivo<sup>9</sup> y no el representativo. Así, Gorgias sostuvo su escepticismo respecto

<sup>8</sup> La representación de los sofistas como relativistas morales y epistemológicos no es exacta. La afirmación de Protágoras del hombre como medida de todas las cosas debe ser interpretada a la luz del resto de las posiciones que se conocen sobre este autor. Antes que un relativista extremo fue un escéptico, tal como otros sofistas también lo fueron. Discusiones al respecto del relativismo moral, social y epistemológico: TAYLOR, C. C. W. y Mi-Kyoung LEE, “The Sophists”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, primavera 2012, Zalta, Edward (ed.) [en línea] <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/sophists/>> [Visitado el 10 de marzo del 2013].

<sup>9</sup> Más adelante volveré sobre la retórica y su relación con la lógica y la verdad. Aquí presento una idea muy simplificada de la retórica como el arte de convencer sin que



de la capacidad de representación del lenguaje al señalar que *...aun si por accidente nos topamos con alguna verdad "referencial", no podríamos transmitirla a otros por la incapacidad inherente del lenguaje de representar algo extralingüístico.*<sup>10</sup>

La capacidad representativa del lenguaje, y la asociación con la verdad, es central en la discusión sobre la naturaleza del lenguaje y el problema del significado que aparece en el *Crátilo* de Platón. Allí, Hermógenes y Crátilo difieren respecto de la forma en que los nombres se ajustan a las cosas: para el primero, lo hacen de acuerdo con la convención, mientras que, para el segundo, en razón de su naturaleza. En efecto, Crátilo dice que cada uno de los seres tiene el nombre exacto por naturaleza. Los nombres expresarían la esencia de las cosas por lo que existiría una correlación conceptual entre nombre y cosa y el lenguaje sería la vía de acceso privilegiada al conocimiento de la realidad.<sup>11</sup> De forma opuesta, Hermógenes explica que los nombres no existen más que por consenso y pacto. Sócrates se incorpora al debate sin dar una solución a este. Sus críticas al naturalismo se fundamentan en que le parece forzado; el convencionalismo, por su parte, le parece tosco como explicación aunque es difícil de eludir. El problema epistemológico que plantea la relación entre lenguaje y realidad llevó a Platón a decir que para conocer los seres no hay que partir de los nombres.<sup>12</sup> El lenguaje

importe la verdad, lo que no concuerda con las ideas platónicas y aristotélicas ni, necesariamente, con las actuales acerca de la posibilidad de juzgar la corrección o razonabilidad de los argumentos.

<sup>10</sup> Citado por Yovel, Jonathan, "Rights and Rites: Initiation, Language and Performance in Law and Legal Education" [en línea] <<http://agora.stanford.edu/agora/volume2/yovel.shtml>> [Visitado el 20 de octubre de 2012].

<sup>11</sup> Nótese que todavía hay resabios de esta manera de pensar en algunas formas de estudiar problemas jurídicos. Pareciera que cada vez que se encuentra una disquisición sobre un fenómeno jurídico y se apela a su raíz etimológica, a lo que se suele agregar la tendencia a deliberar sobre la única definición correcta para ese fenómeno, estamos ante la presencia de esta manera de entender el significado de los nombres. Esto se entiende también siguiendo la idea de Yovel respecto de la forma en que el discurso jurídico esconde su performatividad y persuasión bajo la representación. Ver al respecto, NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 11 y ss.

<sup>12</sup> Sigo aquí la explicación sobre este tema de BLASCO, Joseph, Tobies GRIMALTOS y Dora SÁNCHEZ, *Signo y Pensamiento*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 15 y ss.

es un instrumento insuficiente para conocer la realidad a pesar de que sirva para iniciar una investigación racional.

Fue Aristóteles quien le dio una solución al problema sobre la naturaleza del lenguaje y su relación con el conocimiento:

...Aristóteles defiende directamente el carácter convencional de los signos lingüísticos, del lenguaje; manteniendo, sin embargo, la universalidad de los significados, tanto en cuanto que afecciones del alma (hoy diríamos de contenidos mentales) como en cuanto que objetos reales (de referencia, añadiríamos hoy).<sup>13</sup>

También Aristóteles explicó que no son las palabras verdaderas o falsas sino las proposiciones. Por eso, para que exista verdad o falsedad, debe haber sintaxis. La relación del lenguaje con las cosas, la posibilidad de referirse al mundo utilizándolo como instrumento, continúa en la Modernidad en las visiones opuestas de Locke y Leibniz, ambos representantes de dos formas distintas de entender el conocimiento: empirismo y racionalismo. Locke considera el lenguaje un producto de la sociabilidad humana, un instrumento para conectarse con los demás. La diferencia entre nuestro lenguaje y el de los animales, o bien la diferencia entre un signo lingüístico y un mero sonido, es su relación con el pensamiento.<sup>14</sup> El lenguaje es la manera que encontramos de comunicar

<sup>13</sup> BLASCO y GRIMALTOS, *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>14</sup> En este momento asistimos a un debate filosófico arduo respecto de si los animales pueden pensar y sobre si tienen un lenguaje que comparta características con el nuestro. Además, se discute también su capacidad moral. Sobre el tema se puede ver ROWLANDS, Mark, *Can animals be moral?*, New York, Oxford University Press, 2012. El mismo autor discute, en *El filósofo y el lobo*, el estatus moral de los animales y lo que sostiene es una mera diferencia de grado respecto de los humanos: *En las historias que contamos sobre nosotros siempre sale a relucir nuestra calidad de únicos. Para algunos esa reside en nuestra capacidad para crear una civilización y, de esa manera, protegernos de la naturaleza (...) Otros señalan el hecho de que somos las únicas criaturas capaces de entender la diferencia entre el bien y el mal, y por consiguiente, las únicas verdaderamente capaces de ser buenas o malas. Hay quien dice que somos únicos porque podemos razonar: somos animales racionales en un mundo de bestias irracionales. Otros piensan que es nuestro uso del lenguaje lo que nos diferencia sin lugar a dudas de los animales. Hay quien opina que somos únicos porque solo nosotros tenemos libre albedrío y libertad de acción. Otros estiman que nuestra unicidad se basa en el hecho de que solo los hombres podemos comprender la naturaleza y la base de la auténtica felicidad. Otros piensan que somos únicos porque solo nosotros podemos entender que un día moriremos. Yo no creo que ninguna de esas historias*

nuestras ideas, el significado es la clarificación de esas ideas. Y las ideas no tienen otro origen que la experiencia sensible. Por su parte, Leibniz sostiene que si bien la postura de Locke es razonable en términos históricos, en términos lógico-rationales no lo es. Para Leibniz, el lenguaje es producto de la razón y no de la experiencia. Estas diferencias se reflejan en la manera de tratar los términos generales y singulares. Así, mientras que para Locke los términos singulares son la base del lenguaje, los generales surgirán como producto de la necesidad y la libertad. Como se puede adivinar, Leibniz dirá lo contrario. La razón conoce a través de conceptos generales, y la propuesta conceptualista respecto de los universales de Locke no satisface su manera de explicar la racionalidad. Las implicancias no son solo lingüísticas, sino epistemológicas y ontológicas. De especial relevancia epistemológica son las tesis de Locke sobre los términos abstractos –que llama modos mixtos–, entre los que están, por ejemplo, términos tales como “justicia” y “gratitud”, y que se basan en la libertad inherente a todo hombre de construirlas con su entendimiento de manera arbitraria. Locke abrió así la semántica a otros campos distintos del natural.

En la Edad Contemporánea, el giro lingüístico fue el movimiento filosófico que puso el acento en el lenguaje para mostrar cómo su análisis puede ayudar a resolver o disolver muchos de los problemas filosóficos clásicos. El giro lingüístico, popularizado con este nombre por Richard Rorty, fue iniciado a finales del siglo XIX y principios del siglo XX por Frege, Russell y Wittgenstein.<sup>15</sup> Hoy, la expresión “giro lingüístico” comprende también sus desarrollos posteriores, como el denominado “giro hermenéutico”, el “giro pragmático” y el “giro interpretativo”, todos ellos continuaciones del primer momento de esta corriente. La función

*implique la existencia de un abismo crítico entre nosotros y otras criaturas. Algunas de las cosas que pensamos que estas no pueden hacer sí pueden hacerlas, y algunas de las cosas que pensamos que nosotros podemos hacer no podemos hacerlas. En cuanto al resto, en fin, es más una cuestión de grado que de clase.* ROWLANDS, Mark, *El filósofo y el lobo*, Buenos Aires, Seix Barral, 2009, p. 10. Me interesa subrayar la necesidad de contrastar y mostrar la superioridad humana porque es la base del especismo o discriminación en función de la pertenencia a una determinada especie.

<sup>15</sup> Sobre la aparición y evolución del giro lingüístico se puede ver: NAISHTAT, Francisco, “Los ‘giros’ filosóficos y su impronta metafilosófica”, en *Filosofía de la filosofía*, ed. de Óscar Nudler, Madrid, Trotta, 2012, pp. 215 y ss.

descriptiva del lenguaje y los problemas semánticos fueron de especial provecho para los filósofos preocupados por proporcionar claridad a la ciencia y, a pesar de que antes que ellos ya se habían planteado problemas relativos al lenguaje como representación, es en esta etapa en que el análisis lingüístico adquiere preponderancia filosófica al punto tal de resultar difícil la distinción entre problemas del lenguaje y verdaderos problemas filosóficos.

Para esta primera versión del giro, la ciencia utiliza el lenguaje como un mero medio o instrumento y es la ciencia, no la filosofía, la que nos provee de conocimiento sobre el mundo.<sup>16</sup> El problema del lenguaje como representación, o la búsqueda de la representación perfecta,<sup>17</sup> fue una cuestión a dilucidar por el positivismo lógico, una de las corrientes que se incluyen en el primer giro. Sus cultores se ocuparon de revisar qué constituye conocimiento válido y, para eso, debatieron respecto de cuáles son las proposiciones con sentido: su respuesta fue tomar a las proposiciones de las ciencias naturales como modelo de conocimiento. El positivismo lógico, y el Círculo de Viena, así como el primer Wittgenstein, se ocuparon de establecer el criterio de demarcación –la verificación y

<sup>16</sup> Sobre si hay verdaderos problemas filosóficos –habida cuenta de la centralidad de la ciencia empírica y el carácter instrumental de la filosofía respecto de ella–, el papel que debe asumir de ahora en más la filosofía (un asunto de metafilosofía) y las distinciones entre analítico/sintético y el criterio reduccionista del significado que subyace a las cuestiones anteriores, ver NAISHTAT, *op. cit.*

<sup>17</sup> Juan José Acero sostiene que estos autores focalizaron en la relación entre lenguaje y realidad desplazando así el anterior interés por el vínculo entre lenguaje y pensamiento, que caracterizó los trabajos de Locke y Leibniz, entre otros. Entonces, en rigor de verdad, lo que antes era lenguaje como representación de las ideas (ideas que eran producto, para Locke, de nuestras experiencias sensibles) a fin de poder comunicarlas a los demás, ahora se convierte en el lenguaje como vehículo de las ideas: *...no es sino con la tradición filosófica que se suele denominar analítica –con Gottlob Frege, Bertrand Russell y Ludwig Wittgenstein a la cabeza– que la relación lenguaje-realidad se considera constitutiva de la capacidad que poseen las palabras y oraciones de expresar ideas y pensamientos. Esto lo hace posible la asociación de las unidades mínimas portadoras de significado –las oraciones– con las condiciones de verdad (como en Frege, en el Tractatus wittgensteiniano, en el último Rudolf Carnap o en Donald Davidson) o con condiciones de aceptación (tal y como proponen quienes propugnan un enfoque verificacionista, como el primer Carnap o Michael Dummett) (...)* El lenguaje no es ya código, sino vehículo en el que se constituye el pensamiento compartido. ACERO, Juan José, *Filosofía del lenguaje I*, edición de J. J. Acero, Madrid, Trotta, 1998, p. 16.

luego la falsabilidad- que constituyó la prueba que deben pasar las proposiciones<sup>18</sup> para considerarse científicas. Esto no implica una visión ingenua de la realidad, a la que se podría acceder de modo directo, sino solo una manera de pensar las relaciones entre el lenguaje y la “cosa en sí”, que sigue siendo inaccesible en última instancia. Los positivistas lógicos refinaron así el discernimiento sobre el papel del lenguaje en su relación con la realidad y dieron primacía a la función representativa del lenguaje, función que destacaron como resultado de su interés por el conocimiento científico. La superioridad epistemológica que le atribuyeron a las ciencias naturales y la búsqueda del establecimiento de las razones de esta superioridad los llevó al desinterés por todo lo que no superara el criterio de demarcación. En esta tarea, sin embargo, dejaron planteados problemas que serán retomados por el giro lingüístico, como se verá en breve.

Por su parte, para el primer Wittgenstein el lenguaje también tenía una función de representación. Expuso su teoría “pictórica o figurativa” del significado: *una proposición es una pintura de la realidad. Una proposición es un modelo de la realidad tal como pensamos que es.*<sup>19</sup> Nótese que esta teoría refiere no al “mundo como es” sino “como pensamos que es”, en una tendencia idealista de tintes colectivos en lugar de individualista a la manera de Descartes. Wittgenstein, en el *Tractatus*, comparte con el positivismo lógico la idea de que la función más importante del lenguaje es la representación y que este es un medio para transmitir el significado. En su segunda etapa, cambiará sus puntos de vista.

<sup>18</sup> También las proposiciones analíticas tendrán sentido pero no aportarán al conocimiento del mundo empírico. En este orden, corresponde distinguir entre ciencias formales y ciencias empíricas, que los positivistas lógicos establecieron como una distinción importante porque los criterios de verdad son distintos para cada caso. Asimismo, se plantean una serie de problemas respecto de las ciencias sociales puesto que se discutirá sobre la particularidad de su objeto y el impacto en los modos de medir sus resultados y sus propios criterios de validación. Al respecto de estas dicotomías planteadas por el positivismo lógico, las discusiones internas sobre las mismas y la cuestión de las ciencias sociales, ver GAETA, Rodolfo, Nélida GENTILE y Susana LUCERO, *Aspectos críticos de las ciencias sociales. Entre la realidad y la metafísica*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, pp. 16 y ss.

<sup>19</sup> Citado por YOVEL, *op. cit.*, p. 4.

La influencia del paradigma de la representación se observa en el positivismo jurídico, que ofrece una definición valorativamente neutra del derecho y que construye su teoría en términos puramente descriptivos. Pero también el problema de la verdad tendrá importancia para los autores que sostengan la existencia de una realidad metafísica. Así, por ejemplo, para los que adscribieron al derecho natural de origen divino o racional, el lenguaje tenía también carácter descriptivo.

En el próximo apartado se verá cómo, en una segunda etapa del giro lingüístico, se dará una crisis profunda respecto de estas consideraciones sobre el lenguaje. Este movimiento implicó cambios importantes, tanto en la filosofía como en las ciencias sociales, al proponer que el lenguaje es mucho más que un instrumento perfectible para la representación del mundo.

#### **A. LOS DESARROLLOS DEL GIRO LINGÜÍSTICO EN FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES. PERSUASIÓN Y PERFORMATIVIDAD**

En la década de los 60 tuvo lugar un movimiento, tanto en la filosofía como luego en las ciencias sociales, que planteó los cuestionamientos más fuertes a la concepción del lenguaje como medio o instrumento de representación de un mundo separado del sujeto cognoscente. Estos cuestionamientos, que se engloban con los rótulos de “giro hermenéutico” y “giro pragmático”,<sup>20</sup> pueden comprenderse a la luz de lo que señaló Derrida: *No existe una realidad como la que los metafísicos han tenido*

<sup>20</sup> Como señala Naishtat, el análisis del lenguaje como tarea principal de la filosofía fue popularizado como “giro lingüístico” por Richard Rorty y tuvo, al principio, una acepción restringida a las propuestas de autores como Frege, Russell y Wittgenstein (el del *Tractatus*). Pero en la actualidad, por giro lingüístico se entiende también a sus posteriores desarrollos: el pragmático, hermenéutico e interpretativo. Ver NAISHTAT, *op. cit.* Yovel también usa la acepción amplia de giro para referirse, en realidad, a los desarrollos posteriores al positivismo lógico. Por otra parte, en relación con las concepciones del lenguaje como representación, luego como vehículo –que enfatiza el vínculo lenguaje-realidad–, el giro lingüístico está influido por una concepción diversa del lenguaje que invierte el acento pensamiento-lenguaje para partir de la influencia del lenguaje como formador del pensamiento. Esta es la concepción humboldtiana que tiene repercusiones luego en la antropología lingüística, la tesis del relativismo lingüístico y en autores como Heidegger, Gadamer y Habermas. Ver ACE-RO, *op. cit.*, p. 17.

*esperanza de descubrir...*<sup>21</sup> Pero, y de manera más fundamental, se entiende mejor si se observa la nueva comprensión del lenguaje que proponen sus seguidores. Ya no se trata de suponerlo un medio o instrumento de la representación sino una manera de conocer una realidad que es coextensiva del lenguaje. Así, Wittgenstein en su primera etapa dejó ya planteadas las bases de lo que luego serían los puntos de partida de la continuación hermenéutica del giro lingüístico en su famosa frase: *los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*.

Esta manera de entender el lenguaje hace énfasis en su carácter de marco interpretativo con el cual conocemos y en la imposibilidad de separar entre objeto y sujeto de manera prelingüística o no lingüística. No hay nada que se pueda conocer sin que medie el lenguaje. La cosa en sí que se pretendió describir, y que era lo que constituía el criterio para desestimar un discurso, es inaccesible sin otro discurso. Por tanto, no son los hechos los que sirven para descartar conjuntos de proposiciones sobre estos sino que se trata de reemplazar un discurso por otro, que es el que parece más convincente.

La nueva consideración del lenguaje, la forma en que domina y determina cómo interpretamos y conocemos plantea diversas crisis. La primera está relacionada con el paradigma que se analizó en el apartado anterior y es la crisis del concepto de verdad. Si ya no hay hechos que sirvan como prueba para descartar discursos, habrá que pensar con qué criterios se decidirá la calidad epistemológica de estos. La ciencia será vista, por muchos de estos filósofos, como un discurso más con sus propias reglas y como parte de la tradición cultural occidental sin que se pueda decir que ostente ninguna superioridad epistemológica. Algunos autores llegarán incluso a plantear que la función principal de todo discurso es la persuasión. Con esto se comprende el resurgimiento de las teorías de la argumentación y de la retórica así como el auge de la hermenéutica. Por otro lado, estas discusiones se plantean sobre un telón de fondo de crisis ética. Un aspecto no tratado en el apartado anterior, aunque rozado al considerar las proposiciones con sentido, es el de la concepción del bien o lo correcto. La fe en la razón universal con la que

<sup>21</sup> Citado por SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual. Pensar sin certezas*, Buenos Aires, Paidós, 2010, p. 13.

se conocen valores objetivos había entrado en crisis hacía ya mucho tiempo. No obstante, de manera paradójica, en esta etapa, post-Segunda Guerra Mundial, se hace necesario pensar la convivencia y resurgen con fuerzas las teorías éticas. El problema ético será abordado, en muchos casos, de manera procedimental o argumentativa. Por último, el giro lingüístico también implicó un replanteo respecto de la dimensión política, y la democracia será revalorizada luego de las experiencias autoritarias basadas en consideraciones optimistas, y excluyentes, del bien y la justicia.<sup>22</sup>

Lo dicho hasta aquí no significa negar que el lenguaje cumpla una función descriptiva, sino que tiene otras más importantes además. El lenguaje es un instrumento del poder con dos funciones privilegiadas: persuadir y crear categorías y estatus. Es decir, de la omnipresencia de la función representativa del lenguaje se pasa a concebirlo como instrumento para estar en un mundo que es “creado” por el lenguaje. El constructivismo radical de esta postura será uno de los corolarios posibles y, por ese motivo, se hablará de “crisis de la razón”, “era postmetafísica”, “edad de los poetas” o “triunfo del nihilismo”.<sup>23</sup> Están en cuestión la verdad como representación, el papel de la ciencia como modelo epistemológico y también el de la filosofía como disciplina que contribuye al progreso del conocimiento a través del uso de la razón. Para el giro lingüístico, la filosofía ha ocultado bajo la máscara de la razón universal su función retórica y constructiva o performativa.<sup>24</sup>

No obstante, el constructivismo radical, que es una posición epistemológica, no es la única en esta instancia del giro lingüístico. De hecho, si bien hay acuerdo respecto de las críticas a los modos de pensar la

<sup>22</sup> SCAVINO, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>23</sup> SCAVINO, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

<sup>24</sup> El giro lingüístico supone la revigorización de cuestiones como la argumentación, la hermenéutica y la retórica –en el plano filosófico– así como de la interpretación como objetivo de las ciencias sociales. Estas disciplinas, o focos, se relacionan entre ellas y tienen en común el rechazo de las posturas previas tanto en lo que refiere al rol de la filosofía como al de la epistemología. Al respecto se puede ver: REÑÓN VEGA, Luis y Paula OLMOS GÓMEZ, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 271 y ss.; LULO, Jorge, “La vía hermenéutica: las ciencias sociales entre la epistemología y la ontología”, en SCHUSTER, Félix (comp.), *Filosofía y métodos de las ciencias sociales*, Buenos Aires, Manantial, 2002.



posibilidad de conocimiento del paradigma positivista/postpositivista, no hay acuerdo respecto de la solución al problema de la verdad que surge de dichas críticas. Por eso, la nueva manera de entender el lenguaje, como medio en el que vivimos, como dominados por él, resalta la fuerte limitación que tenemos para conocer el mundo:

Nótese entonces que la hermenéutica no abandona la imagen de la verdad como correspondencia entre las palabras y los hechos, simplemente la subordina a una postura original, a esa preinterpretación o ese conjunto de presupuestos sobre los cuales se apoya la vida y la comunicación de una sociedad o una etnia. La verdad, o el enunciado "válido", es la correspondencia entre una proposición y una preinterpretación más originaria de ese hecho.<sup>25</sup>

Ahora bien, en ciencias sociales, el giro lingüístico implicó una vuelta al modelo hermenéutico o interpretativista. Esto significa que el foco se pone en la comprensión e interpretación del sentido que tienen las acciones humanas, sus productos y las distintas realidades sociales. La centralidad del lenguaje cobra una importancia determinante: se tratará de interpretar textos pero también prácticas y percepciones de las personas. La búsqueda del sentido a través de la interpretación implica ir más allá del mero psicologismo o de la intuición/empatía no controlables, acusaciones arrojadas desde el positivismo lógico. De lo que se trata es de entender que la naturaleza de lo social es simbólica y, por tanto, no puede explicarse en términos empiristas. Se requerirá tener especialmente en cuenta que el mundo social está preinterpretado por sus miembros y que la interpretación de la ciencia social es de "segunda mano".

En el campo jurídico, el impacto de este movimiento se observa en la fuerza del surgimiento de las teorías de la argumentación. El positivismo jurídico, en tanto modelo de análisis del derecho considerado como un sistema de reglas que deben ser aplicadas según la lógica, es confrontado por aquellos que piensan que el derecho es una práctica argumentativa y están preocupados por establecer reglas procedimentales para llevarla a cabo con corrección. También el giro impactó en

<sup>25</sup> SCAVINO, *op. cit.*, p. 43.

la escuela crítica que tomó algunos de sus aspectos para incorporarlos en su paradigma jurídico.<sup>26</sup>

Este giro dentro del giro lingüístico significó, entonces, un cambio drástico en la filosofía y en las ciencias sociales. Quizás uno de los aportes más importantes, que hicieron tanto el segundo Wittgenstein como Austin, es prestar atención a los aspectos pragmáticos y performativos del lenguaje. Así, la relación del lenguaje con la realidad y el pensamiento se opacará al aparecer en la filosofía un creciente interés por el lenguaje realmente hablado y la incidencia de este en el mundo real. Especialmente con Austin, la unidad de análisis deja de ser la proposición para convertirse en el habla como un *acto*. Son estos aspectos los que permiten trazar un puente con las disciplinas que se ocupan del lenguaje de manera fundamentalmente empírica: la antropología lingüística y la sociolingüística. En el siguiente apartado me concentraré en la primera y, sobre el final, haré una breve referencia a la segunda.

#### **B. LENGUAJE, CULTURA Y SOCIEDAD. LA ANTROPOLOGÍA LINGÜÍSTICA. ORÍGENES Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES**

Hasta el momento se ha visto cómo el lenguaje fue considerado el eje de dos asuntos, el problema del conocimiento y el de la verdad. Tanto para el paradigma representacionista como para los desarrollos posteriores al primer giro lingüístico, el lenguaje es el punto de partida para analizar estas cuestiones. Además, sus trabajos, propiamente filosóficos, son teóricos.<sup>27</sup> Pero, tal como señalara, el interés de estos enfoques fue pasando de las proposiciones en abstracto hacia los actos de habla y el uso del lenguaje, por ejemplo, con el desarrollo de la pragmática. En este apartado voy a exponer los avances de una disciplina relativamente nueva, la antropología lingüística, que estudia las relaciones entre el lenguaje y la cultura. Si bien comparte algunas preguntas con los mo-

<sup>26</sup> En este sentido se puede ver CÁRCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas postpositivistas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 110.

<sup>27</sup> Y no solo teóricos sino que consideran al lenguaje en su carácter de sistema de signos sin tomar en cuenta, en su tarea, cómo se usa en la vida cotidiana, algo que comienza a resquebrajarse con Austin y el segundo Wittgenstein, quienes sientan las bases de la pragmática. Esta característica tiene un punto álgido en la consideración de Saussure y su distinción entre *langue* y *parole*. Volveré sobre esta distinción más adelante.

vimientos reseñados, está más preocupada por ir al campo a ver lo que realmente sucede y, así, testear hipótesis y teorías.<sup>28</sup> Para esta disciplina, el lenguaje no es solo una forma de pensamiento sino, sobre todo, *una práctica cultural, una forma de acción que presupone y al mismo tiempo implica maneras de estar en el mundo.*<sup>29</sup>

La antropología lingüística, como su mismo nombre lo indica, abrevia en dos disciplinas: la antropología y la lingüística. En esta sección me referiré a algunos de los conceptos fundamentales que desarrolló en función de sus herencias y también de sus trabajos etnográficos y empíricos. Desde ya que, como en la mayoría de los casos en ciencias sociales, no existe acuerdo en lo que se refiere al objeto y método de la antropología lingüística. Aquí seguiré, de manera principal, a Alessandro Duranti (1997) en su propuesta de definición. El autor apoya su recorte y definición en un conjunto de trabajos que parten de la idea del lenguaje como práctica social y del habla como manera de estar en el mundo.

La antropología se divide en cuatro ramas: cultural, biológica, arqueológica y lingüística.<sup>30</sup> Estudia a los seres humanos en un sentido

<sup>28</sup> Cuando me refiero a testear lo digo en sentido laxo sin desconocer que la antropología no acepta el método hipotético deductivo del que surge la idea de la falsabilidad de hipótesis y teorías. Sin embargo, lo menciono de esta manera para remarcar la importancia crucial que tiene el trabajo de campo o empírico basado, por supuesto, en una teoría.

<sup>29</sup> Esta definición del lenguaje como, por sobre todas las cosas, una práctica social, la tomo de uno de los más reconocidos antropólogos lingüísticos: DURANTI, Alessandro, *Linguistic Anthropology*, New York, Cambridge University Press, 1997, p. 1.

<sup>30</sup> Esta definición de la antropología compuesta de cuatro ramas es herencia de la concepción de Franz Boas y surgió a finales del siglo XIX. Dice Duranti al respecto: *Es imposible comprender la consolidación de este paradigma sin tener en cuenta el papel desempeñado por la Oficina de Etnología (Bureau of American Ethnology) –más tarde denominada Oficina de Etnología Americana (Bureau of American Ethnology, BAE)– y por su primer director, John Wesley Powell (1834-1902), en DURANTI, A., Lengua como cultura en la antropología norteamericana. Tres paradigmas, trad. de Patricia Dreidemie [en línea] <<http://www.sscnet.ucla.edu/anthro/faculty/duranti/reprints/lenguacultura.pdf>> [Visitado el 10 de noviembre del 2012].* Asimismo, es importante la diferencia, sobre la que volveré más adelante también, entre cultura y sociedad en el sentido que le da Lévi-Strauss: *La cultura consiste en el conjunto de relaciones que los hombres de una civilización dada mantienen con el mundo; la sociedad consiste más particularmente con las relaciones que estos mismos hombres mantienen los unos con los otros.* En LÉVI-STRAUSS, Claude, *La antropología frente a los problemas del mundo moderno*, Buenos Aires, Zorzal, 2011, p. 118. Debo aclarar, también, que no todos están de acuerdo con esta división y que, por sobre todo, no es

muy amplio, su pasado y su presente, sin restricciones en cuanto a su lugar de asentamiento, tanto en sus características biológicas como en las sociales, culturales y lingüísticas. Lo hace comparando y, por sobre todas las cosas, con una gran curiosidad y atención a la diversidad de costumbres y tradiciones. La capacidad de adaptación de los seres humanos al medio y las formas en que estas adaptaciones evolucionan son también definitorias de la disciplina. Pero si hubiera que subrayar una particularidad determinante de la investigación antropológica podría decirse que es la tensión entre su fascinación por las marcadas diferencias entre culturas y las comparaciones que realiza en su afán de establecer patrones comunes.

Ahora bien, si se piensa en qué objeto constituye el centro del estudio antropológico, este está compuesto por la cultura. Como dice Conrad Kottak (2006: 4):

La gente comparte la sociedad -vida organizada en grupos- con otros animales, desde los babuinos a los lobos, pasando incluso por las hormigas. Sin embargo, la cultura es algo distintivamente humano. Las culturas son tradiciones y costumbres, transmitidas mediante el aprendizaje, que rigen las creencias y el comportamiento de las personas expuestas a ellas. Los niños aprenden estas tradiciones creciendo dentro de una sociedad particular a través de un proceso denominado enculturación. Las tradiciones culturales incluyen costumbres y opiniones, desarrolladas a lo largo de generaciones, sobre lo que es un comportamiento adecuado o inadecuado. Estas tradiciones responden a preguntas como: ¿Cómo debemos hacer las cosas? ¿Cómo dotamos de sentido al mundo? ¿Cómo distinguimos el bien del mal? Una cultura dota de un cierto grado de consistencia al pensamiento y el comportamiento de las personas que viven en una sociedad determinada.<sup>31</sup>

La cultura se transmite a través del aprendizaje y esto la distingue de las habilidades transmitidas de manera genética. Con esto no se niega la predisposición biológica para determinadas capacidades -por ejemplo, para la lingüística chomskiana, el lenguaje- sino que se hace hincapié

tan clara la diferencia entre algunos trabajos antropológicos/culturales y los sociológicos. Por último, en Europa, la antropología no está dividida tan claramente en cuatro campos sino que más bien se trata de disciplinas con cierta autonomía.

<sup>31</sup> KOTTAK, Conrad, *Antropología cultural*, Madrid, MacGraw-Hill, 2006, p. 4.

en la necesidad de la transmisión por medio de la educación para el desarrollo de estas. En este orden de cosas, por tanto, la antropología lingüística encuentra su espacio cuando se dedica al estudio del lenguaje como parte, y como productor, de la cultura.

La antropología cultural es la base sobre la que se asienta el trabajo de las demás. En este orden de cosas, esta rama se encarga del estudio de la cultura como fuerza medioambiental que tiene el poder de modificar nuestra biología. Le interesan las costumbres y tradiciones, las reglas políticas y morales, la religión y la enseñanza. La antropología arqueológica, con foco especialmente en el pasado pero no exclusivamente en este, busca comprender cómo vivieron los seres humanos y por qué se producen los cambios. La antropología biológica, por su parte, centra su capacidad de estudio en la evolución humana, la genética, la plasticidad biológica y el comportamiento de los homínidos. La antropología lingüística, que es lo que interesa en este trabajo, toma como eje el lenguaje. Alessandro Duranti define a la antropología lingüística como la disciplina que estudia tanto al lenguaje, en cuanto recurso cultural, como al habla en su faz de práctica cultural. El objetivo de la disciplina, que abreva en varias fuentes, es comprender los variados aspectos del lenguaje entendido como un set de prácticas culturales, esto es, como un sistema de comunicación de representaciones del orden social. Este set sirve para la comunicación de las representaciones entre individuos y también para las representaciones intrapsicológicas y permite, además, su uso para realizar actos sociales constitutivos. Por esto mismo, los sujetos que estudia, los hablantes, son considerados por sobre todas las cosas como actores sociales, miembros de una comunidad compleja organizada a través de instituciones en las que se encuentran superpuestos deseos, creencias, expectativas y valores morales.

Duranti explica que no cualquier interés de un antropólogo por el lenguaje, o una descripción de este, se puede calificar de antropología lingüística. Lo que determina que sea parte de esta es que se considere al lenguaje como constituyente de lo social y de las representaciones individuales del mundo real o posible:

La antropología lingüística debería ser vista como parte de la antropología no porque sea una clase de lingüística practicada en los departa-

mentos de antropología, sino porque examina el lenguaje a través de los lentes de las preocupaciones antropológicas. Estas preocupaciones incluyen la transmisión y reproducción de la cultura, la relación entre los sistemas culturales y las diferentes formas de organización social, y el rol de las condiciones materiales de existencia en la forma en que las personas interpretan el mundo.<sup>32</sup>

En la primera parte de este trabajo me referí al paradigma representacionista en filosofía. El lenguaje era considerado un sistema abstracto y una facultad del cerebro –o de la mente– y se hacía hincapié en lo que hay en común entre distintos idiomas. El hablante es, en este sentido, un mero representante de una clase y no importan las particularidades del grupo al que pertenece. Se puede observar esta forma de pensar tanto en la herencia de Saussure, quien diferenció entre lengua y habla, como en la forma en que la retomó Chomsky al diferenciar entre competencia y performance. En cambio, para la antropología lingüística, el interés es exactamente el opuesto dado que se focaliza en lo que hace distintos a los hablantes, en lo que hay de particular en un tipo de habla y, por sobre todas las cosas, considera al lenguaje como constituyente de lo social y del hablante. En este sentido, en la antropología lingüística, así como en las disciplinas de las que se nutre, se observa una influencia del cambio de paradigma que significó el giro lingüístico.<sup>33</sup>

### **B.1. CONCEPTOS Y TEMAS DE LA ANTROPOLOGÍA LINGÜÍSTICA**

Laura Ahearn sostiene que para entender de qué se trata la antropología lingüística es útil pensar qué significa saber una lengua. En este sentido, hay cinco aspectos que deben manejarse para ser hablantes competentes: la fonología, la morfología, la sintaxis, la semántica y la pragmática. La fonología permite saber cómo pronunciar los sonidos con

<sup>32</sup> DURANTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>33</sup> En particular, Duranti señala el peso que tiene, por ejemplo, Bourdieu, en el modo de entender el lenguaje. A su vez, Bourdieu toma de Heidegger, uno de los iniciadores del cambio en filosofía que derivará en el giro, la importancia de la socialización, del ser-en-el-mundo, antes que la racionalización en la constitución de la estructura social, que es a su vez estructurante. También Laura Ahearn remarcará la importancia de Bourdieu cuando analiza el concepto de práctica como central en la antropología lingüística. AHEARN, Laura, *Living Language. An Introduction to Linguistic Anthropology*, Singapur, Wiley-Blackwell, 2012, p. 23.

significado además de reconocerlos cuando los escuchamos. La morfología es necesaria para conocer la estructura interna de las palabras, es decir, saber cómo formar un plural, por ejemplo. La sintaxis es lo que faculta al hablante competente para formar oraciones siguiendo el orden correcto. La semántica refiere a la posibilidad de interpretar el sentido de las oraciones. Por último, la pragmática es la capacidad de usar el lenguaje de acuerdo con el contexto de que se trate.

La lingüística se ocupó tempranamente de la fonología y la morfología así como, en menor medida, de la sintaxis. Con Chomsky, la sintaxis se convierte en el aspecto privilegiado del estudio lingüístico. La división que hace el autor entre competencia y performance deja de lado la semántica y la pragmática como objetos de estudio. La competencia es la habilidad biológica que tenemos todos de adquirir la capacidad de hablar mientras que la performance es la realización en la práctica de esa habilidad. El estudio científico de la lengua, según la propuesta de Chomsky y sus seguidores, debe limitarse a la fonología, la morfología y la sintaxis pensando estas dimensiones desde la competencia. No obstante, la antropología lingüística sostiene que la semántica y la pragmática deben ser el foco de atención y, más aún, que son las que influyen en las dos primeras. Es más, para algunos no hay posibilidad de diferenciar entre competencia y performance.

Ahora bien, esta forma de entender el lenguaje lleva a pensar en este a través de lo que tanto Ahearn como Duranti consideran términos o conceptos claves. Si se pone atención sobre ellos, será más fácil comprender qué se quiere decir cuando se habla de la centralidad del lenguaje como recurso social, del habla como performance y de ambos como constituyentes de la realidad social. Duranti ofrece la conceptualización de tres términos, performance, indexicalidad y participación, para entender la relevancia del lenguaje. Por su parte, Ahearn agrega los de multifuncionalidad, ideologías del lenguaje y práctica.

Empezar por el concepto de performance permite conectar esta parte del trabajo con la anterior. El estudio del acto de habla como performance se conecta con cuatro formas de entenderla: con el concepto de Chomsky de performance, el de Austin referido al acto performativo, en su carácter poético y también la performance como el estudio de la suma de esta y el juzgamiento de sus oyentes. Performance en el sentido antropológico



significa focalizar en cómo se usa el lenguaje en la vida real, las variaciones que existen entre hablantes y entre comunidades así como el peso del contexto en estos cambios, es decir, la atención está puesta en la performance y no en la competencia como en Chomsky. La performatividad que remarcaba Austin como definitoria del lenguaje es que siempre se hacen cosas con el lenguaje, y este es un punto central en la antropología. Así, los estudios antropológicos mostrarán qué hacen los hablantes cuando hablan de una u otra manera. La tercera acepción se conecta con la forma de la performance en su aspecto poético de acuerdo con los términos de Roman Jakobson.<sup>34</sup> En toda performance importa la forma y esto se relaciona con la cuarta acepción: en el concepto se incluye la dimensión de juzgamiento de los que escuchan.

Duranti relaciona, a su vez, la performance con la indexicalidad del lenguaje. En cada performance existen palabras que actúan como marcadores de diferentes aspectos: de contexto, de poder, de igualdad-inequidad. Este concepto surge de la distinción que hizo Charles Peirce entre signos que son índices, íconos o símbolos, aunque generalmente un signo reviste las tres propiedades. El carácter indexical de los signos permite mostrar una relación referencial, como la que existe entre una flecha y lo que esta señala. Por ejemplo, en el idioma español, la diferencia entre vos y usted sirve de índice de la diferencia social y el respeto.

Por último, la participación es un concepto que integra a los dos anteriores. La antropología lingüística comparte con otras ciencias sociales la consideración del hablante como actor social, su inmersión en una sociedad y cultura determinadas. Por eso, ser un hablante es ser parte de una comunidad de habla. Ser un hablante competente significa poder participar de la sociedad haciendo cosas con el lenguaje. Y esto se logra a través tanto de la función performativa del lenguaje como de su posibilidad de actuar como índice de lo que está más allá de este.

Finalmente, en este apartado quiero referirme a los términos que desarrolla Ahearn en relación con los focos de estudio de la antropología lingüística. De los cuatro que enumera, multifuncionalidad, ideología lingüística, práctica e indexicalidad, me referiré a los dos primeros. De manera especial, el primero importa para contrastarlo con lo que se trató

<sup>34</sup> Más adelante se verán las funciones del lenguaje según Jakobson.



en la primera sección como la función predominante del lenguaje: la representación. Por multifuncionalidad se debe entender lo que Roman Jakobson explicó respecto de cada acto de habla al considerarlos como compuestos de seis factores constitutivos con una función específica cada uno. Así, cada acto se puede seccionar en seis funciones: expresiva, conativa, referencial, poética, fática y metalingüística. Cada acto de habla cumple las seis funciones a la vez pero sucede a menudo que alguna predomina sobre el resto.

La función expresiva del lenguaje es la que se dirige a quien realiza el acto de habla como en el caso de las expresiones de dolor o las expresiones que muestran agradecimiento. La función conativa es la que cumplen los actos de habla directamente dirigidos al que escucha, como, por ejemplo, una orden. La función referencial es la que el paradigma representacionista destaca: la de referirse a un contexto. La función poética es la que cumple el objetivo de focalizar en la forma misma de la expresión. La fática refiere al uso del instrumento a través del cual se profiere la expresión, por ejemplo, cuando se ajusta el modo de relacionarse preguntando cómo se encuentra la otra persona usando el modo más formal “usted”. Por último, la función metalingüística es una que reviste gran interés para la antropología lingüística y para los lingüistas, puesto que constituiría lo característico del lenguaje humano: poder referirse a sí mismo. La antropología lingüística utiliza además términos asociados que aquí no puedo desarrollar: la metapragmática, la saliencia o conciencia metalingüística y la creatividad lingüística.

Ahora bien, la ideología lingüística es también otro concepto importante porque permite conectar el nivel micro con el nivel macro. Ideología lingüística es el conjunto de creencias y valoraciones –conscientes o inconscientes– que se tienen sobre el lenguaje como un todo, sobre algunos idiomas, sobre el uso que se hace del idioma o sobre cómo lo usan determinados grupos. A través del estudio de las ideologías lingüísticas se puede acceder a cuestiones como la identidad cultural, la discriminación, el poder, la desigualdad y los estereotipos.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> En este sentido, es muy importante decir que el lenguaje no se toma solo como reflejo de la estructura social sino que se lo considera constituyente de este. Esta diferencia es importante porque marca una línea que divide a la antropología lingüística de la sociolingüística. Elizabeth Mertz explica que esta manera de pensar consiste en

Como se puede advertir, la antropología está preocupada por el hablante en su carácter de miembro de una comunidad. Es decir, intenta pensar la combinación de lo micro con lo macro. En tal sentido, la antropología lingüística se encuentra cercana a la sociolingüística antes que a ninguna otra disciplina. Es importante, a fin de concluir este apartado, marcar algunas diferencias a fin de clarificar el interés por la antropología lingüística antes que por la sociolingüística. En este orden de cosas, lo primero es señalar que hay muchos puntos de contacto que, incluso, llevaron al intento de unificar las disciplinas en la década de los 60. Este esfuerzo, realizado por Dell Hymes, no dio los frutos esperados puesto que siguen siendo instancias separadas. La sociología lingüística de Basil Bernstein y su concepto de código, el folklore, la sociolingüística interaccional y comparativa, los estudios de Labov y Goffman así como la etnometodología muestran todos puntos de contacto. Sin embargo, grandes diferencias se encuentran tanto en los métodos como en los temas. Los sociolingüistas están interesados en los cambios en el lenguaje y entablan relaciones con la lingüística de tipo chomskiana y su interés en la competencia. También les interesa el concepto de comunidad lingüística. Pero, lo más importante es que la antropología lingüística trabaja centrada en la cultura.

Una vez que se han expuesto en esta sección algunos temas acerca del lenguaje, tanto de acuerdo con lo que la filosofía ha estudiado a su respecto como a la antropología lingüística, me dedicaré en el siguiente apartado a analizar una investigación realizada con este último marco teórico. En ella se observará qué tiene para ofrecer la antropología lingüística en el estudio de problemas jurídicos.

## II. ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CON UN MARCO TEÓRICO ANTROPOLÓGICO/LINGÜÍSTICO: UN ESTUDIO SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESTADOS UNIDOS

La antropología lingüística y la sociolingüística han hecho numerosos aportes al estudio del lenguaje en contextos jurídicos. Su interés por lo

considerar al lenguaje como una ventana para asomarse a cuestiones sociales. En este sentido menciona el clásico trabajo de William Labov sobre variaciones de pronunciación de los neoyorkinos. MERTZ, Elizabeth, "Language, Law and Social Meanings: Linguistic/Anthropological Contributions to the Study of Law", en *Law & Society Review*, vol. 26, nro. 2, pp. 949-952.

que sucede en el día a día en diversos escenarios, como juicios u oficinas de abogados, muestran la importancia de estudiar el lenguaje no en un sentido abstracto, o asumiendo que es un mero reflejo de la estructura social, sino como un producto que está en constante construcción y que, por tanto, deja siempre espacio para lo que se denomina “creatividad lingüística” y también para la resistencia.<sup>36</sup> Quizás en el mundo de habla hispana, y específicamente en el ámbito jurídico, el trabajo más conocido sea el de Pierre Bourdieu, *Elementos para una sociología del campo jurídico*.<sup>37</sup> Aquí refiere al derecho como campo y hace uso del análisis lingüístico mostrando cómo el empleo del lenguaje legal tiene específicos efectos de reafirmación de la autonomía relativa del campo jurídico.

El trabajo sobre el que tratará este apartado es un ejemplo de los aportes distintivos que puede hacer la antropología lingüística respecto de un tema jurídico. En este caso se trata de una investigación sobre la educación legal universitaria en los Estados Unidos realizada por Elizabeth Mertz, antropóloga lingüística pero también abogada. Si bien la educación legal es un tema de estudio largamente tratado en ese país, la forma en que realizó la investigación fue única respecto tanto del método utilizado como de la cantidad de casos comprendidos. En su investigación abarcó ocho facultades de Derecho que se distinguen por ser de tres clases: de élite (tres de las estudiadas), de reputación regional (dos) y local, dirigidas a estudiantes que trabajan. Para realizar su estudio sobre el lenguaje legal que se enseña en ellas, recortó su objeto seleccionando las clases de Contratos, que se dictan en el primer año de la carrera. Armó un equipo de investigadores que observó, grabó y tomó notas de todas las clases del cuatrimestre mientras las grababa. Luego analizaron cuantitativa y cualitativamente el material relevado y completaron la investigación con entrevistas a algunos profesores y grupos focales de estudiantes. Su marco teórico estuvo compuesto por las

<sup>36</sup> En este sentido, se puede ver el artículo de MERTZ, E., *op. cit.* En esta cita un gran número de trabajos realizados con esta perspectiva. Además allí analiza en profundidad dos: *Lenguaje y discurso legal: justicia y revancha entre los trabajadores americanos*, de Sally Engle Merry, y *Reglas versus relaciones humanas: etnografía del discurso legal*, de John M. Conley y William M. O’Barr.

<sup>37</sup> BOURDIEU, Pierre y Gunther TEUBNER, *Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá, Uniandes, 2000.

herramientas más novedosas de la antropología lingüística a las que sumó los aportes de la sociolingüística, la teoría social y la teoría legal.

Yovel, en el trabajo que se revisó en la primera sección, sostiene que hay dos maneras típicas de entender el entrenamiento legal. Por una parte, considerar al derecho como una disciplina, un cuerpo de conocimientos que deben ser manejados con maestría: reglas, precedentes, argumentos filosóficos y de políticas públicas. Por la otra, la idea de que la enseñanza del derecho es la iniciación en una cultura lingüística compleja, en la que las formas de la visión anterior no serían ofrecidas porque son la esencia del derecho sino por ser las que constituyen el núcleo de la cultura legal.<sup>38</sup> Mertz utiliza esta segunda manera de aproximarse al derecho y a su enseñanza:

Si los estudiantes que ingresan a Medicina tienen que enfrentar el resquebrajamiento de las creencias cotidianas sobre el cuerpo, su materialidad y la muerte, los estudiantes que ingresan a Derecho soportan una ruptura lingüística, un cambio en cómo conciben y usan el lenguaje. La transición, por supuesto, es marcada y realizada por medio del lenguaje, el lenguaje de la facultad de Derecho. Como en otras formas de socialización lingüística, nuevos conceptos de moralidad y de la persona humana están implicados sutilmente en este cambio hacia nuevos usos del lenguaje.<sup>39</sup>

En el siguiente subapartado voy a tratar algunos aspectos de esta investigación señalando tanto cuestiones que tienen que ver con los conceptos teóricos utilizados, que se observaron en la anterior sección de este trabajo, como respecto de los hallazgos empíricos.

#### **A. LA EPISTEMOLOGÍA LEGAL QUE TRANSMITEN LAS FACULTADES DE DERECHO**

Hay tres aspectos centrales de esta investigación que fueron mencionados en la sección dedicada a la antropología lingüística: la importancia del contexto para construir el significado, la pragmática y la ideología lingüística. En este orden de cosas, lo primero que señala Mertz es que

<sup>38</sup> Traduje "policy arguments" como argumentos filosóficos y de políticas públicas porque es lo más parecido que encontramos en nuestro ámbito jurídico.

<sup>39</sup> MERTZ, *Learning to think...*, op. cit., p. 22.

los estudiantes son socializados en una nueva ideología lingüística, la del lenguaje legal, que implica una nueva forma de acercarse al conflicto humano y su contexto social. Para ver cómo esto sucede, un aspecto al que prestaron especial atención fue a la repetición de parte de las respuestas de los estudiantes en los discursos de los profesores. Lo que surge del patrón de interacciones lingüísticas es que los profesores apenas toman lo que contestan los estudiantes. De esta forma, explica Mertz, el profesor ilumina sutilmente aspectos del caso, enseña a leer y a hablar como un abogado, centrándose en cuestiones como quién dictó la sentencia, qué dijo la corte de apelación y por medio de qué recurso se logró el resultado además de la aplicación de categorías legales. El género narrativo, con foco en los personajes, la atención a la historia y sus matices dramáticos son silenciados e ignorados en la interacción lingüística. Al no tomar las respuestas de los estudiantes, los profesores enseñan a leer los casos de una nueva manera: la legal.

Otro aspecto común de la interacción lingüística entre docentes y estudiantes es el uso del discurso indirecto. Este recurso es utilizado por los profesores, y luego por los estudiantes, para actuar como animadores de diálogos pretéritos entre las partes de un caso. Lo interesante es observar qué transmite este recurso. Por una parte, señala la autora, los profesores y alumnos utilizan argumentos de tipo legal en estos discursos indirectos, como si las partes realmente tomaran estas cuestiones en cuenta. De tal forma, se dejan de lado aspectos sociales y existenciales remarcando solo los legales. Pero, y más importante y conectado con esto último, profesores y estudiantes son animadores aunque también autores de estos discursos. De manera sutil ponen en boca de las partes palabras que no han dicho dando primacía e independencia a los abogados, y jueces, para traducir y orientar los conflictos.

Finalmente, una interesante característica común de todas las clases es la diferencia entre la estrictez con que se leen los casos, la atención puntillosa que se pone a las categorías legales en contraposición con la discusión relajada y poco técnica del contexto social, las implicancias morales y otros aspectos "no legales" del caso. Así, la falta de evidencia, y la ausencia de discusión sobre cómo tratar estos aspectos "no legales" de manera sistemática y profesional, forman parte de la pedagogía legal que se transmite a través de la específica ideología lingüística.

Mertz resume en siete puntos los hallazgos de su trabajo. Me gustaría tomar los primeros cuatro, que marcan lo común a todas las facultades, y pasar luego a las diferencias. Los primeros tres refieren a la manera de acercarse al mundo, a los conflictos y la forma en que esto se logra:

1. Hay una aproximación central al mundo y al conflicto humano que es perpetuada por el lenguaje legal americano. Esta visión jurídica central o predominante del mundo y del conflicto humano tiende a focalizarse en la forma, la autoridad y en los contextos lingüístico-legales en vez de en el contenido, la moralidad y los contextos sociales...
2. Esta cosmovisión legal y el lenguaje en que se expresa es impartida en todas las clases observadas, en gran parte por medio de la reorientación del modo en que los estudiantes se aproximan a los textos legales. Esta reorientación se basa de manera crucial en sutiles cambios de la ideología lingüística...
3. Aunque aparentemente neutral en su forma, de hecho el filtrado a través de la estructura del lenguaje legal que se enseña a los estudiantes no es neutral. El entrenamiento legal aleja la atención de los estudiantes de una visión sistemática o comprensiva del contexto social y su especificidad. En lugar de prestar atención a lo social, los estudiantes son urgidos a focalizarse en categorías abstractas y en contextos legales, reflejando un modelo de justicia particularmente orientado por una cultura específica. Un aspecto de este modelo es la idea de que la justicia va a emerger de un proceso que es fuertemente dependiente de un intercambio lingüístico o duelo, que se mueve entre dos posiciones.

Estas características del lenguaje legal tienen un doble filo según la autora. Por una parte, habilitan un pensamiento desapasionado que permite tomar en consideración cuestiones que hubieran sido dejadas de lado de otra forma, a la vez que habilita un tratamiento igualitario de las partes involucradas. Pero, en su abstracción, termina olvidando, o tapando, aspectos contextuales importantes para lograr una solución justa. Para remarcar este doble filo utiliza una herramienta conceptual antropológica que explica el fenómeno de la "invisibilidad cultural/dominación". Este fenómeno se observa cada vez que aspectos de la realidad,

problemas de determinados grupos o sus puntos de vista son silenciados. De esta forma, dominan el campo en cuestión los temas de quienes detentan el poder. Por supuesto, esto se hace bajo una aparente neutralidad, en este caso, la neutralidad provista por el lenguaje legal.

La invisibilidad cultural y el problema de la dominación son el puente de ingreso a las diferencias halladas en el estudio. Estas forman dos de los últimos tres puntos enumerados por la autora en su síntesis de la investigación. En este caso, la primera diferencia encontrada es la participación de los alumnos, medida a través de las veces que voluntariamente participan del diálogo y por la duración de esta, según su género o raza. En este orden de cosas, tanto las mujeres como los estudiantes que no son blancos tienen índices menores de participación. La excepción la constituyen los dos cursos enseñados por profesoras mujeres en que las estudiantes alcanzaron índices similares a sus compañeros varones. Y, respecto de los estudiantes pertenecientes a minorías, sólo alcanzaron un mayor grado de participación en los casos en que los profesores eran varones afroamericanos o en que se utilizó el método socrático en versión moderada.<sup>40</sup>

La segunda diferencia es el método utilizado en las clases. La autora muestra cómo influye el hecho de que el curso se dicte en una escuela de élite o en una escuela de reputación local. Son las primeras las que hacen más énfasis en la teoría jurídica y en discusiones sobre aspectos filosóficos. Los profesores entrevistados, pertenecientes a las escuelas de menor prestigio, alegaron que no podían hacerles perder el tiempo a sus estudiantes y debían enseñar lo “verdaderamente importante”.

Por último, Mertz considera que el “doble filo que tienen el lenguaje legal y la epistemología jurídica es el reflejo del ‘doble filo’ del sistema capitalista local”. Este aspecto de su análisis lo hace con otras herramientas, las de la teoría social y legal, aunque sin abandonar completamente

<sup>40</sup> En el marco de este trabajo no puedo entrar en el detallado análisis de cruce de variables que utilizó la autora para mostrar las relaciones entre distintos factores: género, raza, tipo de facultad, tipo de método utilizado, cantidad de varones, mujeres y miembros de minorías en cada curso. Asimismo, tampoco puedo introducir toda la discusión que hace respecto del método socrático y cuál es el método que se aplicó en los casos estudiados. No obstante, espero haber remarcado lo suficiente el altísimo grado de detalle con que se abarca el objeto de estudio seleccionado.



la antropología. Para Mertz, las pretensiones democráticas del capitalismo necesitan, para su realización, de la abstracción. Y es esta abstracción la que genera el doble filo al habilitar la democracia escondiendo, a su vez, las diferencias. La abstracción permite eliminar los sesgos pero genera otro por el efecto de invisibilización/dominación. Este aspecto de su investigación forma parte de un capítulo final que ofrece una valoración sobre la descripción realizada. Al no ser objeto específico de este trabajo, dejaré de lado la profundización de esta dimensión. Sin embargo, la diferencia entre las dos aproximaciones del fenómeno que analizo me permite abordar las conclusiones a partir de las fortalezas de los estudios empíricos sobre el derecho.

## CONCLUSIONES

En este trabajo se ofreció un recorrido por algunas de las formas más importantes de entender el lenguaje así como la relación entre estas y los estudios jurídicos. En primer lugar, se observó cómo la filosofía hizo sus aportes para iluminar, y perfeccionar, la función de representación, considerada central por mucho tiempo. Ligado a este entendimiento aparece el positivismo jurídico pero, de manera indirecta, también los ius-naturalismos. Luego, la aparición del giro lingüístico y el aporte de Austin generaron un resquebrajamiento del paradigma representacionista dando lugar al estudio de otras funciones como la persuasión y la performatividad. Las teorías del derecho como argumentación y la escuela crítica receptaron estas perspectivas en sus investigaciones. A su vez, las investigaciones centradas en la pragmática y la antropología lingüística, así como la sociolingüística, permitieron explorar aspectos tomados por conocidos o directamente ignorados por los enfoques anteriores. En este orden de cosas, se analizó cómo la educación legal puede ser tratada bajo esta óptica. Se eligió la obra de Elizabeth Mertz para mostrar cómo pensar al derecho desde otra perspectiva: como una particular cultura que se aprende por medio de la enseñanza de un lenguaje que, a su vez, implica una determinada manera de pensar. Es interesante notar que a través de esta manera de estudiar este fenómeno, es posible alejarse de discusiones propias de los estudios de la enseñanza jurídica que suelen hacer foco en el contenido o currículum y la pedagogía.



Esta nueva forma de analizar la educación jurídica fue posible gracias a la opción por una clase de estudios que, en el campo del derecho, son los menos frecuentes. Se trata de investigar con el objetivo de describir, explicar o comprender el fenómeno. En este sentido, este tipo de trabajos no aporta soluciones interpretativas, no ofrece valoraciones éticas ni se propone como fin principal persuadir respecto de un curso de acción. Su objetivo es más modesto y, quizás, menos reconfortante: se trata de saber qué es lo que sucede respecto de un determinado fenómeno en particular. En este orden de cosas, entonces, guardo el anhelo de que trabajos como este, que presentan un panorama sobre formas de entender el lenguaje y el impacto que tienen en los modos de estudiar fenómenos jurídicos, sean útiles para inspirar más líneas de investigación en el campo jurídico local respecto de cómo funciona el lenguaje legal, qué efectos produce y cómo construye la realidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACERO, Juan José, *Filosofía del lenguaje I. Semántica*, ed. Juan José Acero, Madrid, Trotta, 1998.
- ACERO, Juan José, Eduardo BUSTOS y Daniel QUESADA, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, Madrid, Teorema, 2001.
- AHEARN, Laura, *Living Languages. An Introduction to Linguistic Anthropology*, Singapur, Wiley-Blackwell, 2012.
- BLASCO, Joseph, Tobies GRIMALTOS y Dora SÁNCHEZ, *Signo y pensamiento*, Barcelona, Ariel, 1999.
- BOURDIEU, Pierre, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en BOURDIEU, Pierre y Gunther TEUBNER, *La fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- BONNIN, Juan Eduardo, "Análisis del discurso" [en línea] <<http://www.fel-semiotica.org/site/wp-content/uploads/2014/10/Bonnin-Juan-Eduardo-An%C3%A1lisis-del-discurso.pdf>> [Visitado el 18 de marzo del 2015].
- CÁRCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas postpositivistas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- DURANTI, Alessandro, "Lengua como cultura en la antropología norteamericana. Tres paradigmas" [en línea] <<http://www.sscnet.ucla.edu/antrho/faculty/duranti/reprints/lenguacultura.pdf>> [Visitado el 10 de marzo de 2012].
- *Linguistic Anthropology*, Nueva York, Cambridge University Press, 1997.

- KOTTAK, Conrad, *Antropología cultural*, Madrid, MacGraw-Hill, 2006.
- LULO, Jorge, "La vía hermenéutica: las ciencias sociales entre la epistemología y la ontología", en SCHUSTER, Félix (comp.), *Filosofía y métodos de las ciencias sociales*, Buenos Aires, Manantiales, 2002.
- MERTZ, Elizabeth, "Language, law and social meanings: linguistic/anthropological contributions to the study of law", en *Law & Society Review*, vol. 26, nro. 2, 1992, pp. 949-952.
- *The language of the law school. Learning to think like a lawyer*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- NAISHTAT, Francisco, "Los 'giros' filosóficos y su impronta metafilosófica", en *Filosofía de la filosofía*, ed. de Óscar Nudler, Madrid, Trotta, 2012.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- ROWLANDS, Mark, *Can animals be moral?*, New York, Oxford University Press, 2012.
- *El filósofo y el lobo*, Buenos Aires, Seix Barral, 2009.
- SCAVINO, Dardo, *La filosofía actual. Pensar sin certezas*, Buenos Aires, Paidós, 2010.
- TAYLOR, C. C. W. y Mi-Kyoung LEE, "The Sophists", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.) [en línea] <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/sophists/>> [Visitado el 10 de marzo del 2013].
- VEGA REÑÓN, Luis y Paula OLMOS GÓMEZ, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011.
- YOVEL, Jonathan, "Rights and Rites: Initiation, Language and Performance in Law and Legal Education" [en línea] <<http://agora.stanford.edu/agora/volume2/yovel.shtml>> [Visitado el 8 de noviembre de 2013].

Fecha de recepción: 15-12-2015.

Fecha de aceptación: 30-5-2016.

Actualidad  
universitaria



## En pos de aunar teoría y práctica

### *Una experiencia alternativa a la tradicional clase teórica expositiva*

EDUARDO ADOLFO DÍAZ<sup>1</sup>

Los legisladores, los jueces, los  
abogados *usan* normas jurídicas.  
Los profesores *hablan* de ellas.<sup>2</sup>

#### RESUMEN

Lo que los abogados esencialmente hacen en su vida profesional es resolver casos o problemas concretos (aplicación del derecho a determinados hechos para definir cursos de acción) y discursar (expresar con palabras la solución mental del caso o problema). Estas competencias conforman la práctica cuya enseñanza-aprendizaje debe incentivarse en las facultades de Derecho. Y puede hacerse juntamente con la teoría de cada asignatura, a lo largo de toda la carrera universitaria, pues teoría y práctica son “dos caras de la misma moneda”. Para ello, han de cambiarse los tradicionales roles de docente y alumnos, y dar entrada a métodos distintos a la tradicional clase teórica expositiva. La experiencia que describo en este trabajo es una muestra de dicha factibilidad.

#### PALABRAS CLAVE

Teoría y práctica - Contenidos - Roles - Métodos - *Problem method*.

<sup>1</sup> Abogado. Profesor regular adjunto de la asignatura Práctica Profesional, Facultad de Derecho, UBA.

<sup>2</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 28.

## After combining theory and practice

### *An alternative to the traditional exhibition experience lecture*

#### ABSTRACT

Essentially what lawyers do in their professional life is to solve cases or specific problems (application of the right to certain facts to define courses of action) and to speechify (verbalize mental resolution of the case). These skills make practice whose teaching and learning should be encouraged in law schools. And it can be done in conjunction with the theory of each subject throughout the entire university career, as theory and practice are “two sides of the same coin”. To do this, they have to change the traditional roles of teachers and students, and give input to methods other than the traditional exhibition lecture. The experience I describe in this paper is a sample of this feasibility.

#### KEYWORDS

Theory and practice - Contents - Roles - Methods - *Problem method*.

#### I. FACTORES DEFICITARIOS DEL PROCESO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE DEL DERECHO EN LA FACULTAD

Desde hace mucho tiempo, los distintos ámbitos educativos y profesionales vienen poniendo en tela de juicio dos aspectos principales de la enseñanza-aprendizaje del Derecho en la universidad. Por un lado, el método que impera en las aulas: la clase expositiva, también llamada “magistral”.<sup>3</sup> Por otro, referido a los conocimientos que adquiere el estudiante,

<sup>3</sup> No ahondaré sobre el punto, bastante se ha dicho sobre él. Solo recordaré, resumidamente, que en contra de la exposición unilateral del docente, y de acuerdo a cómo se presenta esta en la realidad, se sostiene, entre otras cosas: 1) implica un rol totalmente pasivo del alumno, el profesor es el protagonista del proceso; 2) el docente se dedica a dar información (datos, conceptos, etc.) más que formación y suele repetir lo que ya dicen los libros; los apuntes del profesor se transforman en apuntes del alumno sin pasar por la mente de ninguno de los dos; 3) se corresponde con una evaluación que se centra en la repetición de información aprendida “de memoria”

se critica la abundancia de los llamados “teóricos” frente a la escasez de aquellos de carácter práctico: es público y notorio que, en nuestro país, los recién egresados de las facultades de Derecho no cuentan con los saberes prácticos necesarios para encarar el ejercicio de la profesión; por ende, se necesita más y mejor formación del estudiante en esta área.<sup>4</sup>

Si bien la pedagogía propugna y ofrece alternativas a esta realidad conformada por la tradicional clase teórica expositiva a cargo del docente, estas variantes poco se ven implementadas en las aulas. Personalmente, desde que conocí estas opciones, puse en ejecución aquellas que más me convencieron. Y creo que dieron buenos resultados.

## II. FINALIDAD

La finalidad de este trabajo es describir mi experiencia, en el entendimiento de que puede aportar algo a quien esté buscando un camino alternativo a la típica clase teórica expositiva.

Si bien en la actualidad ejerzo la docencia únicamente como profesor regular adjunto en la asignatura Práctica Profesional de la Facultad de

por el alumno, única operación mental esta (memorización) que se entrena (a lo que hay que añadir que generalmente se trata de la memoria “frágil” o “de corto plazo”, aquella que declina al poco tiempo). A su favor: 1) económica: pueden transmitirse muchos contenidos en poco tiempo y a muchos alumnos; 2) recomendable cuando se trata de un saber que no se puede adquirir de otras fuentes, v. gr., cuestión novedosa, postura particular del profesor, o cuando hay dificultades de comprensión del tema, o se trata de establecer un panorama introductorio, un repaso general, establecer conclusiones; 3) si se pone en práctica en su modalidad “dialogada”, fomenta la participación estudiantil. En conclusión, no se trata de erradicar a la clase expositiva como método de enseñanza, sino de ponerla en su justa medida, la cual, a mi modo de ver, no debería ser para nada amplia, sino más bien acotada. Parfraseando a Ken Bain, tomarla como un elemento más de un entorno de aprendizaje pero no ser la experiencia completa.

<sup>4</sup> Entiendo superado el antiguo dilema de si es la universidad el ámbito propicio para impartir-adquirir conocimientos prácticos o si a ella solo le incumbe la teoría científica, pues, de hecho, en nuestro país, son las altas casas de estudio quienes han asumido este compromiso, y así lo manifiestan en sus respectivos planes de estudios. A más abundar, el solo título universitario habilita a ejercer la profesión (previo trámite administrativo de colegiación), por lo tanto, no hay otra instancia que la universitaria para adquirir los saberes teóricos y prácticos necesarios a tal fin; el Estado, al otorgar esta posibilidad de ejercicio inmediato, da por sentado que el joven profesional egresa preparado para ello.

Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante varios años también lo hice como profesor titular o asociado de las materias “teóricas” Derecho Procesal Civil y Teoría General del Proceso, en diversas universidades (UADE, UCALP, IUPFA, Maimónides). El modelo de esta propuesta de enseñanza-aprendizaje es el que desarrollé en estas dos últimas disciplinas, específicamente el de la materia Derecho Procesal Civil en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE).

Entiendo que la metodología que describiré no es exclusiva para la asignatura Derecho Procesal, sino que vale para diversas materias de la carrera de Abogacía, entre ellas, las comúnmente denominadas “codificadas”: Derecho Civil, Comercial, Penal, del Trabajo, Administrativo, Constitucional.

### III. DESCRIPCIÓN DEL CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

Dímelo y lo olvidaré.  
Muéstrame y lo recordaré.  
Déjame hacerlo y lo comprenderé.<sup>5</sup>

Anticipo el núcleo, lo central, del curso: se aúnan la teoría y la práctica que califico de “esencial” (resolver casos y discursar). Los alumnos tienen el primer contacto con la teoría directamente de los textos, no de la exposición del docente, y con dicho material resuelven casos o problemas propios de la disciplina, lo que los lleva a desempeñarse “como si fueran abogados”. El eje no es tanto el enseñar sino el aprender; por ello, y para ello, se redimensionan los roles del estudiante y profesor en relación con el contexto de la enseñanza tradicional, pues el docente limita al máximo la exposición teórica unilateral y se desempeña más como guía y supervisor de un estudiante que cambia su tradicional papel pasivo de oyente de una clase magistral por una participación activa a través de distintas actividades que propone el profesor. Entre estas actividades

<sup>5</sup> Antiguo proverbio oriental. Según diferentes investigadores (Saint-Onge, Edgard Dale), las personas recuerdan aproximadamente un 10% de lo que leen, un 20% de lo que oyen, un 30% de lo que ven, un 50% de lo que ven y oyen, un 70% de lo que dicen y discuten, y un 90% de lo que practican o experimentan ([http://www.cca.org.mx/profesores/cursos/cep21/modulo\\_9/main\\_0.htm](http://www.cca.org.mx/profesores/cursos/cep21/modulo_9/main_0.htm)).



se destacan las correspondientes al denominado método del caso-problema o *problem method*. Se plasma así el “aprender haciendo” (*learning by doing*), metodología basada en la idea de que para lograr retener y dotar de utilidad a los contenidos teóricos (siempre necesarios para avanzar en el aprendizaje de cualquier área de conocimiento) es mejor experimentar con ellos: “aprender haciendo o *learn by doing* es hoy la clave del éxito”.<sup>6</sup>

#### A. GENERALIDADES

La asignatura se cursa en el primer cuatrimestre de segundo año de la carrera de Abogacía. Tiene una carga horaria de sesenta y ocho horas reloj, a razón de una reunión semanal de cuatro horas cada una.

Los requisitos para aprobar son: 1) cumplir con la asistencia estipulada por la universidad; 2) entregar no menos del 75% de los trabajos extraclase que se encomienden, y 3) obtener una nota mínima de cuatro (4) puntos en: a) las dos instancias de evaluación *parcial*, o en su recuperatorio; b) el objetivo “Participación activa y responsable”, o sea la famosa “nota conceptual” (ver infra I y J), y c) un examen *final*.

Los cursos a mi cargo, del turno mañana, inician con 30/40 alumnos cada uno, cantidad que se va reduciendo con el correr de la materia (ver infra IV), para finalizar con un promedio de 15 estudiantes por comisión.

Cuento con la asistencia de un Adjunto o Jefe de Trabajos Prácticos, quien participa en alguna actividad o momento específicos de la clase, previamente planificados. La función docente principal recae siempre sobre mi persona.

#### B. EL PERFIL DE PROFESIONAL QUE SE BUSCA. FORMACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA

Es sabido que el *qué* y el *cómo* se enseña-aprende están íntimamente relacionados con los *objetivos* del proceso educativo, y estos, a su vez, con el perfil del estudiante, futuro profesional que se busca.

Tomando como referencia la clasificación de Gordon de los modelos tradicionales de enseñanza del Derecho (1. Capacitación de aprendices

<sup>6</sup> BARRIO GALLARDO, Aurelio, “El ABP en Derecho Privado: un proyecto de innovación docente”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 13, nro. 25, p. 136.

practicantes; 2. Enseñanza del Derecho positivo; 3. Enseñar a los estudiantes a “pensar como un abogado”; 4. Educación en la “ciencia legal”),<sup>7</sup> en el curso compartimos las tres últimas, con la salvedad de que reemplazamos “pensar como un abogado” por “actuar como un abogado”, expresión esta más amplia que incluye la primera.<sup>8</sup> Dando un orden o *ranking* a estos tres modelos que seguimos, la “enseñanza del derecho” en sus diversas fuentes y el “actuar como un abogado” lo encabezan, quedando en tercer lugar la formación en la “ciencia legal” (el profesional científico, el “jurista”).

De este modo, implementamos la ponderada formación teórico-práctica del estudiante. Se entiende por “teoría” el conjunto de información propia de la disciplina, v. gr., leyes, doctrinas, jurisprudencia, principios, categorías, instituciones, sistematizaciones dogmáticas (contenidos conceptuales) y por “práctica”, las dos competencias esenciales de los abogados: la resolución de casos, problemas o asuntos concretos, y el discurso,<sup>9</sup> comunicación o expresión jurídica (contenidos procedimentales).

Esta práctica esencial, sustantiva, especialmente la de resolver casos, no es otra cosa que la aplicación de la teoría, su uso en una situación determinada, relación íntima que justifica que ambas se integren, son “dos caras de la misma moneda”.<sup>10</sup> En este sentido unificador, se ha

<sup>7</sup> GORDON, Robert W., “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, p. 91.

<sup>8</sup> “Pensar como abogado” implica un conjunto de habilidades cognitivas, v. gr., identificar las cuestiones legales y las “de hecho” de un problema, interpretar las normas jurídicas, argumentar a favor de su aplicación. “Actuar como abogado” es un concepto más amplio, pues incluye otros saberes, competencias, habilidades, v. gr., entender un expediente, asesorar, negociar y, la que más nos interesa, comunicar eficazmente a quien corresponda las soluciones pensadas a los problemas.

<sup>9</sup> La palabra *discurso* en su significado de “serie de las palabras y frases empleadas para manifestar lo que se piensa o se siente” (*Diccionario de la Real Academia Española* [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=DtpVc7a>>).

<sup>10</sup> “Que de acuerdo con los resultados del diagnóstico realizado por la Facultad de Derecho se han identificado problemas tales como los que se enumeran a continuación (...) la escasa integración entre la formación teórica y la formación práctica en las diferentes asignaturas de los distintos ciclos de formación...” (considerandos del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UBA, Resolución CS 3798/04 [en línea] <[http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras\\_grado/nuevo\\_plan.pdf](http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf)>).

dicho que “es necesaria una articulación entre teoría y práctica para movilizar todo lo que se sabe, adquirir nuevos conocimientos y originar nuevas teorías”;<sup>11</sup> que “la enseñanza práctica habrá de tener como función esencial ‘poner en movimiento’ las categorías conceptuales nucleares de la disciplina que se estudia”;<sup>12</sup> que es “necesario que el docente complemente la enseñanza de habilidades discursivas y analíticas con el abordaje crítico de la opinión doctrinaria en sus diversas variantes”;<sup>13</sup> que es imposible concebir separadamente teoría y práctica pues “se trata de un proceso único de conocimiento, enseñanza y aprendizaje”.<sup>14</sup>

Esta simultaneidad teoría-práctica favorece el “aprendizaje profundo”, que conduce a la comprensión y a la retención a largo plazo de conocimientos e información, a diferencia del aprendizaje superficial, que quedará en la memoria de corto plazo.<sup>15</sup>

Esta elección pedagógica no es discrecional, sino que se adecua a la política de la universidad en la que se imparte la materia, como debe ser, pues el docente no es una isla, está sometido al plan académico universitario.<sup>16</sup>

Una digresión importante. Muchas universidades han tomado sobre sí, como uno de los objetivos de su plan de estudios, una adecuada

<sup>11</sup> ÁGUILA CAMBEIRO, María Gabriela, “Enseñar a aprender en Derecho: la importancia de la formación docente del formador”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 24, pp. 115 y 116.

<sup>12</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Didáctica del Derecho del Trabajo. El proceso de Bolonia y la enseñanza del Derecho del Trabajo: Problema y posibilidad”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 10, nro. 19, p.76.

<sup>13</sup> LOIANNI, Adelina, “La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. Experiencias y perspectivas”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 7, nro. 13, p. 179.

<sup>14</sup> CELMAN DE ROMERO, Susana, *La tensión teoría-práctica en la educación superior* [en línea] <<http://www.fceia.unr.edu.ar/geii/maestria/2013/CelmanParte02/CELMAN%201.pdf>>.

<sup>15</sup> GARÍN, Ariel Sebastián, “Sobre el aprendizaje profundo y la investigación como método de enseñanza”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 23, pp. 193 y 194.

<sup>16</sup> En este sentido, UADE ofrece “...un plan académico que introduce al estudiante desde el primer año en la práctica profesional a través de modernas metodologías de enseñanza” [en línea] <<http://www.uade.edu.ar/facultad-de-ciencias-juridicas-y-sociales/abogacia>>.

formación teórico-práctica del estudiante.<sup>17</sup> Estas altas casas de estudios anuncian brindar esta educación mediante “modernas metodologías de enseñanza”, “modernos criterios pedagógicos”, pero en las aulas suele verse otra cosa: más de lo mismo, la tradicional clase expositiva del docente y una actitud pasiva de los estudiantes.<sup>18</sup> Y esto es así, entre otras razones, por la escasa –o nula– capacitación pedagógica de los profesores: “no nos hemos preparado realmente para serlo”,<sup>19</sup> siendo este déficit una de las “críticas más fuertes referidas a los formadores en derecho”.<sup>20</sup> Sin una formación profesional docente, se tiende a enseñar a los demás de la misma forma en que lo hicieron con uno, sin posibilidad de incorporar nuevas herramientas o enfoques pues “únicamente en la medida en que los profesionales lleguemos a conocer más sobre el trabajo que hacemos y la función que desempeñamos, estaremos en condiciones de propiciar aquel tipo de reajustes que posibiliten su mejora”.<sup>21</sup> Sin una

<sup>17</sup> Por ejemplo, Universidad de Buenos Aires, Plan de Estudios de la carrera de Abogacía, Resolución CS 3798/04: “Objetivo general de la carrera de Abogacía: La Facultad de Derecho debe tener y desarrollar un proyecto educativo que asegure que los egresados: (...) (2) obtengan una formación académica rigurosa, sobre la base de un currículum que promueva (...) (ii) las técnicas de análisis jurídico; técnicas de resolución de problemas, de negociación y resolución de conflictos; técnicas de comunicación oral y escrita; técnicas de interpretación y argumentación; técnicas de investigación social, como así también otras habilidades fundamentales que son necesarias para trabajar eficazmente en la profesión jurídica” ([en línea] <[http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras\\_grado/nuevo\\_plan.pdf](http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf)>).

<sup>18</sup> El modelo tradicional de clase expositiva teórica es más “cómodo” para el profesor, pues repetir lo que dicen los libros no requiere planificar la clase ni preparar actividades para los alumnos, en fin, el docente puede estar llegando a la facultad y decirse “¿Qué tema toca hoy? Ah, sí, demanda”, recordar un poco el libreto (que de tanto repetirlo lo sabe de memoria) y listo. Esta “comodidad” se extiende a la relación con los alumnos, en un doble sentido: uno, mantener la estructura tradicional evita el malestar que un cambio seguramente producirá en los estudiantes; el otro, al no haber prácticamente interacción en el aula se aminoran las posibilidades de que los alumnos pregunten y, con ello, puedan incomodar al docente.

<sup>19</sup> ZABALZA, Miguel Ángel, *Competencias docentes del profesorado universitario. Calidad y desarrollo profesional*, 2ª ed., Madrid, Narcea SA de Ediciones, 2006, p. 69.

<sup>20</sup> LOIANNO, Adelina, *op. cit.*, p. 172.

<sup>21</sup> ZABALZA, *op. cit.*, p. 69.

Estimo profundamente a la Carrera Docente de la Facultad de Derecho de la UBA, pues ella me inició en el proceso de “abrir la cabeza”. Luego, la constante capacitación –voluntaria– que la UADE brinda a sus profesores a través de su Departamento de

preparación apropiada del docente, el intento de abordaje de las distintas técnicas se haría “principalmente desde la improvisación”,<sup>22</sup> y “cualquier método puede ser desastroso si no se lo utiliza con conciencia”.<sup>23</sup>

### C. PRÁCTICA ESENCIAL: RESOLVER CASOS Y DISCURSEAR

Mientras que hay coincidencia sobre cuál es la teoría que ha de enseñarse-aprenderse (estos contenidos de los distintos programas de la materia son similares o idénticos, v. gr., concepto de demanda, sus requisitos, efectos), no sucede lo mismo con la práctica.

La práctica del derecho está conformada por distintas actividades, en su forma y naturaleza. Algunas son fundamentales, esenciales, sustantivas, y otras, secundarias, accesorias.<sup>24</sup> En el curso, la prioridad es para las primeras, las cuales dijimos que son, genéricamente, dos: resolución de casos o problemas y la comunicación, expresión o discurso jurídico. A la operación mental que es la solución de un caso o problema, naturalmente le sigue, en el ejercicio profesional, la comunicación de la solución pergeñada a quien corresponda (juez, cliente, contraparte, mediador), formándose así una verdadera relación simbiótica de ambas competencias.<sup>25</sup>

Coordinación de Calidad Académica me permitió incrementar mi formación pedagógica. Hoy día, esta revista *Academia* me mantiene actualizado y me hace ver que no estoy tan solo en el camino.

<sup>22</sup> LOIANNI, *op. cit.*, p. 173.

<sup>23</sup> ÁGUILA CAMBEIRO, *op. cit.*, p. 126.

<sup>24</sup> Confeccionar cédulas, sortear causas, “hacer tribunales”, son algunas de estas actividades accesorias. Son tareas más administrativas que jurídicas, y normalmente alcanza con que sean explicadas y hechas una vez, dos a lo sumo, para saberlas; es más, varias de ellas hasta podrían no enseñarse en la universidad sin correr un riesgo serio, v. gr., el sorteo de una causa: alcanza con que, en su momento, se averigüe el trámite en la oficina correspondiente. “Es una reivindicación ya ‘histórica’ de los estudiantes la de una enseñanza ‘más práctica’ [...] Está equivocado cuando por ‘práctica’ los estudiantes están pensando en los aspectos menores, más ‘de detalle’, y por tanto más variados, de las rutinas de la profesión [...] están pensando en la ‘práctica’ en el sentido trivial de ‘saber rellenar papeles’ (...) Hay que tranquilizar al estudiante: ese tipo de práctica al que se refieren se aprende en muy pocos meses, nada más comiencen a ejercer; con una o dos veces que se haga cada papel o cada trámite rutinario, ya se habrá aprendido para siempre” (PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 5, nro. 9, pp. 98 y 99).

<sup>25</sup> “Por ello, a continuación y con carácter general se enumeran algunas de las habilidades y destrezas que implica el objetivo general de la carrera (...) Conocimiento de los

La formación que ofrece el curso en estas competencias es iniciática, solo alcanza para brindar el conocimiento y manejo básicos de ellas, sin posibilidad de una mayor profundización que, suponemos, tendría que irse adquiriendo en el resto de la carrera y, luego, con el ejercicio profesional. No obstante, esta “muestra” que ofrecemos sirve ya, por sí sola, para encarar el futuro mejor preparado.

### 1. RESOLUCIÓN DE CASOS

Lo principal de la práctica letrada, cualquiera sea el ámbito o rama del derecho en el que se desempeñe, es resolver casos o problemas legales concretos.<sup>26</sup>

Un *caso* es una situación de hecho que afecta los intereses jurídicos de una o más personas y a la que el abogado debe encuadrar en el ordenamiento normativo para determinar los efectos de dicho estado de cosas, y de ello concluir el curso de acción a seguir por estos sujetos (hacer o no hacer algo) para tutelar aquellos intereses. Hay casos sustanciales (se resuelven a la luz del derecho sustancial, v. gr., Código Civil y Comercial) y casos procesales (se aplican las normas de procedimiento, v. gr., Código Procesal). Estos últimos son los propios de nuestra asignatura Derecho Procesal; he aquí un ejemplo de caso o problema fácil: “A inició juicio contra B por daños y perjuicios, que tramita ante el tribunal nro. 1. Luego de contestada la demanda, A interpone una

conceptos fundamentales del derecho para identificar un problema, un caso o situación (...) Análisis e identificación de problemas, casos reales o ficticios, situaciones. Esta habilidad implica la: identificación de la cuestión a dilucidar, así, la formulación de preguntas; propuesta de hipótesis de soluciones alternativas teniendo en cuenta el derecho positivo aplicable, fundamentación de cada una de ellas, y evaluación de las ventajas y desventajas de cada una de las posibles soluciones planteadas. Expresión en lenguaje claro y con manejo del lenguaje jurídico. Bosquejo, proyección y redacción de textos argumentativos” (...Anexo del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UBA, Resolución CS 3798/04 [en línea] <[http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras\\_grado/nuevo\\_plan.pdf](http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf)>).

<sup>26</sup> En este sentido, entre otros, GORDILLO, Agustín, *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1998, 2001, p. 23; CARRIÓ, Genaro R., *op. cit.*, p. 59; BÖHMER, Martín F., “Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 1, pp. 25 y 29.

nueva pretensión, idéntica a la anterior, que corre en el tribunal nro. 2. ¿Qué puede hacer B ante este doble requerimiento de A?".<sup>27</sup>

## 2. COMUNICACIÓN, EXPRESIÓN O DISCURSO JURÍDICO

Importa tanto saber pensar como expresar eficazmente el pensamiento. La solución del caso no queda encerrada en la mente del abogado, siempre se exterioriza, se comunica a otros sujetos, v. gr., al cliente, al tribunal, a la contraparte, y de esta manifestación dependerá, en definitiva, la suerte del asunto. La palabra, escrita u oral, es la herramienta de trabajo del abogado, no obstante lo cual:

...en las carreras de Derecho no aparecen asignaturas que aborden la problemática lingüística del discurso jurídico ni las técnicas de expresión oral y escrita, a pesar de que el lenguaje es la herramienta principal en el trabajo del abogado (...) Este aspecto tan importante para el desarrollo profesional queda relegado a las capacidades naturales de cada individuo y al bagaje de conocimientos, aptitudes y destrezas que ha adquirido en los estudios formales anteriores a su ingreso a la Universidad.<sup>28</sup>

El "saber pensar y decir el Derecho" es un conocimiento que ha de adquirirse sistemáticamente, y una de las maneras de hacerlo es aprendiendo y ejercitando la competencia en cada materia. La abogacía requiere una nueva alfabetización, no alcanza la conseguida durante los años de escuela, pues el lenguaje jurídico es especializado y, a la vez, su expresión debe reunir ciertas características para ser eficaz. Es *vox populi* en el claustro universitario que uno de los asiduos problemas que enfrentamos los docentes en los cursos es el de "qué mal hablan y escriben los estudiantes"; si esto no se corrige, se traslada luego al ejercicio profesional.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Para enriquecer el trabajo se pueden agregar otras consignas, por ejemplo: ¿dónde lo hace? ¿Cuándo? ¿Cómo? Prepare el escrito.

<sup>28</sup> ÁLVAREZ, Graciela E., "La enseñanza del discurso jurídico oral y escrito en la carrera de Abogacía", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 6, nro. 11, p. 137.

<sup>29</sup> "Digámoslo directamente: opinamos, en contra de la creencia popular, que los abogados escribimos mal (...) Coincide Chiappini, para quien 'los profesionales del derecho, salvo esas excepciones que confirman y no ponen en crisis la regla, escribimos con multitud de defectos: en orden a la sintaxis, la gramática, la semántica misma o castizo significado de las palabras, y etc. (creyendo incluso que lo más patético de

En el Derecho Procesal prevalece la expresión escrita, razón para dedicarse especialmente a ella, siendo la redacción de distintos documentos forenses (escritos, resoluciones judiciales, dictámenes, etc.) la actividad por excelencia para dicho cometido, a la cual acudimos asiduamente en el curso. Ello sin descuidar la correcta locución verbal, por ser competencia de todo abogado, y el común medio de comunicación alumnos-docente.

### 3. CONTENIDO Y MÉTODO A LA VEZ

La resolución de casos y la expresión jurídica son tanto contenidos –procedimentales– a enseñar-aprender como métodos utilizados por el docente para el aprendizaje por los alumnos de los contenidos teóricos (conceptuales) de la materia.

Concedemos el espacio necesario para la formación del estudiante en la técnica básica de resolución de casos (el tradicional razonamiento silogístico, con sus actividades de identificación de la “cuestión a resolver”, selección y prueba de los hechos conducentes, encuadre jurídico, argumentación, conclusión),<sup>30</sup> y en la técnica de la expresión (contenido y estilo, *qué* decir y *cómo* decirlo). Los alumnos adquieren del docente y de la bibliografía la información sobre cómo es el procedimiento de la técnica y esta es gradualmente ampliada y perfeccionada con el posterior uso por los estudiantes y corrección del profesor.

#### D. LA PRIMERA CLASE

La primera reunión es muy importante. Comienzo presentando la disciplina y destacando su importancia para el abogado.

todo esto suele estar, precisamente, en ese etc.). Mala cosa esa, ya que el lenguaje es nuestro instrumento’ (...) Una antigua nota periodística da cuenta de la situación: ‘Un profesor de la Universidad de Yale solía decir que solo había dos problemas con la forma en que escriben los abogados: estilo y contenido. Más allá de las bromas –que persisten desde que surgió la profesión de abogado hace cuatro siglos– el problema con la verborrea que se asocia con los documentos legales causa serios problemas’” (DÍAZ, Eduardo A., *Confeción de escritos y otras piezas procesales*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2012, pp. 132/133).

<sup>30</sup> Pero la técnica de resolución de casos no se enseña-aprende vacía de contenido axiológico, simplemente como un modo racional de hacer las cosas. El futuro letrado ha de nutrirse no solo de técnicas, sino también de valores.



Luego doy a conocer el programa, sus capítulos (“Fundamentación”, “Objetivos de enseñanza y de aprendizaje”, “Contenidos” –conceptuales, procedimentales, actitudinales–, “Estrategias de enseñanza”, “Evaluación”, “Medios y recursos”, “Bibliografía”). Cada alumno tiene un ejemplar, leemos las partes esenciales y las comentamos. Persigo con esto que no queden dudas, fijar bien en el entendimiento del alumno las características del curso, especialmente lo que se espera de ellos (“Objetivos de aprendizaje”), lo que pueden esperar del docente (“Objetivos de enseñanza”), la metodología de trabajo (“Estrategias de enseñanza”) y la modalidad de evaluación, pues ellas escapan al modelo tradicional que han vivido hasta entonces (y que posiblemente sigan experimentando en el resto de la carrera). Busco que cuenten con la mayor cantidad de elementos para decidir si quieren cursar la materia, que se den cuenta de lo que implica ese propósito, generando así una especie de compromiso del estudiante con la clase.

Pongo a disposición de los alumnos un cronograma con los contenidos conceptuales del programa que concretamente se trabajarán en cada una de las clases, dado que es materialmente imposible desarrollarlos todos en las sesiones presenciales (ver infra H).

Anoto en el pizarrón y explico las que denomino “consignas del curso”:

- Leer - Comprender - Aplicar - Discursar.
- El derecho se aprende estudiando pero se ejerce pensando (Eduardo J. Couture).
- *Sapere aude* (Atrévete a saber).

Introduzco al alumnado –ejercicio mediante– en el método o técnica de resolución de casos, pues ya para el próximo encuentro habrán de utilizarlo en una tarea extraclase. Planteado el asunto, luego de idas y vueltas, concluimos que para solucionarlo se consideran los hechos y la normativa vigente, y que de estos elementos se extrae la conclusión. Ya dimos el primer paso, conocieron y entendieron el razonamiento silogístico básico del hombre de derecho para resolver problemas jurídicos.

Finalmente, “nobleza obliga”, reconozco públicamente el esfuerzo que significará para los alumnos la modalidad del curso, pero los invito a que se permitan la experiencia de transitar este nuevo camino y sacar

sus propias conclusiones (sin guiarse por comentarios de otros), a enfrentar la incertidumbre y hasta la desazón inicial que genera la empresa pues luego se trastocará en satisfacción, y a aceptar el desafío que supone el método de “ser, hoy, como un abogado”. Que seguramente al principio no harán las cosas todo lo bien que pueden, pero será natural, lo esperable, no deben tener miedo a equivocarse, pues el sistema funciona en gran medida probando, fallando, recibiendo retroalimentación (del docente y de los pares) y volviendo a probar: “hacer” y “equivocarse” tienen que ser fuentes de aprendizaje. El esfuerzo valdrá la pena pues sacará lo mejor de cada uno y los preparará para un mejor comienzo de la futura vida profesional (ver infra IV la opinión de los alumnos al finalizar el curso).

#### E. ESTRUCTURA DE UNA CLASE ESTÁNDAR

Siguiendo el modelo sugerido por la buena didáctica, divido las clases en tres momentos o etapas: inicio o introducción, desarrollo y cierre.

La finalidad de la etapa de inicio es servir de “puente cognitivo” entre los conocimientos previos de los alumnos y los correspondientes a la clase a desarrollar, así como a despertar el interés en estos. La primera de estas metas la busco a través de actividades que materialicen *organizadores avanzados*.<sup>31</sup> La segunda meta –motivación, interés– mayormente la encamino describiéndoles a los alumnos qué utilidad tienen en la profesión los conocimientos a adquirir, con qué frecuencia, en qué casos los utilizo yo, abogado; en definitiva, trato de mostrar cuál será la utilidad futura del nuevo saber a incorporar; por ejemplo, para el tema *competencia* describo algo así: “Cada vez que debo actuar en un juicio, como actor o demandado, uno de los aspectos importantes que tengo que analizar es cuál de los miles de jueces que existen en el país es el que debe

<sup>31</sup> Los *organizadores previos* o *avanzados* son técnicas y actividades que establecen una estructura de trabajo y orientan a los estudiantes hacia el material antes de que este se les presente. Conviene utilizarlos al iniciar una clase para ayudar al estudiante a ver el panorama general, lo que va a venir, y cómo es que la información está significativamente conectada. Cumplen tres propósitos: dirigir la atención a lo que es importante, destacar las relaciones entre las ideas, recordar la información relevante que ya se posee. Confección de mapas conceptuales, preguntas del profesor, repaso de temas de clases anteriores, presentación de los temas del día, son algunas de las actividades que los materializan.

intervenir, es decir, el juez competente. Si me equivoco, y presento la demanda ante juez incompetente o no planteo la excepción de incompetencia, mi cliente habrá perdido tiempo, dinero y quizá su derecho, y el único responsable seré yo".<sup>32</sup>

La etapa de desarrollo insume la mayor cantidad de tiempo, y en ella se despliegan las actividades diseñadas para abordar los contenidos del día. En los siguientes acápite describo este segmento de la clase.

El cierre de la clase lo utilizo para establecer conclusiones, hacer una síntesis de lo aprendido, y anticipar los contenidos y tarea de la próxima clase.

#### F. *CONSIGNA DEL CURSO: LEER, COMPRENDER, APLICAR, DISCURSEAR*

El método clásico de enseñanza-aprendizaje en las Facultades de Derecho de nuestro país ya sabemos cuál es: el alumno concurre a clase sin conocer los contenidos a desarrollar ese día y recién toma contacto con ellos a través de la exposición del docente (quien suele repetir lo que ya está escrito en los libros), monólogo del cual aquel toma nota. Así transcurre mayormente la jornada, un auditorio pasivo que escucha la "verdad consagrada" a través del discurso del autorizado a difundirla. Un par de días antes de la evaluación, el educando memoriza el material recolectado en el cuaderno o, a lo sumo, en una "guía de estudio", y lo repite en el examen, pues en ello consiste la estimación del conocimiento del alumno: si recuerda la información recibida.

Pues bien, aquí damos un giro de 180 grados al asunto. Vimos que junto al programa de la materia, el alumno tiene un cronograma que muestra los contenidos conceptuales -teóricos- que serán abordados en cada clase en el aula. Es carga del educando estudiar esos contenidos con antelación a la clase respectiva, por sí mismo, directamente de la bibliografía, por dos principales motivos: 1) ha de realizar un trabajo escrito de aplicación de dichos conocimientos en el marco de una situación concreta, tarea extraclase que llevará hecha a la sesión en la que se tratará el tema

<sup>32</sup> "La mejor manera de despertar el interés de los estudiantes por los contenidos que se enseñan, así como de favorecer una comprensión profunda de su sentido, es poniendo siempre de manifiesto el 'valor de uso' que los mismos tienen. Es decir, destacando su utilidad para enfocar adecuadamente los problemas que plantea la aplicación práctica de la disciplina y resolverlos de manera eficaz..." (SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, p. 119).

correspondiente. Esta tarea generalmente consiste en solucionar un caso o problema propio de un proceso judicial desde la perspectiva del juez o del abogado litigante, método denominado caso-problema o *problem method* (ver infra G); 2) luego, en el aula, la clase girará –principal aunque no exclusivamente– en torno al discurso de los alumnos –guiados por el docente– sobre cómo realizaron la tarea extraclase, a solventar las dudas que esta y los contenidos conceptuales les generaron, y a realizar, en el momento, otras actividades de utilización de los conocimientos conceptuales.<sup>33</sup> En cuanto a la evaluación, lejos de ser meramente memorística y repetitiva, es coherente con el método del curso (ver infra J).

Al inicio, este sistema, por novedoso, atípico, genera incertidumbre y hasta cierto temor en el alumno, pues debe por él mismo estudiar y entender mínimamente los contenidos teóricos (hasta ahora, los docentes le habían dado “todo masticado” mediante clases expositivas), para luego aplicarlos “pensando” cómo resolver un problema concreto. Pero justamente en esta aparente desventaja está una de las virtudes del método: fuerza al lector a tratar de comprender lo que lee (no sólo “copiar lo que dice el profesor”), entendimiento y posterior uso que implican operaciones mentales que no ocurren con el tradicional modelo *escuchar, anotar, memorizar, repetir*. Desde ya que el docente está siempre listo a ayudar, no solo durante el horario de clase, sino fuera de él, a través de los distintos medios de comunicación, colaboración que no consistirá en “dar la respuesta”, sino en brindar alguna guía para que el estudiante supere el escollo y pueda seguir el camino.

#### **G. MÉTODO PREVALENTE: EL CASO-PROBLEMA. EL ALUMNO “COMO SI FUERA ABOGADO”**

Como “cambiar de actividad es, casi siempre, un estímulo a la motivación y ofrece la posibilidad de introducir nuevas demandas cognitivas

<sup>33</sup> “En este método [se refiere al método de casos], el alumno primeramente debe estudiar la bibliografía indicada, luego el docente plantea casos prácticos, y finalmente el docente se encarga de aclarar dudas y realizar correcciones y/o propuestas, en base a lo generado por el estudiante” (BAS VILIZZIO, Magdalena y Daniela GUERRA BASEDAS, “Desarrollo del aprendizaje significativo como base para el ejercicio profesional universitario”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 10, nro. 20, p. 207).

a los alumnos”,<sup>34</sup> la enseñanza y aprendizaje se desarrollan mediante distintas técnicas y actividades que dan prioridad a la participación activa del alumno por sobre el monólogo del profesor, v. gr., debate, pequeño grupo de discusión, torbellino de ideas, diálogo socrático, análisis y redacción de instrumentos procesales, simulaciones, exposición dialogada.<sup>35</sup>

En esta variedad, le concedo un lugar especial al método de casos. Sus dos variantes clásicas son el denominado *case method* (análisis de fallos por el método socrático) y el caso-problema o *problem method*, en el que el estudiante se enfrenta a casos que presentan uno o más problemas significativos (similares a los reales), que pueden darse en el contexto de un pleito, negociación, mediación, planificación, etc., y a los que debe buscarles una o varias soluciones desde la perspectiva de juez, abogado litigante, legislador, asesor, etc.<sup>36</sup> En el curso prevalece el segundo, enfocado al marco de un proceso judicial y desde el lugar de sus principales operadores: juez o abogado litigante. El procedimiento de solución del caso suele rematar con la confección de la pieza procesal (resolución judicial o escrito) que expresa dicha conclusión, como *producto* de la actividad.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> ZABALZA, *op. cit.*, p. 112.

<sup>35</sup> “Que de acuerdo con los resultados del diagnóstico realizado por la Facultad de Derecho se han identificado problemas tales como los que se enumeran a continuación: (...) la poca presencia de estrategias de enseñanza que fomenten una participación activa de los estudiantes y un trabajo de programación y coordinación de las actividades de aprendizaje por parte de los profesores, tales como talleres de jurisprudencia, *moot courts*, clínicas, ejercicios, entre otras posibilidades...” (Considerandos del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UBA, Resolución CS 3798/04 [en línea] <[http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras\\_grado/nuevo\\_plan.pdf](http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf)>).

<sup>36</sup> CLÉRICO, Laura, “Notas sobre los libros de ‘casos’ reconsiderados en el contexto del ‘método de casos’”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2, p. 30.

<sup>37</sup> “Un asunto interesante relativo a las tareas es concebirlas como un proceso cerrado y con sentido. Esto es, algo que se plantea con unos objetivos (que quedan claros para quien ha de desarrollar la tarea, de ahí la importancia de las *consignas*), que tiene un desarrollo y que concluye con un producto. Se diría que este tipo de procesos produce una mayor satisfacción intelectual y un tipo de aprendizaje más efectivo que aquellos otros en que al final uno no llega a nada tangible y objetivo, algo que quede como testimonio de la actividad realizada” (ZABALZA, *op. cit.*, p. 113).

Al resolver casos (analizar hechos y aplicar el derecho) y al discursar las soluciones (exponiéndolas en clase o confeccionando un escrito o resolución judicial), el alumno ya obra “como si fuera abogado”, lo que le trae aparejadas, entre otras, las siguientes ventajas: 1) usa las normas (no sólo habla de ellas), esto da sentido al conocimiento; 2) piensa, razona, lo que implica poner en juego capacidades mentales distintas a la memoria (interpreta, relaciona, identifica, clasifica, ordena, compara, prioriza, deduce, induce, etc.), una de las condiciones para el *aprendizaje profundo*; 3) le servirá cualquiera sea la rama (civil, comercial, etc.), ámbito del derecho (litigante, juez, asesor, negociador, etc.) o época en que ejerza la profesión, pues resolver casos y expresarse bien son competencias universales y perennes del abogado;<sup>38</sup> 4) lo acostumbra a tomar decisiones, pues ha de elegir, entre varias, la que considere mejor solución al problema, y algo se “está jugando” en ello el alumno (aunque más no sea la aprobación o no de la materia), situación esta límite, crucial para él, la cual al menos un poco se asemeja a lo que en este aspecto vivirá en el futuro;<sup>39</sup> 5) en definitiva, acerca al estudiante al desempeño de la profesión.

Los casos a resolver como tarea “extraclase” suelen ser más extensos que los que se realizan en el aula, pero todos, en general, son de bajo/mediano grado de dificultad atendiendo a que es la primera vez que los alumnos participan del método y a que un cuatrimestre no es suficiente tiempo para profundizar demasiado en él. Fomento (no exijo) el trabajo grupal en la fase de análisis y decisión del caso, pues la interacción entre pares es nutritiva para el aprendizaje; pero la instancia de redacción y/o

<sup>38</sup> “Así, se trata de que el alumno adquiera conocimientos conceptuales e informativos que le permitan formar una base de conocimientos sistemática y coherente y, a su vez, desarrollar habilidades y destrezas (competencias), en tanto el material normativo e incluso los hechos cambian. Sin embargo, las habilidades y destrezas que implican los procedimientos para trabajar con ese material cambiante perduran y su adquisición no puede ser dejada librada a ‘los golpes’ que el recientemente graduado adquiera como fruto del ensayo y error” (Anexo del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UBA, Resolución CS 3798/04 [en línea] <[http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras\\_grado/nuevo\\_plan.pdf](http://www.derecho.uba.ar/academica/carreras_grado/nuevo_plan.pdf)>).

<sup>39</sup> Tomar decisiones es, en la vida del abogado, una de las actitudes clave, pues se relaciona directamente con la obtención del resultado buscado (los intereses del cliente) y con la responsabilidad profesional.

exposición oral es siempre individual, porque a escribir y a hablar se aprende escribiendo y hablando, y esto no sucedería si, por ejemplo, un solo sujeto del conjunto se encarga de la redacción (como es habitual en el trabajo de grupo). Los alumnos deben llevar al aula dos ejemplares del trabajo extraclase: uno, para entregar; el otro, para que hagan en él anotaciones de autocorrección durante la interacción con el profesor, que se produce –a modo de devolución general de la tarea– en la etapa de desarrollo de la clase (ver próximo apartado H). Los casos que el docente formula durante la clase pueden consistir en variantes del caso extraclase, al que se le modifica algún dato (sobre todo de los *hechos* del problema), para que el alumno pueda así advertir la importancia de analizar bien, con detenimiento, el elemento fáctico del asunto que tiene ante sí, pues su modificación puede llevar a una solución totalmente distinta a la original. Para la tarea áulica pueden utilizar el Código Procesal y libros de la materia.

He aquí un modelo de caso para tratar el tema *competencia*:

José Pérez quiere iniciar juicio contra Andrés García, en el que reclamará la devolución de \$ 50.000 que aquel le dio en préstamo a este para que construyera su casa. Oportunamente firmaron un contrato, en el que el deudor se comprometió a reintegrar la suma prestada, con más sus intereses, el día 20-12-2008, pero no lo hizo. También se estipuló en el contrato que, en caso de conflicto, las partes se someterían a la competencia de los tribunales de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. Usted es el abogado de Pérez:

- a) Tome en cuenta los distintos *criterios de distribución de competencia* y determine ante qué juez presentaría la demanda. Si estima que le falta algún dato para resolver la cuestión, pregúntelo al docente por *mail*.
- b) Supongamos que la demanda fue presentada ante el juez competente por la materia, de Capital Federal. Usted es dicho juez, ¿se declararías competente o incompetente? ¿Por qué? Ver especialmente artículos 1º a 5º, CPCC.
- c) Supongamos que presentada la demanda ante el juez de Capital Federal, este (equivocado o no) la admite (es decir, *ab initio* no se declara incompetente) y le corre traslado de ella a García



(art. 338, Código Procesal Civil y Comercial). Usted es el abogado de García: ¿podría cuestionar la competencia del juez? En caso afirmativo: ¿ante cuál juez puede formular su planteo? ¿Cuál sería la vía adecuada para ello? ¿Hasta cuándo puede efectuarlo? Ver especialmente artículos 7º y subsiguientes, CPCC.

- d) Redacte el escrito correspondiente a una *declinatoria*. Para ello, tome en cuenta los modelos de escritos que lucen en el expediente y recuerde exponer los datos clave para resolver el caso que ahora documentará: los *hechos*, el *derecho* aplicable, la *conclusión* o efecto jurídico buscado (es el petitorio, lo que usted pedirá en el escrito que el juez resuelva a su favor).

#### H. *EL ROL DOCENTE*

Hay un cambio de paradigma. El docente deja de ser el centro de la clase, ya no es “el sabio en la tarima”, “el portador de la verdad” que la expone unilateralmente para que los discípulos la repitan, sino que se convierte en un supervisor, coordinador, guía o articulador del aprendizaje estudiantil, al estilo del entrenador de un equipo deportivo. El papel principal se desplaza, respecto de la clase tradicional, significativamente hacia el alumno. No obstante, la labor del docente sigue siendo crucial, pero distinta a la acostumbrada: “El docente debe entenderse a sí mismo como orientador, moderador, guía, facilitador, potencializador, no como dueño hegemónico del conocimiento”.<sup>40</sup> Como afirma Finkel: “En lugar del docente ‘con la boca abierta’ prefiero la ‘enseñanza silenciosa’ mediante la cual el profesor crea las circunstancias que conducen al aprendizaje relevante, comprensivo, crítico, duradero: hay que dejar que *hablen los libros, hablen los estudiantes, hable la escritura*”.<sup>41</sup>

Me preocupa especialmente de escoger cuáles serán los contenidos conceptuales del programa que abordaremos en el aula (sobre los que girarán las actividades y que se vuelcan al cronograma), dado que es

<sup>40</sup> GOYES MORENO, Isabel, “Competencias pedagógicas para la formación jurídica por competencias”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, nro. 21, p. 114.

<sup>41</sup> FINKEL, Don, *Dar clase con la boca cerrada*, Valencia, Universitat de Valencia Servei de Publicacions, 2008, cit. por ARGENTI, Natalia Lorena, “En busca de la clase ideal”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, nro. 22, p. 161.



materialmente imposible desarrollarlos todos, con la profundidad que requiere su comprensión, en las sesiones presenciales. Elijo aquellos de manifiesta utilidad por ser los estructurales de la materia, v. gr., competencia, pretensión, recursos, y los más utilizados en el ejercicio profesional, v. gr., prefiero los recursos ordinarios a los extraordinarios. Es una manera de romper el “encefalograma plano” de los contenidos conceptuales del programa, donde todos figuran con la misma relevancia.<sup>42</sup>

Pongo especial atención en construir casos eficaces para que los alumnos resuelvan y trato de que sean significativos (similares a los reales), completos (tengan los datos necesarios para cumplir adecuadamente las consignas de trabajo), abarcadores (que contemplen más de un contenido), equilibrados (ni muy fáciles ni muy difíciles de resolver), maleables (que se les pueda introducir cambios sin desnaturalizarlos). Intento así “implicar a los estudiantes en actividades con sentido, basadas en la recreación de situaciones y contextos reales”.<sup>43</sup>

En el aula, priorizo escuchar a los alumnos. Elijo la interpelación como manera habitual de sacar al estudiante del silencio, de la pasividad. Suelo iniciar inquiriendo a todos, en general, cuáles fueron los principales problemas que tuvieron para realizar la tarea extraclase, lo que me ayuda a detectar tempranamente temas no comprendidos, habilidades no suficientemente desarrolladas, etc., a fin de salvar estas dificultades (en el mismo momento o en otro adecuado de la clase). Seguidamente, incentivo a los alumnos para que alguno exponga el caso objeto de la tarea extraclase: sus hechos, la cuestión a resolver y la solución pergeñada, sin leerlo de sus apuntes (este límite es muy importante).<sup>44</sup> Inicio de esta

<sup>42</sup> “La amplitud de contenidos, sobre todo si va unida a la pretensión de desarrollarlos de manera meticulosa en sesiones presenciales, conduce de forma necesaria a la saturación, la superficialidad y la asimilación mecánica, sin aplicación y sin real comprensión (PÉREZ GÓMEZ, 2008: pp. 88-89). Concentrar la atención de forma selectiva en determinados temas, considerados fundamentales, permite en cambio su desarrollo en profundidad, con la consiguiente posibilidad de contemplarlos desde diversos ángulos y perspectivas, explorar sus conexiones con la realidad y familiarizarse con los procesos de selección de la información relevante para su comprensión y las técnicas y procedimientos a utilizar para su aplicación (nuevamente, PÉREZ GÓMEZ, *loc. cit.*)” (SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, p. 110).

<sup>43</sup> SANGUINETI RAYMOND, *op. cit.*, p. 124.

<sup>44</sup> La regla “No lea del apunte, dígalo usted con sus palabras” es fundamental, entre otras cosas porque fuerza al alumno a entender lo que previamente ha escrito, lo

manera una fase de diálogos con un solo alumno a la vez (participante voluntario en las primeras clases, a elección mía después), no hay de entrada un debate general. Sigo con cada interviniente durante algunos minutos, para que luego continúe otro, sea tomando el asunto donde lo dejó su compañero o dando íntegra su visión del caso. Guío la exposición si está desordenada, v. gr., “¿Qué pasó, cuáles son los hechos de este caso?; considerando las posturas de ambas partes, ¿cuál es la cuestión central a resolver?, ¿encontraste alguna norma que contemple la situación?”. Corrijo el discurso, tanto en sus aspectos formales como sustanciales: no dejo pasar los errores de dicción. Trato de volver concretos los contenidos abstractos, v. gr., dando o pidiendo ejemplos, haciendo que los alumnos “vean en el expediente” o busquen en el código lo que están diciendo. Formulo interrogantes buscando respuestas argumentativas, v. gr.: “¿Por qué dices que no interpondrías un recurso de apelación?”; señalo paradojas, v. gr.: “Dices que apelarías la sentencia firme. En esta afirmación hay una contradicción, ¿cuál es?”; hago o pido aclaraciones, fuerzo debates, v. gr.: “¿Están de acuerdo con lo que dice el compañero?”, todo para profundizar la comprensión y fomentar el pensamiento crítico. Trato de que el alumno relacione el conocimiento a adquirir con sus saberes previos, propiciando así el *aprendizaje significativo*,<sup>45</sup> el *aprendizaje profundo*, v. gr.: “Dices que la apelación solo cabe contra providencias simples que causen gravamen irreparable. De acuerdo a lo visto y estudiado sobre resoluciones judiciales, ¿la que declara la causa de puro derecho es apelable?”. Ocasionalmente ilustro un tema

entrena en la oratoria, y permite al docente corregir errores de expresión o conceptuales, v. gr., el alumno dice “suspensión de un plazo procesal” cuando en realidad se trata de un supuesto de “interrupción” de dicho plazo.

<sup>45</sup> El concepto de *aprendizaje significativo* se debe al psicólogo David Paul Ausubel y está enmarcado en la psicología constructivista. Es un tipo de aprendizaje en el que el estudiante relaciona la información nueva con la que ya posee, reajustando y reconstruyendo ambas informaciones en este proceso. Dicho de otro modo, la estructura de los conocimientos previos condiciona los nuevos conocimientos y experiencias, y estos, a su vez, modifican y reestructuran aquellos. De ahí que la enseñanza no ha de ser un proceso lineal en el que se va transitando por los temas y las prácticas siempre en sentido de avance progresivo, sino, como se ha dicho, “es un proceso que se construye en espiral. Avanzamos y retrocedemos constantemente. Esto es, ofrecemos nueva información y retornamos a informaciones y conocimientos ya poseídos para afianzar los nuevos” (ZABALZA, *op. cit.*, p. 85).

con una anécdota de la vida profesional, buscando con ello captar mayor interés y atención de los alumnos a la vez que cortar un poco la formalidad del momento. Evaluó constantemente si el alumno ha comprendido, pidiendo ejemplos, explicaciones, v. gr.: “¿Puedes explicar el concepto básico con tus propias palabras?”, etc. Es muy importante darle tiempo al alumno para pensar y contestar (si es conveniente, me quedo en silencio, esperando), así como vedar la intervención rápida y espontánea de otros compañeros que quieren “dar la respuesta” a la cuestión planteada por el docente; si luego de un tiempo prudencial mi interlocutor se queda empantanado pese a mis orientaciones, entonces ahí doy participación a algún otro en particular o a todos en general. Intercalo preguntas “teóricas” para detectar ausencia o dificultades de aprendizaje de los contenidos conceptuales, v. gr.: “Dices que la pretensión la haces valer en la demanda, ¿qué diferencia hay entre una y otra?”, y paliar estos déficits, en el mismo momento o con posterioridad, muchas veces explicando directamente el concepto no entendido, aunque trato de evitar al máximo dar una respuesta concreta y directa al alumno, intento que sea él quien llegue a ella, por ejemplo, contestando a la interrogación con otra, v. gr.: “Profesor, ¿qué es plazo perentorio? ¿Qué entiendes tú por ello?”, y así seguidamente hasta afinar el concepto. Hago intervenir a la mayor cantidad de alumnos posible, no dejo que sean siempre los mismos (aquellos que parecen seguir mejor las clases), procurando así que la totalidad del curso realice tareas de aprendizaje y participación útil; esto hace que, en general, estén todos alertas al hilo de la conversación “en voz alta”, sigan el desarrollo de las exposiciones de sus compañeros, estén pendientes de sus respuestas o inquietudes, o de las intervenciones del profesor, creándose de este modo un ambiente en el que todo el mundo está trabajando conjuntamente. Manifestada así una solución por uno o varios alumnos individualmente, abro un espacio de trabajo en el grupo grande “corriéndole traslado” al resto del curso, es decir, la someto a la opinión de los demás, lo que genera un momento de nutrido intercambio, y llegamos a una especie de conclusión común. Esta secuencia de trabajo áulico hace las veces de “devolución general” o *feedback* de la tarea extraclase, de la que el alumno toma debida nota a modo de autocorrección. Finalizado este momento de trabajo tan intenso, dinámico y ruidoso (todos hablamos para todos en voz alta), suelo

encomendar alguna tarea para que los alumnos, trabajando ahora en pequeños grupos o individualmente y con posibilidad de consultar la bibliografía, la resuelvan, creándose así un entorno distinto al anterior, un espacio más silencioso, tranquilo y reflexivo, sin la intervención directa del docente, quien solo “está a disposición” para el supuesto de ser requerido y para el último momento de la puesta general de las tareas grupales. Si la situación lo merita, no tengo empacho en responder: “No sé, pensémoslo juntos” a la duda estudiantil.<sup>46</sup>

El rol descrito requiere del docente, además de saber la disciplina que enseña y tener una adecuada capacitación pedagógica, entre otras cosas, una total atención, predisposición y creatividad, un “estar alerta” constante para aprovechar toda oportunidad de enseñar-aprender, pues cada gesto, cada idea, cada palabra vertida en el aula por los alumnos (y por el propio docente) puede ser fuente de una actividad generadora de conocimiento, v. gr., hacer una pregunta, dar un ejemplo, plantear un problema, aclarar un concepto.

En cuanto a las relaciones interpersonales con los alumnos, trato de hallar equilibrio entre la distancia y la proximidad, entre mi papel de evaluador de sus aprendizajes y el de guía que se pone a disposición de lo que necesiten. Creo encontrar esta armonía moviéndome únicamente en el terreno profesional, es decir, en el ejercicio del oficio de enseñante: ayudarles a alcanzar el dominio de la disciplina de la que soy responsable. No necesito ser amigo de mis estudiantes ni querido por ellos, no voy a la universidad para eso y creo que ellos tampoco. Suelo decirles: “Tomaremos un café juntos cuando hayan aprobado la materia; hasta entonces, soy el profesor y ustedes los alumnos”.<sup>47</sup>

En consonancia con lo anterior, y a modo de una *tutoría* general, estoy siempre a disposición del alumno para atender sus inquietudes o

<sup>46</sup> “Es por ello que considero que debe modificarse el punto de partida. Con esto quiero decir que la enseñanza está construida sobre una concepción del conocimiento como producto, en donde el profesor que actúa ‘seguro’ puede dar respuesta a las preguntas que puedan suscitarse sin sorpresas ni errores, en cambio, lo que se requiere es que la base sea la duda que subyace a la investigación” (ÁGUILA CAMBEIRO, *op. cit.*, p. 122).

<sup>47</sup> En los últimos tiempos he visto una tendencia a gestos y actitudes de excesiva confianza entre alumnos y profesores, v. gr., se abrazan, se besan, se tutean, comparten mesas de café, etc. No es ese mi estilo.

dudas de todo tipo relacionadas a su proceso de formación,<sup>48</sup> no solo en el ámbito físico de la facultad, sino fuera de ella, a través de los distintos canales de comunicación (*mail*, *web* campus de la universidad).

### I. EL ROL DEL ALUMNO

El estudiante “sale de las sombras” en las que estaba oculto por la pasividad en que lo sumergió el modelo tradicional. Es “objetivo de aprendizaje”, plasmado en el programa, o sea que se espera que los alumnos logren: “Participar activa y responsablemente en el proceso educativo. Ello implica estudiar, atender y producir (cumplir las consignas y trabajos dados por el docente) con interés, de manera crítica y pertinente”.

Ya vimos que es él, ahora, quien debe, entre otras cosas, abordar por sí mismo, sin el tamiz previo del docente, los contenidos conceptuales (teóricos) de la materia, comprenderlos para aplicarlos en las tareas a realizar, identificar la cuestión a resolver del caso, sus hechos conducentes y el derecho aplicable, y sobre la base de ello pergeñar soluciones, las que luego expresará por escrito o verbalmente, y defenderá públicamente.<sup>49</sup>

Quien no estudia la teoría, no puede llevar a cabo seriamente la tarea extraclase, pues no se puede usar lo que no se conoce, aunque más no sea mínimamente.<sup>50</sup> Y así, no podrá “participar activa y responsablemente”

<sup>48</sup> “Parece fuera de toda duda que todo profesor, sea cual sea la etapa educativa en la que ejerce su función, es no solo enseñante sino también tutor de sus estudiantes (...) Y en ese sentido todos los profesores somos formadores y ejercemos esa tutoría (una especie de acompañamiento y guía del proceso de formación) de nuestros alumnos” (ZABALZA, *op. cit.*, pp. 126/127).

<sup>49</sup> Dejamos libertad para que el alumno aborde primero el problema, identifique en él la necesidad de aprender determinados temas, los investigue y vuelva al punto de partida para hallar la solución o que, por el contrario, primero adquiera toda la información correspondiente al “tema del día” y luego lleve este saber al caso.

<sup>50</sup> “...mientras el sujeto cognoscente no tenga una noción, así sea superficial, de la existencia de principios normativos, difícilmente podrá penetrar en el significado de los casos sometidos a su estudio y, menos aún, construir un concepto de alguna figura jurídica ya legislada (...) Para cualquier manejo de casos es imprescindible, absolutamente, el conocimiento teórico de las instituciones jurídicas que han de ser aplicadas a cada supuesto concreto” (PÉREZ CAZARES, Martín Eduardo, “Teoría de los conceptos en la enseñanza del Derecho en base a casos concretos”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 10, nro. 20, pp. 37 y 41).

en el proceso educacional, y si esto ocurre con frecuencia puede llevar, en lo esencial, a no entender la materia, a perderle la hilación (los contenidos se van hilvanando unos a otros, son correlativos), a decaer en el ritmo de trabajo y, producto de todo ello, a desaprobado la cursada. Los estudiantes no hacen los trabajos solo para cumplir la tarea, sino con el fin de prepararse para su interacción intelectual con el profesor y con sus pares.

Es indispensable que los alumnos hayan leído detenidamente los fallos y materiales, resuelto los casos, preparado los escritos, realizado las experiencias, etc., indicados para cada clase, a fin de asegurar una discusión útil y no superficial, que evite fomentarles la errónea idea de que todo es cuestión de “ingeniárselas”, “argumentar”, etc., sin haber previamente estudiado detenidamente los hechos y derecho que son materia de discusión (...) Buen alumno no es el que levanta la mano o habla por su cuenta irrumpiendo en el curso de la actividad, sino el que hace todos los trabajos, participa cuando corresponde en forma constructiva y realiza buenas pruebas de evaluación.<sup>51</sup>

Sobre el desempeño en el aula, remito a la descripción hecha sobre la etapa de desarrollo de la clase (supra H). Solo destaco que es muy importante que el alumno concurra a las sesiones presenciales, que no falte, pues la interacción en ellas con el docente y los compañeros deparará aprendizajes que no podrá obtener de la bibliografía de la materia,<sup>52</sup> entre otros, los provenientes de la “devolución general” de la tarea extraclase, con la cual dijimos que habrá de hacer autocorrección.

Deberá habituarse no solo a hablar y escribir, sino a hacerlo bien. Al igual que en el proceso civil para los litigantes, rige en el curso para los estudiantes el *clare loqui*, la carga de expresarse claramente.

<sup>51</sup> GORDILLO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>52</sup> “Además, suele ocurrir que como las clases de este estilo [se refiere a las ‘magistrales’] son anticipatorias de lo que van a leer luego en los libros, los alumnos concurran sin haber leído y con cierta insatisfacción, toda vez que para qué ir a las clases si en los libros habrá de encontrar todo lo que va a escuchar y lo podrán leer cuando y donde quieran (...) las clases son aquellos espacios en los que los conceptos explicados en los libros y por el docente son reelaborados por los estudiantes y trabajados en conjunto para lograr una comprensión acabada” (ÁGUILA CAMBEIRO, *op. cit.*, pp. 119 y 120).

También es carga del estudiante hacer saber al profesor aquello que no entiende, sus dudas, más considerando que accede por sí mismo al conocimiento inicial de los contenidos conceptuales. El silencio del alumno hace presumir “tema comprendido” y autoriza a seguir adelante con la secuencia de las actividades y contenidos.

El alumno autodirige su aprendizaje, y ha de tomar conciencia de la importancia de implicarse y asumir la responsabilidad de su propia formación.

Tiene que estar dispuesto a trabajar cooperativamente, con sentido de colaboración, en distintos grupos.

Todo lo anterior, que significa un proceso de aprendizaje permanente, profundo, exige del estudiante estar siempre atento, rendir al cien por ciento, hacer su mejor esfuerzo corporal, anímico e intelectual. Y este es uno de los réditos del sistema.

#### J. LA EVALUACIÓN

Tradicionalmente, en la carrera de Abogacía “(l)os exámenes son instancias en las que se comprueba si los conocimientos transmitidos han sido retenidos y pueden ser transmitidos lo más exactamente posible en el momento de la evaluación. La habilidad que se califica es la mera memoria. La cuestión es, en general, demostrar que se puede repetir lo que dijo el docente en clase que es a su vez la repetición de lo que dice el manual, que repite lo que dice el Código”.<sup>53</sup>

En el curso, en cambio, y a fin de ser coherente con el método de enseñanza-aprendizaje, utilizo modalidades de evaluación que impliquen tanto conocimientos teóricos como las competencias de resolver casos y discursar.

La adquisición de conceptos durante el aprendizaje por los alumnos es evaluada en la medida que posibilita comprender un problema y este es resuelto a través de fundamentos en dichos contenidos conceptuales. No hay examen al estilo “Diga el concepto de demanda”, “Enumere los requisitos del recurso de apelación”, pues ello supondría no solo requerirle al educando únicamente que evoque información, sino que además el alumno nada elige ni decide así, sino que es el profesor quien lo hace:

<sup>53</sup> BÖHMER, *op. cit.*, p. 24.



“diga tal cosa” y “tal cosa”, el alumno la recuerda o no, y punto. Por el contrario, en nuestra evaluación, el alumno tiene ante sí un intríngulis, que ha de analizar, entender sus circunstancias de hecho y encuadrarlas jurídicamente, y decidir qué hará con él, qué curso de acción tomará. El examen generalmente incluye un texto a analizar (v. gr., una sentencia, el relato de un cliente, situación de un proceso judicial) como disparador para resolver cuestiones; el alumno enfrenta así –una vez más, y ahora bajo la presión de aprobar o no– las múltiples encrucijadas que le muestra el documento y su posible solución, por ejemplo, luego de presentar el resumen de un proceso (pretensión, oposición, pruebas, sentencia), se formulan consignas tales como “¿Hubo acumulación de pretensiones? En caso afirmativo, ¿de qué tipo? Fundamente”, “¿Qué plazo tuvieron los demandados para contestar la demanda? Suponiendo que hubiesen quedado notificados el día de hoy: indique último día y hora para presentar el escrito defensivo”, “Nos retrotraemos a la etapa de postulación de este proceso. Usted es el juez de la causa. La codemandada A ya hizo su primera presentación en el juicio, y ahora usted recibe el escrito de contestación de demanda de B, en el que, además de oponerse a la pretensión, ‘*Recusa a V. S. sin expresión de causa*’: ¿haría lugar a la recusación? Dikte la resolución correspondiente, indique de qué tipo es y, por separado, explique los elementos o requisitos que analizaría para decidir”, “Póngase en el rol de abogado de la actora: indique cuáles son los hechos conducentes de este caso que su parte tenía la carga de probar; mencione *fuentes* de prueba correspondientes a los hechos que le toca acreditar y los respectivos *medios* de prueba para ofrecer en el juicio”, “De la sentencia indique, por separado, *cargas* y *obligaciones* que nacen de ella para las partes”.

Como pongo más interés en la comprensión que en la obtención de respuestas correctas, sucede a veces que aunque el resultado final elegido, v. gr., “haría tal cosa”, no sea el mejor, si el camino seguido por el alumno para resolver el problema fue satisfactorio, la evaluación será aprobada; por eso, cuando la consigna a cumplir es, por ejemplo, “Diga qué haría como abogado de la parte actora ante esta situación”, se le agrega: “Explique por qué tal decisión”, “Describa los pasos seguidos para tomar la decisión” o alguna fórmula parecida que dé cuenta de los fundamentos de la respuesta.



Ya dijimos que también se evalúa el objetivo “Participación activa y responsable en el proceso educativo” del alumno, importante en la economía de este curso. Es esta una evaluación continua del trabajo del estudiante, especialmente el desplegado en el aula a través de sus participaciones individuales o colectivas. La calificación obtenida en este rubro se promedia con la de los parciales y así se obtiene la nota final. De esta manera, formalizamos la clásica “nota conceptual” que todos los docentes utilizan (casi siempre de manera no convencional) para determinar la calificación final de los alumnos.

#### **K. UN RECURSO INUSUAL PERO MUY EFICAZ: COPIA DE UN EXPEDIENTE JUDICIAL**

No puedo dejar de mencionar un aspecto que puede parecer menor, pero que no lo es en la estructura que diseñé para la materia: el aprovechamiento de un recurso atípico, inusual, pero muy eficaz para enseñar-aprender, que es el uso por los estudiantes de la copia de un expediente judicial real, que obligatoriamente deben llevar a clase.<sup>54</sup>

El expediente sirve, principalmente, para ver cómo se concretan en la realidad –y así entender mejor– las categorías procesales que, en abstracto, llegan a la mente del alumno, por ejemplo, “sentencia interlocutoria”, “incidente”, “pretensión”. También es útil como modelo a la hora de tener que redactar un escrito o una resolución judicial. Estas funciones del *dossier* judicial las incentivamos a través de distintas actividades, que van desde la simple observación de los autos hasta tareas más complejas, v. gr., “determinar si se formuló un incidente e identificar sus piezas”, “analizar si la sentencia reúne los requisitos establecidos por el artículo 163 del CPCC”, “distinguir actos impulsores de la instancia de aquellos que no lo son”, “identificar actos que plasmen alguno de los siguientes principios procesales: bilateralidad, dispositivo, inmediatez, preclusión”.

<sup>54</sup> “Es menester destacar la importancia de trabajar con el expediente judicial, pues permite al alumno comprender la práctica del proceso penal (...) Entendemos que su consulta es esencial” (GERBAUDO, Guillermo David y Agustina GÓMEZ, “La enseñanza del Derecho Procesal Penal. Experiencias educativas”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 24, p. 156).

Es más fácil aprender algo viéndolo, sabiendo cómo es eso de lo que se habla. Suelo contarles a mis alumnos mi propia experiencia estudiantil: podía repetir de memoria el concepto de sentencia y sus requisitos, pero ni me imaginaba cómo era una sentencia, que se trataba de un simple papel redactado y firmado por una persona con el cargo de juez. Esta ignorancia dificultó –en otros casos seguramente impidió– el cabal entendimiento del instituto procesal objeto de aprendizaje. Esta vivencia caló hondo en mí y la tuve presente, a modo de advertencia, desde mis comienzos en la enseñanza.

Lo cierto es que si se habla de cartas documento, debe el docente lograr que el alumno tenga muchas de ellas como ejemplo (...) lo mismo con los cheques, con todos los contratos que se trabajen en clase, con testamentos, con un expediente completo e íntegro preparado por el docente (expediente didáctico) para ver cómo es presentar un escrito y que el juez te lo provea (...) Insisto, si un abogado me habla de una suspensión de juicio a prueba, luego me evalúa pidiéndome el 76 bis del CP de memoria y las normas procesales que correspondan, siento que me hizo las cosas más difíciles, que omitió algo que es inomitible (mostrarme cómo es, en la práctica, aquello de lo que se está hablando) y que de alguna manera falló como docente.<sup>55</sup>

#### IV. RESULTADOS DE LA EXPERIENCIA

De entre las posibles consecuencias de este proceso de enseñanza y aprendizaje destacaré unas pocas, que considero principales.

Una de ellas, la menor cantidad de alumnos que se inscribe en relación con otros cursos de la misma materia o el éxodo que se produce durante la cursada. La experiencia me dice que este fenómeno se debe, en gran parte, a que el estudiante no está dispuesto a seguir el ritmo que impone el método, a pagar el mayor costo en tiempo y esfuerzo que él significa. Mientras que para aprobar en el sistema tradicional alcanza con tomar

<sup>55</sup> MARINO, Tomás, “¿Se puede estudiar la trompeta sin escucharla o verla? Sí, claro: en la Facultad de Derecho”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 7, nro. 13, pp. 244-247. El artículo resulta muy interesante pues brinda la visión del estudiante (lo es el autor al tiempo de la publicación) acerca del aprendizaje del Derecho “en abstracto”, es decir, sin una representación material del fenómeno bajo estudio.

apuntes de las exposiciones del docente (ni siquiera eso, si el profesor se limita a repetir lo que dice el manual), memorizarlos un par de días antes del examen y repetirlos en la evaluación, aquí hay que trabajar con regularidad, semana a semana, sin solución de continuidad, no solo adquiriendo información sino esforzándose en entenderla para usarla. Y si ello fuera poco, al calificarse el objetivo “participación activa y responsable” se impone al estudiante una impostergable actividad áulica: “actuar en público”, que suele resultarle un valladar difícil de sortear (pese a que no debería ser así pues la función del abogado tiene bastante de histrionismo). Habría que indagar en el porqué de esta renuencia estudiantil al esfuerzo y al saber (de ahí la pauta del curso “Atrévete a saber”), la reticencia a lograr resultados venciendo dificultades, análisis que escapa al cometido de este trabajo, aunque me animo a mencionar tres factores: uno, la natural resistencia al cambio;<sup>56</sup> otro, el “facilismo” imperante en las nuevas generaciones, el advenimiento de la “era del mínimo esfuerzo”, a la que se aviene la educación en general, la universidad en particular y, más específicamente, las facultades de Derecho; por último, el carácter residual de la carrera de Abogacía, la falta de vocación de muchos de sus estudiantes, a quienes no les interesa tanto “saber” sino tan solo “aprobar”.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Si este método de aprendizaje –o alguno similar– predominara en todas las asignaturas, este factor ya no sería tal.

<sup>57</sup> De esta realidad ya da cuenta uno de los clásicos de Calamandrei, *Demasiados abogados* (Buenos Aires, Librería El Foro, 2003), en el que muestra la situación de la carrera de Abogacía en la Italia ¡de 1920! ¡Cuán parecida es a la de los tiempos que corren! ¡Imperdible su total lectura! Acerca del “facilismo” que le endilgamos a la carrera, dice este autor en la obra referida, entre otras cosas: “Las causas inmediatas de la actual decadencia de la abogacía italiana hay que buscarlas aparte del general decaimiento de la enseñanza media, en la excesiva facilidad con que los jóvenes salidos de las escuelas secundarias logran licenciarse en Derecho y luego ingresar en el ejercicio profesional: esto es, en una falta de seriedad y de disciplina inherentes, primero, a la organización de los estudios jurídicos universitarios, y después, a la del aprendizaje profesional” (p. 160). Y sobre el carácter “residual” que también le atribuimos a la carrera, Calamandrei sostiene que son “tan numerosos los estudiantes que no tienen por los estudios jurídicos más predilección que la que deriva de la confianza ilimitada en su facilidad” que “han escogido los estudios de Jurisprudencia mediante un procedimiento mental de eliminación: Medicina, no, porque (...); Letras, no, porque (...); Matemáticas, tampoco, porque (...); por lo tanto, y ya que es preciso tener una carrera, tomemos Derecho, ¡y no se piense más!” (pp. 88 y 89).

Otra consecuencia: este método suele conferirme la calidad de *rara avis* del claustro docente y suscitar críticas de cierto sector del alumnado (sobre todo de aquellos que no están dispuestos a “hacer el esfuerzo”), quejas, a mi modo de ver, desacertadas y, a veces, hasta malintencionadas. Pero hay que estar dispuesto a llevar el estigma: la índole de los intereses involucrados en el futuro ejercicio profesional (los bienes más apreciados de los ciudadanos, v. gr., libertad, honor, patrimonio, así como la propia responsabilidad del abogado) justifica plenamente “pagar el precio”.

## V. EPÍLOGO

Lo que los abogados esencialmente hacen en su vida profesional es solucionar casos o problemas concretos y discursar. Estas son las competencias cuya enseñanza-aprendizaje deben incentivarse en las facultades de Derecho. Propongo hacerlo juntamente con la teoría en cada asignatura, a lo largo de toda la carrera, pues teoría y práctica esencial son dos caras de la misma moneda, dimensiones inseparables de la abogacía; aunarlas en el proceso de enseñanza-aprendizaje no solo es posible, sino conveniente, diría: necesario. La experiencia que he descrito en este trabajo muestra que se puede hacer, solo cabe proponérselo, romper la invariabilidad de “lo dado”. La universidad legítima propuestas educativas como esta, pero mayormente no se ven implementadas en las aulas, siendo uno de los factores principales de esta ausencia la falta de capacitación pedagógica de los docentes. Para remover este obstáculo centrado en el profesor, estimo obligatoria su formación profesional educativa, y una mayor actividad de la universidad para, no sólo legitimar, sino luego, de continuo, favorecer y promover estas prácticas de enseñanza a través de decisiones de gestión de la política institucional. Mas la ausencia de este activismo institucional no es óbice para que cada docente haga lo que puede y debe hacer.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁGUILA CAMBEIRO, María Gabriela, “Enseñar a aprender en Derecho: la importancia de la formación docente del formador”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 24.

- ÁLVAREZ, Graciela E., "La enseñanza del discurso jurídico oral y escrito en la carrera de Abogacía", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 6, nro. 11.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio, "El ABP en Derecho Privado: un proyecto de innovación docente", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 13, nro. 25.
- BAS VILIZZIO, Magdalena y Daniela GUERRA BASEDAS, "Desarrollo del aprendizaje significativo como base para el ejercicio profesional universitario", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 10, nro. 20.
- BÖHMER, Martín F., "Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 1.
- CALAMANDREI, Piero, *Demasiados abogados ("Troppiavvocati!")*, trad. de Josep Xirau, Buenos Aires, Librería El Foro [1921], 2003.
- CARRIÓ, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- CELMAN DE ROMERO, Susana, *La tensión teoría-práctica en la educación superior* [en línea] <<http://www.fceia.unr.edu.ar/geii/maestria/2013/CelmanParte02/CELMAN%201.pdf>>.
- CLÉRICO, Laura, "Notas sobre los libros de 'casos' reconsiderados en el contexto del 'método de casos'", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 1, nro. 2.
- DÍAZ, Eduardo A., *Confeción de escritos y otras piezas procesales*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2012.
- FINKEL, Don, *Dar clase con la boca cerrada*, Valencia, Universitat de Valencia Servei de Publicacions, 2008, cit. por ARGENTI, Natalia Lorena, "En busca de la clase ideal", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, nro. 22.
- GARÍN, Ariel Sebastián, "Sobre el aprendizaje profundo y la investigación como método de enseñanza", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 23.
- GERBAUDO, Guillermo David y Agustina GÓMEZ, "La enseñanza del Derecho Procesal Penal. Experiencias educativas", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 12, nro. 24.
- GORDILLO, Agustín, *El método en derecho*, Madrid, Civitas [1998], 2001.
- GORDON, Robert W., "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.

- GOYES MORENO, Isabel, "Competencias pedagógicas para la formación jurídica por competencias", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, nro. 21.
- LOIANNI, Adelina, "La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. Experiencias y perspectivas", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 7, nro. 13.
- MARINO, Tomás, "¿Se puede estudiar la trompeta sin escucharla o verla? Sí, claro: en la Facultad de Derecho", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 7, nro. 13.
- PÉREZ CAZARES, Martín Eduardo, "Teoría de los conceptos en la enseñanza del Derecho en base a casos concretos", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 10, nro. 20.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, "Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 5, nro. 9.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, "Didáctica del Derecho del Trabajo. El proceso de Bolonia y la enseñanza del Derecho del Trabajo: Problema y posibilidad", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 10, nro. 19.
- ZABALZA, Miguel Ángel, *Competencias docentes del profesorado universitario. Calidad y desarrollo profesional*, 2ª ed., Madrid, Narcea SA de Ediciones, 2006.

Fecha de recepción: 7-3-2016.

Fecha de aceptación: 17-6-2016.

## Universidad y democracia. ¿Investigación y anamnesis?<sup>1</sup>

ALICIA NOEMÍ FARINATI

Habiéndose restablecido el sosiego y tranquilidad de la provincia, es uno de los primeros deberes del gobierno entrar de nuevo a ocuparse de la educación pública y promoverla por un sistema general, que, siendo el más oportuno para hacerla floreciente, lo había suspendido la anarquía, y debe desarrollarlo el nuevo orden.

Edicto de Fundación de la Universidad de Buenos Aires del 9 de agosto de 1821

### RESUMEN

La propuesta de este trabajo es pensar nuestra Universidad como lugar de memoria cuya tarea y misión se centran en regenerar una herencia cultural de ideas, saberes, valores y acciones y, al mismo tiempo, superarlos y mostrarlos en la nueva herencia cultural. El desafío y el deseo es convertirla en esa palanca que, hendida en la sociedad, empuje el cambio y la lleve a transformarse en memoria y acción.

El sueño y la paradoja de su acción sería que esta desborde los lugares que le son asignados con márgenes estrictos, para que la sociedad busque y encuentre a sus universitarios tomando parte activa, no ya como instrumento de poder, sino como agentes para el cambio.

<sup>1</sup> ἀναμνησις volver a recordar. PLATÓN, *Menon*, trad. E. Chambry, 81<sup>a</sup> d., Paris, Garnier-Flammarion, 1967: "...Puesto que buscar y aprender no es otra cosa sino recordar". El aprendizaje por anamnesis es la explicación socrática (platónica) puesto que no es posible que una persona busque ni lo que sabe ni lo que no sabe. No podría buscar lo que sabe porque lo sabe y en ese caso no hay necesidad de buscarlo, ni lo que no sabe porque no sabe lo que hay que buscar. El recurso al recuerdo resuelve la aporía por la sola virtud del diálogo.

En síntesis, mirar y mostrar la universidad como el resultado de un esfuerzo colectivo que se extiende sobre azarosos, exitosos, oscuros o brillantes tiempos.

La universidad no es solo paredes y estructuras exteriores que guardan su libertad, su autonomía, sino el tejido pleno de consecuencias que de ellas logre tramar con el trabajo de sus integrantes. Trabajo que no se limitará a reformas metodológicas de enseñanza que consoliden las fuerzas inmóviles de la universidad: la apuesta no pasa por los límites, sino que debe atravesar la institución cuya libertad es su propia garantía de existencia.

#### PALABRAS CLAVE

Universidad - Democracia - Ciencia - Saber - Igualdad.

## **University and democracy. Research and history?**

#### ABSTRACT

The proposal of this work is to think our University as a place of memory whose task and mission focus on regenerating a cultural heritage of ideas, knowledge, values, and actions and, at the same time, overcome them and show them in the new cultural heritage. The challenge and the desire is to turn it into this lever, which split in society, push the change and bring it to transform into memory and action.

Sleep and the paradox of his action would be that this overflow where you are assigned with strict margins, so society try to find its graduates taking part activated, no longer as an instrument of power but as agents for change.

In short, look and show the University as the result of a collective effort that extends over random, successful, dark or bright times.

University is not just walls and external structures that keep their freedom, their autonomy, but full consequences tissue which of them attain plotting with the work of its members. Work that will not be



limited to teaching methodological reforms that strengthen the University still forces: the bet does not pass through the limits, they must go through the institution whose freedom is their own guarantee of existence.

## KEYWORDS

University - Democracy - Science - Wisdom - Equity.

La Universidad de Buenos Aires cumple ciento noventa y cinco años en 2016. La necesidad y la segura convicción de que es fructuoso analizar lo actuado, repensar su historia y planear su futuro va a la par con los tiempos.

Crear una Universidad, “¡qué buena idea!”, nos recuerda Kant en *El conflicto de las facultades –Der Streit der Fakultäten–*<sup>2</sup> al dirigir su respuesta al rey Federico Guillermo de Prusia –en carta fechada el 12 de octubre de 1794–, que ha objetado muy seriamente los métodos y contenidos de su enseñanza a la juventud. Y ahorrándonos una historia más laboriosa y tortuosa –la de la Universidad– simulando tratar esta idea como si fuese un *descubrimiento*, una buena solución que le habría pasado por la cabeza a alguien muy imaginativo, la invención de “algo” lo bastante racional, en suma, que un genial *bricoleur* habría propuesto al Estado para patentar.<sup>3</sup>

“Y la máquina habría marchado”, agrega Kant. Y en Occidente el Estado habría adoptado el concepto de esta muy ingeniosa máquina, pero quizá y justamente gracias al conflicto y al ritmo de sus contradicciones.

## HISTORIAS

Entre nosotros, esta feliz idea de la Universidad pasó por las mentes y las voluntades de algunos individuos que en 1821, época azarosa si las hay en la historia patria, pasaron a la acción o, como diría Hegel –que dice Esopo–, “Hic Rhodus, hic saltus”,<sup>4</sup> el problema de la educación

<sup>2</sup> KANT, Emmanuel, *Werke, Der Streit der fakultäten* (1798), trad. de Alicia Farinati, Darmstadt, WissenschaftlicheBuchgesellschaft, 1983, p. 279.

<sup>3</sup> DERRIDA, Jacques, *Du Droit à la philosophie*, Paris, Galilée, 1990.

<sup>4</sup> HEGEL, Georg y Wilhelm FRIEDRICH, *Philosophie des Rechts –Filosofía del Derecho–*, Berlín, Meiner Verlag, 1967, Prefacio.

del pueblo –fuese este en ese momento la élite juvenil– en una nación en ciernes debe de *ser resuelto en la acción*. Y así se hizo.

Las distintas etapas que desde entonces forjaron su historia nos llevan a considerar los pasos de marchas y contramarchas que encontraban, a su vez, en la Universidad al rehén de sus políticas.<sup>5</sup>

El período que se inaugura en 1930 no solo es oscuro y decadente,<sup>6</sup> sino que continuó al ritmo de las crisis que lo atravesaron hiriendo al Estado argentino: 1930, 1943, 1955, 1966, 1976.

La hostilidad a la línea política republicana –y rousseauniana– nacida con la Revolución de Mayo no se agota –ni se calman sus perseguidores– con las muertes de Moreno y Castelli; muy por el contrario, continúan y a partir del golpe de Estado del treinta se enseñoorea del gobierno de los claustros. Las intervenciones se suceden, la autonomía ¡proclamada ya por Kant!<sup>7</sup> (*die ihre Autonomie hätte*, “a cual tuviese autonomía”), la misma autonomía de pensamiento que costara la vida a Sócrates y que cerrase la escuela de Teofrasto de Ereso, aquel que hablaba como los dioses, en otras palabras, el de la elocuencia divina, el famoso alumno de Aristóteles, acusado de haber dicho “La reina del mundo es la fortuna” (Cicerón, *Tusculanus*, V, 9), tenía sus émulos folclóricos en estas lejanísimas pampas. La diferencia estriba en que el edicto que condena a muerte a Teofrasto fue derogado y el Senado votó *la vuelta de los filósofos*, o sea, la vuelta a la libre enseñanza. Vuelta a la autonomía y a la libertad de enseñanza que muchas décadas, sufrimiento y sangre costaron en la Argentina.

Era una Universidad exangüe, a cuyo frente oscuros personeros eran los ejecutores de una política de “regeneración nacional” cuyos acentos no se extinguirán fácilmente, sobre todo “el filtro ideológico enorme y sereno”<sup>8</sup> que debería rodear la elección de profesores.

El alineamiento del cuerpo universitario con la democracia provocó más de una intervención, de absurdas medidas y persecuciones y, sobre todo, caminos cerrados por largos períodos a la ciencia, la enseñanza y la investigación y a la integración del país, empujando a transar, en el mejor

<sup>5</sup> HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba, 1962.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pp. 117 y ss.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 279.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 168, 173 y ss.

de los casos, con una copia rápida, a veces equivocada y con toda seguridad cara, de lo que debería realizarse en las universidades nacionales.

Las teorías del *statu quo*, que se enfrentaban a los movimientos estudiantiles que constituían un poder real, tuvieron un final que no fue sino el fracaso anunciado de una etapa que sacrificó la Universidad sin objetivo alguno.

### UNIVERSIDAD, SOCIEDAD Y ESTADO

Y aquí la pregunta clave surge espontáneamente: Universidad y sociedad, ¿se han adaptado completamente?, ¿se han engarzado de manera razonable y han logrado la transformación pensada en sus inicios?

Lugar de memoria, la Universidad tiene por tarea y misión regenerar una herencia cultural de ideas, saberes, valores y acciones y, al mismo tiempo, superarlos y mostrarlos en la nueva herencia cultural. La Universidad debe trabajar y planear sus líneas de enseñanza e investigación de acuerdo con las últimas estadísticas que consideran a la Argentina como un país de “gente pobre en un país rico, atacando a la pobreza”, según el Informe 2000 sobre desarrollo publicado por el Banco Mundial,<sup>9</sup> entendiendo por “gente pobre” a la que vive *sin fundamental libertad de acción y elección*, que los mejor loteados dan por garantido. Carecen de correcta alimentación y abrigo, *educación* y salud, privaciones estas que los mantienen al margen de la elección de todo tipo de vida que cada uno valora.

Considerando esta base, la Universidad puede y debe inocular en la sociedad nuevas formas que, apoyándose en la realidad tal como se da *hic et nunc*, promueva no solo la autonomía de la conciencia, la problemática de la realidad, sino la posibilidad de resolución a través de la búsqueda de la *verdad* por encima de *las ideologías* reinantes o caminos aparentemente sin salida que se plantean a la sociedad.

Puesto que de esto en efecto se trata, cuál es la tarea de la Universidad: *¿doxa* o *episteme*? Esto es, ¿opinión coyuntural, actual, pasajera, conforme con los dictados económicos del momento, o persistente y obstinada busca de aquello que los griegos llamaron *aletheia*, la verdad, en tanto objeto

<sup>9</sup> Banco Mundial, *Un pueblo pobre en un país rico: Informe de la pobreza en Argentina*, Informe 1992-AR, 2000.

del conocimiento? Conformidad de la enseñanza a los requerimientos técnicos, administrativos al margen de toda *humanitas*, técnicas compartimentadas con efectos éticos negativos, disciplinas aisladas, conceptos celosamente cerrados en “ortodoxos saberes” o, por el contrario:

- a) Impulso y necesidad de un desarrollo propicio a la época por encima de técnicas pasajeras, de intereses del momento con el acento puesto en un
- b) conocimiento tejido en un conjunto que rompa con la fragmentación estéril –e interesada–,
- c) y que permita plantear los problemas y encontrar las soluciones en tanto que aptitud general del espíritu humano,
- d) poner al fin en contexto y verlo en el conjunto, en el todo global en el cual se inscribe la realidad.

Trazar una línea de separación entre cultura científica y humanidades empobrece a ambas al colocarlas fuera de la posibilidad de irrigar los caminos que permiten a una sociedad democrática el pleno uso de su inteligencia y el goce y aplicación del fruto de la realización de los saberes.

A partir de la gran *reforma de 1918*, nuestra Universidad se ha debatido en reformas y proyectos para armonizar con éxito dispar la necesidad de la enseñanza –transmisión de los saberes, del conocimiento y de la memoria– con las tareas de investigación, reafirmación, renovación y avance del conocimiento, búsqueda y pregunta permanentes.

La dupla ha sufrido y ha acompañado los avatares de la sociedad toda, pasando de períodos de auge y valorización del conocimiento transformador, sobre todo en el llamado período de oro de la Universidad de Buenos Aires –entre mediados de la década del cincuenta hasta el golpe de 1966–, a los períodos de gobiernos militares con su cortejo de desprecio del conocimiento, censura cultural, declaraciones sobre inmoralidad y obscenidad de libros y publicaciones, etc.

Pero desde el golpe a la Universidad en 1966 hasta la dictadura que a partir de 1976 asoló la Argentina, no han sido los únicos intentos de disgregación y destrucción de nuestra Universidad.

Fue con la vuelta a la democracia en 1983 que la Universidad recuperó –decreto 154 del 13-12-1983– su autonomía: “el gobierno ha asumido públicamente el pleno ejercicio de la autonomía universitaria,

garantizando la libertad académica como un modo de asegurar a la Universidad su misión creadora, como institución abierta al pueblo, afianzando el principio de la igualdad de oportunidades y posibilidades". Luego, la reforma de la Constitución de 1994 le confiere rango constitucional a la autonomía y la autarquía de la universidad nacional.

La tarea de zapa realizada al pretender otorgar poco valor social al pensamiento y a la investigación como creadores de conocimiento generados por la Universidad es un hecho que merece ser tomado en cuenta en la vasta tarea del proceso educativo en un Estado democrático.

Claro está que esta necesidad del profesional investigador que precisa la Nación no puede partir de *una tabula rasa*. Tanto la historia como la candente actualidad son las coordenadas sobre las que debe moverse la problemática de nuestra Universidad y en especial en un campo tan comprometido como el del Derecho -racional y justo- que necesita la sociedad argentina de este inicio del siglo XXI.

La formación de ciudadanos -y no la masificación- capaces de afrontar con éxito los embates con resultados letales de una mundialización económica y con sentido único permitiría sin duda frenar el proceso de lo que se podría llamar el despilfarro del saber que consiste no solo en la exclusión de sus más entusiastas defensores y estudiosos -vía bajos salarios docentes, presupuesto magro para enseñanza e investigación, la jubilación obligada a los mayores de sesenta y cinco años, desconociendo la plenitud a los intelectuales en plena madurez, y que pueden ejercer además la función de transmisión de memoria, entre otras-, sino también en la exportación abierta de graduados a los "países ricos" del planeta.

El enorme esfuerzo que implica para la Nación la formación universitaria de sus alumnos-conciudadanos no puede rendir los frutos deseados si son "los países ricos los que se benefician con el talento de los pobres",<sup>10</sup> los países occidentales ricos nos exportan ideas y programas, e influyen de manera desproporcionada en las naciones en desarrollo o aquellas de crecimiento medio entre las cuales Altbach incluye a la Argentina. Y advirtió que, en este sentido, el país debe ser cuidadoso ante el posible establecimiento aquí de institutos norteamericanos que tienen el

<sup>10</sup> ALTBACH, Philip, Director de Educación Superior del Boston College, "La exportación de los graduados a los países ricos", en diario *La Nación* del 14-11-98.

peor nivel en su país, que implicaría para la Argentina el problema de sufrir presión de una oferta universitaria de mala calidad. Además es sabido que Europa favorece la “inmigración calificada” al mismo tiempo que lanza políticas públicas para retener a sus graduados. Hasta Inglaterra –juntamente con Alemania– ha reforzado su inversión en investigación científica, política esta compartida con Francia, Italia y ahora, sobre todo, con Alemania. Los principales países destinan al área científica un 2,5% del PBI mientras la Argentina llega al 0,24% de él. Las trabas a la inmigración en los países desarrollados contrastan con la apertura de puertas para los universitarios calificados.

Si el concepto de *universitas* es inseparable de un cierto concepto de Estado,<sup>11</sup> Víctor Cousin recordaba en los mismos momentos de la fundación de nuestra Universidad: “Si la Universidad no es el Estado –el adversario– tiene razón. Pero si yo no me equivoco, ha sido probado que la Universidad es el Estado, o sea el poder público aplicado a la instrucción de la juventud”. Y agrega Cousin: “El derecho de enseñar no es ni un derecho natural del individuo *ni una industria privada*, es un poder público”.<sup>12</sup> Para decirlo brevemente, se trata de legislar sobre el destino colectivo. La palabra, el logos, para aquellos que pueden hablar del deseo y de la pena, de lo justo y de lo injusto, va a ser oída y percibida de ahora en más ya no como un ruido sino justamente como individuos que tienen derecho a la palabra.

Tito Livio relata la secesión de la plebe sobre el Aventino, y la posición de los patricios es simple: no hay discusión con la plebe por la simple razón de que estos –los plebeyos– no hablan, privados de logos solo tienen una vida reproductiva, de sus bocas no pueden salir sino ruidos. Pero “Menenius Agrippa cree haber oído hablar a un plebeyo”, nos recuerda Tito Livio (año 494 a. C.). Antes de ser un traidor a su clase, Menenius ha sido víctima de una ilusión de sus sentidos, puesto que

[...] el orden que estructura la dominación de los patricios no conoce logos que pueda ser articulado por seres privados de logos; no hay

<sup>11</sup> DERRIDA, Jacques, *Du Droit à la philosophie*, op. cit., p. 193.

<sup>12</sup> COUSIN, Víctor, *La defensa de la universidad y de la filosofía*, discurso pronunciado en La Sorbona en 1844. Cf. DERRIDA, Jacques, *Du Droit à la philosophie*, op. cit., p. 186. El destacado es mío.

palabra que pueda ser pronunciada por seres sin nombre, por seres que no cuentan.

Pero los plebeyos hacen lo impensable, lo que no habían osado hacer los escitas de las historias de Heródoto: instituyen un orden diferente, se conducen como seres que poseen un nombre, como seres que hablan, que manifiestan inteligencia, y “los plebeyos hablan como los patricios, perdido que hubieron el temor”.<sup>13</sup>

La palabra, el conocimiento, la comprensión del mundo, en suma, la conciencia de la igualdad va a ser el resultado de la acción del Estado que instituye la educación como dialéctica autoconsciente. Cuando los plebeyos hablan como los patricios, la dominación de estos no tiene otro fundamento que la pura contingencia de todo orden social.<sup>14</sup>

## POBLACIÓN Y PRESUPUESTO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Con 300.000 alumnos –de los cuales seis de cada diez son mujeres–, la Universidad de Buenos Aires puede mostrar muy orgullosamente al país sus logros a través de sus ciento noventa y cinco años de historia.

La Universidad de Buenos Aires incluye, a su vez, un centro Ricardo Rojas, la editorial de la Universidad, trece bibliotecas con un millón y medio de libros, un centro de salud del nivel del Hospital de Clínicas, amén de ofrecer noventa y nueve títulos de grado y doscientos trece de posgrado.

En sus programas UBACyT contiene a su vez miles de investigadores, y un plan de becas no sólo para alumnos de grado sino para doctorados y posgrados, todo esto dentro de la estrechez de presupuesto que caracteriza la política de educación en la Argentina.

Las necesidades que plantean algunos especialistas –nuevos regímenes de carreras, mayor flexibilidad en ellas, nuevos planes más adaptados al “modelo”, la regionalización según la distribución geográfica, programas con troncos comunes para las carreras, diversificación de la oferta, aumento del número de profesores de tiempo completo, etc.– no pueden ignorar el hecho crucial y central del escasísimo presupuesto que

<sup>13</sup> Cf. RANCIÈRE, Jacques, *La Méésentente*, Galilée, 1995, p. 46, para todas las referencias a Tito LIVIO, *Historias*, t. I, Buenos Aires, El Ateneo, 1966.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 48.



la Argentina dedica a la educación y, en especial, a la Universidad. Los sucesos críticos de las cuentas y deudas públicas –y hasta de algunas privadas consideradas como deudas públicas– que el pueblo de la Nación mantiene con el capitalismo mundial, la obligatoriedad del pago en las condiciones pactadas, se dirá rápidamente: ¡ah, *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse) no pueden ignorar –so pena de desaparición y ¡hasta sin darse cuenta!, como decía Hegel– que la segunda parte del cumplimiento de los pactos es *rebus sic stantibus* –mientras las cosas siguen así–, siempre y cuando las condiciones sean las mismas. “Primero se come y después se filosofa”, decía Aristóteles, y aquí debemos decir “primero se come, después se educa y después se delinear las políticas que permitan afrontar deudas propias y ajenas en un marco de equidad”. El Código más antiguo del mundo, el de Hammurabi –Babilonia, siglo XVIII a. C.–, en su artículo 48 nos recuerda: “Si un hombre ha estado sujeto a una obligación que conlleva intereses y si la tormenta ha inundado su campo y arrebatado su cosecha, o si, carente de agua, el trigo no creció en el campo, este año no dará trigo al acreedor, sumergirá en agua su tableta y no dará interés este año”.

#### UNIVERSIDAD E INVESTIGACIÓN

Planteados los números, veamos ahora el tema de la investigación científica en la Universidad de Buenos Aires. La investigación como prioridad se materializa en miles de proyectos de investigación y desarrollo –desde 1986– en los cuales han participado más de 5.000 docentes e investigadores. No olvidemos que dentro de las universidades estatales trabaja el 48% de los científicos del país y el 33% en organismos públicos, y tenemos aproximadamente 600 científicos por cada millón de argentinos. La tarea de la Universidad de Buenos Aires abarca el 15% del sistema científico-tecnológico del país y representa el 30% de las publicaciones científicas. La formación de recursos humanos, el famoso *capital humano*, es hoy para la Universidad de Buenos Aires, y desde el retorno de la democracia, lo que permite realimentar el sistema. El valor humano es, por el contrario, el motor de la aceptación de los programas presentados, promoviendo a su vez la relación interfacultades, al mismo tiempo que versatilidad en los temas, especificidad en



los planteos. Investigaciones sobre enfermedades típicas del tercer mundo –malaria, mal de Chagas, fiebre hemorrágica, SUH, entre otras–, que no interesan generalmente a las investigaciones privadas –universitarias o no– dada la escasa o nula rentabilidad que su solución acarrearía.

La explotación de los recursos naturales de que goza la Argentina –aun apelando a los modernísimos y primer mundistas criterios de productividad y excelencia– no permite evidentemente alcanzar o, mejor dicho, dar ese paso adelante que las comparativas mundiales asignan a aquellos países que invierten sobre todo en investigación científica y tecnología. Más allá de las múltiples variables –subsidios, tasas de interés, sistemas de paridad cambiaria, etc.–, es evidente que la investigación argentina debe intensificarse para lograr una reinserción que permita el crecimiento del país y de las amplias franjas de nuestra sociedad, aparte absolutamente de la vida nacional.

La Universidad no puede convertirse en la salvadora de todos los “Mozart asesinados”<sup>15</sup> por la falta de partidas para investigación, pero sí compete al Estado –y a los hacedores de presupuestos sostenibles– comprender y aprehender la teoría y la práctica de que sin educación, ciencia y universidad no hay país posible ni sustentable.

La división de Kant entre

[...] la clase de facultades superiores prohíbe los estatus del gobierno; sin embargo, debe haber también una constitución libre, como debe ser aquella en la cual se trata de la verdad, un público de oposición –el banco de la Facultad de Filosofía–, puesto que, sin el examen y las objeciones severas de esta, el gobierno no estaría informado suficientemente sobre lo que puede serle útil o pernicioso.<sup>16</sup>

Dichas facultades han venido a disputar, actualmente, el monopolio de un pensamiento y de un discurso que tocan, por una parte, el orden establecido y, por la otra, una ciencia del poder, reduciendo el orden y el Estado, por la comparación histórica o la variación imaginaria, a un simple caso particular en el universo de las posibilidades que pueden realizarse.

<sup>15</sup> SAINT-EXUPÉRY, A. de, *Vol de nuit*, Paris, Gallimard, 1931.

<sup>16</sup> KANT, E., *op. cit.*

## MISIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LA UNIVERSIDAD

Naturalmente no nos referimos al tratar el tema de la misión y responsabilidad como meramente académico. Ni tampoco optamos por una reafirmación de la tradición; aun teniendo en cuenta sus transformaciones, elegiríamos, contrariamente, analizar las relaciones –éxitos o fracasos– entre la sociedad y su universidad, transmisión de saberes, de técnicas de memorias entre su acción conservadora y su acción innovadora y creadora. Su autonomía, en el primer caso, ha sido cercenada, y el nombre de “universidad” dado por la sociedad ha consistido en guardar celosamente el saber y controlar la emancipación. Esa era la representación de la universidad, en cierta manera una puesta en escena de los conflictos, las contradicciones y los juegos de la sociedad. Pero al mismo tiempo ha tenido la suerte de la reflexión que le ha acordado la relativa independencia del tiempo universitario. Una vuelta al inicio de la reflexión que le permitía oír lo inaudible de la sociedad misma.

Y en períodos de crisis, como el que le toca hoy enfrentar a la Nación Argentina, puede resultar muy fructífero que la misión y la responsabilidad de la universidad, de la universidad que cumple ciento noventa y cinco años, sea no la contemplación del vuelo rasante del búho, fuere este el de Minerva, sino comprender en un abrir y cerrar de ojos el deseo de memoria, la exposición de un porvenir, la fidelidad de los guardianes de la comunidad universitaria, para poder preservar en todo instante la singular idea de lo que no nos pertenece porque todavía no ha sido conocido por la universidad: el porvenir. Que es desafío y riesgo, caída y avance.

¿Será nuestra universidad ese *mokhlos*,<sup>17</sup> esa palanca que hendida en la sociedad empuje el cambio y la lleve a transformarse en memoria y acción?

Mostrar la universidad, en suma, como el resultado de un esfuerzo colectivo que se extiende sobre azarosos, exitosos, oscuros o brillantes tiempos.

<sup>17</sup> *Mokhlos*: gr.: barra o palanca usada para levantar pesos. Latín: barra usada para mover barcos. *Odisea*, IX, 375-388: para abrir puerta; barra de madera usada por Ulises para cegar al Cíclope.

El sueño y la paradoja de su acción sería que esta desborde los lugares que le son asignados con márgenes estrictos, para que la sociedad busque y encuentre a sus universitarios tomando parte activa, no ya como instrumentos de poder, sino como agentes para el cambio.

El Estado ha reconocido a la universidad su autonomía con rango constitucional después de la reforma de 1994 (lo que le permite dotarse de sus propias instituciones a través de un estatuto propio, y todo lo que de su carácter de autónoma deriva –autoridades, nombramiento de profesores, planes de estudios, etc.–, y su autarquía, que le otorga la capacidad para administrarse a sí misma).

La universidad puede abordar una política de la enseñanza, del saber, un concepto político de la comunidad universitaria que la incluya en cada uno de sus enunciados. Todas sus actividades, desde solicitud de créditos para investigación, su organización y categorías, tipo de enseñanza y de evaluación, comportan una valoración y una decisión en cuanto a efectos políticos y sus estrategias de los intereses, pequeños y grandes.

Cada una de las acciones de la comunidad científica, publicaciones, interpretaciones de propuestas dentro de la sociedad civil y de un Estado que permite a la misma su inscripción en el plano social, al mismo tiempo que institucionaliza el legado prescribiéndolo para asegurar su supervivencia. Puesto que ni autor ni lector se someten pasivamente, la construcción de varios modelos de comunidades puede ser efectivizada. Y esa lista de acuerdos con la institución, y entre esta y la sociedad, no es sino una implicación política que puede alumbrar vías inéditas que apuntan a la idea de responsabilidad de la comunidad universitaria para con la Nación.

La universidad no es solo paredes y estructuras exteriores que guardan su libertad, su autonomía, sino el tejido pleno de consecuencias que de ellas logre hilar con el trabajo mismo de sus integrantes. Trabajo que no se limitará, por cierto, a reformas metodológicas de enseñanza que consoliden las fuerzas inmóviles de la universidad. La apuesta no pasa por los límites, sino que debe atravesar la institución cuya libertad es su propia garantía de existencia.

UNIVERSIDAD Y DEMOCRACIA. ¿INVESTIGACIÓN Y ANAMNESIS?  
ALICIA NOEMÍ FARINATI

¡Esta es la Universidad por la que hemos transitado y que tanto deseáramos volver a ver como el lugar donde se practica la seducción oratoria, pero se mira la realidad y la verdad a la cara!

### BIBLIOGRAFÍA

- ALTBACH, Philip, "La exportación de los graduados a los países ricos", en diario *La Nación* del 14-11-98.
- Banco Mundial, *Un pueblo pobre en un país rico: informe de la pobreza en Argentina*, Informe 1992-AR, 2000.
- COUSIN, Víctor, *La defensa de la universidad y de la filosofía*, discurso pronunciado en La Sorbona en 1844.
- DERRIDA, Jacques, *Du Droit à la philosophie*, Paris, Galilée, 1990.
- HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba, 1962.
- HEGEL, Georg y Wilhelm FRIEDRICH, *Grundlinien der Philosophie des Rechts -Filosofía del Derecho-*, trad. de Alicia Farinati, Berlín, Meiner Verlag, 1967.
- KANT, Emmanuel, *Werke, Der Streit der fakultäten (1798)*, trad. de Alicia Farinati, Darmstadt, WissenschaftlicheBuchgesellschaft, 1983.
- LIVIO, Tito, *Historias*, t. I, Buenos Aires, El Ateneo, 1966.
- PLATÓN, *Menon*, 81 d., trad. de E. Chambry, Paris, Garnier-Flammarion, 1967.
- RANCIÈRE, Jacques, *La Mésentente*, Paris, Galilée, 1995.
- SAINT-EXUPÉRY, A. de, *Vol de nuit*, Paris, Gallimard, 1931.

Fecha de recepción: 1-4-2016.

Fecha de aceptación: 17-6-2016.

# Bibliográficas



## Reseña bibliográfica: *Teoría del Estado. Miradas desde el Sur del Continente Americano*<sup>1</sup>

MARÍA EMILIA BARREYRO

El libro *Teoría del Estado. Miradas desde el Sur del Continente Americano*, de reciente publicación por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA y editorial La Ley, es el tercer fruto de un proyecto en el que profesores universitarios argentinos y brasileños vienen trabajando desde el año 2009, y cuyos primeros trabajos fueron publicados en Brasil, bajo los títulos *Teoria do Estado e do direito no século XXI. Um diálogo Brasil-Argentina*<sup>2</sup> y *Teoria do Estado e do direito no século XXI: Novos diálogos Brasil-Argentina*,<sup>3</sup> respectivamente. En esta tercera oportunidad, se han publicado catorce trabajos, cada uno de ellos de autoría individual, sin que por ello el libro deje de ser una unidad. En efecto, todos los trabajos se insertan en problemáticas de la Teoría del Estado, de interés y actualidad para la comunidad académica en la medida en que reflejan las inquietudes del ámbito de la educación jurídica superior de estos dos países de Sudamérica.

Es de destacar que tanto en las dos primeras publicaciones como en la presente, se ha respetado el idioma original en el que fue escrito cada trabajo, castellano o portugués, reforzando así la idea de una verdadera integración y no mera asimilación de producciones académicas, sin que ello sea impeditivo –en virtud de la familiaridad idiomática– de su difusión en el espacio regional.

<sup>1</sup> BALERDI, Juan Carlos y Marco Aurelio PERI GUEDES (coords.), de AA. VV., Buenos Aires, La Ley, 2014.

<sup>2</sup> BALERDI, Juan Carlos y Marco Aurelio PERI GUEDES (coords.), de AA. VV., Brasil, San Pablo, All Print, 2012.

<sup>3</sup> BALERDI, Juan Carlos y Marco Aurelio PERI GUEDES (coords.), de AA. VV., Brasil, San Pablo, All Print, 2013.

A los fines de esta reseña, y por las características de la publicación, intentaré señalar, de modo breve y conciso, las principales ideas, tópicos y conceptos que articulan cada uno de los catorce capítulos que integran el libro.

El trabajo del profesor Balerdi, “Anarquismo y martirio”, constituye un abordaje original del discurso anarquista vertido en sede judicial, en el que se estudian las similitudes y singularidades de dos célebres discursos de autodefensa frente a distintas acusaciones: por un lado, de la defensa que Sócrates hace de sí mismo frente al tribunal de la polis ateniense (en la versión que de ella aparece en los diálogos platónicos) y, por otro, de la que Kropotkin esgrime frente a sus jueces en el juicio llevado en su contra en 1883 en Francia. El trabajo se articula en torno a la “historia crítica del martirio”, tomando como disparador la lectura nietzscheana de la condena a muerte de Sócrates en cuanto hito fundacional de esa historia, y a partir de allí se pregunta qué papel ha tenido el Anarquismo en esa historia y si puede pensarse que el “martirio” ha sido utilizado en aquel como táctica para buscar adhesiones. Por ello, y luego de brindar al lector una introducción panorámica a la cuestión, el trabajo desgrana los distintos elementos presentes en el prototipo de “martiricidio” y contrasta los casos paradigmáticos de Sócrates y Kropotkin. Debe advertirse que si bien su autor termina por distanciar al propio Kropotkin de la “historia crítica del martirio”, deja abierto el interrogante de si otros casos dentro de la tradición anarquista se enmarcan o no en esa historia, invitando al lector a no clausurar la pregunta que guía el trabajo.

En el capítulo “Identidade e direitos humanos dos imigrantes: Diretiva do retorno na União Europeia”, su autora, Lilian Balmant Emerique, propone analizar la problemática de la “identidad” y de los derechos humanos en el marco de la globalización y, en especial, de las políticas migratorias de la Unión Europea. A tal fin y preliminarmente, aborda la discusión en torno a la noción de “identidad”, a partir –de manera principal– de las contribuciones representativas y contrapuestas de Jürgen Habermas y Charles Taylor, para luego analizar en concreto la política migratoria de la UE y su recientemente aprobada “Directiva de Retorno” (2008) en relación con la afirmación de la “identidad” europea y los derechos humanos de los inmigrantes. El artículo resitúa, de este modo,



aquel debate en un plano actual y polémico como es el de la legitimidad de tales políticas en relación con los derechos humanos.

“La intervención del Estado en las cuestiones de violencia doméstica”, de Lara Beatriz Bértoli, es un acercamiento a la problemática de cuál es y cuál debe ser el papel del Estado en los casos de violencia doméstica. El artículo se circunscribe, en el marco de la llamada “violencia de género” y los problemas de “violencia doméstica”, a los casos de violencia contra las mujeres en contextos de relaciones de pareja heterosexuales. Al comienzo, el lector encontrará la transcripción cruda de un relato anónimo, en primera persona, de una mujer que padeció hechos de violencia de género como estrategia para darle voz a los relatos de las mujeres involucradas, tal como ellas se representan el problema, y desandar el camino de construcción del tema desde una mirada ajena. Tras ello, la autora narra cómo es en los hechos la intervención estatal en Argentina y su marco legal y, luego, pasa a analizar uno a uno los argumentos a favor de mayor intervención estatal y en contra de la misma. Son de destacar las reflexiones de la autora en el análisis de la cuestión, quien no se limita a una perspectiva estrictamente jurídica sino que sopesa los argumentos a partir de contribuciones de corrientes feministas y una mirada realista, social y política del problema.

En “Las teorías del contrato social”, su autor, Aníbal D’Auria, brinda un esquema introductorio de las teorías del contrato social. Luego de dar un panorama preliminar del contractualismo como vertiente central en la teoría política moderna, de sus antecedentes y de sus derivaciones contemporáneas, el trabajo se aboca a lo que es el corazón del artículo: un análisis de las principales notas distintivas de tres exponentes de la pata racionalista del contractualismo moderno, a saber, Hobbes, Locke y Rousseau. Respecto a cada uno de estos autores, da cuenta de sus concepciones del estado de naturaleza, de la naturaleza humana y de los “momentos” de cada esquema contractual. En este sentido, es esclarecedora la comparación que hace entre aquellos autores en relación con los elementos de la figura del contrato o pacto, es decir, las partes involucradas, los derechos y obligaciones comprometidos, el tipo de contrato, si hay distinción entre pactos de asociación y sujeción, o si ello se lleva a cabo en un mismo momento, etc. Por ello, constituye material de lectura ideal para estudiantes que aspiren a una comprensión avanzada

de cualquiera de estos tres exponentes de la teoría política moderna, y evitar así errores habituales sobre sus aspectos principales.

El capítulo “La Argentina en el mundo y en América Latina. Algunas ideas sobre política exterior desde el siglo XIX hasta nuestros días”, de la profesora María Alejandra Doti, reseña la política exterior argentina y diferencia tres momentos con sus respectivos modelos: el modelo de “*relaciones especiales*” con Gran Bretaña y los países de Europa Occidental (1862-1947/49); el modelo “*globalista*” de política exterior (1947/49-1991) y el modelo de “*relaciones especiales*” con Estados Unidos y los países desarrollados de Occidente (Europa Occidental, Japón, sudeste asiático) (1991-2001), para pasar luego a evaluar un cuarto momento de la política exterior argentina: luego de la crisis de 2001 y en el marco de los modelos políticos habientes en América del Sur en este período. Lo interesante del artículo radica en que combina la explicación de las principales características de estos modelos, con una contextualización de las mismas en relación con hechos históricos relevantes en términos geopolíticos y con las cosmovisiones de cada época y, en este sentido, resulta muy didáctico e ilustrativo.

El capítulo “El hombre en el pensamiento anarquista de Pierre-Joseph Proudhon”, de Elina Ibarra, hace un recorrido de varios tópicos del pensamiento de Proudhon en búsqueda de la especificidad de la concepción del hombre que subyace en su obra a partir del eje de análisis esencialismo-existencialismo, y afirma la cercanía de las ideas del autor con este último. El trabajo incluye algunas puntualizaciones sobre aspectos metodológicos del pensamiento del autor, su método “dialéctico” específicamente, su concepción de la propiedad y su teoría de la fuerza colectiva, entre otras, cuestiones todas de las que se servirá su autora para delinear cómo Proudhon, padre del anarquismo, concebía al hombre.

Marco Aurélio Lagreca Casamasso, en su trabajo “Política e religião: três tópicos para reflexão”, indaga acerca del desafío de compatibilizar, por un lado, la preservación del poder político secularizado y, por otro, la garantía de un amplio ejercicio de las libertades religiosas; ello, frente al incremento en las últimas décadas, en los Estados contemporáneos, de la incursión del poder religioso en la arena política. El autor toma y brinda un análisis de tres tópicos bíblicos, a saber: el del “pueblo elegido” [Éxodo: 19, 6], el de la “conversión” [Mateo: 19, 21] y el de los “dos reinos” [Mateo:

22, 21], seleccionados por sus referencias al comunitarismo religioso, los límites al derecho y la dimensión política del proyecto cristiano, y utilizados como metáforas teóricas ilustrativas de la problemática, para invitar a reflexionar sobre la intersección entre las esferas política y religiosa.

“A judicialização da política e a democracia - o papel do campo jurídico”, de Julia Maurmann Ximenes, aborda el problema de la judicialización de la política en el marco del Estado de Derecho brasileño, y las problemáticas que conlleva este nuevo rol en relación con la legitimidad del juez constitucional; ello, a partir del análisis del rol del Tribunal Federal Supremo (STF), máxima autoridad judicial de ese país, en el proceso democrático brasileño. En el análisis que se lleva a cabo, se toman categorías de Bourdieu, entre ellas, la idea de “luchas simbólicas”, en la medida en que permiten una nueva mirada sobre el tema de la judicialización de la política, y concluye en la necesidad de debatir la propia comprensión del Derecho y de su papel en las sociedades contemporáneas.

El trabajo de Leandro Mazza, “El avance de la seguridad privada, con o a pesar del Estado. Perspectivas e interrogantes”, trata la problemática de los Servicios de Seguridad Privada Civil desde la perspectiva del Estado. En primer lugar, se brinda un panorama sobre los problemas de definición de la “Seguridad pública” como ámbito de competencia tradicional del Estado, de la mano del análisis de textos legales y de conceptualizaciones hechas desde la teoría política; para luego, en segundo lugar, pasar a señalar y explicar las distintas corrientes que abordan el problema de la seguridad privada en relación con el monopolio de la fuerza estatal. En este marco, plantea una serie de interrogantes que quedan abiertos a la reflexión del lector: ¿qué incidencia puede tener la expansión de este “mercado” en la agenda pública?, ¿cuáles son los conflictos de intereses y competencias que se abren entre el sector público y el privado por esta expansión?, ¿en qué deriva la reducción del monopolio de la violencia estatal?

“A educação do homem republicano e a administração pública: a virtude cívica que transcende a tecnologia”, el trabajo de Marco Aurelio Peri Guedes, nos introduce a la relación entre educación y república, y a la necesidad de una educación cívica para el desarrollo del proyecto republicano. El autor señala las dificultades de hacer realidad el valor de la educación plasmado en el texto constitucional brasileño, por dos

motivos: por la extensión territorial y por la vasta población. Luego de un diagnóstico de la educación en su país, sostiene el autor la insuficiencia de una educación destinada a formar en vista del mercado de trabajo y la necesidad de una formación de ciudadanos y futuros administradores con elevado grado de civismo, esto en consideración del proyecto republicano, y más aún, de la supervivencia del sistema democrático. Asimismo, sostiene, contra el discurso de modernización del Estado, que no basta con implementar nuevas tecnologías en la administración pública para mejorar el desempeño de la gestión pública, sino que se requiere imperiosamente una educación en los valores y virtudes republicanas.

Por su parte, Javier Segovia, en su artículo “Dejad hacer, dejad pasar... Una aproximación cuestionadora a la tradición liberal-minarquista”, ofrece una mirada comparativa de dos concepciones del Estado: la tradición anarquista y la minarquista, esta última como heredera del liberalismo, a partir del contraste de los lineamientos centrales de ambas. Tras introducir al lector a la mirada moderna del valor “libertad” de la mano de Constant, se exponen, en primer lugar, algunos rasgos característicos de la concepción liberal del Estado, para luego abordar la concepción minarquista en la que se destaca el análisis sobre la teoría de Nozick. A continuación, traza algunas ideas centrales del anarquismo y señala la recuperación del valor “igualdad” a la par que el de “libertad”, en las figuras de Bakunin y Kropotkin.

Hilda Helena Soares Bentes, en su artículo “A sociedade decente e seus inimigos: um diálogo com Rawls e Margalit”, desarrolla y pone en valor algunos conceptos e inquietudes de tres autores, Popper, Rawls y Margalit, de los que la autora se servirá como articuladores de la reflexión en torno a la constitución de sujetos habilitados a ejercer la ciudadanía. El trabajo consta de tres secciones principales: la primera, hace algunas señalizaciones sobre la obra de Popper *La Sociedad Abierta y sus enemigos*, a la que alude su título; la segunda, se aboca a tratar la noción de “pueblos decentes” y la noción de “decencia” como idea normativa en Rawls, y pasa luego, en la siguiente sección, al concepto de “sociedad decente” y de “humillación institucional” en Margalit, todo ello, en orden a señalar las posibles intersecciones entre estos pensadores.

El trabajo de Pablo Taboada, titulado “Los juicios de valor en los estudios jurídico-políticos. Polémica Voegelin-Kelsen. Una propuesta para

el estudio integral del Estado, el Derecho y la política”, aborda la discusión acerca de la validez epistemológica, pertinencia metodológica e importancia de la inclusión o exclusión de los juicios de valor en los estudios jurídico-políticos, a partir de la polémica Voegelin-Kelsen. Luego de una breve reseña histórica y una contextualización de la discusión, el autor contrapone los puntos centrales de ambas posturas, vertidas fundamentalmente en dos obras: “La nueva ciencia de la política”, del primero, y “¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin”, del segundo, pero sin dejar de hacer referencias a otras de sus obras, y de otros pensadores. El aporte de este trabajo radica en que además de rescatar y poner en valor aquel diálogo, sopesa las contribuciones y excesos de ambas posiciones en orden a lo que el autor entiende como constitutivo de un estudio *integral* del Estado y el Derecho.

“La importancia del mito en el pensamiento de Carl Schmitt”, de Leticia Vita, constituye un estudio minucioso de la categoría de “mito” en la teoría política de Carl Schmitt. En una primera sección, aborda el concepto de mito a través de la producción de Schmitt en que es utilizado explícitamente por el autor; luego, señala diversos aspectos mitológicos de su teoría, para pasar a mencionar algunas críticas de Heller. Por último, y tras un breve excursus sobre la recepción que hace Agamben de los mitos schmittianos, desliza algunas posibles interpretaciones del problema de la “legitimidad” en el pensamiento de Schmitt a partir de aquel concepto, y de su contraposición con algunos aspectos de lo mitológico en Sorel, quien fuera su fuente de inspiración.

Como podrá advertirse, el libro, que se caracteriza por la diversidad temática y de enfoques, aborda problemáticas que van desde cuestiones epistemológicas de las Ciencias Jurídicas, problemáticas sobre los límites y competencias de los Estados, hasta reflexiones normativas y axiológicas suscitadas por distintas categorías jurídico-políticas del pasado y actuales, resultando así un trabajo interdisciplinario que será de utilidad tanto como material didáctico en este ámbito académico como así también como disparador para abrir el debate entre pares.

Fecha de recepción: 4-8-2014.

Fecha de aceptación: 12-12-2015.



## **Reseña bibliográfica: *Repensando la educación comparada. Lecturas desde Iberoamérica. Entre los viajeros del siglo XIX y la globalización\****

ADRIÁN AZRAK\*\*

La educación comparada es una subdisciplina muy extensa y hasta inabarcable que, dentro de las *ciencias de la educación*, se caracteriza por llevar en su nombre un enfoque metodológico: la comparación. La utilización de la comparación en la investigación de sistemas, instituciones o procesos educativos así como en los estudios científicos de otros fenómenos sociales se encuentra históricamente atravesada por el debate en torno a la objetividad que ha caracterizado al desarrollo de las ciencias sociales desde su constitución. En este sentido, Ortega y Gasset habían sostenido hacia 1916 que la mejor forma de enfrentar los sesgos particulares que podrían tener los estudios sociales estaba dada por la interpretación comparativa de los objetos estudiados, ya que la perspectiva comparada constituye uno de los componentes de la realidad en sí misma (Ortega y Gasset, 1987). Si se analizan los orígenes de los estudios comparados en educación, cabría vincularlos con los inicios del análisis comparado en otras áreas disciplinares como el derecho o la literatura, que se remontan a la primera mitad del siglo XIX, cuando los intelectuales europeos al descubrir otras culturas intentaron explicar las propias y, a la vez, establecer relaciones, interpretar continuidades, similitudes y divergencias.

Es aquí donde Guillermo Ruiz y Felicitas Acosta ubican la conformación de esta subdisciplina, en una época en que los Estados-nación

\* RUIZ, Guillermo Ramón y Felicitas ACOSTA (eds.), Barcelona, Octaedro, 2016, ISBN: 978-84-9921-798-7, 190 pp.

\*\* Universidad de Buenos Aires.

eran los actores principales de las políticas y prácticas educativas. Por eso mismo, destacan en su “Estudio introductorio” que, desde sus inicios, la investigación comparada en educación fue desarrollada a la par que se generalizaba la idea de que la política y la práctica podrían ser *tomadas prestadas* o *transferidas* desde otros lugares, o la creencia de que se podía *aprender de políticas de otros países*, que han estado presentes y de forma recurrente en este tipo de investigaciones pedagógicas. Asimismo, lo estuvo (y es otra característica de este campo) la concepción de la transferencia de prácticas que puede tener una utilización política (para la organización de sistemas educativos).

Este libro constituye una obra que invita precisamente a revisar, a repensar y a avanzar sobre los enfoques que han prevalecido en los estudios comparados en educación. Sin negar esta impronta histórica, epistemológica que posee este campo, los editores del libro han reunido un conjunto de trabajos que analizan temas y enfoques que se han desarrollado en el campo de la Educación Comparada durante la última década en diferentes ámbitos académicos de América del Norte, Europa, Australia y Asia y que no han sido traducidos o difundidos en español hasta el momento. Ello es reconocido tanto por Jürgen Schriewer en su *prólogo*, como por Inés Dussel en su muy erudito *epílogo* al destacar que este libro constituye un estímulo para el reencuentro con distintas tradiciones y para promover la investigación crítica sobre los procesos educativos desde la perspectiva comparada internacional. Schriewer plantea así un reencuentro que no supone mirar al pasado sino la búsqueda de renovación en las formas en que se leen e interpretan los procesos mundiales, tanto en sus perspectivas teóricas como metodológicas. Dussel, a su vez, introduce una valoración adicional –a la que suscribo– ya que sostiene que esta obra da cuenta sobre la centralidad que tiene la *práctica activa de la traducción* en el análisis comparado internacional. El acto de la traducción constituye un elemento central en la educación comparada, que conecta y enlaza tradiciones y lenguajes para entender la realidad educativa. Es aquí donde Dussel avanza y destaca que uno de los logros de esta obra se relaciona precisamente con la traducción (en este caso, del inglés y del chino al español) al ser esta un acto concreto de volver accesibles otros trabajos y perspectivas de la educación comparada, inscribiéndola en el marco de geopolíticas del conocimiento que involucran también políticas



lingüísticas. Aquí, se destaca el fuerte desbalance en el flujo de traducciones: “en los últimos 75 años, más de 1.000.000 de libros han sido traducidos del inglés a otras lenguas, pero menos de 100.000 se han movido en la dirección opuesta, de otras lenguas al inglés. Como resultado, los académicos que son monolingües en inglés padecen un gran ‘punto ciego’ al perderse la mayor parte de la literatura que surge fuera de su zona lingüística” (Anderson-Levitt, 2012, 19; citado por Dussel, 2016, 185).

El valor que posee esta obra editada por Ruiz y Acosta está dado justamente por que los autores de los textos que la conforman, en su mayoría, son lectores de otras realidades y de otras lenguas y, en buena parte, de los casos emergentes de culturas académicas con mucha tradición como la germana o la china que actualmente padecen también los embates del inglés como lengua hegemónica en la producción académica internacional. Por ello, quizás, es que son capaces de producir miradas excéntricas, que encuentran diferencias en contextos en los que suelen verse similitudes y homogeneidades. Ello se evidencia en varios de los trabajos que integran este libro.

Ruiz y Acosta destacan los cambios en las unidades y dimensiones de análisis que durante el siglo XX experimentaron los estudios comparados: el complejo proceso de cruce de fronteras políticas, las políticas itinerantes y sus derivaciones, las externalizaciones y las relaciones con los contextos de referencia, aunque muchos de ellos han tendido a centrarse en el Estado-nación, en las actividades de los gobiernos, en las interacciones entre los Estados y entre los gobiernos y en una serie de actores privados y de la sociedad civil. Es por ello que sostienen que la expansión de los sistemas educativos en el nivel global se transformó en el concepto racional predominante de la escolarización: este actuó como mito pero también como guion dando legitimidad a las instituciones y a los Estados que se ordenasen bajo ese concepto. Los reajustes de políticas han dado lugar a reacomodamientos de interrelaciones de los campos de la política nacional y de la política global (Robertson, Bonal y Dale, 2006), lo cual conforma un desafío intelectual para la educación comparada que añade mayor complejidad a las dimensiones del Estado-nación dado que refuerzan al ámbito global (con múltiples tensiones en sí mismo) como dimensión analítica que se solapa, cuestiona e interpela a las referencias nacionales.

Según lo que explicitan Ruiz y Acosta, este libro se origina en la necesidad de atender a la escasa circulación en el ámbito hispanoparlante de las producciones más recientes ocurridas en otras regiones. Los desarrollos teóricos clásicos y contemporáneos de la educación comparada ofrecen herramientas analíticas pertinentes para comprender los desafíos que presentan hoy los sistemas educativos iberoamericanos. Los capítulos que forman parte de esta obra apuntan hacia esa dirección: repensar la circulación de ideas y de prácticas educativas entre Estados atravesados por las fuerzas de la globalización.

En el primer capítulo, "Reflexiones sobre Teoría, Método y Práctica en Educación Comparada e Internacional", *Steven J. Klees* analiza la apertura de la educación internacional y comparada a las teorías, los métodos, las prácticas, los debates y las controversias de muchos campos y sostiene que ello conforma la parte más vital de este campo. Esta permeabilidad integral y necesaria constituye tanto una oportunidad como un desafío para la educación comparada e internacional. Según Klees, la principal ventaja comparativa de la educación comparada es que el campo está literalmente constituido por fronteras que se cruzan y por pedagogos comparativistas que por necesidad viajan más allá de la educación.

A continuación, se inicia una sección de trabajos derivados de investigaciones comparativas internacionales. En primer lugar, *Gita Steiner-Khamsi*, en su capítulo "La transferencia de políticas como herramienta para comprender la lógica de los sistemas educativos", presenta dos conceptos claves de la investigación sobre transferencia de políticas -la recepción y la traducción- y luego los aplica como herramienta metodológica para comprender diferencias fundamentales entre sistemas educativos. Steiner-Khamsi aprovecha el alcance de la metodología comparativa para concentrarse y destacar las divisiones fundamentales entre sistemas educativos con la doble intención de, por un lado, comprender la lógica particular de los sistemas educativos y, por otro, investigar cómo los actores de políticas públicas hacen frente a las reformas importadas contraproducentes, es decir, las políticas transferidas que exacerban los problemas locales existentes en lugar de aliviarlos.

Seguidamente, en el tercer capítulo, "Concepciones de justicia en los sistemas de evaluación de Inglaterra, Alemania y Suecia: una mirada sobre las garantías de procedimientos justos y posibilidades de apelación",

a cargo de *Florian Waldow*, se analiza la centralidad que en las sociedades democráticas occidentales tiene la meritocracia como guía de la asignación de oportunidades de vida de los individuos y la principal justificación de la inequidad social. Waldow investiga las diferencias entre los principios de justicia procesal de los sistemas de evaluación y examen de finalización de la escuela secundaria superior en Alemania, Suecia e Inglaterra y focaliza sobre las garantías para un procedimiento justo, los actores involucrados en la evaluación y las posibilidades de apelación.

Los siguientes tres capítulos integran una sección que tiene a China y al Sudeste Asiático como punto de referencia en la investigación comparativa internacional: ya sea por sus procesos de recepción e indigenización de políticas educativas, ya sea por sus vinculaciones históricas y contemporáneas con los países de la región del Sudeste Asiático, en particular, en lo que atañe a la educación superior, o bien por la aplicación problemática de políticas internas de formación de profesorado. Estas contribuciones son las siguientes:

- “La Teoría de la Cultura Mundial con características chinas: cuando los modelos globales se tornan nativos”, por *Barbara Schulte*, quien analiza el proceso dialéctico de dos fenómenos interrelacionados: la reconstrucción de lo local a través de lo global y la reconceptualización de lo global a partir de lo local.
- “Las relaciones entre China y ASEAN en educación superior: un marco analítico”, de *Anthony Welch*, en el que se propone un marco de estudio para indagar las complejas relaciones sociales, políticas, económicas, culturales y educativas entre China y los países que conforman la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia (ASEAN).
- “Programa Educativo de Becas para Maestros de Escuelas Rurales en China: políticas nacionales, prácticas institucionales y análisis de resultados”, a cargo de *Baocun Liu, Zunwei Yang y Yang Su*, en el que se analiza una política educativa de formación de profesorado del gobierno chino desde una perspectiva histórica y comparativa intranacional.

Por último, en el séptimo capítulo, a cargo de *Noah Sobe*, “La educación comparada y el estudio de los sistemas de rendición de cuentas en educación”, se realiza una reflexión teórica que, si bien no se basa estrictamente en un trabajo empírico, estudia la difusión contemporánea internacional de los mecanismos de evaluación del rendimiento académico. Según este autor, colocar el foco sobre el conjunto de relaciones podría ayudar a pensar acerca del desafío que la globalización supone para la investigación. Es más, resultaría particularmente útil para evitar la fijación confusa y, en última instancia, irrelevante sobre el así denominado “nexo global/local”.

En suma, si se considera –como lo hacen Ruiz y Acosta– que gran parte de estos cambios y avances de la disciplina se han desarrollado en el contexto anglosajón, se evidencia que la producción de habla hispana ha tenido una trayectoria diferente. Mientras que en España se ha evidenciado un conjunto variado y hasta robusto de estudios, líneas de investigación así como presencia curricular a lo largo del siglo XX, en el caso de los países de América Latina la disciplina ha tenido un desarrollo errático. Tal como se indica en el “Estudio introductorio” de este libro, el precario desarrollo académico de la Educación Comparada en América Latina desalentó la traducción y publicación en español de los aportes más recientes respecto del uso de la comparación en el estudio de la educación. Por su parte, las publicaciones españolas que han llegado a América Latina no han reflejado la diversidad que expresan los debates contemporáneos de la disciplina, dando lugar a cierta desactualización en el análisis de los procesos de cambio en los sistemas educativos. Esto constituye un tema particularmente importante dados los procesos de reformas que afectan a los sistemas educativos de la región iberoamericana en las últimas décadas. La obra es, pues, un aporte de suma importancia que podría dar lugar a líneas de debate, crítica e investigación con la especificidad a la que los editores nos invitan desde el título de este trabajo.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON-LEVITT, K. (ed.) (2011), *Anthropologies of Education. A Global Guide to Ethnographic Studies of Learning and Schooling*, Nueva York, Berghahn Books.

- DUSSEL, I. (2016), "Epílogo", en RUIZ, G. y F. ACOSTA, *Repensando la educación comparada. Lecturas desde Iberoamérica. Entre los viajeros del siglo XIX y la globalización*, Barcelona, Octaedro.
- ORTEGA Y GASSET, José (1987), *El tema de nuestro tiempo. Obras completas, III*, Madrid, Alianza.
- ROBERTSON, S., X. BONAL y R. DALE (2006), "GATS and the education service industry. The politics of scale and global reterritorialism", en LAUDER, H., P. BROWN, J. DILLABOUGH y A. H. HALSEY (eds.), *Education, globalization & social chance*, Oxford, Oxford University Press, pp. 228-246.

Fecha de recepción: 29-3-2016.

Fecha de aceptación: 30-4-2016.



## Reseña bibliográfica: *Derecho y Literatura. Textos y contextos\**

M. JIMENA SÁENZ<sup>1</sup>

La compilación de trabajos escritos y publicados en distintos tramos y espacios del movimiento “derecho y literatura” que presenta Jorge Roggero en español en *Derecho y Literatura. Textos y contextos* es, en parte, producto del proyecto que llevó adelante durante 2012-2014 en el marco de la programación de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.<sup>2</sup> También es parte de lo que puede considerarse un *revival* del “derecho y la literatura” que en estos últimos dos años tiene lugar en el mundo hispanohablante. En este último marco, la compilación que publica Eudeba se inscribe junto al proyecto editorial en “Derecho y Literatura” que Marcial Pons inauguró en 2014 con el primer título *Tres jueces*, que reúne “Cuentos de jueces”, de Andrea Camilleri, Giancarlo Cataldo y Carlo Lucarelli, de la colección que dirigen y organizan Manuel Atienza, Daniel González Legier, Ángel Prieto de Paula, Claudia Roessler y Juliana Neuenschwander; el volumen *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura* (Infojus, 2014), en el que Alicia Ruiz, Jorge Douglas Price y Carlos Cárcova reúnen lecturas jurídicas de distintos textos literarios; *Estéticas del nihilismo. Filosofía y desaparición* (La Cebra, 2014), que continúa el trabajo de Claudio Martyniuk en el área

\* Jorge Roggero (comp.), Buenos Aires, Eudeba, 2016.

<sup>1</sup> Becaria doctoral CONICET/ICJ-UNLP.

<sup>2</sup> Proyecto de Investigación DeCyT 1233, “Derecho y Literatura: una articulación necesaria”, dir. por el compilador e integrado por Claudio Díaz, Cecilia Gebruers, Olivia Peres, Alejandro Piagentini, Nicolás Ravnani, Antonio Manuel Torres, Federico Torres, Carla Cannizzaro, Ornella Costabile, Martín Schwietzke, María Agustina Vouk, Dolores Vivot Odarda, Emiliano Falcón, Ana Cecilia Kröpfel y María Florencia Villagra. Una reseña de gran parte de los proyectos asociados al campo “Derecho y Literatura” en la Argentina se despliega en el trabajo de Jorge Roggero que integra el volumen (262).

y, finalmente, la serie “El bien común”, de la editorial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, que presenta en español la colección que lleva ese nombre en el sello francés Michellon Éditeur bajo la dirección de Antoine Garapon y que incluyó títulos como *Imaginar la ley. El derecho y la literatura* (Garapon y Salas [dirs.] [2008] 2015); *Kafka. El combate con la ley* (Salas [2013] 2015) y análisis del pensamiento sobre el derecho de autores usualmente asociados a lo literario, como Derrida (*Derrida. La justicia sin condiciones*, Lèbre [2013] 2015) o Deleuze (*Deleuze. La práctica del derecho* de Sutter [2009] 2015).

Los ámbitos editoriales en los que circula la revitalización del “derecho y la literatura” en habla hispana también sorprenden. Si la compilación de Roggero aparece de manera previsible en el espacio de una editorial universitaria junto a la colección de Marcial Pons, reviviendo uno de los impulsos del movimiento “derecho y literatura” que pretendía otorgar, a partir de la unión con las letras, un barniz académico a la disciplina “profesional” del derecho, las ediciones que pretenden una circulación más amplia y pragmáticamente orientada de Infojus y Jusbaire sitúan al movimiento en el seno de la práctica y los operadores jurídicos, como un material “útil” para abogados que intenta contrapesar el lastre –y también la consigna fuerte– de “inutilidad” de la literatura para el derecho.<sup>3</sup> Junto a este *revival* editorial variado del “derecho y la literatura” en nuestro ámbito, pueden leerse también las sorpresivas referencias “literarias” de distinto tenor que se escucharon recientemente en uno de los actos jurídicos institucionales centrales de nuestra escena local, cuando en las audiencias ante el Senado, uno de los candidatos a juez de la Corte Suprema federal reconstruyó las formas de pensar el género en el derecho como una “vuelta de las abogadas hacia la literatura”, donde tenía ya un amplio desarrollo; o señaló que para modificar la práctica del derecho era necesaria una complicada “educación sentimental”.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> En el ámbito norteamericano, este tipo de emprendimientos en el terreno de lo práctico-profesional del “derecho y la literatura” habría aparecido tempranamente en 1983 impulsado por la American Bar Association que culminó con la publicación de *Law and American Literature: A Collection of Essays*, de Carl S. Smith, John P. McWilliams, Jr. y Maxwell Bloomfield (Nueva York, Alfred A. Knopf, 1983).

<sup>4</sup> Las comillas pertenecen a las declaraciones de Carlos Rosenkrantz en la audiencia en el Senado del 10-3-2016.



En este abanico de nuevos libros en español sobre la conjunción “derecho y literatura” que parecen indicar una vuelta a la literatura luego de un largo recorrido del movimiento por la teoría literaria –todos los otros volúmenes se ocupan o directamente presentan textos que los lectores reconocerían como literarios–, *Derecho y Literatura. Textos y contextos* puede verse como un complemento que propone un recorrido de otro tenor: una reposición del trayecto intelectual del movimiento que se institucionalizara en la academia norteamericana luego del texto fundador de James Boyd White, *The Legal Imagination*, en 1973, a partir de una serie de “textos significativos”.

El conjunto de textos que se presentan recorren un amplio espectro temporal que permite seguir algunas de las mutaciones y multiformaciones que caracterizan al movimiento, así como también sus expansiones espaciales: los textos siguen las migraciones del “derecho y la literatura” de USA a Gran Bretaña, y luego hacia Europa continental, especialmente a los países tradicionalmente asociados al *civil law* –España, en el caso de José Calvo; Francia y Bélgica, en el de François Ost–, para terminar “pensando en la Argentina” con la figura fundacional de Enrique Marí y los textos de Carlos Cárcova y del compilador. El libro finalmente se cierra con una entrevista titulada “Derecho y Literatura como Teoría Crítica del Derecho”.

*Derecho y Literatura. Textos y contextos* puede leerse de varios modos, uno de ellos es buscar la figura en el tapiz: explicitar el mapa que los “textos significativos” insinúan sobre un territorio por momentos desconcertante tanto para abogados como para literatos, y señalar la huella de una persistencia, de un deseo de encuentro entre dos extraños con relojes desfasados que, en la imagen de Beatriz Sarlo en un ensayo sobre el ensayo, el malentendido y el encuentro, “buscaron encontrarse previendo quizás que sus relojes anduvieran acompasadamente”.<sup>5</sup> Esa persistencia es la que pone en interrogación Peter Goodrich en su texto del libro y la presenta también con un tópico que identificamos más o menos rápidamente como literario: el de aquel que apuesta, a pesar de todo, por el mismo caballo.

<sup>5</sup> SARLO, B., “Del otro lado del horizonte”, en *Boletín* 9, Rosario, Centro de Estudios de Teoría y Crítica Literaria, Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario, 2000, p. 24.

La compilación que introduce Jorge Roggero comienza con seis trabajos del ámbito angloamericano firmados por J. B. White, R. West, I. Ward, P. Goodrich y S. Fish. Fechados en lo que puede identificarse como tres momentos del “movimiento” –los primeros años de los ochenta, la antesala de los noventa y dos trabajos posteriores al cambio de milenio–, juntos comienzan a contar la historia del movimiento *in media res*, salteando lo que se ha llamado la “primera génesis” o la “primera fundación” del “derecho y la literatura”, el momento “humanista” del movimiento que transcurre desde la primera edición de *The Legal Imagination* (1973) y durante toda la década del setenta.

Luego de ese momento inicial de los setenta en los que se destacan las figuras de J. B. White y Richard Weisberg, centrado fundamentalmente en los textos literarios y priorizando también su diferencia singular frente a la abstracción, las categorías y la sistematización en gran escala de la teoría, suele recortarse a los fines heurísticos en las periodizaciones del movimiento derecho y literatura un tramo “hermenéutico” que ocupa centralmente los tempranos ochenta y gira, de manera casi completa, de la literatura tal como la reconocemos habitualmente hacia la teoría literaria o la “Teoría” a secas. “Trabajando en cadena. La interpretación en Derecho y Literatura”, el texto del crítico literario Stanley Fish que fue parte de su presentación en la famosa conferencia en la escuela de derecho de Texas de 1981, sede “jurídica” de su debate con Dworkin, puede considerarse la cifra de este momento y se lee fácilmente acompañada de otra polémica, con otra figura del *mainstream legal* –Owen Fiss–, que tuviera lugar en San Diego, unos años después, durante 1984.

El texto y la intervención de Fish en el debate sobre “derecho y literatura” es significativa y revela las características del movimiento en dos sentidos. Quizás el más notorio es el más obvio. El hecho mismo de que Fish, una figura de renombre en el campo literario, haya intervenido en la discusión “derecho y literatura”, muestra el carácter verdaderamente plural en términos disciplinares del movimiento y despeja casi por su propio peso las sospechas de “amateurismo” o “voyeurismo” que caían sobre el campo: el área de relación entre el derecho y la literatura es, quizás como ninguna otra de las formaciones del “derecho y” que florecieron en esos años y no lograron atraer a figuras centrales de

la otra disciplina hacia la discusión legal, una verdadera conversación entre extraños, y gran parte de la dificultad y del riesgo permanente al malentendido, probablemente se deba a esta, que es también, su mayor riqueza. El segundo rasgo que ese texto revela del movimiento durante los ochenta es que la combinación con la literatura, lejos de meramente ornamentar al derecho, lo colocó y lo hizo responsable y receptivo a un campo de discusiones más amplio. Si la sede “legal” de la disputa con Dworkin fue la escuela de derecho de la Universidad de Texas, en paralelo, esa misma discusión tenía lugar en Chicago, y sería impresa también en las páginas de *Critical Inquiry* en un número especial editado por W. J. T. Mitchell bajo el título “The Politics of Interpretation” (1982) que reunió trabajos de Hayden White, Edward Said, Wayne Booth, Stephen Toulmin, Julia Kristeva, Stanley Cavell, Walter Benn Michaels, Gayatri Chakravorty Spivak, entre otros, cubriendo casi por entero las voces principales del espectro disciplinar en torno al problema de la “interpretación”.

Los trabajos de J. B. White y de Robin West (1988) que ocupan los dos capítulos que abren el libro pueden leerse como una resistencia a ese momento “hermenéutico” de asimilación del derecho y la literatura dominado por la rama “derecho como literatura” y la importación de Alta Teoría. En ambos vuelve a aparecer y a reafirmarse la literatura como diferencia: en West, a partir de la lectura de literatura en la que se embarca para cuestionar a White y para generar también su argumento; en White, como un recordatorio de que, frente a la literatura, “no se puede proceder eligiendo primero una teoría (...) y empleándola luego, como si sus premisas implicaran sus conclusiones” (32), que es la singular “experiencia de lectura” literaria lo que debe recuperarse para el derecho, y que este puede tener una “afinidad” extraña con “lo poético, con el incierto mundo del lenguaje común (...) y no con lo abstracto, conceptual y teórico” (34). Que ambos textos tomen como uno de sus tópicos a la comunidad y sus restos y exclusiones, sobre todo el texto de Robin West, es también un signo de lo que ocurriría en los noventa, en el momento “narrativo” del movimiento que pretende reencauzar la discusión de las “comunidades interpretativas” de abogados que, en la imagen de Julie Stone Peters, ahora “fuman *Gauloises*

a la vera del Sena",<sup>6</sup> hacia los que presionaban en los bordes de esas comunidades y quedaban afuera.

El espacio en el que aparece el texto de Robin West, el primer número de una de las dos revistas especializadas en "derecho y literatura" que se fundan en 1988 marcando la "segunda génesis" del movimiento, el *Yale Journal of Law and the Humanities*, también es índice de cambios más amplios en el cruce disciplinar que se sentirían con más fuerza entrados los noventa. Por un lado, el título mismo de la publicación desplaza a la literatura y la suplanta por las "humanidades", un terreno más amplio e inclusivo, que también enfatiza la unión disciplinar por sobre un objeto, la literatura, más confuso e incierto. La ampliación sería profundizada diez años después, con la primera reunión del grupo de trabajo en "Derecho, cultura y humanidades" en Georgetown (1998), que sería a partir de allí uno de los espacios de sociabilidad clave del remanente del movimiento "derecho y literatura" ya en un marco dominado por el esquema de los "estudios culturales".<sup>7</sup>

Ese desplazamiento de la literatura –uno más, dirían desde el campo de las letras, de los decretos de "muerte" de esa institución extraña o

<sup>6</sup> PETERS, J. S., "Law, Literature and the Vanishing Real: On the Future of an Interdisciplinary Illusion", en *PMLA*, 120 (2005), p. 442.

<sup>7</sup> El *Yale Journal of Law and the Humanities*, como recuerda Janet Halley en 1998, luego de la conferencia en Georgetown, había sido "inventada" por un grupo de estudiantes y graduados en "un restaurante mexicano una noche de otoño de 1987". La revista llevaría el amplio título "Derecho y Humanidades" para incluir y cobijar a quienes no ingresaban en "las camarillas" y la "coterie" que se veía en las revistas de humanidades del momento, y también a aquellos que se sentían encerrados en el sistema de citas –"y la priorización [de ellas] por sobre el análisis"– de la generalidad de las revistas de derecho (HALLEY, J., en "Notes from the Editorial Advisory Board", en *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 10, Iss. 2, pp. 389). El peligro que seguía asediando al movimiento, ahora ampliado, estaba también representado en esa escena fundacional: que el "derecho y las humanidades" se transformara en esa cuota marginal de exotismo inocuo, en ese restaurante mexicano en la costa este norteamericana. Peter Brooks localiza ese peligro en el giro hacia los "estudios culturales", "que arriesga darnos una fórmula para la impotencia": "en las humanidades, ya hemos visto a los estudios culturales transformarse en una especie de *lobby* de hotel donde las disciplinas pueden reunirse alegremente, juntarse en el autosatisfecho discurso de la implicación del conocimiento y el poder, de lo marginal y lo hegemónico, llegando a conversaciones por momentos frustrantes" (BROOKS, Peter, "A Slightly Polemical Comment on Austin Sarat", en *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 10, nro. 2, p. 409).

experiencia particular, que sin embargo sobrevive, si no en la Gran Teoría, sí en las mesas de luz anacrónicas de los “lectores comunes”-, puede leerse como un subtexto discutido en el trabajo de Goodrich, “El Derecho en la pantalla”, del capítulo 5: después de todo, ironiza, “los estudiantes no leen, ellos solo miran o ven a través de la pantalla” (114-15). Después de todo, también, el formato libro se ve suplantado por versiones digitales que, sin embargo, se esfuerzan por reproducir hasta en el vetusto correr de las páginas, la anacronía del viejo papel escrito dejándonos, una vez más, “escuchar a los muertos con los ojos”.

Quizás, en esta apuesta insistente por el mismo caballo, se pueda leer a Goodrich junto con el gusto *literario* de Borges por las imágenes y el cine, desde la Argentina, desde principios del siglo XX. Dijo alguna vez el crítico Gonzalo Aguilar que a Borges lo que le interesaba del cine era, sobre todo, el poder de la ficción, el poder de la “ilusión”, de ver “a los muertos, vivos”. La operación crítica de Goodrich en ese trabajo es, en este sentido, también demasiado anacrónica para llamarla “historia crítica del derecho” y puede llamarse literaria: exhuma una historia remota del tenor visual del derecho en los *libros* de emblemas, para leerlos libremente *junto* y en la época de las pantallas; vuelve, como los lectores comunes, a desentenderse de definir a la “literatura” y cercarla en un ámbito autónomo, para concentrarse en los “afectos y efectos” que genera, y vuelve a leer a Bajtín para pensar el “proceso social dialógico” y el momento en que “las jerarquías se dejaban en suspenso”, eso que Bajtín había leído y aprendido en la *literatura* de Rabelais.

El cambio de milenio en el movimiento, y el regreso de la literatura por sobre la Teoría, se puede leer en “La educación jurídica y la imaginación democrática”, de Ian Ward (2009). Los eventos del 9/11 que toma como el centro de su reflexión, marcan también la migración y la revitalización del movimiento derecho y literatura de su sede jurídica al ámbito de los estudios literarios bajo el rótulo “Literatura y derechos humanos”. Rorty y Nussbaum, a quienes cita profusamente, son dos de las figuras bisagra de este movimiento migratorio, que en “los extraños giros anacrónicos de la interdisciplina posmoderna”<sup>8</sup> vuelven, en la época

<sup>8</sup> La frase es de GIBSON, Andrew, en *Postmodernity, ethics, and the novel. From Leavis to Levinas*, Nueva York, Routledge, 1999, p. 6.

de la omnipresencia y omnisciencia de la Alta Teoría, a lo particular y cercano de la literatura, a la diferencia que se empeña en señalar más allá del vocabulario colonial de la asimilación disciplinaria o la importación de teoría, concretamente vuelven a la novela, el género que Nussbaum recuerda es el de “la gente común”. El texto de Ian Ward, los antecedentes de Nussbaum y Rorty (cada cual a su modo), recuerdan lo que ya había señalado Carol Dunlop en 1991: “el movimiento no necesita más teoría, sino investigación más detallada, descriptiva y contextual sobre obras literarias, más ‘lectura cercana’ de literatura”,<sup>9</sup> o aquello que reflexionaría Judith Resnik con motivo de los diez años del *Yale Journal of Law and Humanities*, no es necesaria otra dosis de “Gran Teoría para darle más autoridad al derecho como disciplina académica”.<sup>10</sup>

El panorama continental y local que los últimos capítulos del libro intentan componer está aún, en gran parte, por construirse. Los giros del trayecto intelectual del movimiento en el mundo anglosajón que plantean los primeros seis capítulos del libro deberían servirnos, como señala Jorge Roggero retomando a Marí, para “pensar la Argentina” y aprovechar ese archivo de persistencias para volver con una mirada renovada hacia nuestros contextos y aprender de sus frustraciones.

Fecha de recepción: 20-4-2016.

Fecha de aceptación: 30-6-2016.

<sup>9</sup> DUNLOP, C., “Literary Studies in Law Schools”, en *Cardozo Studies of Law and Literature*, vol. 3, nro. 1, 1991, p. 96.

<sup>10</sup> RESNIK, J., “On the Margin: Humanities and Law”, en *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 10, nro. 2, p. 414.

## 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 SEPTIEMBRE DE 2016

